

00781



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO**



FACULTAD DE DERECHO

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

PROBLEMÁTICA DEL SOBRESOIMIENTO EN MÉXICO

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN QUE PARA OBTENER
EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO**

P R E S E N T A:

MTRO. ALBERTO RUBALCAVA RAMÍREZ

TUTOR: DR. ELÍAS POLANCO BRAGA

**COMITÉ DE TUTORÍA: DR. PEDRO HERNÁNDEZ SILVA
DR. MARCO ANTONIO DÍAZ DE LEÓN
DR. ELÍAS POLANCO BRAGA**

JUNIO 2004



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

A mi abuela, Doña Antonia Álvarez viuda de Ramírez, con cariño y gratitud por su confianza, paciencia, apoyo e impulso que me brindó, cuidados que me proporcionó y a las tantas noches de desvelo y quien se encuentra en donde los grandes nunca escapan. Cuánto te extraño...

Irma: No me equivoqué contigo. Tu comprensión y apoyo son invaluableles.

A Carlos Enrique, Alberto y Víctor Emanuele, con íntimo sentimiento de amor.

A mis hermanas:
María, Antonieta, Beatriz, Santa y Claudia,
con el cariño y respeto fraternal que nos une.

A la señora Celia Ramírez Álvarez:
Gracias por todo tía.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: ALBERTO RUBALCAVA

RAMÍREZ

FECHA: 17-JUNIO-04

FIRMA:



Al Doctor Elías Polanco Braga, por su generosa ayuda para la elaboración de esta investigación.

A los Doctores Marco Antonio Díaz de León y Pedro Hernández Silva, por sus oportunos consejos y clara orientación.

Al Doctor Carlos Daza Gómez, por su gran calidad humana que lo distingue, sin menosprecio de su amplio conocimiento en Derecho.

A mis amigos, de quienes siempre he recibido impulso y apoyo:

Licenciado Diego Fernández de Cevallos,

Licenciado Víctor Martín Orduña Muñoz,

Licenciado Jesús Horacio García Vallejo,

Licenciado Eugenio Ramírez Ramírez,

Licenciado Gilberto Cervantes Hernández,

Licenciado Eduardo Fuentes Celestrín,

Licenciado Margarito Luis Pérez Ríos,

Mi tío Héctor Alejandro Amaro Rangel.

Y en especial a la cálida familia Ruíz Alcocer.

A mis colaboradoras: Licenciada Rosalba Verónica Ramos Ricardo y Paola Olvera Ramos, quienes con su apoyo me ayudaron a lograr esta meta.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, institución noble cuya calidad educativa se aquilata día a día, aún por sus opositores.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	I
CAPITULO I	
ANTECEDENTES HISTÓRICOS	1
1.1 EVOLUCION HISTÓRICA	1
1.2 ANTECEDENTES DOCTRINALES DEL SOBRESEIMIENTO	5
1.2.1 SOBRESEIMIENTO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA	5
a) Ley de Lares de 1853	8
b) Ley de Miranda de 1858	8
1.2.2 EVOLUCIÓN ORDINARIA COMÚN	9
CAPITULO II	
DIVISIÓN DE LOS PERÍODOS DONDE PUEDE APARECER LA INSTITUCIÓN PROCESAL DEL SOBRESEIMIENTO	19
2.1 INTRODUCCIÓN	19
2.1.2 PRIMERA INSTANCIA	22
a) Averiguación previa	23
b) Preinstrucción	32
c) Instrucción	33
d) Juicio	41
2.1.3 SEGUNDA INSTANCIA	45
2.1.4 JUICIO DE AMPARO	47
CAPITULO III	
EL SOBRESEIMIENTO	50
3.1 CONCEPTO E IDEA ACERCA DEL SOBRESEIMIENTO	50
3.2. NOCIÓN DEL SOBRESEIMIENTO	57
3.2.1 UBICACIÓN DE ESTE INSTITUTO PROCESAL EN NUESTRO CÓDIGO PENAL PROCEDIMENTAL	58
3.2.2 GENERALIDADES	62
3.2.3 CLASIFICACIÓN DEL SOBRESEIMIENTO (ADMINISTRATIVO Y PROCESAL	64
3.2.3.1 SOBRESEIMIENTO ADMINISTRATIVO	64
a) Supuestos	69
b) Efectos	73
c) Competencia para decretar este tipo de sobreseimiento	75
c.1) Objetivo	76
c.2) Atribuciones	77
c.3) Del procedimiento	79

3.2.3.2 SOBRESEIMIENTO PROCESAL	81
a) Causas de procedencia del sobreseimiento	86
b) Sujeto que puede solicitar el sobreseimiento	89
b.1) Sobreseimiento de oficio	89
b.2.) Sobreseimiento a petición de parte	89
c) Quién decide la operancia del sobreseimiento	90
d) Forma en que debe tramitarse el sobreseimiento	90
d.1) Tiempo de duración	91
d.2) Momento en que debe dictarse la resolución	92
e) Improcedencia	92
3.3 INSTITUCIONES PROCESALES EN LAS QUE PROCEDE EL SOBRESEIMIENTO	93
3.3.1. INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS	93
3.3.1.1 ALGUNOS DATOS HISTÓRICOS	96
3.3.1.2 CONCEPTO	98
3.3.1.3 CLASIFICACIÓN	102
a) Incidentes liberatorios	103
b) Libertad por desvanecimiento de datos	103
b.1) Procedencia	104
b.2) Substanciación	107
b.3) Efectos	110
b.4) Jurisprudencia	112
3.4 CONCLUSIONES INACUSATORIAS DEL MINISTERIO PÚBLICO	118
3.4.1 CONCLUSIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO	120
3.5. PRESCRIPCIÓN	123
3.5.1 FUNDAMENTOS	123
3.5.1.1 ASPECTOS DOCTRINARIOS	123
a) Teoría de la intimidación inexistente	124
b) Teoría basada en la dificultad de prueba	128
c) Teoría basada en la seguridad jurídica	133
3.6 LA JURISPRUDENCIA Y LA LEY	139
3.7 DEFINICIÓN Y CONCEPTO DE PRESCRIPCIÓN	144
3.7.1 DEFINICIÓN DE PRESCRIPCIÓN	144
a) Se trata de un fenómeno jurídico penal	146
b) La prescripción opera por el simple transcurso del tiempo	147
c) La prescripción es limitativa del ejercicio de la facultad represiva del Estado	148
3.7.2 CONCEPTO DE PRESCRIPCIÓN	160
3.7.2.1 AUTOLIMITACIÓN DEL ESTADO	161
3.7.2.2 FINALIDADES DE LA AUTOLIMITACIÓN	164
a) Autolimitación para perseguir hechos	164
b) Autolimitación para ejecutar sanciones	168
3.7.2.3 EL TIEMPO	174
3.7.3 NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRESCRIPCIÓN	176
3.7.3.1 TEORÍAS DIVERSAS	176
a) Teoría de la prescripción como instituto del Derecho Penal	177

b) Teoría de la prescripción como instituto del Derecho Procesal Penal	180
c) Teoría mixta, que considera a la prescripción como instituto de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal	184
d) Nuestra opinión	186
3.7.4 TITULARES DE LA DECLARACIÓN EN ORDEN A LA PRESCRIPCIÓN	194
3.7.4.1 TITULAR DE LA DECLARACIÓN DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PERSECUTORIA	195
3.7.4.2 TITULAR DE LA DECLARACIÓN DE PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN LEGALMENTE IMPUESTA	208
3.8 DIFERENCIA ENTRE PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD	214
3.8.1 PROCESOS ATÍPICOS	214
3.8.2 CADUCIDAD DE LA INSTANCIA	215
3.8.3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS	216
3.8.4 EXPOSICIÓN DE MOTIVOS	219
3.8.5 CADUCIDAD	220
3.8.5.1 Enunciado de la norma	221
3.8.5.2 Definición	222
3.8.5.3 Caducidad y acción	223
3.8.5.4 Caducidad y juicios mercantiles	224
3.8.5.5 Juicio en que no se aplica	224
3.8.5.6 Estudio procesal de aplicación	225
3.8.5.7 Supuesto de inactividad	226
3.8.5.8 Caducidad de incidentes	226
3.8.5.9 Interrupción de la caducidad	227
3.8.5.10 Declaración de la caducidad	227
3.8.5.11 Impugnación	228
3.8.5.12 Costas	228
3.8.6 OPINIÓN CRÍTICA	228
3.8.7 CONCLUSIÓN	229
3.9 LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL	230
3.10 JUICIO DE AMPARO	231
3.10.1 CLASES DE JUICIO DE AMPARO	232
3.10.2 HIPÓTESIS DE PROCEDENCIA DEL AMPARO	232
3.10.3 AUTORIDADES COMPETENTES PARA CONOCER DEL AMPARO DIRECTO	233
3.10.4 FORMAS DE INICIAR EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO	233
3.10.5 PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA	234
3.10.6 INICIO DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO	235
3.10.7 SUPLENCIA DE LA QUEJA Y SUPLENCIA DEL ERROR	236
3.10.8 TRAMITACIÓN REGULAR DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO	236
3.10.9 INCIDENTES DE COMPETENCIA	238
3.10.10 INCIDENTE DE NULIDAD	239
3.10.11 CÓMPUTO DE LOS TÉRMINOS	240

CAPITULO IV

FORMAS DE CONCLUSIÓN DEL PROCESO, A TRAVÉS DEL SOBRESEIMIENTO 241

4.1 SOBRESEIMIENTO	241
4.1.1 HIPÓTESIS	241
4.1.2 TRÁMITE Y EFECTOS	243
4.2 SENTENCIA	244
4.2.1 NOCIÓN Y CLASIFICACIÓN	245
4.2.2 ELEMENTOS	250
a) Elementos de forma	251
b) Elementos de fondo	252
4.3 APELACIÓN A LA RESOLUCIÓN DEL SOBRESEIMIENTO	254

CAPÍTULO V

LA COSA JUZGADA 258

5.1 DERECHO A INTERPONER ALGÚN RECURSO COMO GARANTÍA INDIVIDUAL	283
5.2 PLANTEAMIENTO	287

CONCLUSIONES 314

CONSIDERACIONES PERSONALES 318

BIBLIOGRAFÍA GENERAL 324

LEGISLACIÓN 336

JURISPRUDENCIA 337

DICCIONARIOS 338

REVISTAS 339

ACUERDOS 340

INTRODUCCIÓN

Este pequeño trabajo tiene una serie de meditaciones sobre la naturaleza del sobreseimiento en su dimensión jurídica, así como de su propia naturaleza sobre la prueba y algunas cuestiones jurídico-filosóficas sobre dicha institución.

En ellas, la absorción de la dialéctica y el esfuerzo de la reflexión jurídica están de tal manera enlazadas, que no es posible una estricta delimitación de estos ámbitos.

Se abandona el trabajo fatigoso de mencionar una lista de difusión de autores, por estimarla como una vana pompa de erudición, y adoptamos la arriesgada aventura del propio pensamiento.

Aunque encontrar una razón es siempre difícil, queda el alivio y el recurso de la hipótesis.

Corta será la enumeración de tratadistas y solamente para fines de orientación.

El jurista vive siempre inquieto. Pregunta y demanda soluciones. Busca la certeza y la verdad, para poder saltar de esta plataforma a la evidencia que es la prueba absoluta de la verdad, lo definitivo, la plenitud en toda su claridad y en toda su "simplicidad" iluminadora de manera concreta.

Debe ser irreductible enemigo de la contradicción. No debe tolerar que las ideas supremas, universalmente válidas, entren en conflicto entre si.

Aquí desaparecen las perplejidades ante la última interrogante, la última de todas y que se agiganta en la vida procesal penal: ¿Es responsable el imputado? ¿Es inocente? El hombre, intrínseca y entitativamente, tiene su propia expresión en las raíces metafísicas de la moral.

Pero como las dramáticas vicisitudes de lo temporal pueden influir para que se borre o trate de olvidarse esa fuerza del deber, esa normatividad ética y esa ordenación jurídica, se cae fácilmente en la falta administrativa y en el delito, haciendo un uso indebido de la íntima expresión que su propio “yo” le confiere.

El “permanecer” y el “estar” del hombre, en tanto ser privilegiado que se pertenece y determina mediante un acto de voluntad, implica libertad de hacer, de decir, liberación de ligaduras externas y libertad de querer, o sea, la liberación de las necesidades internas.

Siendo esto el fruto de la actividad intelectual en ejercicio y que se debe a esa sustancia incorpórea que se llama espíritu, misma que le da categoría noble y elevada de persona por su elevada alcurnia.

La estructura de estas meditaciones presenta dos características: esbozo de esperanza para llegar a la verdad y perspectiva de esa esperanza en la que predomina el esfuerzo teórico.

Ambas van engarzadas por interno vínculo, la reflexión, bosquejada al principio, hasta llegar a la consecuencia jurídica necesaria, es decir, razonamiento y justificación respecto de una conducta típicamente antijurídica y culpable, o con relación al proceder o comportamiento que no se adecua a la norma que tipifica.

En ambos casos se trata de un acto de afirmación que supera el ámbito de lo condicionado y providencial que ha venido flotando en el proceso, y se coloca en el horizonte de incondicional e irrevocable, porque así lo dicta la conciencia, así lo requiere la convicción, así lo ordena el lenguaje de la verdad y así lo reclama la expresión de la evidencia, que es la consumación absoluta para la solemne decisión del órgano jurisdiccional, válida por su propia esencia, como realización lógica y como proceso dialéctico y evolutivo de la dinámica interior: la existencia humana se encuentra denominada en todas sus dimensiones, por un deseo de verdad y este impulso

primigenio se realiza, de manera principal, en el razonamiento de justificación de la prueba y para el debido logro del sobreseimiento. Por consiguiente, es necesario conocer primero para después probar.

La prueba, como realidad jurídica, es garantía y escudo de la dimensión humana del imputado, por la potencia dialéctica que le reviste y por la proyección en la convivencia social a la que retorna el sentenciado si es absuelto, o de la que se le separa por condena.

Es la prueba causa eficiente de la sentencia, síntesis del drama que se agita en el proceso penal y cuya enorme resonancia esplende con singularidad histórica en los anales de la judicatura como fruto del pensamiento jurídico al servicio de la justicia clara y definitivamente consumada.

Quedando así encerradas como en un claustro, la apología y el epílogo de la verdad que tanto se buscó en el proceso, entre malabarismos y turbulencias legalistas, pero lícitas, de quienes participaron en la contienda procesal y desarrollaron, de acuerdo con los principios de la “contradicción procesal” y de la “adquisición procesal”, una actividad fiscalizadora de la administración de justicia, debido, en parte, al desmedido crecimiento del aparato administrativo que reduce la esfera de libertades del imputado en el trámite expedito de la “causa penal”, que indudablemente lo dañan en su esfera jurídica.

El tratamiento del fenómeno jurídico del sobreseimiento es un tema que atormenta – *vexata quaestio*–, aunque por otra parte tenga carácter laudatorio cargado de expresión dialéctica.

La bondad o deficiencia en el proceso penal, puede calificarse, atendiendo a la forma de la valoración de la prueba, a la posición jurídica que el órgano jurisdiccional establece sin abandonar los rieles de la constitución, y a la interpretación lógica que responde a la naturaleza de la comunicación intelectual y supone la libertad –hemos de insistir– de “hacer” y la libertad de “querer”: liberación de trabas extrínsecas, liberación de las necesidades intrínsecas de la elección.

La consistencia de toda argumentación, inspira una confianza total, pétreo e inquebrantable, y naturalmente irrefragable, porque para penetrar la realidad jurídica procesal, entenderla y concebirla, el Juez solo dispone de un medio único y extraordinario: LA RAZÓN.

Así pues en la libertad de la valoración estamos frente a la inteligencia en fecunda actividad, que sólo prospera en razón directa de la fuerza y dignidad moral, del argumento lógico y de la apreciación jurídica.

Aquí, en este trabajo, se plasma la voz lejana y el eco también distante, sintéticos y ordenados, de las ideas que se fueron perfilando en la cátedra y en la administración de justicia cuando se pudo, pues al igual que algunos compañeros jueces también he sido víctima de la soberbia de mis superiores, y en una especie de coloquio de búsqueda y complemento con alumnos, en mutua preocupación serena y luciente, porque no cabe duda que un magisterio que se alarga para ser realmente fructífero y eficiente, debe avenirse a las radiantes exigencias de la psicología estudiantil y que seguro por eso no envejece, porque siempre permanecerá presente en la imagen de los estudiantes, envueltos en una mutua corriente de simpatía por el también presente recuerdo en las aulas universitarias.

Y por último, debe decirse que el fin inmediato que se ha perseguido, en esta investigación del sobreesfuerzo, tema escaso, lo es la realidad práctica, a través de la verdad, o la pretensión de descubrir y reconocer dicha verdad, y mostrarla en este trabajo, porque en ella siempre encontrará la humanidad inviolable refugio.

Si conocer es interrogar y si la pregunta es curiosidad, el concepto es una idea iniciadora del comprender, hablando con toda propiedad y con el mayor vigor razonable.

Sin embargo, debemos reconocer que la sabiduría mayor consiste en confesar la humildad ontológica del hombre, elevada a la categoría de virtud, y admitir fronteras y horizontes que le limitan el vuelo de la razón.

El nacimiento de la fórmula que la inteligencia propone para la designación y agrupación de algo, permite con la idea precisa que proporciona legitimidad y justificación.

De esta manera se deja anulada la situación contingente y efímera que encadena para siempre las vicisitudes que encarnan en lo temporal, pero no en la esencia que penetra y llega a la raíz de la convivencia humana, que no es sino la dimensión jurídica del hombre, y que es nada menos lo que da la categoría de ciudadanos del universo. Esto se impone incondicionalmente, con la severa austeridad de su esencia, como una orden implícita que no admite réplica psicológicamente factible y metafísicamente fundado.

Nuestro propósito es contribuir, con toda honestidad intelectual y verdadero recato jurídico, en la fecunda evolución de los estudios realizados por los procesalistas mexicanos en los últimos tiempos dentro del juego de interferencias de tratadistas de otras latitudes, que para eso están abiertas las vías de comunicación tanto como en el foro como en el aula, dejando a un lado peregrinas novedades, superficiales, frívolas y falaces.

Si la etimología enseña que el vocablo progreso significa acción que va hacia adelante, que avanza y prosigue, desde una referencia axiológica solo es favorable cuando se realizan valores que perfeccionan categorías y decisiones de conducta, para lograr el bien y la justicia.

Este afán exige rigor ético, pureza lógica y pulcritud jurídica, por tratarse de un tema a la vez informativo, crítico y sistemático, que también exige la concisión y elegancia del *honeste vivere*.

Debe tenerse en cuenta el sentido de la realidad y el señorío de los principios.

Lo primero es experiencia del Juez. Lo segundo, experiencia del catedrático.

En ambos, con responsabilidad social y moral, buen manejo de método y análisis riguroso, serenidad y dominio en el maestro, como resultado de exigencias superiores del espíritu.

Esta es la tónica que se pretende dar al presente estudio del sobreseimiento.

Cualquier tema de naturaleza procesal, y el Derecho Procesal mismo, está firmemente vinculado en todas sus manifestaciones con el derecho sustantivo y su estructuración en “tipos penales”.

Más todavía: sin proceso penal el derecho sustantivo solo tendrá una vida abstracta sin aplicación. El primero le da desenvolvimiento y dinamismo, aplicación y vigencia concreta al segundo, y así se realiza el orden jurídico del Estado en su función normativa de establecer conductas como hipótesis en espera de adecuación.

Es necesaria la indicación del *“praeceptum legis”*, para llegar a la *“sanctio legis”*, como innegable es el “antecedente” para encaminarse al “consecuente”.

El derecho es producto de una tradición elegante, esclarecida y de poderosa estirpe del pensamiento de juristas.

El derecho también es un hecho social con vida normativa dentro del mundo como historia, para tener el mundo de la historia y analizar el ritmo de la misma, sin petrificación de doctrinas.

Como hecho social positivo, el derecho proporciona fuerza moral, convertido en orden normativo, exige vasallaje, respeto y obediencia, porque lleva implícita la protección de autoridad.

Pero se aclara: ni la obediencia sin razón, ni cobarde sumisión de conciencia. Oswald Spencer dijo que la historia es el acontecer actual, disparado hacia el futuro y con la vista hacia el pasado.

La norma realizadora y de contenido procesal, describe cómo debe realizarse el proceso, y hace posible la realización jurídica del “esquema” legal, constitucionalmente establecido e indefectiblemente integrado en “tipos” con férrea y rigurosa construcción sistemática y ordenada.

El tipo es una abstracción dentro de la técnica penal y en variedad taxativa. Es un catálogo en el mundo, abstracto de la norma con posibilidad de realización concreta con adecuación de conducta: es una especie específica configuración.

No hay autonomía, sino concordancia y ajuste: la norma penal no se viola, la conducta es la que se adecua a la norma.

Bien, pues bienvenidos a la institución procesal del sobreseimiento.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1.- Evolución Histórica

“La historia de este instituto jurídico-procesal penal es muy pobre, inició en la época contemporánea, lo cual indica que fue desconocida en épocas pasadas, como la prehistórica, la antigua, medieval, renacentista y moderna; debiéndose ello al tipo de regímenes políticos y sistemas de enjuiciamiento como el inquisitivo o mixto con tendencia al último, que prevaleció en esos períodos y cuyas características son precisadas por Alfredo Vélez Mariconde”.¹

En este orden de ideas, las del sistema inquisitivo son:

“a) Es propio de los regímenes despóticos, cuyas trazas visibles se hayan en Roma Imperial, y que triunfó en Europa Continental durante la Edad Media”;

“b) La jurisdicción es ejercida por Magistrados permanentes que representan al Rey, Monarca o Emperador, la cual lleva implícitamente la idea de la doble instancia imperante”;

“c) La acción es ejercida por un procurador real, pero es promovida ex officio por el propio magistrado inquiriente mediante el eventual concurso de una denuncia secreta, lo cual significa que la acción se confunde con la jurisdicción; se abandona así el principio acusatorio”;

“d) El juez tiene un poder absoluto de impulsión del proceso e investigación de la verdad; es el director único de aquél, mientras el acusado sufre refinadas torturas y carece total o parcialmente del derecho de defensa”;

“e) Lógicamente, la prisión preventiva con la incomunicación del imputado es una regla sin excepción”;

“f) En la valoración de la prueba rige el sistema legal o positivo”;

¹ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Editorial. Porrúa, 11ª Edición., México 1989 p. 64.

“g) El procedimiento escrito, absolutamente secreto y no contradictorio”;

“h) La arbitraria y omnímoda voluntad del príncipe ataca y vulnera el principio de cosa juzgada.”²

En tanto que las del mixto son:

“a) La jurisdicción es ejercida durante la instrucción (sumario) por un juez técnico y durante el juicio (plenario) por un tribunal popular o técnico”;

“b) La acción penal es ejercitada por un órgano estatal, el Ministerio Público, aunque en algunos países se acuerda también al damnificado el derecho de acusar, y este puede ejercer acción civil resarcitoria que se basa en el delito”;

“c) La sustitución de los sujetos procesales es distinta en las dos etapas del proceso, durante la Instrucción preparatoria, el juzgador es el director de la Investigación, mientras el fiscal y las partes sólo ponen pruebas que aquél practicará si las considera pertinentes y útiles; durante el Juicio, el juzgador actúa generalmente como arbitro y las partes gozan de iguales derechos”;

“d) En cuanto a la valoración de la prueba, rigen los sistemas de íntima o libre convicción según actúe, respectivamente un tribunal popular o técnico”;

“e) El procedimiento varía fundamentalmente en las dos etapas del proceso: durante la instrucción preparatoria, aquel es escrito, limitadamente público y contradictorio; durante la instrucción definitiva o en el juicio propiamente dicho, el procedimiento es oral, público, contradictorio y continuo”.³

Como se aprecia, en el sistema inquisitivo la personalidad del hombre, su libertad y dignidad, no son ya ingredientes de nuevo ideario, que parece elevarse y consolidarse sobre el temor al pecado y al delito. El estado se agiganta y prescinde casi absolutamente del interés del ofendido; surge la figura del inquisidor, desplazando a la del juez, que actúa de oficio, por iniciativa propia, para castigar al pecador o al delincuente; el acusado deja de ser una persona con derechos y se convierte en el

² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Curso de Derecho Procesal Penal*. Editorial. Porrúa., 9ª Edición México 1989 p. p. 95 a 112.

³ VÉLEZ MERCADO, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*. Ediciones Lemer S. A. Tomo I 2ª Edición, Buenos Aires 1986 pp. 22-24.

objeto de severa persecución; la tortura se justifica plenamente, como medio de arrancar la confesión del inquirido; la prisión preventiva de éste, lógicamente es la regla general. El proceso actual es un instrumento de castigo. La idea de justicia parece obnubilada, por una concepción autoritaria y despótica del estado de policía.

Todo medio es legítimo para defender a la sociedad. Este tipo inquisitivo muere, naturalmente, cuando triunfan las ideas individualistas que se consolidaron en el siglo XVIII y que consagró la Revolución Francesa.

“Después de un período de reacción, el Código francés de 1808 establece un sistema mixto donde se produce una justificación de las concepciones extremas que antes triunfaron”.⁴

Desde entonces el legislador busca afanosamente un equilibrio entre los intereses individuales y sociales.

Se reconoce la necesidad de que el estado administre la justicia penal con el menor sacrificio de la libertad personal.

Se abandonan los resortes que afectaban al acusado, se instituyen dos etapas distintas del proceso (una preparatoria que se realiza por el escrito y otra definitiva, donde se prevalece la forma oral).

“Durante esta etapa lo relevante es que se afirma la defensa como elemento esencial del proceso”.⁵

Así las cosas, resulta difícil que esta figura procesal haya figurado en las épocas oscuras de la prehistoria, la antigüedad, el medioevo y el renacimiento, pues aún en la época antigua en donde se ubicaría la cultura greco-romana se puede afirmar que predominaba el proceso de tipo acusatorio.

⁴ Ibid. pp. 22-24

⁵ Ibid. pp. 20 y 21.

“Aquí el individuo ocupaba un primer plano y el estado pasaba a ser secundario, pues el legislador piensa ante todo en la libertad y dignidad del hombre y el defensor en donde su figura se engrandece”.⁶

“Lo cierto es que todavía no surgía el Ministerio Público, quien es la figura central del sobreseimiento como posteriormente se destacará, institución que hace su aparición en Francia con los Procureurs du Roi Monarquía Francesa del siglo XIV, instituidos pour la defense des interets du prince et de Etat”.⁷

Como lo señala Juventino V. Castro, esto es sólo una deducción, habida cuenta de que ningún autor hace referencia a su evolución histórica. Ello porque si esta figura procesal-penal, es un derecho de todo gobernado sujeto a proceso penal, el sistema de tipo inquisitivo y el mixto con tendencia a este último, prevaleciente en la casi totalidad de los pueblos antiguos, no incluían en sus ordenamientos respectivos a tal figura.

A este respecto Bettiol señala: “Las experiencias políticas recientes han demostrado como en nombre del totalitarismo la regla *in dubio pro reo* debía ser abandonada a favor del principio auténtico *in dubio pro civitate*”.⁸

Ahora bien, en cuanto a nuestro derecho patrio en materia procesal penal, en la Época Colonial, fue el derecho hispano el que prevaleció en nuestro país y especialmente las Leyes de Partidas, mismas que siguieron observándose en México muchos años después de consumada la Independencia y de ellas Juan José González Bustamante indica:

“Como las Siete Partidas estructuraban el proceso penal en el sistema de enjuiciamiento de tipo inquisitorio, resultaban confundidas las disposiciones de carácter eclesiástico, profano, oral y real”.⁹

⁶ Ibid. pp. 20 y 21.

⁷ V. CASTRO, Juventino. *El Ministerio Público en México*. Editorial. Porrúa, 6ª Edición, México, 1985, p. 175.

⁸ BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*. Editorial. Bosch, Casa S. A. Barcelona 1977 p 175.

⁹ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*. Editorial. Porrúa, 7ª Edición, México, 1983, p. 15

Lo cual se considera que fue difícil que se haya previsto.

Antes de consumarse la Independencia de México, el proceso penal se encontraba regido por el sistema de enjuiciamiento inquisitorio, en tanto que después de la época de la Independencia; los cambios frecuentes de los gobiernos que se sucedían y las revoluciones y cuartelazos que ocurrían en la República, así como la lucha sostenida contra la intervención y el imperio, mantuvieron en un estado letárgico a nuestras instituciones procesales, sin que pudiera darse una efectiva labor de codificación.

“La falta de codificación originaba que los jueces dirigiesen el proceso a su modo, invocando preceptos varios”.¹⁰

Como podrá establecerse la figura a estudio pertenece a la época moderna y, por tal razón, es difícil encontrarla reglamentada en épocas pasadas y el instituto que se comenta pertenece a los sistemas mixtos de enjuiciamiento criminal, con tendencia al acusatorio; puede decirse que desde el Código de Napoleón de 1808 existen más probabilidades de reglamentación o civilismo, es por ello que la doctrina no habla de los orígenes del sobreseimiento.

Respecto de nuestro país, puede evidenciarse que durante la Colonia no pudo haberse previsto y aún en parte de la época independiente, toda vez que la estructura del procedimiento penal era de tipo inquisitivo.

1.2 ANTECEDENTES DOCTRINALES DEL SOBRESEIMIENTO

1.2.1 SOBRESEIMIENTO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA.

En esta parte examinaremos las siguientes leyes:

¹⁰ Ibid. pp. 18-20

- 1.- Los procedimientos anteriores a 1853;
- 2.- La Ley Lares de 1853 y
- 3.- La Ley Miranda de 1858.

Se entendía por sobreseimiento la cesación en el procedimiento criminal contra un procesado, en cualquier estado del proceso en que apareciere inocente el mismo; se sobreseerá desde luego respecto a él, declarando el procedimiento no le pare ningún perjuicio en su reputación; y sobreseerá asimismo el juez si terminado el sumario viere que no hay mérito para pasar más adelante, o que el procesado no resultó acreedor sino a alguna pena que no pase de reaprehensión, arresto o multa, en cuyo caso la aplicará al promover el sobreseimiento.

“El auto en el que se mande a sobreseer, se consultará siempre a la audiencia del territorio (artículo 51 del Reglamento del 26 de septiembre de 1835)”.¹¹

En la procedencia del sobreseimiento de la causa y soltura del procesado no siempre se seguía el juicio criminal por todos sus trámites hasta sentencia definitiva, pues algunas veces el juez tenía que proveer un auto en que mandaba cesar o suspender el procedimiento, para no continuarlo jamás o para seguir su curso cuando sobreviniera un nuevo motivo.

Esta cesación o suspensión se llamaba sobreseimiento y la misma tenía lugar en los siguientes casos:

- 1.- Cuando principiado el sumario no resultaba la preexistencia del delito, esto es, no se tenía la comprobación del hecho criminal, pues faltaba entonces el fundamento en que debía estribar todo el proceso;
- 2.- Cuando si bien el delito resultaba comprobado, no aparecía quién era el que lo había cometido (probable responsable);

¹¹ PIÑA Y PALACIOS, Javier. *Los Recursos en el Proceso Penal*. Biblioteca Mexicana de Prevención y Readaptación Social, serie Manuales de Enseñanza, México, 1976, p. 67.

3.- Cuando habiéndose procedido contra alguna persona por haber en contra de ella sospechas o indicios y los mismos se desvanecían, del tal modo que se hacía patente su inocencia;

4.- Cuando, terminando el sumario, veía el juzgador que no había meritos para pasar más adelante, o que el procesado no resultaba acreedor sino alguna pena leve que no pasará de reaprehensión, arresto o multa.

En el primer caso no podía recaer la providencia del sobreseimiento, sino después de apurados todos los medios de averiguación o bien resultaba con evidencia que el delito no había sido perpetrado, como cuando se presentaba viva la persona que se suponía asesinada entonces se sobreseía la causa cerrándose el juicio de un modo absoluto definitivo; o bien todos los datos o medios de justificación que habían podido acumularse no eran suficientes para demostrar la perpetración del delito como cuando encontrándose a un hombre sin vida no se había podido averiguar si el mismo se dio la muerte o si la recibió de mano extraña, entonces se sobreseía el sumario con la calidad de por ahora sin perjuicio, con cuya cláusula el juicio quedaba abierto debiendo continuarse cuando aparecieran nuevos datos para su continuación y perfeccionamiento.

En el segundo caso se sobreseía igualmente el sumario después de agotados todos los medios de indagación, mismos que resultaban inútiles suspendiéndose con la misma cláusula de por ahora y sin perjuicio, para continuarla cuando se presentará algún dato que descubriera al que cometió el delito.

En el tercer caso no solamente había de sobreseerse en el procedimiento, cualquiera que fuere el estado de la causa; sino que además se debía poner inmediatamente en libertad al arrestado o preso sin costa alguna y declarándose que el procedimiento no le debía parar ningún perjuicio en su reputación tal como lo establecía el artículo 11, disposición IV del artículo 51 del Reglamento de Justicia.

En lo antiguo se necesitaba en este sobreseimiento la conformidad o consentimiento del reo condenado; pero después del reglamento citado se llevaba a efecto sin oírle y admitirle apelación, por que se tienen por bastantes garantías, la audiencia que se le ha prestado y la defensa o exculpación que ha hecho en la confesión con cargos y además la aprobación del Tribunal Superior al que debe consultarse.

“No se podía cortar en ningún caso el sobreseimiento de la causa y soltura del reo sin que previamente se comunicaran los autos al Promotor Fiscal, siendo el delito público y aún había quienes querían que se comunicara y ofreciera también a la parte ofendida, así en los delitos públicos como en los privados, a fin de que aquel no presentara su dictamen y éste pudiese manifestar lo que le conviniera; pues tal vez el juez con lo alegado por el uno y el otro podía variar su opinión y determinar la continuación de los procedimientos ya que el juez era el verdadero responsable del cumplimiento de las leyes y la continuación del reo en su estado de preso o detenido”.¹²

a) Ley de Lares de 1853.

El sobreseimiento en la Ley de Lares de 1853 expresaba en su artículo 379: “Los jueces sobreseerán en las causas si terminando el sumario viesen que no hay mérito bastante para pasar más adelante o que el procesado no resultaba acreedor, sino a una pena leve que no pase de reaprehensión, arresto o multa, en cuyo caso la aplicación se hacía al promover el sobreseimiento. El auto en el que se mandaba a sobreseer, se consultaba siempre al Tribunal Superior, y el que sin más tramite, que la audiencia del fiscal lo aprobaba, la reprobaba o modificaba sin el ulterior recurso”.¹³

b) Ley de Miranda de 1858

El sobreseimiento en la Ley Miranda se encontraba previsto en su artículo 477 el cual expresaba: “Los jueces sobreseerán en las causas si terminando el sumario viesen que

¹² ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1981, p 114.

¹³ PIÑA Y PALACIOS, Javier. *Los Recursos en el Proceso Penal*. op. cit. p 70.

no hay mérito para pasar más adelante o que el procesado no resulta acreedor sino a alguna pena leve, que no pase de reaprehensión, arresto o multa, en cuyo caso la aplicarán al proveer el sobreseimiento, el auto en el que se mande a sobreseer se remitirá siempre para su revisión al Tribunal Superior que corresponda”.¹⁴

De lo anterior puede concluirse que en estas dos leyes, no existía una gran diferencia ya que ambas establecían que en el caso en que fuera procedente el sobreseimiento, el auto que lo decretaba debía ser revisado por el Tribunal Superior quien decidía en definitiva, si era procedente el mismo.

1.2.2 EVOLUCIÓN ORDINARIA COMÚN

Códigos de Procedimientos Penales de 1880, 1894, 1929 y 1931.

En cuanto a nuestros ordenamientos procesales que han estado vigentes en el Distrito Federal tenemos:

- a) Código de Procedimientos para el Distrito Federal y Territorio de Baja California del 1º de junio de 1880;
- b) Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales del 6 de julio de 1894;
- c) Código de Organización de Competencia y Procedimientos en Materia Penal para el Distrito Federal y Territorios del 15 de diciembre de 1929 y
- d) Código de Procedimientos Penales para el Distrito y territorios Federales de 1931, en la actualidad sólo para el Distrito Federal al haberse eliminado en 1974 los territorios federales y erigirse en Estados Libres y Soberanos, Baja California Sur y Quintana Roo.

Referente a ellos se ha establecido lo siguiente:

Respecto al Código de 1880 señala Guillermo Colín Sánchez “En sus disposiciones se establece un sistema mixto de enjuiciamiento en cuanto a algunas instituciones como el

¹⁴ Ibid., p. 71.

cuerpo del delito, búsqueda de las pruebas; pero en otro orden aunque suavizado, impera el sistema inquisitivo”.¹⁵

Juan José González Bustamante señala que el único precepto del ordenamiento comentado que parecía referirse a la Institución en comento era el 276.

Artículo 276.- “Si el Ministerio Público concluyere manifestando que no ha lugar a la acusación, se remitirá el proceso al Tribunal Superior, el que, con la sola audiencia del Ministerio Público, decidirá en el término de 15 días, si se debe o no someter a justicia al inculpado.

En el primer caso se devolverá el proceso al juez para que continúe el procedimiento y en el segundo, para que lo archive y ponga en libertad al inculpado”.¹⁶

En el citado precepto se incluye al sobreseimiento tanto provisional como definitivo, habida cuenta que en este supuesto faltaría la acusación del Ministerio Público y decimos provisional o libre jurisdiccional; pues el mismo ordenamiento en el numeral que a continuación se transcribe se establecía:

Artículo 277.- “Si el Ministerio Público promoviere nuevas diligencias y el juez las estimare procedentes, dispondrá que se practiquen y terminadas que se ponga de nuevo el proceso a la vista del Ministerio Público, para los efectos del artículo 274 que hablaba de las conclusiones ministeriales, si el juez creyere que las diligencias son improcedentes, así lo declara y este auto será apelable en ambos efectos”.¹⁷

Pues bien, en el supuesto de que el Ministerio Público no promoviere diligencias sería definitivo, pero si las promoviere y el juez creyere que las mismas son procedentes, sería provisional; si el juzgador no las estimare procedentes se volvería al definitivo el cual al promover la apelación, y resultaren procedentes los agravios se volvería al

¹⁵ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Editorial. Porrúa, op. cit., p. 43.

¹⁶ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*, op. cit.; p. 36.

¹⁷ Ibid.

provisional y definitivo, si no fueren procedentes; ahora bien, todo esto sería muy aventurado ya que el numeral citado no precisa la causa por la cual se pondría en libertad al inculpado sólo se limitaba a establecer que se archive el expediente.

“Lo mismo sucede con el Código de Procedimientos Penales de 1884 del cual se dice que continuó imponiendo el sistema mixto, conservando la doctrina francesa reconocida ya en el Código de Procedimientos de 1880”.¹⁸

Respecto al Código de organización, competencia y procedimientos en materia penal para el Distrito Federal y los territorios, éste tuvo una vida fugaz y poco se habla del mismo.

“Lo que se dice es que creó un sistema absurdo, de tal manera que la falta de congruencia en este aspecto, su inoperancia y otros defectos más que se le señalaron dieron lugar a que fuera sustituido (el 27 de agosto de 1931) por el Código de Procedimientos Penales vigente en el Distrito Federal”.¹⁹

No obstante lo criticado de este Código por redactores de 1931, observamos que daba las bases del sobreseimiento, tanto administrativo como jurisdiccional y que tomó el Código de Procedimientos Penales de 1931 en su articulado (artículos 6º, 323 y 324).

En efecto, el Código de Organización, Competencia y Procedimientos en Materia Penal para el Distrito Federal y los Territorios del 15 de diciembre de 1929, en el ordinal que a continuación se cita, refería:

Artículo 207.- “El Ministerio Público podrá pedir al juez la aplicación de la sanción correspondiente al caso concreto de que se trate o la libertad del detenido, sea porque el delito no haya existido; sea porque existiendo no sea imputable al detenido o porque

¹⁸ Ibid., pp. 23

¹⁹ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. Editorial Porrúa, op. cit.; p 44.

*exista a favor de éste alguna de las circunstancias excluyentes de responsabilidad a que se refiere el Capítulo Sexto Título I Libro Primero del citado Código Penal”.*²⁰

*Artículo 209.- “En el segundo caso del artículo 207 el Agente del Ministerio Público presentará al juez de los autos sus conclusiones, en las que expresará los hechos y preceptos de derecho en que se funda para pedir la libertad del acusado”.*²¹

Numerales ubicados en el Libro Segundo Título Segundo del Capítulo I, denominado de la Acción Penal, esto es en cuanto al sobreseimiento administrativo, pues de igual forma sentó las bases del sobreseimiento jurisdiccional al establecer en los artículos 295, 296, 298 y 299; ubicados en el Capítulo V del Título Tercero del Libro Segundo denominado De la Instrucción, todo lo relativo a la institución en comento.

Estos artículos establecían:

*Artículo 295.- “Si las conclusiones del Ministerio Público fuesen de no acusación o contrarias a las constancias procesales el juez remitirá la causa y las conclusiones al procurador de justicia para que las modifique o las confirme”.*²²

El juez señalará en que consiste la contradicción cuando este sea el motivo de la remisión.

*Artículo 296.- “Para los efectos del artículo anterior, el Procurador de Justicia oír a sus agentes auxiliares y decidirá si son o no de confirmarse o modificarse las conclusiones formuladas por el Agente”.*²³

Artículo 298.- “Si el pedimento del Procurador fuere de no acusación como el formulado por el Agente, el juez dictará un auto sobreseyendo en el asunto y ordenando la

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

²² Código de Organización de Competencia y Procedimientos en Materia Penal para el Distrito Federal y Territorios, del 15 de diciembre de 1929, p. 110.

²³ Ibid.

inmediata libertad del procesado si lo hubiera, en caso contrario continuaran los procedimientos del Juicio en la forma que este Código Prescribe".²⁴

Artículo 299.- "El auto de sobreseimiento producirá los mismos efectos que la sentencia del citado cuerpo de leyes".²⁵

Como se aprecia este Código fue el pionero del sobreseimiento tanto administrativo como jurisdiccional, pues contrario a los dos anteriores, precisa la causa por la cual se archivará el expediente y se pondrá en inmediata libertad al imputado.

Estos son casos de sobreseimiento definitivo aclarando que también contempló los del sobreseimiento provisional en el capítulo Sexto del Título Tercero del Libro Segundo, denominado "De las excepciones".

Artículo 300.- "Las partes en cualquier estado del proceso podrían promover que se declarara extinguida la acción penal".²⁶

Artículo 303.- "Cuando la excepción alegada fuere estimada procedente a juicio del Ministerio Público y la opinión de éste confirmada por el Procurador, cesará todo procedimiento, mandando sobreseer y archivar el proceso poniendo en libertad al inculpado en su caso y de ser declarada improcedente, continuará el procedimiento por todos sus trámites sin perjuicio de que el juez en la sentencia declare extinguida la acción penal".²⁷

En lo concerniente al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 1931, sigue en todos sus términos la línea del de 1929, preceptuando en su articulado en relación a este tema lo siguiente:

²⁴ Ibid., p. 112.

²⁵ Ibid., p. 113.

²⁶ Ibid., p. 116.

²⁷ Ibid.

*Artículo 6°.- “El Ministerio Público le pedirá al juez la aplicación de la sanción correspondiente al caso concreto de que se trate a la libertad del procesado, sea porque el delito no haya existido; sea porque existiendo no sea imputable al procesado o porque exista a favor de éste alguna de las circunstancias excluyentes de responsabilidad señaladas en el Código sustantivo Penal o en los casos de amnistía, prescripción, perdón o consentimiento del ofendido”.*²⁸

*Artículo 8°.- “En el segundo caso del artículo 6° el Agente del Ministerio Público presentará al juez de los autos su promoción en la que expresará los hechos y preceptos de derecho en que se funde para pedir la libertad del acusado”.*²⁹

Es importante mencionar los artículos 323 y 324 por lo siguiente:

*Artículo 323.- “Si el pedimento del Procurador fuere de no acusación, el Juez, al recibir aquél, sobreseerá en el asunto y ordenará la inmediata libertad del procesado”.*³⁰

Agregándose en el diverso:

*Artículo 324.- “El auto de sobreseimiento producirá los mismos efectos que una sentencia absolutoria”.*³¹

*Artículo 363.- “Fracción III de la citada Ley Adjetiva ha devenido inaplicable pues se refiere al jurado popular”.*³²

Artículo 551.- “En caso de la fracción II del artículo 547, la resolución que concede la libertad tendrá los mismos efectos del auto de libertad por falta de elementos, quedando expedita la acción del Ministerio Público para pedir de nuevo la aprehensión o

²⁸ Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Ediciones Delma, S. A., 3ª Edición, México, 2003, p. 456.

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid., p. 511.

³¹ Ibid., p. 512.

³² Ibid., p. 516.

comparecencia del inculpado, si aparecieren nuevos datos que lo acrediten, así como nueva formal prisión o sujeción a proceso.

En el caso de la fracción I del artículo 547 de este Código, la resolución que conceda la libertad, tendrá efectos definitivos y se sobreseerá el proceso”.³³

Ahora bien, por decreto de fecha 20 de diciembre de 1990, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 08 de enero de 1991, entrando en vigor el 1° de febrero de ese año, una serie de reformas y adiciones a nuestro ordenamiento Procesal Penal vigente de 1931 para el Distrito Federal. Es ahí en donde aparece reglamentada específicamente esta figura jurídica Procesal Penal en forma detallada aún cuando en un lugar inadecuado: Título Séptimo denominado Organización y Competencia, en el capítulo octavo y comprende los artículos 660 a 667.

Errada ubicación pues nos lleva a pensar que como estos numerales se referían al Tribunal de Menores y fueron abrogados por el artículo Segundo Transitorio del decreto del 22 de abril de 1941, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 26 de junio del mismo año o sea la Ley orgánica y Normas de Procedimientos de los Tribunales de Menores y sus Instituciones Auxiliares en el Distrito Federal; posteriormente sustituida por la Ley que crea los Consejos Tutelares para menores infractores del Distrito Federal de 1974, y ahora de 1992, ahí citaban sin ser ocupados; los legisladores con ánimo de darle vida, encajaron ahí todo lo relativo al sobreseimiento, exhibiendo así su carencia de técnica pues con crear un título aparte dentro de la institución o bien en lo relativo a la sentencia y entre esta y la finalización de la instrucción es decir en el período del juicio; o si quiere en el de los incidentes en un título bis, ya que esta figura no es cuestión de competencia u organización jurisdiccional sino de procedimiento, lo cual debe quedar bien claro, esto hace pensar que el legislador le hizo un favor especial a este abrogado título, dándole vida.

³³ Ibid., p. 551.

Aún más se reglamentó el sobreseimiento en numerales nuevos, sin derogar los ya mencionados, cuestión que debe resolverse con apoyo en el principio Ley posterior deroga a la Ley anterior.

Estos numerales establecen:

Artículo 660.- "El sobreseimiento procederá en los siguientes casos:

I.- Cuando el Procurador General de Justicia del Distrito Federal confirme o formule conclusiones no acusatorias;

II.- Cuando aparezca que la responsabilidad penal está extinguida;

III.- Cuando no se hubiera dictado auto de formal prisión o de sujeción a proceso y aparezca que el hecho que motiva la averiguación no es delictuoso o, cuando estando agotada ésta, se compruebe que no existió el hecho delictuoso que la motivo;

IV.- Cuando habiéndose decretado la libertad por desvanecimiento de datos, está agotada la averiguación previa y no existen elementos posteriores para dictar nueva orden de aprehensión, o se éste en el caso previsto por el artículo 546;

V.- Cuando esté plenamente comprobado que a favor de inculpado existe alguna causa eximente de responsabilidad;

VI.- Cuando existan pruebas que acrediten fehacientemente la inocencia del acusado;

VII.- Cuando se trate de delitos culposos que sólo produzcan daños en propiedad ajena y/o lesiones de las comprendidas en el artículo 130 del Código Penal, si se paga la reparación del daño a la víctima o al ofendido por el delito, si el inculpado no hubiese abandonado a aquella, y no se encontrase el activo en estado de ebriedad, o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o sustancias que produzcan efectos similares.

Lo anterior procederá cuando se trate de culpa calificada como grave, conforme a la parte conducente del artículo 77 del Código Penal.

VIII.- Cuando así lo determine expresamente este Código.

Artículo 661.- El procedimiento cesará y el expediente se mandará a archivar en los casos de las fracciones III y VII del artículo anterior, o cuando esté plenamente comprobado que los únicos probables responsables se hayan en algunas de las

circunstancias a que se refieren las fracciones I, II, IV, V, VI y VIII del mismo; pero si alguno se encontrare en tales condiciones, el procedimiento continuará por lo que a él se refiere, siempre que no deba suspenderse en términos de este Código.

Artículo 662. Cuando se siga el procedimiento por dos o más delitos y por lo que toca a alguno, exista causa de sobreseimiento, este se decretará por lo que al mismo se refiere y continuará el procedimiento en cuanto a los demás delitos, siempre que no deba suspenderse.

Artículo 663.- El sobreseimiento puede decretarse de oficio o a petición de parte en los casos de las fracciones I a III y VII del artículo 660 y en la última forma en los demás. Cuando el sobreseimiento sea a petición de parte, será el juez el que decida si procede o no.

En ningún caso procederá el sobreseimiento en segunda instancia. Artículo 663 interpretado a *contrario sensu*.

Artículo 664.- El sobreseimiento se resolverá de plano cuando se decrete de oficio, si fuere a petición de parte, se tramitará por separado y en forma de incidente no especificado.

Artículo 665.- No podrá dictarse auto de sobreseimiento después de que hayan sido formuladas conclusiones por el Ministerio Público, excepto en los casos a que se refieren las fracciones I, II, V, VI, y VII del artículo 660 de este Código.

Artículo 666.- El inculpado a cuyo favor se haya decretado el sobreseimiento será puesto en absoluta libertad respecto al delito por el que se decretó el auto de formal prisión.

*Artículo 667.- El auto de sobreseimiento que haya causado estado, surtirá los efectos de una sentencia absolutoria con valor de cosa juzgada.*³⁴

Estos vaivenes de ideas y de conceptos llevan a la aceptación de pensamiento de Gian Paménico Pisapia en el sentido de señalar:

“El derecho procesal penal sea una de las ramas del derecho más sensible a los cambios, principalmente político y constitucionales, aunado a ello también el hecho de que a cada cambio político corresponde más o menos inmediatamente un cambio en el Código de Procedimientos Penales o, cuando menos, la siempre advertida exigencia de tal mutación”.³⁵

³⁴ *Ibid.*, pp. 556 a 558.

³⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Los principios fundamentales del Proceso Penal, en la Constitución Italiana y en las Convenciones Internacionales*, en Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho, Ediciones Paunedille, Buenos Aires, 1970, p. 663.

CAPÍTULO II

DIVISIÓN DE LOS PERÍODOS DONDE PUEDE APARECER LA INSTITUCIÓN PROCESAL DEL SOBRESERIMIENTO.

2.1 INTRODUCCIÓN.

Es importante señalar que para efectuar todo trabajo que tenga relación con el procedimiento penal, es dable establecer que se entiende por este, entendiéndose por procedimiento penal:

“El Derecho Procesal es la disciplina jurídica reguladora de la efectiva realización del Derecho Penal, establece los principios que gobiernan esa realización y determina los órganos, la actividad y el procedimiento para actuar la Ley Penal Sustantiva.”³⁶

“El derecho Procesal Penal es un conjunto de normas que regulan y disciplinan el proceso en su conjunto y en los actos particulares que le caracterizan”.³⁷

Según Ernest Beling, el Derecho Procesal Penal: “Es la rama jurídica que regula la actividad titular del Derecho Penal (Justicia Penal-Administración de Justicia Penal)”.³⁸

Manzini afirma “El Derecho Procesal Penal es el conjunto de normas, directa e indirectamente sancionadas que se funda en la institución del órgano jurisdiccional y regula la actividad dirigida a la determinación de las condiciones que hacen aplicable en concreto el Derecho Penal sustantivo”.³⁹

Javier Piña y Palacios expresa: “El Derecho Procesal Penal es la disciplina jurídica que explica el origen, función, objeto y fines de las normas mediante las cuales se fija el

³⁶ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Editorial Edial, Buenos Aires, Argentina, 1985, p. 295.

³⁷ HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón. *El Procedimiento Penal en el Fuero Comun*. Editorial. Porrúa, S.A., 3ª Edición, México, 2000, p. 73.

³⁸ BELING, Ernest. *Derecho Procesal Penal*. Traducción de Miguel Fenech, Editorial. Labor S. A., p. 1, 1943.

³⁹ MANZINI, Vincenzo. *Derecho Procesal Penal*, Editorial Egea, Buenos Aires, 1989, p. 107.

“*quantum*” de la sanción aplicable para prevenir y reprimir el acto u omisión que sanciona la ley penal”.⁴⁰

A nuestro juicio, el Procedimiento de Derechos Penales es el conjunto de normas que regulan y determinan los actos, las formas y formalidades que deben de observarse para hacer factible la aplicación del Derecho Penal Sustantivo.

El conocer la división del procedimiento penal mexicano, o mejor aún el desarrollo del procedimiento, es de gran importancia de acuerdo con su finalidad inmediata, se dice importante pues no puede imaginarse un curso de Derecho Procesal Penal que descuide las etapas del proceso.

Es importante que todo estudioso del derecho conozca las fases o estadios procedimentales; abarcando el período llamado de impugnación ordinario, así como los llamados incidentes, destacando que el sobreseimiento cambia de administrativo a jurisdiccional, según el período del procedimiento en el cual nos encontramos.

Acertadamente al desarrollo de los actos que integran el procedimiento se les atribuyen diferentes efectos jurídicos y obviamente son distintos los órganos que intervienen en la realización de los mismos; destacando que la admisión de los distintos períodos es a condición de que esa distinción sólo se admita para el efecto de la tramitación de ellos, como consecuencia de la coordinación que debe existir en todos los actos procesales por el fin que persiguen, a la postre esos períodos constituirán una sola unidad que no es otra cosa que el procedimiento penal propiamente dicho.

Referente a los períodos en los que se divide el procedimiento penal al respecto González Blanco señala:

“No existe acuerdo en la doctrina procesal acerca de si es posible admitir la división de los períodos dentro del desarrollo del Procedimiento Penal.”⁴¹

⁴⁰ PIÑA Y PALACIOS, Javier. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Porrúa S. A., México, 1948, p. 7.

⁴¹ GONZÁLEZ BLANCO, Alberto. *El Procedimiento Penal Mexicano*. Editorial Porrúa S. A., 2ª Edición, México, 1995, p. 37.

Esto se debe en nuestro concepto a que no en todos los países se sigue el mismo sistema procesal y eso hace que ese problema sólo pueda resolverse si se considera un sistema procesal determinado.

Debe destacarse que aún en los Códigos que dividen o aceptan la división del procedimiento no existe acuerdo en este.

Como lo enfatiza Jorge Alberto Silva al decir: "En las leyes mexicanas la división no ha sido siempre igual e inclusive existen Códigos como el Distrital, que ni siquiera listan los períodos".⁴²

Aclarando que el consenso entre los tratadistas y las leyes han sido favorables para la división del proceso en períodos sin dejar en claro de cuales son esos períodos.

Nuestro ordenamiento adjetivo Penal vigente para el Distrito Federal, que a diferencia del Código Federal, se abstiene hacer de alguna distinción o clasificación de los actos procesales fundamentales y las actividades procedimentales que se llevan a cabo en cada uno de ellos, analizando su articulado en el mismo se distingue:

- a) El período de las diligencias de la policía ministerial que propiamente termina con la consignación.
- b) El período de la preinstrucción que principia cuando el detenido queda a disposición de la autoridad judicial y termina con la resolución dictada en el plazo de las 72 horas.
- c) El período del juicio, que va desde el Auto de Formal prisión ó Sujeción a proceso, hasta que se dicta sentencia.

La Ley adjetiva Penal vigente para el Distrito Federal sigue el método exegético.

⁴² SILVA SILVA, Jorge Alberto. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Harla, México, 1990, p. 223.

2.1.2 PRIMERA INSTANCIA.

Como ya se mencionó anteriormente el artículo 1° del Código Federal de Procedimientos Penales se refiere, específicamente, a los períodos o fases del procedimiento, a saber: averiguación previa, instrucción, juicio y ejecución. Aún cuando en la ley del Distrito Federal no existe norma idéntica a ésta del Código Federal, de la interpretación de diverso preceptos es posible deducir que en la Ciudad de México se presentan las mismas fases o períodos procesales. Sin embargo, la doctrina mexicana pese a la influencia que sobre ella ha ejercido la italiana, suele destacar de este marco el período ejecutivo, al que considera fuera del procedimiento penal.

Concebido el proceso y para que así se manifieste es indispensable que un impulso lo provoque: la acción penal.

La acción penal está ligada al proceso, es la fuerza que la genera y lo hace llegar hasta la meta deseada.

Este es uno de los conceptos más discutidos en la materia procesal, y aunque no existe acuerdo unánime entre los autores para precisarlo, las principales corrientes doctrinarias lo consideran como un derecho, como un medio y como un poder jurídico.

“En las instituciones romanas, la acción era el derecho para perseguir en juicio aquello que se nos debe”.⁴³

Este punto de vista se fundamentó en que, tanto el proceso civil como el penal estaban identificados, formando una sola disciplina integrante del derecho material.

Al evolucionar el concepto, no se le considera como un derecho en sí, diverso del derecho material, si no como el derecho material mismo en su orden subjetivo y después, como el ejercicio de ese derecho para provocar la jurisdicción.

⁴³ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, op. cit., p. 251.

Hugo Rocco “Afirma que es un derecho”.⁴⁴

Carnelutti “La concibe como un medio”.⁴⁵

Chiovenda “La define como el poder jurídico de realizar la condición para la actuación de la voluntad de la ley”.⁴⁶

Florian establece: “La acción penal es el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal”.⁴⁷

Este concepto es el que mejor se adapta al procedimiento penal en México; nos parece el más sencillo, no por eso carente de técnica, porque el poder jurídico a que se refiere es el emanado de la ley, el cual se justifica cuando se ha violado una norma del derecho penal y será precisamente en razón de la pretensión punitiva estatal cuando, previa satisfacción de determinados requisitos, se provoque la jurisdicción, cuyas consecuencias serán la declaración de la culpabilidad o la absolución del sujeto de la relación procesal.

a) Averiguación previa.

La preparación del ejercicio de la acción penal se realiza en la averiguación previa, etapa procedimental en que el Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de policía judicial, practica todas las diligencias necesarias que le permiten estar en aptitud de ejercitar la acción penal, debiendo integrar, para esos fines el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

La averiguación previa, especie de instrucción administrativa, procura el esclarecimiento de hechos *corpus criminis*, se desarrolla ante la autoridad del Ministerio Público, que solo después deviene en parte procesal.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*, Editorial Alfa, Buenos Aires, 1989, p. 220.

⁴⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios del Derecho Procesal Civil*, Editorial Reus, 1988, p. 359.

⁴⁷ FLORIAN, Eugenio. *Elementos del Derecho Procesal Penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1946, p. 147.

Comienza con la noticia del crimen obtenida por la denuncia o la querrela y culmina con el ejercicio de la acción penal o la resolución del no ejercicio de la misma.

“Las disposiciones legales que regulan esta etapa son: Los artículos 16 constitucional; 1° fracción I del Código de Procedimientos Penales en Materia Federal, y 3° fracción I y 94 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal”⁴⁸

El artículo 16 constitucional dice a la letra:

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

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

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionado por la ley penal.

En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

Sólo en los casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancias, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente de ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

⁴⁸ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. Op. cit; p. 258.

*Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas plazo en el que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial, este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal”.*⁴⁹

Artículo 3º “Corresponde al Ministerio Público:

*I. Dirigir a la Policía judicial en la investigación que ésta haga para comprobar el cuerpo del delito ordenándole la practica de las diligencias que, a su juicio, estime necesarias para cumplir debidamente con su cometido, o practicando él mismo aquellas diligencias”.*⁵⁰

*Artículo 94 “Cuando el delito deje vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Ministerio Público o el agente de la policía judicial hará constar en el acta o parte que levante, según el caso, recogéndolos si fuere posible”.*⁵¹

Rafael de Pina considera que: “El Ministerio Público ampara en todo momento el interés general implícito en el mantenimiento de la legalidad, por lo cual, en ninguna forma debe considerársele como un representante de alguno de los poderes estatales, independientemente de la subordinación que guarda frente al Poder Ejecutivo, más bien -agrega-: la ley tiene en el Ministerio Público su órgano específico y auténtico”.⁵²

Es indudable que el Ministerio Público represente en sus múltiples atribuciones al interés general y de acuerdo con ello, como quedo expresado en líneas anteriores, tal interés que originariamente corresponde a la sociedad, al instituirse el estado, queda delegado en él para proveer todo lo necesario para el mantenimiento de la legalidad, y aunque por lo general, no representa al estado en aspectos particulares de éste, concebido como persona moral, dicha representación es posible, debido a que la legalidad siempre debe ser procurada por el estado a través de sus diversos órganos.

⁴⁹ *Agenda Penal del Distrito Federal*, Ediciones Fiscales ISEF, S. A., 9ª Edición. México, 2004, p. 16.

⁵⁰ *Colección Penal*. Ediciones Depalma S. A de C. V., 3ª Edición, México, 2003, p. 455.

⁵¹ *Ibid.*, p. 471.

⁵² DE PINA VARA, Rafael. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Porrúa S. A., 18ª edición. México, 2002, p. 90 .

El estudio de la Averiguación Previa comprende los requisitos de procedibilidad (denuncia, querrela) la función de la policía judicial en sus diversas modalidades y la consignación.

El Ministerio Público puede tener conocimiento de un hecho delictuoso, en forma directa inmediata; por conducto de los particulares; por la policía o por quienes estén encargados de un servicio público; por la autoridad judicial al ejercer sus funciones, cuando aparezca la probable comisión de un hecho delictuoso en la secuela procesal (civil o penal); y por acusación o querrela.

La Denuncia

Rafael de Pina opina al respecto:

“Es el acto mediante el cual se pone en conocimiento de la autoridad de la comisión de algún delito o infracción legal”.⁵³

“La denuncia es la relación de hechos constitutivos de delito formulada ante el Ministerio Público”.⁵⁴

La palabra denuncia, denunciar, desde el punto de vista gramatical significa:

“Aviso, poner en conocimiento de la autoridad competente, verbalmente o por escrito lo que se sabe respecto a la comisión de los hechos que son o pueden ser delictivos”.⁵⁵

“A su vez, la denuncia es la transmisión de un conocimiento sobre determinado hecho con apariencia delictuosa, que cualquier persona hace (o debe de hacer) a la autoridad competente”.⁵⁶

⁵³ DE PINA VARA, Rafael. *Diccionario de Derecho*, Editorial Porrúa S. A., 18ª Edición, México, 1992, p. 223.

⁵⁴ ARILLA BAS, Fernando. *El Procedimiento Penal en México*, Editorial Porrúa, S.A., 19ª Edición, México, 1999, p. 51.

⁵⁵ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, op. cit., p. 259.

⁵⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ADATO DE IBARRA, Victoria. *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S. A., 2ª Edición, México, 2002, p. 23.

Dentro del ámbito del Derecho de Procedimientos Penales, es importante distinguir la denuncia como medio informativo y como requisito de procedibilidad.

Como medio informativo, es utilizada para hacer del conocimiento del Ministerio Público lo que se sabe acerca del delito, ya sea que el propio portador de la noticia haya sido afectado; a bien, que el ofendido sea un tercero.

De tal consideración, se concluye que la denuncia puede ser presentada por cualquier persona en cumplimiento de un deber impuesto por la ley.

La denuncia, no es, de ninguna manera, un requisito de procedibilidad para que el Ministerio Público se avoque a la investigación del delito; bastará que dicho funcionario esté informado, por cualquier medio, para que de inmediato, esté obligado a practicar las investigaciones necesarias para concluir, en su oportunidad, si aquello de lo que tiene conocimiento constituye una infracción penal y, siendo este así, quien es el probable autor.

La Querella.

“La querella es un derecho potestativo que tiene el ofendido por el delito, para hacerlo del conocimiento de las autoridades y dar su anuencia para que sea perseguido”.⁵⁷

Tratándose de los delitos que se persiguen a petición de parte ofendida, no solamente el agraviado, sino también su legítimo representante, cuando lo estimen necesario, pondrán en conocimiento del Ministerio Público la comisión del hecho delictuoso, para que éste sea perseguido, no pudiendo hacerlo en ningún caso para esta clase de delitos, sin la manifestación de la voluntad del que tiene ese derecho.

Respecto a la colocación adecuada de la querella en el campo que, en sentido general, abarcan las cuestiones penales, existen dos tendencias:

⁵⁷ FRANCO SODI, Carlos. *El Procedimiento Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S. A., 22ª Edición, México, 1999, p. 27.

“La primera sitúa a la querella dentro del aspecto general de la materia, considerándola como una condición objetiva de punibilidad.

La segunda como un instituto procesal”.⁵⁸

Manzini se manifiesta partidario de situar a la querella “Dentro del aspecto general de la materia y no admite que sea un presupuesto procesal, porque no se promueve con ella la acción penal por ser ésta una condición de derecho substancial para la punibilidad; y el hecho se hace punible y constituye, por lo tanto, delito sólo en cuanto sea querellado”.⁵⁹

“La querella es una condición objetiva de punibilidad por lo tanto, esta comprendida dentro del Derecho Penal substancial, porque el estado está limitado en su potestad punitiva, al dejar al sujeto pasivo del delito en libertad para poner en movimiento la acción penal”.⁶⁰

“La doctrina contemporánea más connotada sitúa a la querella dentro del campo del derecho de Procedimientos Penales, considerándola como una condición de procedibilidad, la actuación del engranaje judicial está condicionada a una manifestación de voluntad del particular, sin la cual no es posible proceder”.⁶¹

En Derecho comparado la voz querella posee una doble acepción:

Como sinónimo de la acción privada y como simple requisito de la procedibilidad.

En México donde priva el monopolio acusador del Ministerio Público, la querella es simple requisito de procedibilidad.

⁵⁸ PALLARES, Eduardo. *Prontuario de Proceso Penal*, Editorial Porrúa S. A., 12ª Edición, México, 1999, p. 266.

⁵⁹ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Editorial Egea, Buenos Aires, Argentina, 1951, p. 182.

⁶⁰ MESA VELÁSQUEZ, Luis Eduardo. *Derecho Procesal Penal*, Editorial Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia, 1980, p.145.

⁶¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Curso de Derecho Procesal Penal*, Editorial Porrúa S. A., 5ª Edición, México, 1999, p. 89.

“Este requisito se plantea en el caso de los llamados “delitos privados”, para cuya persecución predomina el interés privado sobre el público”.⁶²

Aún cuando dentro de la evolución general del sistema penal, la persecución privada constituye una fase generalmente superada, razones de política criminal han mantenido cierto ámbito de vigencia de la querrela que en ciertas hipótesis tiende a ampliarse.

Precisada la denuncia y la querrela en aquellos aspectos que nos han parecido de mayor interés señalaremos cuáles son las actividades características de la función de la policía judicial.

El Agente Investigador del Ministerio Público al tomar conocimiento de los hechos, se encuentra, a primera vista ante la imposibilidad de determinar si revisten las notas distintivas del delito, y también, ante el problema de saber quién es el actor o si aquél a quien se hace la imputación lo ha cometido.

Para precisar lo anterior procede la averiguación durante la cual reunirá los elementos legales que justifiquen el ejercicio de la acción penal.

Durante esta etapa se pone de manifiesto la función de policía judicial a cargo del Ministerio Público, quien actuando como autoridad en la investigación de los hechos es ayudado por el ofendido, por los peritos y terceros.

El Ministerio Público debe agotar la averiguación previa, y en consecuencia, practicar todas aquellas diligencias que sean necesarias para reunir los requisitos del artículo 16 constitucional.

Las diligencias de averiguación previa deben de enderezarse, en primer término, a comprobar la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del sujeto activo.

⁶² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ADATO DE IBARRA, Victoria. *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*, op. cit., p. 25.

La libertad provisional administrativa, es decir, la concedida por el Ministerio Público durante el período de preparación del ejercicio de la acción penal, fue admitida, por vez primera en México por el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, cuyo artículo 154 reza:

“En las averiguaciones que se practiquen por delitos de culpa ocasionados por el tránsito de vehículos, y siempre que no concurran abandono de atropellados u otro delito de carácter doloso, y el responsable se presente voluntariamente en forma inmediata al Ministerio Público, éste tendrá facultad, bajo su más estricta responsabilidad, de conceder la libertad del defendido, previo depósito en efectivo, con arreglo a lo dispuesto en la fracción I del artículo 20 Constitucional.”⁶³”

En este caso al consignar a la autoridad judicial se prevendrá al consignado para que comparezca ante ésta dentro de las veinticuatro horas siguientes a aquella en que el Ministerio Público haga la consignación, si no comparece dentro de dicho término, el juez revocará la libertad, ordenará la detención del consignado y hará efectiva la garantía.

Ahora bien, la averiguación puede derivar hacia dos situaciones diferentes:

- a) Que no se reúnan dicho elementos.
- b) Que se reúnan.

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

1.- “Que esté agotada la averiguación, en cuyo caso el Ministerio Público decretará el archivo, es decir, el no ejercicio de la acción penal.

⁶³ ARILLA BAS, Fernando. *El Procedimiento Penal en México*, op. cit., p. 59.

2.- Que no esté agotada la averiguación, en cuyo caso el Ministerio Público deberá archivar las diligencias provisionalmente, en tanto desaparece la dificultad material que impidió llevarlas a cabo”.⁶⁴

En el segundo caso, pueden presentarse, a su vez, otras dos situaciones:

- a) Que se encuentre detenido el responsable;
- b) Que no se encuentre detenido.

Si se encuadra detenido, el Ministerio Público deberá consignarle sin poder ser retenido por más de cuarenta y ocho horas este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada.

Y si no se encuentre detenido, consignará solicitando orden de aprehensión.

“En los casos en que el delito por el cual se consigna tenga señalada únicamente sanción alternativa, el Ministerio Público se limitará en la consignación a solicitar que el juez cite al inculcado para que comparezca ante él ”.⁶⁵

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

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto que:

“Después de la consignación que el Ministerio Público hace a la autoridad judicial, termina la averiguación previa y el Ministerio Público no debe seguir practicando diligencias de las cuales no tendrá conocimiento el juez hasta que le sean remitidas después de la consignación y es inadmisibles que, al mismo tiempo, se sigan dos procedimientos, uno ante el juez de la causa y otro ante el Ministerio Público”.⁶⁶

⁶⁴ Ibid., p. 62.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ PÉREZ PALMA, Rafael. *Guía de Derecho Procesal Penal*, Cárdenas Editores, 22ª Edición, México, 1999, p. 160.

b) Preinstrucción.

Esta etapa da inicio con el Auto de Radicación llamada también “cabeza del proceso” tal y como lo señala el numeral 286 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal:

Artículo 286 bis.- “El juzgado ante el cual se ejercite la acción penal, radicará de inmediato el asunto. Sin más trámite le abrirá expediente en el que se resolverá lo que legalmente corresponda y practicará, sin demora alguna, todas las diligencias que resulten procedentes.

Si la consignación es con detenido deberá inmediatamente ratificar la detención, si ésta fuere constitucional, en caso contrario decretará la libertad con las reservas de ley.

Si durante el plazo de tres días, contadas a partir del en que se haya hecho la consignación sin detenido el juez no dictará auto de radicación en el asunto, el Ministerio Público podrá recurrir en queja ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia que corresponda.

El juez ordenará o negará la aprehensión, reaprehensión o comparecencia solicitada por el Ministerio Público dentro de los cinco días contados a partir de la fecha en que se haya acordado la radicación.

Tratándose de consignación sin detenido por delito grave o delincuencia organizada inmediatamente deberá radicarse el asunto, y dentro de las 24 veinticuatro horas siguientes la autoridad resolverá sobre el pedimento de la orden de aprehensión. Si el juez no resuelve oportunamente sobre estos puntos, el Ministerio Público procederá en los términos previstos en el párrafo anterior”.⁶⁷

Ajustándonos a los lineamientos de la legislación del Distrito Federal, la primera etapa de la instrucción se inicia en el momento en que ejercitada la acción penal por el Ministerio Público, se dicta el auto de radicación o de inicio; también llamada cabeza del proceso.

⁶⁷ Colección Penal, op. cit., p. 504.

“El auto de radicación es la primera resolución que dicta el órgano de la jurisdicción, con esta se manifiesta en forma efectiva la radicación procesal pues indudable es que, tanto el Ministerio Público como el procesado, quedan sujetos, a partir de ese momento, a la jurisdicción de un tribunal determinado”.⁶⁸

En consecuencia, tan luego como el juez reciba la consignación, dictará, como ya se mencionó anteriormente, auto de radicación, en el que resolverá si el ejercicio de la acción penal reúne los requisitos del artículo 16 constitucional.

“Este auto sujeta a las partes y a los terceros al órgano jurisdiccional e inicia el período de preparación del proceso”.⁶⁹

A partir del momento en que se reciba la consignación con detenido, el juez dispone de un término de cuarenta y ocho horas para tomar, dentro de él, la declaración preparatoria del consignado, y otro de setenta y dos horas para resolver también dentro de él, si decreta la formal prisión o la libertad de aquél.

Un sector de la doctrina mexicana sostiene que: el proceso se inicia, precisamente, con el auto al que ahora nos referimos; otros autores, en cambio hacen partir el proceso del auto de formal prisión. Evidentemente, esta última solución, halla fundamento constitucional y ha sido apoyada por la jurisprudencia, crea problemas sobre la calificación de la naturaleza de los actos que corren entre el auto de inicio, éste inclusive, y el de formal prisión, que resultarían extra procesales.

c) Instrucción

Dentro del término de setenta y dos horas, señalado en el artículo 19 de la Constitución Federal, el juez deberá resolver la situación jurídica del indiciado, decretando su formal prisión en caso de hallarse comprobado el cuerpo del delito que se le impute y su responsabilidad probable, su libertad, en el supuesto de que no se halle comprobado

⁶⁸ BORJA OSORNO, Guillermo. *Derecho Procesal Penal*, Editorial José M. Cajica Jr. S. A., Puebla, 1999, p 148.

⁶⁹ ACERO, Julio. *Procedimiento Penal*. Editorial José Cajica Jr, 7ª Edición, Puebla, 1999, p. 137.

ninguno de ambos extremos, o se halle únicamente el primero. Si el delito solamente mereciere pena pecuniaria o alternativa que incluyere una no corporal, el juez en acatamiento en lo dispuesto en el artículo 17 constitucional, en vez de dictar auto de formal prisión, dictará auto de sujeción a proceso, sin restringir la libertad de dicho indiciado, contando el término del artículo 19 constitucional a partir del momento en que aquél quedó a su disposición.

El análisis del artículo 19 constitucional demuestra que los requisitos del auto de formal prisión son de dos clases:

- a) De fondo;
- b) De forma.

De fondo, son la comprobación del cuerpo del delito y de la responsabilidad probable del indiciado.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha entendido por cuerpo del delito:

“El conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la Ley penal”.⁷⁰

“El cuerpo del delito está constituido por la realización histórica espacial y temporal de los elementos contenidos en la figura que describe el delito”.⁷¹

De forma, los requisitos formales del auto de formal prisión se encuentran señalados en el artículo 297 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, y son:

- I.- “La fecha y hora exacta en que se dicta. Este requisito sirve para comprobar el cumplimiento de la obligación de tiempo que tiene el juez para dictar la resolución
- II.- La expresión del delito imputado al indicado por el Ministerio Público.
- III.- La expresión del delito (o delitos), por el que se deberá seguir el proceso y;

⁷⁰ Tesis 93 de la segunda parte de la compilación 1917-2003, del apéndice al Tomo XCVII del Semanario Judicial de la Federación.

⁷¹ ARILLA BAS, Fernando. *El Procedimiento Penal en México*, op. cit., p. 78.

IV.- Nombre del juez que dicte la determinación y del secretario que autoriza”.⁷²

No expresar en el auto de formal prisión los requisitos exigidos por el artículo 19 constitucional, extraña, pues es una violación de garantías empero, esta violación deriva hacia resultados diferentes. La omisión de los requisitos de fondo da lugar a la concesión del amparo, y la de los de forma únicamente a suplir la deficiencia.

El auto de formal prisión produce los siguientes efectos:

- a) “Inicia el período del proceso, abriendo el término de la fracción VII del artículo 20 constitucional;
- b) Señala el delito por el cual ha de seguirse el proceso, es decir, fija el tema al proceso.
- c) Justifica la prisión del sujeto pasivo de la acción penal que, de esta suerte, se convierte de simple indiciado en procesado y;
- d) Suspende los derechos de la ciudadanía”.⁷³

El delito se señala genéricamente, sin que sea necesario expresar las circunstancias modificativas o calificativas que puedan concurrir ni el grado de ejecución del delito o de culpabilidad o de participación del procesado.

El auto de formal prisión puede ser apelado en el efecto devolutivo, interponiendo el recurso dentro de los tres días siguientes al de la notificación, o reclamado en el juicio de amparo. Téngase en cuenta que la apelación y amparo se excluyen, de suerte que si se interpone la primera y se promueve el segundo, el amparo sería sobreseído por improcedente, de acuerdo con la fracción XII del artículo 73 de la Ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales.

“Si dentro del término de setenta y dos horas no se reúnen los requisitos necesarios para dictar el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, según los casos, se

⁷² ALCALÁ ZAMORA, Niceto. *Panorama del Derecho Mexicano. Síntesis del Derecho Procesal*. Instituto de Derecho Comparado, UNAM, México, 1998, p.164.

⁷³ GUARNIERI, José. *Las Partes en el Proceso Penal*. Editorial Cajica, Puebla, 1998, p. 161.

dictará la libertad del inculpado, por medio del auto que en el procedimiento común recibe el nombre de auto de libertad por falta de méritos".⁷⁴

Esos autos son apelables en el efecto devolutivo debiéndose interponer el recurso dentro de los tres días siguientes a la notificación y en todo caso se dictan sin perjuicio de que por datos posteriores de prueba se proceda nuevamente en contra del inculpado.

El objeto del proceso está constituido por el tema que la jurisdicción tiene que decidir y que viene a coincidir con la premisa menor y la conclusión del siguiente silogismo procesal.

Cuerpo del delito

Responsabilidad

Absolución o condena

El objeto del proceso lo dividen los autores en principal y accesorio:

a) El primero nace de la pretensión punitiva del estado, afecta directamente el interés de éste, tiene, pues, un carácter fundamentalmente público y se rige por dos principios fundamentales: el de la indisponibilidad y el de la inmutabilidad.

El principio de la indisponibilidad significa que ninguna de las partes tiene facultad para desviar el curso del proceso ni para imponer al órgano jurisdiccional la decisión.

De ahí que el órgano pueda variar la clasificación legal de los hechos consignados por el Ministerio Público.

El principio de inmutabilidad del objeto del proceso significa que la relación jurídica llevada al proceso no puede tener otra solución que la que le dé en la sentencia.

⁷⁴ ARILLA BAS, Fernando. *El Procedimiento Penal en México*, op. cit., p. 89.

Empero, este principio no tiene cabida en nuestra legislación toda vez que éste faculta al Ministerio Público para desistirse.

b) El objeto accesorio del proceso está constituida, según algunos tratadistas, por una relación jurídica de orden patrimonial que se traduce en la reparación del daño causado por el delito”.⁷⁵

El proceso se ha dividido en dispositivo e inquisitivo.

Los caracteres del proceso dispositivo son, en síntesis los siguientes:

a) Solamente puede ser iniciado a instancia del titular de la acción (*nemo iudex sine actore*);

b) Solamente puede ser objeto del proceso y, por ende, de la sentencia, los hechos invocados por las partes que intervienen en aquél;

c) El juez no puede valorar otras pruebas que las ofrecidas por las partes (*quod non est in actis non est in mundo*);

d) Los hechos sobre los cuales están de acuerdo las partes, deben ser tenidos por ciertos y en consecuencia, excluidos de la prueba (*ubi partis sunt concordēs nihil ad judicē*);

e) La sentencia de estar conforme lo alegado (*sententia est secundum allegat et probata*);

f) La sentencia no puede condenar más ni a otra cosa que a la pedida (*ne eat ultra petita partium*).

“En el proceso penal mexicano prevalece el principio dispositivo, decimos prevalece porque aquel combina ambos principios, sin eliminar el inquisitivo”.⁷⁶

En el proceso dispositivo, la iniciativa probatoria corresponde, única y exclusivamente, a las partes, por lo tanto el juez esta facultado para recibir pruebas diversas de las propuestas por las partes.

⁷⁵ RODRÍGUEZ, Ricardo *El Proceso Penal en México*. Editorial Porrúa S. A., 12ª Edición, México, 1999, p. 84.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 85

La iniciativa probatoria del juez viene a sustituir a la parte por el órgano.

Las únicas pruebas que, a nuestro juicio, puede recibir el juez de oficio, son las necesarias para conocer de la personalidad del procesado y de su mundo circundante, a fin de acreditar los extremos, para la individualización de la pena.

Los actos jurídicos del proceso son, en síntesis los siguientes:

- a) “Como actos de desarrollo, citan las prácticas de pruebas. El proceso no es sino el período probatorio del procedimiento, que abre el auto de formal prisión.
- b) Como actos cautelares con relación al procesado, tenemos la prisión preventiva, decretada en el auto de formal prisión, y la identificación ordenada en el propio auto; así como la elaboración del Estudio de Personalidad.
- c) Como actos cautelares relativos asegurar la efectividad de las sanciones pecuniarias, tenemos la restitución del ofendido en el goce de sus derechos que estén plenamente justificados.
- d) Como actos cautelares, enderezados a garantizar la efectividad de la sanción de decomiso, todos aquellos que sean necesarios para asegurar los objetos del delito.
- e) El estudio de la personalidad del procesado a fin de determinar su grado de culpabilidad para individualizar la pena”.⁷⁷

“Probar procesalmente hablando, es provocar el ánimo del titular del órgano jurisdiccional, la certeza respecto de la existencia o inexistencia pretéritas de un hecho controvertido. Esta certeza es el resultado de un raciocinio”.⁷⁸

La verdad, que como decimos es una realidad objetiva, cuando es adquirida por la mente humana, mediante el correspondiente proceso psíquico, forma la certeza”.⁷⁹

⁷⁷ PRIETO CASTRO, Leonardo. *Derecho Procesal*. Cárdenas Editor y Distribuidor, 4ª Edición, México, 1999, p. 95.

⁷⁸ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Tratado sobre las Pruebas Penales*. Editorial Hispano Americana, 11ª Edición, México, 2000, p. 115.

⁷⁹ ESTEVES, José Luis. *Procedimiento y Forma*. Editorial Jurídica, 1ª Edición, México, 2001, p. 133.

Tenemos por cierta una cosa cuando estamos ciertos de ella, mientras la verdad es objetiva, la certeza es subjetiva.

La decisión judicial requiere, no la verdad, sino la certeza, esta es siempre el resultado de un juicio y la suspensión del ánimo entre dos juicios contradictorios origina la duda, la cual, en el proceso penal, determina la absolución del acusado *in dubio pro reo*.

La prueba no es una obligación, sino una carga. La diferencia entre ambas, nacidas en el ámbito del proceso civil, pueden extenderse al penal. Las dos tienen de común un elemento formal, vinculan la verdad del sujeto, pero la primera para realizar un interés ajeno y la segunda un interés propio. La obligación puede ser la exigida coactivamente, la carga no puede serlo”.⁸⁰

La carga de la prueba recae sobre la parte que afirma; más como las únicas partes del proceso penal son el Ministerio Público y el procesado, obtendremos que únicamente sobre ellos recae la carga. Los hechos afirmados por el ofendido por el delito, no deben ser probados por éste, sino por el Ministerio Público, en consecuencia, si el Ministerio Público nada prueba el procesado debe ser absuelto, aunque no se haya defendido.

En la prueba encontramos tres elementos:

- a) El objeto de la prueba;
- b) El órgano de la prueba
- c) El medio de la prueba.

“El objeto de la prueba comprende todos los elementos del delito, tanto objetivos como subjetivos”

Órgano de prueba es la persona física que proporciona al titular del órgano jurisdiccional el conocimiento del objeto de prueba.

⁸⁰ Ibid., p. 134.

Medio de prueba, es el medio o el acto en los que el titular del órgano jurisdiccional encuentra los motivos de la certeza”.⁸¹

Es importante anotar el contenido del artículo 135 de la Ley adjetiva Penal para el Distrito Federal:

Artículo 135.- La ley reconoce como medios de prueba:

I.- La confesión;

II.- Los documentos públicos y privados;

III.- Los dictámenes de peritos

VI.- La inspección ministerial y judicial;

V.- Las declaraciones de testigos;

VI.- Las presunciones.

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 incluso aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia”.⁸²

Artículo 307 “Abierto el procedimiento sumario las partes dispondrán de tres días comunes contados desde el día siguiente a la notificación del auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, para proponer pruebas que se desahogaran en la audiencia principal.

Artículo 314.- En el auto de formal prisión se ordenará poner el proceso a la vista de las partes para que propongan, dentro de los quince días desde el día siguiente a la notificación de dicho auto”.⁸³

⁸¹ FRANCO SODI, Carlos. *Código de Procedimientos Penales Comentado*. Editorial Porrúa S.A., 18ª Edición, México, 1998, p. 110.

⁸² *Colección Penal*, op. cit., p. 479.

⁸³ *Ibid.*, pp. 508, 509.

d) Juicio

“Esta etapa procesal es cuando materialmente se pone la causa a la vista de las partes (Ministerio Público y defensa) para la formulación de las conclusiones, y concluye con la sentencia”.⁸⁴

“En el procedimiento sumario se concentran, en una sola audiencia y comprende los períodos del proceso y juicio, toda vez que salvo el caso de que las partes se reserven el derecho de formular conclusiones por escrito, estas se formularan verbalmente en la propia audiencia.

En cambio en el procedimiento ordinario, el período de juicio, esta totalmente diferenciado del proceso, se inicia con el auto que, dicto el juez declarando cerrada la causa a la vista del Ministerio Público y de la defensa, durante cinco días para cada uno, para la formulación de conclusiones, si el proceso excediere de cien fojas se aumentará un día más”.⁸⁵

Las conclusiones del Ministerio Público fijaran en proporciones concretas los hechos punibles que se atribuyen al acusado, solicitando la aplicación de las sanciones correspondientes, la reparación del daño; estas proposiciones deberán contener los elementos de prueba, relativos a la comprobación del cuerpo del delito y los conducentes a establecer la responsabilidad penal.

Las conclusiones de la defensa no se sujetarán a ninguna regla especial si aquella no las formula dentro del término legal, se tendrán por formuladas las de inculpabilidad.

Las conclusiones del Ministerio Público pueden ser de tres clases:

“a) Acusatorias;

b) Inacusatorias y;

⁸⁴ RIQUELME, Víctor. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Cárdenas Editor y Distribuidor, 1ª Edición, México, 1999, p. 115.

⁸⁵ MORENO, Cora. *Tratado de Pruebas Judiciales*. Editorial Porrúa S.A., 3ª Edición, México, 1988, p. 100.

c) Contrarias a las constancias procesales”.⁸⁶

La audiencia de juicio, o de vista de la causa, de escasa importancia práctica, tiene por objeto que las partes se hagan oír por el órgano jurisdiccional. La vista de la causa requiere, forzosamente la fijación definitiva de la litis y, por ende, no puede concebirse sino con posterioridad a la formulación de conclusiones.

La sentencia, es decir, el acto decisorio del Juez, mediante el cual afirma o niega la actualización penal establecida por la ley.

La naturaleza de la sentencia penal es mixta como la acción penal, es en términos generales, de condena, pero al propio tiempo, declarativa, puesto que declara la responsabilidad penal, que es, en definitiva el antecedente de la condena, es decir, de la actualización de la conminación penal sobre el sujeto pasivo de la acción.

Los requisitos formales de la sentencia son:

I.- El lugar en el que se pronuncia:

II.- Los nombres y apellidos del acusado, su sobrenombre, si lo tuviere, el lugar de su nacimiento, su edad, su estado civil, su residencia o su domicilio y su profesión;

III.- Un extracto breve de los hechos exclusivamente conducentes a los puntos resolutive de la sentencia.

IV.- Las consideraciones y fundamentos legales de la sentencia y;

V.- La condenación o absolución correspondiente y los demás puntos resolutive”.⁸⁷

Los requisitos de fondo de la sentencia derivan de los elementos críticos, lógicos y político-jurídicos que la integran y son los siguientes:

I.- “Determinación si esta comprobado o no el cuerpo del delito;

II.- Determinación de la manera en que el sujeto pasivo de la acción penal, debe responder a no de la comisión de un hecho;

⁸⁶ MARTÍN DEL CAMPO, Alfredo. *Nueva Práctica Forense en el Procedimiento Penal*. Editorial Informática Jurídica, 1ª Edición, México, 2002, p. 217.

⁸⁷ ARILLA BAS, Fernando. *El Procedimiento Penal en México*. op. cit., p. 163.

III.- Determinación si se actualiza o no sobre el sujeto pasivo de la acción penal, la comisión penal establecida por la ley”.⁸⁸

Las sentencias se dividen en condenatorias y absolutorias.

Las Absolutorias por no estar comprobado el cuerpo del delito ni la responsabilidad, o el cuerpo del delito pero no la responsabilidad, por no haber realizado el sujeto pasivo de la acción penal el hecho que se le atribuye o estar probada una excluyente de la responsabilidad, no se actualiza esa conminación.

Las Condenatorias previa declaración de la comprobación del cuerpo del delito y la responsabilidad; actualizan sobre el sujeto pasivo de la acción penal, la conminación penal establecida por la ley.

La sentencia debe dictarse por el delito o delitos porque se haya seguido el proceso, es decir, por él o los señalados en el auto de formal prisión.

Existe cosa Juzgada cuando la sentencia causa ejecutoria, es decir, adquiere aptitud para ser ejecutada. Con la sentencia ejecutoriada, el acusado asume el carácter de sentenciado, sin que lo pierda, para recuperar el anterior, en el caso de que solicite amparo directo. La suspensión de la ejecución de la sentencia, en los términos de la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107, constitucionales, veda únicamente la ejecución del acto, pero no ejerce influencia alguna sobre la situación jurídica.

“La palabra recurso deriva del italiano “ricorsi” que significa tanto como volver a tomar el curso”.⁸⁹

Ahora bien, los Códigos de Procedimientos Penales, influenciados sin duda por el lenguaje vulgar, denominan recursos a todos los medios de impugnación de una

⁸⁸ Ibid., p. 164.

⁸⁹ CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *Apelación de Sentencias en el Procedimiento Penal*. Editorial Coamares, S. L. Granada, España, 1996, p. 102.

resolución judicial, aunque, desde el punto de vista rigurosamente técnico, es preciso distinguir los recursos auténticos de los restantes medios de impugnación.

“La nota esencial del recurso es la devolución de la jurisdicción, es decir la transferencia del negocio a otro tribunal (de jerarquía superior) para que vuelva a ser examinado. Así, pues, de los dos recursos fundamentales, o sea el de apelación y el de revocación, solamente el primero, y no el segundo, viene a ser un autentico recurso, en el sentido técnico de la palabra. No es tampoco recurso, si no un simple medio impugnatorio, un incidente de nulidad”.⁹⁰

De Pina y Castillo Larrañaga “Confirman que la experiencia de siglos abona la opinión de que la apelación, el recurso judicial ordinario más importante, es necesario para garantizar la buena administración de justicia”.⁹¹

Sistematizando los elementos legales proporcionados por la ley mexicana, podemos definir al recurso diciendo de él que es el medio que aquélla concede a las partes del proceso, Ministerio Público, procesado, al ofendido por lo que hace a la reparación del daño y a los terceros en los incidentes de reparación del daño, para impugnar las resoluciones que les causan agravio para que sean examinadas por el propio tribunal que las dictó o por otro de mayor jerarquía.

“Los recursos, se dividen en ordinarios y extraordinarios, según se enderecen a impugnar una resolución que no haya causado ejecutoria, o la haya causado, respectivamente. Son recursos Ordinarios, dentro de nuestro procedimiento, la revocación y la apelación, y extraordinario, el indulto necesario que viene a constituir, en puridad, un medio de impugnar la sentencia condenatoria ejecutoriada”.⁹²

⁹⁰ ALMAGRO NOSETE, José. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. S. A., Madrid 1998, p.86.

⁹¹ DE PINA VARA, Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA, José. *Instituciones de Derecho Procesal*. Editorial América, México, 1987, p. 120.

⁹² SALÉ RIERA, Jaime. *El Recurso de Apelación*. Editorial Bosch, 5ª Edición, Barcelona, 1998, p. 26.

“Apelación, es el más importante de todos los recursos, a través de el se examina una resolución dictada por el órgano jurisdiccional inferior y cuyo fin esta orientado a que se confirme, revoque o modifique la resolución ya sea auto o sentencia, (artículo 415 a 434 de la Ley Adjetiva), en este recurso la actividad que debe desarrollar el superior jerárquico *Ad quem* del juzgado de origen *A quo* es estudiar la legalidad de la determinación impugnada.

La denegada apelación es el medio de impugnación ordinario que se dicta para manifestar la inconformidad con el auto que le hubiere negado la apelación en uno o en ambos efectos (artículo 438 de la Ley Adjetiva Penal) y cuyo objeto es determinar si la apelación es procedente o no (artículo 435-442 de la Ley Adjetiva Penal), recurso que de igual forma será resuelto por el *Ad quem*.

En lo que respecta a la revocación, éste es un medio de impugnación ordinario, que procede siempre que no se conceda el recurso de apelación y contra aquellas resoluciones distintas de la sentencia (autos) y contra este tipo de resoluciones no procede recurso alguno (artículo 412 y 413 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

Por lo que respecta al recurso de Queja procede contra las conductas omisorias de los jueces que no emitan las resoluciones o no ordenen la práctica de diligencias dentro de los plazos y términos que señala la ley o bien, que no cumplan con las formalidades o no despachen los asuntos de acuerdo con la misma ley que se interpone ante la Sala Penal que corresponda al Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (artículo 442 bis), dejando en claro que también se trata de un recurso ordinario”.⁹³

2.1.3 SEGUNDA INSTANCIA.

Los medios de impugnación proceden desde la notificación de las resoluciones dictadas en la primera fase de la instrucción, hasta aquella que ponga fin a la instancia; y más

⁹³ PIÑA Y PALACIOS, Javier. *Recursos e Incidentes en Materia Procesal Penal y la Legislación Mexicana*. Editorial Porrúa, S. A., 4ª Edición, México, 1985, p. 175.

aún en segunda instancia en el mismo Tribunal Superior de Justicia y se pierde este derecho si el sujeto titular del mismo deja transcurrir el plazo señalado por la ley para, manifestar su inconformidad o cuando expresamente se conforma con la resolución del mismo.

“Como regla general de los recursos, solo pueden ser interpuestos por la persona jurídica que reciba un agravio, procesado o sentenciado, Ministerio Público, víctima u ofendido”.⁹⁴

Al recibirse el proceso o testimonio el Tribunal de Alzada, iniciará el procedimiento de segunda instancia, este se inicia con el auto de radicación, que contiene la fecha, la Sala en donde se radica, el señalamiento de la fecha para la audiencia de vista, la designación del Magistrado Ponente, el mandamiento para requerir al procesado para que designe el nombre de la persona de su confianza encargada de su defensa con la advertencia que de no hacerlo se le nombrará uno de oficio.

Generalmente la audiencia de vista no se lleva acabo y se reduce a un simple tramite burocrático, ya que es un simple formalismo que se requisita en forma convencional. La sentencia se limitará a confirmar, revocar o modificar lo impugnado.

Sin olvidar que el Magistrado Ponente deberá examinar la ley penal, el cuerpo del delito, la probable responsabilidad y los demás elementos de la situación jurídica concreta.

De acuerdo al adagio latino *non reformatio in peius*, si solo hubiera apelado el reo y su defensor, no podrá aumentarse la pena impuesta en la sentencia apelada, por tanto debemos tener en cuenta que la agravación de la pena impuesta al apelante está prohibida o es improcedente; de acuerdo a lo anterior si también apela el Ministerio Público de proceder el Tribunal podrá aumentar la pena.

⁹⁴ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A. *Los Recurso Ordinarios en el Proceso Penal*. Editorial Porrúa S. A., México, 2000, p. 153.

“La resolución de segunda instancia dictada por motivo de una apelación en contra de la sentencia condenatoria produce como efectos jurídicos los siguientes: pone fin a la segunda instancia, si se confirma la sentencia apelada causa ejecutoria, y se inicia la etapa de ejecución, se giran los oficios a la Dirección General de Prevención y Readaptación Social del Gobierno del Distrito Federal, para que se señale en donde se deberá compurgar la sanción, principian a correr los términos de la prescripción de la pena y de la sanción pecuniaria si el sentenciado se encuentra prófugo”.⁹⁵

Cuando la sentencia confirma la sentencia absolutoria da lugar a la declaración de los hechos de cosa juzgada.

Si la sentencia de segunda instancia revoca la sentencia absolutoria se impone una sanción determinada se iniciaran los trámites para la reaprehensión del reo, también empiezan a correr los términos de la prescripción.

Cuando se revoca una sentencia condenatoria los efectos son los mismos que cuando se confirma una sentencia absolutoria.

Si la sentencia dictada en apelación modifica la de primer grado, el sentenciado gozará de todos los derechos relativos a la segunda instancia, si esta ha sido benéfica para él.

2.1.4 JUICIO DE AMPARO

“Es de recordar que con motivo de las reformas constitucionales de 10 de agosto de 1987, así como con las reformas a la Ley de Amparo y a la Ley Orgánica del Poder judicial de la Federación en 1988, se le dio competencia exclusiva a los Tribunales Colegiados de Circuito para conocer del Amparo Directo, amparo de legalidad uniinstancial, salvo en aquellos casos en que la Corte efectúe su facultad de atracción de conformidad con la fracción V del artículo 107 Constitucional”.⁹⁶

⁹⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El Sistema Penal Mexicano*. Editorial Fondo de Cultura Económica, 3ª Edición, México, 1999, p. 94.

⁹⁶ LEÓN ORANTES, Romeo. *El Juicio de Amparo*. Talleres Tipográficos Modelo S. A., México, 1998, p. 37.

También los Tribunales Colegiados, siguiendo un criterio por eliminación, conocerán de los recursos de Revisión, Queja y Reclamación, siempre y cuando no le haya correspondido a la Corte.

Como se ha dicho el Amparo Directo procede contra sentencias definitivas o laudos, por violaciones durante la secuela del procedimiento que trascienden el fallo y que afecta las defensas jurídicas del quejoso o por violaciones en el fallo mismo.

“Y con motivo a las reformas a la ley de 1988, esta procedencia se hizo extensiva contra resoluciones que sin ser sentencias definitivas o laudos ponen fin al juicio y algo que no debemos olvidar es que contra las sentencias de Amparo Directo, en principio no cabe recurso alguno, no son recurribles, salvo en el caso de excepción que contempla la fracción V del artículo 83 de la Ley de Amparo referente al recurso de revisión”.⁹⁷

La Corte sigue siendo un tribunal de legalidad un tribunal de casación, porque sigue desempeñando la misma actividad que efectuaba antes de la reforma constitucional citada.

Serán competentes para conocer de este Amparo Directo los Tribunales Colegiados de Circuito, salvo en caso de excepción a que hemos hecho mérito en que seguirá conociendo de este amparo la Corte.

La demanda de amparo directo se presenta por conducto de la autoridad responsable y ésta generalmente en vía de inconformidad, remitirá los autos originales de donde emanó el acto reclamado, asimismo la certificación del día y hora en que el quejoso haya presentado su demanda de garantías, así también la certificación del día y hora en que se notificó al quejoso la resolución motivo del amparo, además el emplazamiento realizado al tercero perjudicado.

⁹⁷ TRUEBA OLIVEROS, Alfonso. *La Suplencia de la Deficiencia de la Queja en el Juicio de Amparo*. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1997, p. 45.

La demanda se presenta por escrito, no siendo necesaria la potestad legal, porque el tribunal de amparo va a contar con los autos originales del juicio de donde emanó el acto reclamado.

Una vez que el Colegiado recibe por parte de la autoridad responsable la demanda de amparo dicho tribunal puede dictar los siguientes acuerdos:

- a) De desechamiento;
- b) De aclaración, y
- c) De admisión de la demanda.

Por lo que hace al desechamiento, si el tribunal de amparo advierte causales notorias y manifiestas de improcedencia desechará la demanda de garantías.

Por lo que respecta a la aclaración si se omite alguno de los requisitos mencionados en el artículo 166 o nos falta alguna copia, el tribunal de amparo nos prevendrá que colmamos dichas omisiones en un término de cinco días apercibiéndonos que en caso de no hacerlo se tendrá por no interpuesta la demanda.

Si nosotros redactamos debidamente nuestra demanda y colmamos todos los requisitos del citado artículo 166, o bien si desahogamos en el término de ley alguna aclaración, de nuestra demanda el tribunal de amparo dictará la admisión de la misma.

Solicitaremos la suspensión del acto reclamado en este amparo, precisamente ante la autoridad que dictó el acto reclamado, ante la propia responsable y ésta deberá proveer en el término de la ley sobre la medida suspensiva solicitada abriéndose el expedientillo respectivo y negará o concederá de plano dicha suspensión.

El Tribunal Colegiado concederá o negará la protección del Amparo y Justicia Federal.

CAPITULO III

EL SOBRESSEIMIENTO

3.1 CONCEPTO E IDEA ACERCA DEL SOBRESSEIMIENTO

La sentencia como la forma normal de poner fin al proceso, dirime la controversia sometida al conocimiento de la autoridad jurisdiccional mediante la aplicación de la ley, para la preservación del orden social. No obstante, en ocasiones el procesamiento puede terminar anticipadamente, por medio de un auto de sobreseimiento.

Nuestros Códigos de Procedimientos Penales, reglamentan en capítulo especial esta forma de conclusión del proceso penal, estableciendo sus casos de procedencia que a continuación estudiaremos.

“Acto en virtud del cual una autoridad judicial o administrativa da por terminado un proceso (civil o penal) o un expediente gubernativo con anterioridad al momento en que deba considerarse cerrado el ciclo de las actividades correspondientes al procedimiento, de que se trate, el procedimiento penal el auto de sobreseimiento produce los mismos efectos que la sentencia absolutoria”.⁹⁸

“El sobreseimiento, es la resolución judicial que en los casos limitativamente señalados en la ley, pone fin al proceso penal con los mismos efectos que los producidos por la sentencia absolutoria”.⁹⁹

“Se trata de una forma anormal o excepcional para la conclusión del proceso, cuyo final ordinario, o normal es la sentencia. Empero, vale el sobreseimiento como medio para cerrar un juicio que no debe seguir hasta su natural conclusión, en fuerza de factores que así lo aconsejan, el sobreseimiento tiene efectos de sentencia absolutoria”.¹⁰⁰

⁹⁸ DE PINA VARA, Rafael. *Diccionario de Derecho*. op cit., p.458.

⁹⁹ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A. *El Programa del Derecho Procesal Penal*. Editorial Porrúa S. A., México, 2000, p. 246.

¹⁰⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano*. op. cit., p.273.

“El sobreseimiento es una forma anormal de conclusión del proceso penal, que se ubica cronológicamente en la etapa del sumario”.¹⁰¹

“Sobreseer, es una expresión derivada del latín *suspendere* que significa cesar, agregando que sobresea en un proceso, equivalente a cortarlo definitivamente en el estado que se encuentra, por no poderse continuar”.¹⁰²

“Julio Acero señala “De un modo general se considera sobreseimiento del latín *super*, encima y *sedeo*, sentarse, la cesación de procedimiento de un modo más estricto, la terminación definitiva del mismo, por medio de una resolución distinta de la sentencia”.¹⁰³

“Por lo que se refiere al sobreseimiento en términos generales es el acto jurisdiccional que termina con el proceso, pero sin permitir la resolución del debate”.¹⁰⁴

“El sobreseimiento del latín *suspendere*, cesar, desistir, es la resolución judicial por la cual, se declara que existe un obstáculo jurídico o de hecho que impide la decisión sobre el fondo del asunto”¹⁰⁵

“El sobreseimiento deriva del latín de los vocablos *super* y *sedere*, sentarse sobre y esto quiere decir, el acto de cesar, por medio de una resolución distinta de la sentencia”.¹⁰⁶

En otro orden de ideas, de este instituto jurídico no solo se encarga la ciencia del Derecho Procesal Penal, de éste hablan tanto la Teoría General del Proceso, como cada una de las disciplinas procesales en particular y específicamente uno de los ordenamientos legales más completos tanto en principios, reglas, técnicas y procedimientos prácticos de utilización, como el amparo; materia en la cual el tema que

¹⁰¹ ANNICCHIARICO V, Ciro. *El Sobreseimiento Provisional*. Editorial Universidad S. R. L. Buenos Aires, 1983, pp. 65 y 66.

¹⁰² GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*. op. cit., p. 221.

¹⁰³ ACERO, Julio. *Procedimiento Penal*. op. cit., p. 157.

¹⁰⁴ BRICEÑO SIERRA, Humberto. *El Enjuiciamiento Penal Mexicano*. Editorial Trillas, S. A., 3ª Edición, México, 1991, p. 189.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 190.

¹⁰⁶ DURAN GÓMEZ, Ignacio. *Fundamento de Derecho Procesal Penal*, Editorial Depalma, 3ª Edición, Buenos Aires, 1998, p. 105.

nos ocupa ha sido de gran relevancia e importancia, la cual nos hace pensar que es ahí en donde encontramos la solución referente a nuestra disciplina en lo que respecta al proceso penal.

En México se dice que se da por concluido un asunto independientemente de la acepción que se le dé al origen latino, *suspendere*, lo real es que toda la doctrina coincide en afirmar, que inequívocamente significa cesar, suspender, aplastar, sellar, desistirse, sentarse o impedir la continuación del procedimiento en forma anormal y mejor aún, hacer cesar temporal o definitivamente.

De acuerdo con la hipótesis que se presente ya sea desistiéndose (si el prosecutor o el titular de la acción penal), impidiendo la continuación del mismo procedimiento, (si es el sujeto pasivo de la acción penal imputado-defensor) o suspender, aplastar, sellar o sentarse encima del procedimiento si es el juzgador quien lo declara; terminan definitivamente o en forma temporal un procedimiento en forma anormal, esto es, darle fin al curso procedimental o interrumpirlo definitiva o temporalmente, por medio de una resolución judicial distinta de la sentencia, pues es incuestionable que al presentarse el sobreseimiento impide se dicte la sentencia.

Cabe aclarar que el sobreseimiento, procede no solo en las fases de Instrucción y de Juicio, como se explicará posteriormente, hasta antes de formular conclusiones el Ministerio Público, pues abarca a la misma Averiguación y Preinstrucción como acertadamente lo señala González Bustamante: “En la actualidad, el sobreseimiento puede decretarse en cualquier estado del proceso, pero por lo general, se efectúa en el período de Instrucción”.¹⁰⁷

La procedencia del sobreseimiento en cualquiera de las fases procedimentales, girará en torno de la causal invocada, pudiéndose hablar de sobreseimiento Administrativo y Jurisdiccional.

¹⁰⁷ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano* op. cit., p. 222.

De esta manera debe olvidarse la idea de los antiguos procesalistas en el sentido de que el sobreseimiento sólo podrá decretarse en el sumario hasta que estuviere agotada la averiguación argumentándose que antes de que se pronuncie el auto de formal prisión no habrá ninguna clase de proceso y por lo tanto, no era el caso de sobreseer, porque, si el sobreseimiento consiste en cortar una causa, no puede cortarse lo que no existe.

“Es de importancia señalar que el sobreseimiento definitivo o libre puede dictarse ciertamente en cualquier momento de la Instrucción, pero presupone el agotamiento de las investigaciones demostrativas de la audiencia con respecto a la causal en que se fundamente, aunque otros extremos de la imputación no hayan sido investigados

El sobreseimiento provisional representa una declaración dubitativa a la que el instructor llega después de haber agotado las investigaciones”.¹⁰⁸

Con lo antes expuesto es necesario dar un concepto propio en relación a la figura del sobreseimiento, tratándose de abarcar todos los tipos de sobreseimiento existentes, como el administrativo y dentro del mismo el provisional o libre ya sea parcial o definitivo y el sobreseimiento jurisdiccional que también puede ser provisional o libre, total, parcial o definitivo.

Analizando la idea central del sobreseimiento nos percatamos que es el que un procedimiento o proceso quede sin materia; o mejor aún, el supuesto de que el proceso penal o procedimiento penal no pueda cumplir con sus fines por ausencia del objeto principal del propio proceso penal.

“El proceso penal se investiga la verdad material y el mismo interés tiene la sociedad en que se condene al delincuente, si ha quedado plenamente comprobado el cuerpo del delito y su probable responsabilidad, como en que se le absuelva”.¹⁰⁹

¹⁰⁸ CLARIÁ OLMEDO, Jorge. A. *El Procedimiento Penal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 315.

¹⁰⁹ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano* op. cit., p. 9.

Con ello diríamos que el objeto del proceso penal en la investigación de la verdad material o histórica; la cual incluye el descubrimiento del hecho y de su autor, incluida su personalidad para castigarlo en forma justa.

El procedimiento penal tiene fines remotos o mediatos, que son los de todo derecho, logro de la plena verificación de la personalidad humana, fijación de lo que no se debe hacer (delito) para lograr la realización del fin genérico que es la defensa social contra el delincuente y fines inmediatos generales los que son, crear la norma jurídica individual, ciñéndose a reglas especiales, y fines inmediatos específicos los cuales son:

Comprobar la existencia de datos que la ley fija como condiciones de la sanción, para poder dar vida en casos concretos a las normas contenidas en el derecho penal material y así hacer efectivas las normas de conducta que el propio derecho penal señala como ideas para la buena vida en sociedad a través de los cuales se pugna por la feliz verificación de la convivencia humana.

Al lado de estos fines existen los propios de cada período procedimental y serán:

Preparación de la acción penal, el fin reside en la reunión de los datos que son necesarios para que el Ministerio Público excite al órgano jurisdiccional a que cumpla con su función.

La preparación del proceso, consiste en reunir los datos que van a servir de base al proceso, comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del sujeto, agregando que sin la comprobación de la comisión de un delito será inútil seguir un proceso y sin acreditar cuando menos datos de los que se pueda inferir la responsabilidad de un sujeto, sería también ineficaz la iniciación del proceso.

El tercer período, que se denomina proceso, la doctrina lo divide en las siguientes fases: Instrucción, discusión, fallo y cumplimiento de lo juzgado.

El fin de la instrucción, es averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiere sido cometido y las particulares del inculpado.

La etapa preparatoria a juicio tiene como finalidad en que las partes precisen su posición, basándose en los datos reunidos durante la instrucción, es decir, el Ministerio Público debe precisar su acusación y el procesado su defensa.

En lo referente a la fase denominada audiencia tiene por finalidad que las partes rindan las pruebas pertinentes y permitidas por la ley y se hagan oír del órgano Jurisdiccional, respecto de la situación que han sostenido en el período preparatorio a juicio.

El fallo persigue que el órgano jurisdiccional declare el derecho y lo aplique al caso en concreto valorando las pruebas que existen.

“El fin del Derecho Adjetivo Penal es hacer efectiva la aplicación del Derecho Sustantivo Penal”.¹¹⁰

Según García Ramírez señala que el proceso penal sirve a tres series de finalidades:

- a) Las generales del orden jurídico;
- b) Las generales del proceso y;
- c) Las específicas del propio proceso penal.”.¹¹¹

La rama procesal penal procura la realización de cierto valores, como serían procurar la seguridad, la realización de la justicia y como fin general del proceso penal el aplicar la ley al caso concreto.

Como fines específicos coloca a la vocación de investigar la verdad llamada efectiva, material o histórica; esto es la individualización de la personalidad del justiciable.

¹¹⁰ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, op. cit., p 4.

¹¹¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Curso de Derecho Procesal Penal*. op. cit., p. 640.

Dentro de la etapa donde se incluyen el descubrimiento del cuerpo del delito. *Corpus delicti* del responsable penal, autoría, participación, complicidad correspectiva o correlativa, auxilio *sub-sequens*, así como la investigación de la personalidad del delincuente o bien hacer efectivo el derecho penal sustantivo y absolver al imputado cuando proceda, por algún aspecto negativo del delito, por estar ante un caso de desistimiento espontáneo, arrepentimiento activo, causa de nulidad de acción, en el que el delito quede dentro de otro, que no haya autoría o participación, complicidad correspectiva o correlativa, así como el auxilio *sub-sequens*, esto es hacer efectivo el derecho sustantivo.

Otros aspectos son, el que se decretará en forma de auto, de oficio o a petición de parte, artículo 663 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el cual se ubica dentro del procedimiento de primera instancia, siendo esta última oportunidad legal para la formulación de conclusiones ministeriales, artículo 665, de la citada ley penal adjetiva y lo más importante, el carácter personal de dicho instituto artículo 666 del citado cuerpo de leyes, así como su divisibilidad sólo por el delito en el que proceda, artículo 662 de la multicitada ley.

Con estos elementos y nociones sobre el sobreseimiento de carácter penal, ya podrá definirse en forma completa a este Instituto jurídico-procesal –penal.

Como una de las formas anormales extraordinarias de sobreseer el procedimiento penal.

En primera instancia sobreseimiento provisional

Desde el ejercicio de la acción penal sobreseimiento administrativo. Hasta antes del período de juicio y concretamente en la formulación de conclusiones ministeriales sobreseimiento jurisdiccional; ratificadas por el Procurador General de Justicia a través de sus asesores auxiliares.

Este puede ser solicitado por las partes o decretado de oficio por el órgano jurisdiccional, causando estado con valor de cosa juzgada.

Sobreseimiento definitivo, el cual es divisible pues se decreta por el hecho o hechos que procedan, objetivo y personal, pues procede por el imputado o imputados que se encuentran en alguno de los supuestos legales; subjetivo, cuando ya no sea posible alcanzar los fines específicos del proceso; descubrimiento del cuerpo del delito responsabilidad penal o investigación de la personalidad del delincuente o bien ya se haya logrado el interés de la sociedad.

3.2 NOCIÓN DE SOBRESEIMIENTO

Es importante establecer que aquí en México, en donde no existe el sobreseimiento provisional, sino sólo el definitivo, el fenómeno o más bien la institución que ahora nos ocupa consiste en una resolución jurisdiccional, diversa de la sentencia, que pone término a la instancia con la absolución del inculpado, por lo que sus efectos son los mismos que los de la sentencia absolutoria definitiva.

Tanto el Código de Procedimientos Federales como el del fuero común resuelven el sobreseimiento en caso de conclusiones no acusatorias por parte del Ministerio Público, incluso, es este supuesto único en que se refiere el Código Penal del Distrito Federal de modo expreso y textual al sobreseimiento.

Procede también cuando media desistimiento de la acción penal por parte del órgano acusador y cuando aparece que la responsabilidad penal está extinguida.

A los anteriores supuestos el Código Penal Federal añade el caso en que, no existiendo auto de formal prisión o de sujeción a proceso, aparezca que no es delictuoso el hecho que motivó la averiguación, o cuando agotada ésta se compruebe que no existió tal hecho.

Esta hipótesis se aproxima a la contemplada por el reformado artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el año de 1999, que ordena al juzgador disponer a petición del Ministerio Público, la cesación del procedimiento y el archivo de lo actuado, cuando este agotada la averiguación y no existan, méritos bastantes conforme al artículo 16 párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para la aprehensión del indiciado.

Siendo obscura la redacción del artículo 36 antes citado al respecto el jurista González Bustamante señala que: “Cesación y archivo equivalían a un sobreseimiento. Un caso más en que éste se provoca es cuando habiéndose otorgado la libertad por desvanecimiento de datos, se halle agotada la averiguación y no existen elementos posteriores para dictar orden de aprehensión, por último cabe el sobreseimiento cuando se comprueba con plenitud la existencia de una causa excluyente de responsabilidad”.¹¹²

3.2.1 UBICACIÓN DE ESTE INSTITUTO PROCESAL EN NUESTRO CÓDIGO PENAL PROCEDIMENTAL.

La figura en estudio se encuentra ubicada en el Título Séptimo, Capítulo VIII y comprende los artículos 660 a 667 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, vigente a partir del día 17 de septiembre de 1931.

Al efectuar un análisis de las obras más importantes acerca del sobreseimiento, puede observarse que cada una de ellas al abordar el tema del sobreseimiento, lo hacen en el capítulo relativo al período llamado juicio y más exactamente en lo que conocemos como conclusiones ministeriales de no acusación (inacusatorias).

Así lo hacen los juristas Acero Julio, Arilla Bas Fernando; quien sólo hace mención a la palabra sobreseer, Briceño Sierra Humberto, Colín Sánchez Guillermo quien específicamente menciona esta figura en su concepto de conclusiones, al decir:

¹¹² Ibid., p. 499.

“Las conclusiones son actos procedimentales realizados por el Ministerio Público, después por la defensa, con el objeto, en unos casos, de fijar las bases sobre las que versará el debate en la audiencia final y en otros para que el Ministerio Público fundamente su pedimento y se sobresea el proceso”.¹¹³

Nuestro ordenamiento Procesal Penal, vigente a partir del 17 de septiembre de 1931, establece con relación a lo antes señalado en los siguientes numerales:

Artículo 232.- “Si el pedimento del Procurador fuere de no acusación el juez, al recibir aquel, sobreseerá el asunto y ordenara inmediatamente la libertad del procesado.

Artículo 324.- El auto de sobreseimiento producirá los mismos efectos que una sentencia absolutoria”.¹¹⁴

Todo lo que se deriva del supuesto tratándose de conclusiones inacusatorias por parte de Ministerio Público (artículo 320 Y 321 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal).

Es hasta el año de 1991, en el cual por decreto de fecha 20 veinte de diciembre de 1990, publicado en el Diario Oficial de fecha 8 de enero de 1991, que entraron en vigor el día 1° de febrero del mismo año, una serie de reformas y adiciones a nuestro ordenamiento Procesal Penal para el Distrito Federal, en donde ya aparece reglamentado en un capítulo único el VIII, del Título Séptimo, con más claridad, éste instituto. Pero su redacción es similar a la establecida por el Código Federal de Procedimientos Penales vigente a partir del 1° de octubre de 1934. “Lo cual nos lleva a la conclusión de que la figura jurídico-procesal–penal, del sobreseimiento fue trasladada del Código Federal de Procedimientos Penales al Código de Procedimientos Penales común, en los mismos términos, pero dejando a salvo en este último vigentes los artículos 6°, 8°, 36, 333, 363 fracción III y 551, que son consideradas disposiciones

¹¹³ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. op. cit., p. 553.

¹¹⁴ *Colección Penal*. op. cit., pp. 511 y 512.

aisladas que reglamentan los casos de sobreseimiento y forman práctica constante en nuestros tribunales”.¹¹⁵

Es incuestionable que tratándose del sobreseimiento administrativo, la ubicación correcta para su estudio, está en las determinaciones en que culmina la autoridad investigadora del Ministerio Público; así se establece en los artículo 6º, 8º y 36 (reformado) del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal”.¹¹⁶

Respecto al sobreseimiento jurisdiccional señala Colín Sánchez que este tema queda comprendido en la tercera etapa del procedimiento que es el Juicio, pues refiere que la tercera etapa del procedimiento penal abarca el estudio de los siguientes temas: actos preliminares a la audiencia final; actos preliminares para el sobreseimiento del proceso, la audiencia final de primera instancia y la sentencia, agregando que para decretar el sobreseimiento de la causa, las partes previamente ejecutan las vistas procedimentales conocidas como conclusiones”.¹¹⁷

“Por su parte García Ramírez ubica a el sobreseimiento jurisdiccional dentro de lo que conocemos como suspensión y conclusión del proceso”¹¹⁸

“En tanto que Jorge Alberto Silva lo ubica en el apartado referente a cuestiones que paralizan el proceso”.¹¹⁹

“González Bustamante ubica al sobreseimiento en el capítulo relativo al juicio, esto es, en la cuarta fase del período procedimental, hasta antes del relativo a la sentencia “. ¹²⁰

¹¹⁵ ACERO, Julio. *Procedimiento Penal*. op. cit., p. 157.

¹¹⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Curso de Derecho Procesal Penal*: op. cit., p. 42.

¹¹⁷ COLÍN SANCHEZ, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. op. cit., p. 327.

¹¹⁸ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Curso de Derecho Procesal Penal*: op. cit.p. 631.

¹¹⁹ SILVA SILVA, Jorge Alberto. *Derecho Procesal Penal*. op. cit., p. 661.

¹²⁰ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*, op. cit., p. 214.

“Julio Acero lo ubica dentro de lo que conocemos como resoluciones para terminar la Averiguación Previa, sobreseimiento y más exactamente en las Resoluciones al terminar la Instrucción conclusiones y el procedimiento de juicio”.¹²¹

“El Código Federal de Procedimientos Penales, se encarga de señalar al procedimiento en su capítulo único del Título Octavo, al cual denomina Sobreseimiento, ubicándolo entre las conclusiones y el juicio; así como lo encontramos regulado en los artículos 298 al 304”.¹²²

Por tanto si al sobreseimiento se le considera como una forma anormal de terminar el procedimiento, también lo es que el:

Artículo 665.- “No podrá dictarse auto de sobreseimiento después de haber sido formuladas las conclusiones por parte del Ministerio Público”.¹²³

Interpretado a *contrario sensu* el numeral antes citado, aclara que en ningún caso procederá el sobreseimiento en segunda instancia; por lo tanto es de suma importancia que se le dedique un apartado especial, como lo hace el Código Federal de Procedimientos Penales.

O como establecen García Ramírez y Jorge Alberto Silva que se incluya en el juicio, González Bustamante indica que se le ubique al término de la instrucción y antes del juicio.

Acertadamente Julio Acero señala, que el estudio y ubicación del sobreseimiento corresponde al procedimiento propiamente dicho, más aún se aceptaría que se estudiaría dentro de los incidentes, tratándose como uno de los incidentes no especificados pues su trámite lo determina el numeral 664 en su parte in fine del Código Adjetivo de la materia el cual señala:

¹²¹ ACERO, Julio. *Procedimiento Penal*. op. cit., p. 157.

¹²² Ibid.

¹²³ *Colección Penal*, op. cit., p. 557.

Artículo 664 "El sobreseimiento se resolverá de plano cuando se decrete de oficio. Si fuere a petición de parte, se tramitará por separado y en forma de incidente no especificado".¹²⁴

Sin embargo, el citado ordenamiento legal designa un capítulo VIII, dentro del Título Séptimo Organización y Competencia, que nada tiene que ver con cualquiera de las fases o etapas del procedimiento penal, sino como su nombre lo indica sólo se refiere a la Organización y competencia de la justicia penal, lo cual es erróneo.

Podría argüirse que no existe lugar dentro de los títulos del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que tratan del procedimiento, pero ello no es acertado, toda vez que dentro del Título Tercero llamado Juicio, el capítulo IV: Procedimiento ante el tribunal de menores, el mismo se encuentra totalmente derogado; por lo que bien pudo haber sido reglamentado dicho instituto y así hubiese podido estar más acorde con la naturaleza jurídica del mismo: suspensión definitiva del procedimiento.

Podemos concluir que nuestro actual ordenamiento procesal vigente para el fuero común, contempla en un lugar inadecuado al sobreseimiento.

Por lo que consideramos que su ubicación correcta debería ser en la fase o etapa de la instrucción o proceso; ya sea después de Auto de Término Constitucional o bien hasta antes de la sentencia y más exactamente dentro de las conclusiones.

3.2.2 GENERALIDADES

Bajo el nombre de suspensión del procedimiento, y dentro del capítulo de los incidentes; los Códigos de Procedimientos Penales (para el Distrito Federal y Federal) incluyen lo que, en estricto sentido son causas que lo suspenden.

¹²⁴ Ibid.

Como ya se ha mencionado anteriormente en febrero de 1991, entró en vigor el capítulo VIII del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, cuyo nombre es Sobreseimiento y al que se refieren los artículos 660 al 667 del mismo, es importante señalar que en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal anteriormente la palabra sobreseimiento sólo se había utilizado en forma casual.

“Asimismo, hemos señalado constantemente que, por la propia naturaleza del proceso y por los intereses en él perseguidos, debe haber gran celeridad en todos sus trámites; empero, causas diversas, constantemente se interponen obstaculizando la acción judicial; son incidentes, que es obligado vencer o resolver, para así estar en posibilidad de cumplir con las formalidades esenciales del procedimiento y lograr el fin último de proceso”.¹²⁵

“El sobreseimiento es inconciliable con la decisión que corresponde dictar en las actuaciones seguidas por faltas, cuando aquél está determinado por un presupuesto material”.¹²⁶

Desde siempre, se ha pretendido que el procedimiento penal se desenvuelva ininterrumpidamente, para que de esa manera, en el menor tiempo posible, se defina la pretensión punitiva estatal, aspiración difícilmente alcanzable si el proceso sobresee o se suspende y aunque las leyes adjetivas establecen que: iniciado el procedimiento no podrá suspenderse; no obstante, existen casos de excepción.

La doctrina más generalizada considera que el proceso, cuando por alguna razón u obstáculo es innecesario que continúe, se tendrá prematuramente concluido, ya sea en forma provisional o definitiva y la resolución judicial que bajo esos supuestos se dicte se llama sobreseimiento.

¹²⁵ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. op. cit., p. 607.

¹²⁶ ANNICCHIARICO V., Ciro. *El Sobreseimiento Provisorio*, op. cit., p. 97.

El Sobreseimiento es la resolución judicial que ordena la interrupción libre y definitiva o condicional del normal desarrollo del proceso penal, en su marcha hacia la sentencia definitiva.

“Algunos autores y también algunas legislaciones, al referirse a situaciones similares o casi iguales, que dan lugar al denominado sobreseimiento, las agrupan bajo el rubro:

Suspensión del procedimiento, tal y como había venido ocurriendo en nuestro medio, concretamente, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en donde sólo se contemplaba la suspensión del procedimiento; sin embargo, con motivo de las reformas y adiciones que en fecha reciente se hicieron a nuestros Códigos de procedimientos Penales, se incluyó un capítulo en el que se precisan los casos en los que deberá operar el sobreseimiento.”¹²⁷

A lo anterior corresponde, estrictamente hablando, la suspensión, misma que podrá ser provisional o definitiva, por esto mismo, si se tiene la firme y consciente voluntad para entender y querer, que, ya sea que se use la palabra sobreseimiento, o suspensión, es una sola finalidad que se persigue: no continuar el proceso por todos sus trámites, darlo por terminado prescindiendo de la sentencia o impedir que continúe por estar ante un obstáculo que en un momento dado puede desaparecer, por último; si se prefiere utilizar la palabra sobreseer, téngase presente que dentro de la misma queda comprendida la suspensión, si en cambio se usa el término suspender, no debe olvidarse que la suspensión puede ser provisional o definitiva.

3.2.3 CLASIFICACION DEL SOBRESEIMIENTO (ADMINISTRATIVO Y PROCESAL).

3.2.3.1 SOBRESEIMIENTO ADMINISTRATIVO.

Dentro de la institución del Ministerio Público podemos encontrar lo que se conoce como sobreseimiento administrativo, considerándose así a otra de las determinaciones

¹²⁷ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. op. cit., p. 608.

en que concluya la actividad investigadora del Ministerio Público es decir, el sobreseimiento administrativo en virtud del no ejercicio de la acción penal.

El Doctor Sergio García Ramírez acertadamente señala que el sobreseimiento administrativo:

“Es aquel que se da en la culminación o durante la averiguación previa y se denomina archivo definitivo al que nuestro derecho procesal penal denomina también como resolución del no ejercicio de la acción penal”.¹²⁸

El sobreseimiento decretado por el Ministerio Público oficiosamente sin ratificación aún del Procurador General de Justicia, puede ser provisional si es que el presupuesto en el cual nos encontramos, es el de carecer de pruebas para la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal y se estime que ya se desahogaron y practicaron todas las diligencias que el caso requiere, no impidiéndose con ello que posteriormente se presenten nuevos elementos demostrándose lo contrario, estando en presencia del archivo provisional.

“La averiguación previa tiene por objeto que el Ministerio Público recabe todas las pruebas o indicios que puedan acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado”.¹²⁹

En caso de lograr estos extremos, el Ministerio Público llevará a cabo el ejercicio de la acción penal en contra del probable responsable, a través del acto denominado consignación, ante el juez penal competente, en caso contrario, el Ministerio Público no ejerce la acción penal y emite el acuerdo de archivo o sobreseimiento administrativo.

En caso de que el Ministerio Público estime que las pruebas son insuficientes, pero con posterioridad se puedan obtener más elementos de prueba, emite el acuerdo de

¹²⁸ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Curso de Derecho Procesal Penal*: op. cit., p. 442.

¹²⁹ ORONÓZ SANTANA, Carlos. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Editorial Limusa S. A., 9ª Edición, México, 1999, p. 130.

reserva, mismo que no pone término a la Averiguación Previa sólo la suspende temporalmente.

Fuera de los casos mencionados, procederá el sobreseimiento definitivo, cuando la causa ya evidenciada sea aquella que nos lleve a la decisión de que se está frente al aspecto negativo del delito o bien ante el caso de extinción de la acción penal.

Entre la doctrina existe discusión acerca de si únicamente se admite el sobreseimiento definitivo o debe aceptarse a su lado el provisional.

“Sergio García Ramírez opina que todos los supuestos deben quedar plenamente comprobados para que opere el sobreseimiento, pues en caso de duda el Ministerio Público deberá consignar en base al adagio latino *in dubio pro societate*, que norma la actividad del órgano persecutorio a diferencia del adagio latino *In dubio pro reo*, que compete a la actuación del órgano jurisdiccional”.¹³⁰

Claramente se establece la facultad del Ministerio Público para llevar a cabo el principio de buena fe y su tramitación por lo tanto será en forma incidental en virtud de que la tramitación es directa y bajo la estricta responsabilidad del Ministerio Público; obviamente, podrá consultar al procurador de los casos que por su importancia lo ameriten.

Tratándose de excluyentes de responsabilidad deberán ser demostradas de manera indubitable, para no quebrantar el principio de *In dubio pro societate* que legitima y justifica el ejercicio de la Acción Penal y perece o sucumbe al resolverse en definitiva la Instancia; aunque finalmente se aplique el adagio *In dubio pro reo* por insuficiencia de pruebas.

Otra parte de la doctrina tiene un punto de vista diverso a los antes manifestados, así tenemos que Colín Sánchez señala:

¹³⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Curso de Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 449.

“La determinación de archivo no significa que por haber resuelto así ya no es posible hacer nada, pues en cuanto aparezcan nuevos elementos el Ministerio Público queda obligado a continuar la averiguación, porque carece de funciones jurisdiccionales y sus determinaciones no causan estado”.¹³¹

González Bustamante opina: “Si las diligencias han resultado insuficientes el Ministerio Público puede ordenar el archivo para proseguirlas cuando aparezcan nuevos elementos probatorios, sin que ello signifique que asuma el rol de instructor, la justificación de esta facultad, está en el fin de evitar acusaciones temerarias, contribuyéndose así al afianzamiento de la Institución del Ministerio Público.”¹³²

“Franco Sodi dice: “La resolución de archivo no causa estado y en cuanto aparezcan nuevos elementos probatorios puede reanudarse la averiguación, sigue la práctica viciosa e infundada de darle carácter definitivo a tales resoluciones en el fuero común, ya que el Código Federal con técnica afortunada, declara la precedencia del sobreseimiento”.¹³³

Nuestro punto de vista es que debe conservarse una posición ecléctica.

Ahora bien es claro que en la etapa de instrucción existen los casos de interrupción temporal del procedimiento o suspensión no definitiva del mismo y es la que se resuelve por la vía incidental de suspensión del procedimiento y por tanto en la averiguación previa no existe algo similar, esto significa que no se contempla cómo debe decretarse (por qué vía) la suspensión provisional de la averiguación previa, cosa que no ocurre en el sumario en donde existen los incidentes respectivos.

En algunos supuestos, el archivo tendrá el carácter de provisional, si posteriormente aparecen nuevos elementos probatorios o hay necesidad de practicar otras diligencias (una vez agotadas las presentes), que determinen que efectivamente existe el cuerpo

¹³¹ COLÍN SANCHEZ, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. op. cit., p. 238.

¹³² GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*, op. cit., p. 48.

¹³³ FRANCO SODI, Carlos. *El Procedimiento Penal Mexicano*, op. cit., p. 133.

del delito y la probable responsabilidad Penal, caso distinto de aquél (en el cual existe imposibilidad para practicar nuevas diligencias).

Por tal razón, tendrá el carácter de definitivo si ya no existe duda en lo que se refiere al aspecto negativo de la conducta, la atipicidad o bien de las causas de inimputabilidad, excusas absolutorias o bien se demuestre que no existe autoría y participación o cualquier causa que extinga la acción penal y la pretensión punitiva.

Con ella existe un criterio más objetivo acerca del sobreseimiento provisional (archivo provisional), pues como anteriormente se señaló en éste existen o vienen otras nuevas diligencias que al efectuarse llevarían a la integración de los requisitos exigidos en el artículo 16 constitucional.

En la reserva existen diligencias pendientes por desahogarse que por imposibilidad no se practican.

Referente al primero se desahogan todas, pero vienen otras nuevas; en la segunda no se han practicado todas las que deben llevarse a cabo.

El archivo será provisional o definitivo según el caso, y ante la duda lo mejor es abstenerse de ejercitar acción penal en espera de nuevos elementos, hasta agotar el tiempo exigido para que opere la figura de la prescripción, ahora si dicta el sobreseimiento definitivo (archivo definitivo o no ejercicio de la acción penal), para evitar actos innecesarios de molestia, en caso de consignar ante la duda, el Órgano Jurisdiccional hará lo que bien pudo haber hecho la Representación Social evitando con ello injusticias.

Julio Acero señala que: “No puede haber sobreseimiento porque no se sepa quien cometió determinado delito o no se logre la captura del delincuente, aclarando que aún subsiste la posibilidad de persecución por el descubrimiento del inculpado o su aprehensión; aclarando que solo cuando no parecen elementos de punibilidad o de

responsabilidad que autoricen una primera orden restrictiva de la libertad, puede y debe buscarse una conclusión práctica y diversa”.¹³⁴

Asimismo se habla de sobreseimiento administrativo parcial, presentándose cuando existen varios indiciados y sólo favorezca tal situación (de las ya mencionadas) a alguno o algunos de éstos, será sobreseimiento administrativo total, cuando proceda en definitiva para todos los señalados.

Cabe también precisar que el sobreseimiento puede ser parcial o total, en la medida en que sea sólo unos cuantos hechos (calificados como delitos) por los cuales se sobresee, o la totalidad de los acumulados en un mismo juicio, o también que sean unos cuantos sujetos pasivos del proceso en cuyo favor se pronuncia a la totalidad de los penalmente enjuiciados en los casos de litis consorcio pasivo; si el sobreseimiento sea parcial o total, se refiere a los hechos que se crean delictuosos; este será objetivo, si se basa en los sujetos, será subjetivo.

a) Supuestos

Es importante aclarar que si bien es cierto nuestro estudio esta enfocado al ámbito del Fuero común, ello no es obstáculo para efectuar una comparación en lo que respecta al ámbito Federal.

No obstante la trascendencia de la materia (sobreseimiento), el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se ha abstenido de regularla; en cambio el Código Federal de Procedimientos Penales señala tres hipótesis para que se lleve acabo el sobreseimiento administrativo (archivo) las cuales son:

- 1.- Cuando los hechos no fueren constitutivos de delito o cuando aún pudiendo serlos, resulte imposible la prueba de su existencia;
- 2.- Cuando la acción penal estaba extinguida legalmente;

¹³⁴ ACERO, Julio. *Procedimiento Penal*. op cit., p 159.

3.- Asimismo el proyecto de ley del Ministerio Público de 1963, ordenó el archivo en los supuestos de que el Representante Social, comprobase que los hechos no eran constitutivos de ilícito alguno o que siéndolos operaba la prescripción para el ejercicio de la acción penal; que mediara el perdón del ofendido tratándose de delitos perseguibles por querrela de parte ofendida que se comprobara con la existencia de alguna excusa absolutoria; que falleció el inculpado o que se plantea la presunción de legítima defensa.

A lo anterior debía agregarse una cuarta hipótesis que se planteaba cuando el inculpado no había tenido participación en los hechos delictivos.

El sólo hecho de que faltase la conducta y la ausencia de tipicidad podían dar lugar al archivo, porque en tales supuestos resultaría imposible la comprobación del cuerpo del delito, en cambio las demás eximentes deberían quedar al arbitrio del juzgador.

“La resolución del archivo ha sido criticada manifestándose al respecto que el Ministerio Público abrogaba facultades jurisdiccionales al declarar que un hecho no era delictuoso.”¹³⁵

La anterior crítica, con sentido jurídico podía ser cierta, pero cabría pensar que por economía y práctica procesal es correcto que no se acuda a los tribunales para que hagan la declaratoria de la no existencia del delito, cuando el Ministerio Público no tiene elementos que lo comprueben.

Claro resulta el señalar que sería injusta e indebida la consignación en el supuesto que obre a favor del indiciado alguna excluyente de responsabilidad, en este sentido resultaría absurdo solicitar su detención.

Trascendente resulta hacer mención al acuerdo número A/003/99 emitido por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, de fecha 25 de junio de 1999,

¹³⁵ RIVERA SILVA, Manuel. *El procedimiento Penal*. op. cit., p. 131.

mismo que en su capítulo VI de los criterios y el procedimiento para determinar la averiguación previa establece:

“Artículo 58.- La Averiguación Previa se determinará como ejercicio de la acción penal, no ejercicio de la acción penal o incompetencia.

Artículo 59.- La determinación del ejercicio de la Acción Penal, en los términos del artículo 16 de la Constitución y las disposiciones aplicables del Código Procesal, será formulada como pliego de consignación por el Agente del Ministerio Público que integró la Averiguación Previa de acuerdo a los requisitos previamente establecidos.

Artículo 60.- El Agente del Ministerio Público titular de la unidad investigadora que conozca de la averiguación previa propondrá el no ejercicio de la acción penal, para acuerdo del responsable de la agencia a la que se encuentre adscrito, en caso de que se de alguna o algunas de las hipótesis siguientes:

I.- Cuando no exista querrela del ofendido o representante legal, si se trata de un delito que deba perseguirse a petición de parte ofendida, o respecto del cual se requiere un acto equivalente en términos de ley;

II.- Cuando los hechos que motiven la denuncia o querrela no sean constitutivos de delito, en cuyo caso el Agente del Ministerio Público, desde las primeras actuaciones que practique buscará, que el denunciante, querellante u ofendido precise o concrete los hechos que motiven la denuncia o querrela, así como las circunstancias de tiempo, modo, lugar y ocasión en que ocurrieron los hechos, a fin de contar con los datos necesarios para resolver si los hechos constituyen o no delito;

III.- Cuando en la Averiguación Previa no sea determinable, la identidad del probable responsable, después de haber agotado todas las diligencias necesarias para lograr su identificación;

IV.- Cuando los medios de prueba desahogados en la Averiguación sean insuficientes para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad y resulte imposible desahogar medios de prueba ulteriores relevantes para el efecto;

V.- Cuando se acredite plenamente alguna causa de exclusión del delito en la indagatoria;

VI.- Cuando se haya extinguido la Acción Penal en términos de ley, sea por muerte del delincuente por amnistía, por perdón del ofendido o legitimado para otorgarlo, por prescripción o por disposición legal derogatoria o abrogatoria;

VII.- Cuando exista previamente dictada una sentencia definitiva o resolución de sobreseimiento judicial que haya causado ejecutoria, respecto de los hechos atribuidos al indiciado; y

VIII.- En los demás casos que señalen las leyes.

Artículo 61.- Cuando se actualice en la averiguación alguno de los supuestos establecidos en el artículo anterior, el Agente del Ministerio Público del conocimiento, bajo su responsabilidad deberá plantear inmediatamente el no ejercicio de la acción penal con la motivación y fundamentación debidos, refiriendo y sustentando con precisión las hipótesis que resulten demostradas en la especie al responsable de la agencia a la que este adscrito, quien será responsable en los mismos términos por la formulación y en su caso, la resolución debida de la propuesta.

En todo caso, antes de proponer el no ejercicio de la acción penal, el agente del Ministerio Público del conocimiento, deberá agotar todas las diligencias conducentes para acreditar el cuerpo del delito e identificar al probable responsable, con el fin de superar los obstáculos que impidan la continuación de la averiguación o, en su caso acreditar plenamente la causa de exclusión del delito.

Artículo 62.- Cuando los elementos de prueba existentes en la averiguación sean insuficientes para determinar el ejercicio de la acción penal y resulto imposible desahogar algún otro, el agente del Ministerio Público propondrá el no ejercicio de la acción penal; pero si se supera el o los obstáculos que impiden la determinación de la Averiguación, ésta podrá ser reabierta de acuerdo con lo establecido en el artículo 71 de este acuerdo.

El agente del Ministerio Público precisará en su propuesta cuál es el obstáculo o el impedimento para la integración de la Averiguación, así como la fecha en que opera la

prescripción, de conformidad con las reglas que resulten aplicables y el responsable de agencia o, en su caso, la Coordinación de Agentes Auxiliares resolverán lo procedente fundando y motivando su resolución de conformidad con lo dispuesto en los artículos 63 y 64 siguientes.

En ningún caso podrá proponerse el no ejercicio de la acción penal si existen pruebas pendientes de desahogo tendientes a acreditar el Cuerpo del Delito y la Probable Responsabilidad cuya comisión pueda afectar el resultado de la Averiguación Previa".¹³⁶

b) Efectos

Aquí se plantea la cuestión sobre el carácter definitivo o meramente provisional de la resolución de archivo; si se le asigna efecto definitivo que impida, por ende el posterior ejercicio de la acción penal en cuanto al delincuente y a los hechos considerados en la determinación respectiva, equivaldría a que el Ministerio Público se atribuyera poderes jurisdiccionales.

Diferente sería, si únicamente se le fija efecto provisional, sus consecuencias se confunden (no así sus supuestos), para fines prácticos, con las de reserva, y se abre la puerta a la subsistencia de situaciones indefinidas, sólo salvables por el instituto de la prescripción, que en nada contribuyen a satisfacer la necesidad de certeza jurídica.

De lo antes expuesto puede analizarse que existe una laguna en la legislación común, que nada dice sobre los efectos del archivo, lo cual ha dado lugar a contradictorias apreciaciones, y en consecuencia la doctrina emite diferentes criterios.

“Franco Sodi, González Bustamante y Colín Sánchez se inclina a favor de la provisionalidad de los efectos del archivo.

¹³⁶ Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal Acuerdo A/003/99, pp. 20 a 24.

Rivera Silva se pronuncia en pro de sus consecuencias definitivas, puesto que dicha resolución se dicta cuando se han agotado las diligencias pertinentes, la solución contraria agrega, reñiría con los principios generales del derecho, al abrir cause a situaciones indefinidas.

En cambio el Código Federal es tajante al respecto; las resoluciones de archivo aparejan el efecto de impedir definitivamente el ejercicio de la acción penal respecto a los hechos que la motiven tal, y como lo establece el numeral 139 del citado ordenamiento.”¹³⁷

Debemos considerar que si el archivo se funda en la carencia absoluta de elementos para consignar, es decir cuando no esta acreditado el cuerpo del delito o la probable responsabilidad del indiciado, carencia de elementos probatorios, prescripción, amnistía o muerte del inculpado, no existe inconveniente alguno en aceptar la definitividad de aquél acuerdo.

El cambio de régimen de la prescripción podría admitirse como premisa intermedia (plazos mas reducidos y en todo caso interrumpibles por la obtención de elementos probatorios que permitan efectuar la consignación y no por la simple actividad indagatoria del Ministerio Público), en la hipótesis de archivos determinados por carencia de pruebas sobre el cuerpo del delito o la probable responsabilidad penal del inculpado.

En cambio, la posibilidad de revisión (cuando procede en contra del indiciado, viéndose éste favorecido con el sobreseimiento administrativo), no dejaba de suscitar críticas, por más que quiera considerarse como un instrumento de justicia, tal como lo habían admitido leyes extranjeras quienes aceptaban la revisión incluso en contra de la sentencia absolutoria.

¹³⁷ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Curso de Derecho Procesal Penal*, op. cit., pp. 410 y 411.

c) Competencia para decretar este tipo de sobreseimiento

En materia de sobreseimiento hay novedades muy interesantes, sucedía que al negar el juez la orden de aprehensión o de comparecencia, por entender que no se hallaban satisfechos los requisitos para obsequiarla, o al determinar la libertad por falta de méritos, en vez de la formal prisión, quedaba incierta la situación jurídica del inculpado durante mucho tiempo, esas decisiones judiciales carecían de efectos definitivos, en tal virtud, el Ministerio Público podía formular nuevas promociones tendientes a la persecución penal del sujeto, y a menudo sólo el curso de la prescripción daba fin a una incertidumbre francamente incompatible con los requerimientos de seguridad jurídica a los que también sirve el proceso.

“Concretamente, el artículo 36, con redacción oscura, resolvía que cuando se encuentra agotada la averiguación previa correspondiente y no se reúnan los requisitos del artículo 16 de la Constitución para decretar la aprehensión del inculpado, el juez, de oficio o a petición de parte del Ministerio Público, decretará la cesación del procedimiento y mandará archivar el expediente”.¹³⁸

Hoy, en cambio, son tres las hipótesis consideradas por el precepto:

- a) Negativa de la Orden de Aprehensión;
- b) Negativa de Orden de Comparecencia;
- c) Libertad por falta de elementos para procesar

Si esto ocurre se abre un plazo de sesenta días a partir de la notificación de esas resoluciones, para que dentro de ese período el Ministerio Público o el ofendido (que aquí interviene prácticamente como un actor, impulsando la causa con actos de interrupción) aporten pruebas de las que el juzgador deduzca la posibilidad del resolver la captura, comparecencia o formal prisión. Si no hay pruebas, o las aportadas no son suficientes para el propósito perseguido, se sobreseerá la causa. En tal virtud,

¹³⁸ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano*. op.cit., p.274.

sobreviene la conclusión del proceso, en el fondo, la solución innovadora es posible, empero el plazo de sesenta días resulta excesivamente breve, sobre todo si se piensa en la extrema dificultad probatoria que existe en numerosos casos, se puede argumentar sin embargo, que el Ministerio Público debió reunir oportunamente suficientes probanzas para ejercitar la acción.

Mismo artículo que fue reformado por le artículo primero del decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, de 17 de septiembre de 1999, en vigor el 1° de Octubre del mismo año para quedar como sigue:

“Artículo 36.- Cuando se haya negado la orden de aprehensión o de comparecencia, o dictada el auto de libertad por falta de elementos para procesar, por considerar que no están reunidos los requisitos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 132 y 133 de este Código, el juez penal deberá señalar aquellos requisitos que a su juicio no se encuentren satisfechos, fundando y motivando su resolución, y el Ministerio Público practicara las diligencias necesarias para investigar debidamente la averiguación previa correspondiente”.

Y de nueva cuenta volvemos a la incertidumbre en relación a la situación jurídica del inculpado durante mucho tiempo, ya que las actuales resoluciones carecen de efectos definitivos, pues el Ministerio Público puede promover nuevas peticiones tendientes a la persecución del inculpado y sólo el instituto de la prescripción dará fin a esa incertidumbre incompatible con los requerimientos de la seguridad jurídica a los que también sirve el proceso penal.

c.1) Objetivo

La ley procesal constituye el instrumento de aplicación de las normas de fondo, instrumento legal que aporta al juez los puntos que deberá tener éste en cuenta y seguir en su marcha hacia el conocimiento y que fundamentará, salvo contadísimos

casos en que se instituye al principio de las libres convicciones, la decisión judicial investida del elemento tal vez más relevante de la jurisdicción: *la coertio*.

“De lo dicho se desprende, y ya con relación al derecho penal, que la ley procesal penal va a brindar a las partes que los jueces de esa materia deban tener en cuenta a fin de considerar o no reproducidos en los hechos que el órgano investigador pone bajo su competencia, el o los tipos penales previstos en la ley penal sustantiva y los demás elementos que constituyen el delito”.¹³⁹

Las normas procesales tienen como fin primordial establecer:

- a) Una relación causal entre una conducta humana plenamente típica y una persona determinada;
- b) La existencia o no de responsabilidad penal de esa persona

De lo que se infiere que la ley procesal tiene como objeto brindar con carácter obligatorio tanto al órgano investigador y al juez las pautas que éstos deberán seguir para considerar o no en el caso concreto, configurando o materializando, un delito, el proceso es la justificación de la aplicación de una pena.

c.2) Atribuciones

Atento a lo dispuesto por el artículo 660 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el sobreseimiento procede en los siguientes casos:

I.- Cuando el Procurador General de Justicia del Distrito Federal confirme o formule conclusiones no acusatorias;

II.- Cuando aparezca que la responsabilidad penal está extinguida;

¹³⁹ V. ANNICCHIARICO, Ciro. *El sobreseimiento*. Provisorio op. cit., p. 66

III.- Cuando no se hubiera dictado auto de formal prisión o de sujeción a proceso y aparezca que el hecho que motiva la averiguación no es delictuoso o cuando está agotada ésta, se compruebe que no existió el hecho delictuoso que lo motivó;

IV.- Cuando habiéndose decretado la libertad por desvanecimiento de datos, está agotada la averiguación y no existan elementos posteriores para dictar una orden de aprehensión.

V.- Cuando esté plenamente comprobado que en favor del inculpado existe alguna causa eximente de responsabilidad;

VI.- Cuando existan pruebas que acrediten fehacientemente la inocencia del acusado, y

VII.- Cuando así lo determine expresamente este Código".¹⁴⁰

En la hipótesis prevista en la fracción I, si el procurador de justicia ha confirmado o formulado conclusiones no acusatorias, a no dudarlo, esto es motivo suficiente para que cese de inmediato el procedimiento y en esas condiciones no se llegue a sentencia y por ende se dicte la resolución judicial que sobresea el proceso, si se tiene conocimiento de que la responsabilidad penal está extinguida, sería ocioso que se continuara el proceso a sabiendas de que en la sentencia así tendría que reconocerse, por eso está justificado plenamente el sobreseimiento.

La fracción III de este artículo, prevé aquellos casos en los que seguramente el Ministerio Público ejerció acción penal con pedimento de orden de aprehensión o de comparecencia y habiéndose obsequiado o no, esas peticiones, por obvias razones no se ha dictado auto de formal prisión o de sujeción a proceso y se advierte que el hecho que motiva la averiguación no es delictuoso.

Es igualmente correcto que se sobresea el proceso, cuando se decreta la libertad por desvanecimiento de datos.

¹⁴⁰ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. op. cit., p. 611.

Se dice que procede el sobreseimiento cuando existen pruebas que acrediten fehacientemente la inocencia del acusado.

“El artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de muy reciente creación (1° de febrero de 1991), establece muy claramente las atribuciones muy específicas del órgano investigador y del jurisdiccional”¹⁴¹

Cuando se encuentre agotada la averiguación correspondiente y no se reúnan los requisitos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para decretar la aprehensión del inculpado, el juez, de oficio o de petición del Ministerio Público, decretará la cesación del procedimiento y mandará archivar el expediente. El cual ya fue modificado por el de (1° de octubre de 1999).

c.3) Del Procedimiento

Entre los procesalistas antiguos priva la idea de que el sobreseimiento solo podía decretarse en el sumario, hasta que estuviese agotada la averiguación, argumentando que antes de que se pronuncie el auto de formal prisión no había ninguna clase de proceso y que, por tanto, no era el caso de sobreseer porque, si el sobreseimiento consiste en cortar una causa, no puede cortarse lo que no existe.

“Digamos para empezar que el sobreseimiento es una forma anormal de conclusión del proceso penal como ya se manifestó anteriormente, se trata, de una estricta interrupción de las actuaciones que se vienen realizando”.¹⁴²

¹⁴¹ RUBIONES, Carlos J. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Tomo IV, Editorial De Palma, 2ª Edición, México, 1998, p. 182.

¹⁴² V. ANNICCHIARICO, Ciro. *El Sobreseimiento. Provisorio op. cit.*, p. 65.

Sin entrar en la ya anecdótica acepción del término sobreseimiento, se torna necesario destacar desde ya que su efecto inmediato lo es el cese de la investigación o instrucción.

La ley procesal constituye el instrumento de aplicación de las normas de fondo, instrumento legal que aporta al juez las pautas que deberá tener éste en cuenta y seguir su marcha hacía el conocimiento.

La institución del sobreseimiento en el campo procesal debe reconocer un presupuesto correspondiente al derecho de fondo. Y, correlativamente, hay previsiones en la norma de fondo, que encuentra en aquel instituto procesal su desahogo pragmático.

Así entonces descubrimos el fundamento de la institución del sobreseimiento, porque mediante el mismo el juez podrá concluir la investigación de un asunto, cuando de donde se inicio comprueba que éste no le interesa a la ley de fondo.

Sin perjuicio de aventurar una razón de economía procesal, para qué llevarlo a un plenario en el que el Ministerio Público se esforzará por justificar lo injustificable, el defensor se remitirá a los elementos probatorios ya reunidos y por último, el juez absolverá. Por existir una causal que se encontraba probada desde las primeras fojas del expediente.

No siempre el desinterés de la ley de fondo en aplicar una pena se encuentra indudablemente, a veces, la mayoría de las veces, los elementos probatorios reunidos conforman un obstáculo; ya sea porque son insuficientes, o son inválidos, se dice que constituyen un obstáculo porque el juzgador, habiendo comenzado su marcha hacía el conocimiento, se queda parado a casi la mitad del camino; piensa en concluir el proceso para pasarlo al Ministerio Público y éste haga la acusación, pero se encuentra

que las probanzas reunidas son insuficientes para dar lugar al debate plenario; piensa en sobreseer definitivamente, pero tampoco puede, hasta que pueda reunir las pruebas que le faltan y así abrir las puertas a la discusión de ambas partes en la etapa superior.

Por otra parte el simple transcurso del tiempo no modifica la naturaleza del hecho ilícito afecta la relación que con el mismo pudieran tener sus autores, por lo tanto, (salvo el caso de la prescripción) aparece improcedente que por el solo transcurso del tiempo, un sobreseimiento provisional sea convertido en definitivo.

3.2.3.2 SOBRESEIMIENTO PROCESAL

“El doctor Sergio García Ramírez es muy claro al señalar que en México no existe el sobreseimiento provisional, sino sólo el definitivo”.¹⁴³

El sobreseimiento provisional se contempla como un incidente de suspensión del proceso, esto con una mejor connotación resultando contradictorio hablar de sobreseimiento y después continuar el proceso.

González Bustamante deja en claro que: “No es lógico que si en un proceso se decreta el sobreseimiento, puede reanudarse después”.¹⁴⁴

Hablando de sobreseimiento éste se ha conceptualizado como una resolución jurisdiccional, diversa de la sentencia, que pone fin a la instancia con absolución del inculpado; por lo tanto el sobreseimiento, ni condena ni absuelve, este no resuelve o decide sobre el fondo o cuestión principal.

¹⁴³ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Curso de Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 636.

¹⁴⁴ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*, op. cit., p. 221.

“Vale decir, no resuelve si existió o no el delito, o si el enjuiciado fue o no responsable, el sobreseimiento sólo termina el proceso, pero debido a efectos prácticos de carácter legal, procura escapar de la absolución de la instancia extinguiendo o rematando el *ius puniendi* que funde los mismos hechos que fueron materia del proceso sobreseído.”¹⁴⁵

Asimismo, puede clasificarse en total o parcial ya sea objetivo o subjetivo, según se refiera a la totalidad de procesados o sólo a algunos, a todos o sólo a algunos de los hechos que se declaran punibles en el auto de formal prisión.

Actualmente el sobreseimiento puede decretarse en cualquier estado del proceso pero, por lo general, se hace en el período de instrucción.

“Es posible que el sobreseimiento se decrete desde el principio, esto puede suceder, si a criterio del órgano instructor, los hechos consignados no revisten el carácter de delito.”¹⁴⁶

Las causas que dan origen a la solicitud de sobreseimiento procesal son:

En los casos previstos en las fracciones II y IV del artículo 660 de la ley procesal penal y que pueden solicitarse el cualesquiera de las etapas procedimentales (aún durante el Auto de Término Constitucional) cuando se demuestre:

1.- “Que se encuentre extinguida la acción penal, por prescripción, en el supuesto de que el procesado se hubiere sustraído de la potestad jurisdiccional, durante el lapso señalado en la ley;

¹⁴⁵ SILVA SILVA, Jorge Alberto. *Derecho Procesal Penal*. op. cit., p. 694.

¹⁴⁶ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*. op. cit., p. 222.

- 2.- Por que prescriba o transcurra el plazo para la presentación de algún requisito de procedibilidad faltante, o algún requisito prejudicial necesario;
- 3.- Por amnistía, revocación o desistimiento de la querrela por parte del ofendido, por derogación del delito imputado, entrada en vigor una nueva ley o alguna excusa absolutoria aplicable al caso;
- 4.- Cuales quiera de las causas excluyentes de responsabilidad penal”.¹⁴⁷

En los casos antes citados, puede ser que desde la consignación por el Ministerio Público al órgano jurisdiccional, éste al resolver sobre el pedimento de la orden de aprehensión hasta antes de formular conclusiones acusatorias, o cuando el Procurador modifique estas últimas formulando después las de no acusación y concluya que existe cualesquiera de estas hipótesis, dándose la causa para tramitar o decretar de oficio (ya se trate de las fracciones II a IV respectivamente, aunque puede ser en cualquier momento de esos dos estadios procedimentales).

En las hipótesis precisadas en la fracción III del citado precepto de la ley Adjetiva Penal, será únicamente en el auto de término constitucional; presentándose al no poder demostrarse el cuerpo del delito, requiriéndose para ello que no se hubiera dictado auto de formal prisión.

“Procede esta hipótesis cuando se hubiere negado la orden de aprehensión o de comparecencia por no ser delictuoso el hecho imputado, o cuando se hubiere considerado que el hecho si era delictivo, pero nunca se pudo demostrar dentro de la instrucción que sí lo era.”¹⁴⁸

De ser procedente el incidente de libertad por desvanecimiento de datos, el cual puede promoverse desde el desahogo de pruebas, (pues se exige la existencia de nuevas

¹⁴⁷ SILVA SILVA, Jorge Alberto. *Colección de Leyes Comentadas*. Editorial Harla, México, 1999, p. 76.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 219.

pruebas que desmerezcan de manera indubitable y plena las que sirvieron de fundamento para dictar la formal prisión), hasta antes del cierre de instrucción es cuando puede darse esta causal y de ahí solicitar se de trámite al nuevo incidente no especificado de sobreseimiento o el juez lo decreta de oficio.

Caso especial es la inocencia del acusado, habida cuenta de que si ya se habla de las excluyentes de responsabilidad penal, sólo que todas ellas referidas al delito; por lo tanto resta hablar de la no participación ni autoría del o de los sujetos activos del delito (caso de presunción) y esto puede hacerse también en cualquier estado procedimental.

Las conclusiones inacusatorias, tanto las confirmadas por el Procurador General de Justicia ya presentadas por el agente adscrito al juzgado, o las formuladas por el mismo.

En el caso anterior se parte del supuesto en que durante la preparación del juicio o debate, la institución del Ministerio Público, a través del agente adscrito o el propio Procurador presenten conclusiones inacusatorias; no habiendo pretensión en concreto, no habrá base para la defensa ni para la condena.

Explica el Doctor Sergio García Ramírez: "El sobreseimiento es consecuencia del desistimiento de la acción penal."¹⁴⁹

Resultando evidente que en caso de sobreseimiento hay abandono de la acción penal, luego entonces la sentencia condenatoria que se dicte en estos casos vulneraría la garantía consagrada en el artículo 21 constitucional, tal como lo sostiene la opinión emitida por la Suprema Corte de justicia de la Nación:

¹⁴⁹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Curso de Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 637.

“ACCIÓN PENAL.- Su ejecución corresponde exclusivamente al Ministerio Público, de manera que, cuando éste no ejerza esa acción penal, no hay base para el procedimiento; la sentencia que se dicte sin que tal acción se haya ejercido por el Ministerio Público, importa una violación a la garantía consagrada en el artículo 21 constitucional”.¹⁵⁰

En tal virtud lo procedente es el sobreseimiento de plano así como lo ordena nuestro máximo Tribunal cuando señala:

“ACCION PENAL.- Si el Ministerio Público no la ejerce, procede conceder la suspensión del procedimiento”.¹⁵¹

Los efectos que produce la resolución de sobreseimiento son:

- a) Terminación del proceso;
- b) Equiparación de los efectos, con los de la sentencia absolutoria, cuyo efecto principal es como lo dice el adagio *non bis in idem*;
- c) Cancelación de todo tipo de medidas cautelares, fianza, caución, embargos, arraigos;
- d) Terminación de todos los medios impugnados interpuestos contra resoluciones anteriores;
- e) Reintegración de los derechos políticos de procesados que se encontraban suspendidos;
- f) La devolución de las piezas de convicción aportadas por las partes y aún por terceros.

¹⁵⁰ *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta Época, Tomo XV, p. 692.

¹⁵¹ *Semanario Judicial de la Federación*. Sexta Época, Tomo XVI, p. 710.

Otro supuesto es la publicación de sentencia a título de reparación y a petición de parte interesada, cuando ésta fuere absuelta, el hecho imputado no constituyere delito o él no lo hubiere cometido.

Los Tribunales Colegiados han establecido: “Al decretarse el sobreseimiento debe restituirse al inculpado el goce de los derechos de que haya sido privado como consecuencia del proceso”¹⁵²

Respecto al número de delitos decretados en el auto de formal prisión, de acuerdo con el sobreseimiento total o parcial objetivo; serán las mismas consecuencias de la sentencia ejecutoria es decir, de los hechos sobreseídos ya no podrá volver a intentarse la persecución, continuándose el procedimiento por los restantes que no hayan sido sobreseídos.

a) Causas de procedencia del sobreseimiento

Las causas que originan la procedencia para la paralización definitiva o culminación anormal del procedimiento se agrupan en torno a la etapa procesal: averiguación previa (Sobreseimiento Administrativo) y en la instrucción (Sobreseimiento Procesal).

El Doctor Sergio García Ramírez señala los casos de procedencia del Sobreseimiento Administrativo; hipótesis que aún y cuando no la regula el Código Adjetivo Penal si lo hace la ley orgánica de la procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, y los cuales son:

1.- “Cuando los hechos no sean constitutivos de delito;

¹⁵² Semanario Judicial de la Federación. *Informe del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito*, México, 2002.

- 2.- Se acredite plenamente que el inculpado no tuvo participación en ellos;
- 3.- Se hubiere extinguido la responsabilidad penal;
- 4.- Se compruebe que existe a favor del inculpado una excluyente de responsabilidad o
- 5.- Resulte imposible comprobar la existencia de los hechos por obstáculo material insuperable”.¹⁵³

Aunado a lo anterior debe agregarse el perdón del ofendido o facultado plenamente para otorgarlo, además las llamadas causas graves que extinguen la acción penal, entre ellas; la muerte del ofendido en los delitos de querrela, prescripción y muerte del delincuente.

Tratándose del Sobreseimiento Procesal el artículo 660 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal, da los siguientes presupuestos para la operancia del sobreseimiento:

Artículo 660.- El sobreseimiento proceerá en los siguientes casos:

I.- “Cuando el Procurador General de Justicia del Distrito Federal confirme o formule conclusiones no acusatorias;

II.- Cuando aparezca que la responsabilidad penal está extinguida;

III.- Cuando no se hubiese dictado auto de formal prisión o de sujeción a proceso y aparezca que el hecho que motiva la averiguación no es delictuoso o, cuando estando agotada ésta, se compruebe que no existió el hecho delictuoso que la motivo;

IV.- Cuando habiéndose decretado la libertad por desvanecimiento de datos, esté agotada la averiguación previa y no existan elementos posteriores para dictar nueva orden de aprehensión, o se éste en el caso previsto por el artículo 546;

¹⁵³ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Curso de Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 637.

V.- Cuando esté plenamente comprobado que a favor del inculpado existe alguna causa eximente de responsabilidad;

VI.- Cuando existan pruebas que acrediten fehacientemente la inocencia del acusado;

VII.- Cuando se trate de delitos culposos que sólo produzcan daños en propiedad ajena y/o lesiones de las comprendidas en el artículo 130 del Código Penal, si se paga la reparación del daño a la víctima o al ofendido por el delito, si el inculpado no hubiese abandonado a aquella y no se encontrase el activo en estado de ebriedad, o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o sustancias que produzcan efectos similares. Lo anterior procederá cuando se trate de culpa calificada como grave, conforme a la parte conducente del artículo 77 del Código Penal.

VIII.- Cuando así lo determine expresamente este Código”.¹⁵⁴

Julio Acero por su parte sostiene que: “Además del repetido caso de la no acusación del Ministerio Público al final de la Instrucción, el sobreseimiento ocurre siempre que aparezcan circunstancias extintivas de la acción penal o remisivas de la pena, plenamente acreditados en el curso de la averiguación, o se compruebe que está prescrito el delito, bastará cualquiera de tales excepciones para quitar el objeto a la promoción de actuaciones”.¹⁵⁵

Todos ellos pueden reducirse a tres grupos de casos:

- a) Algunas causas que afectan a la pretensión punitiva;
- b) Otras al hecho o a los hechos sometidos a la investigación y;
- c) Al sujeto pasivo del proceso penal o imputado.

Desde nuestro punto de vista los diversos casos de sobreseimiento conocidos en nuestro proceso penal pueden reducirse a tres:

¹⁵⁴ Colección Penal 2003, op. cit., pp. 556 y 557.

¹⁵⁵ ACERO, Julio. *Procedimiento Penal*. op. cit., p. 159.

a) Los referentes a la pretensión, en donde encajan la litispendencia, la cosa juzgada, el desistimiento de la acción o pretensión, prescripción de la acción o derecho y la transacción.

b) Los referentes al hecho o causa pretendida, que incluye aquellos supuestos donde los hechos o causas en que se soporte la pretensión no son calificados como delitos.

c) Los referentes al sujeto pasivo del proceso, como en los casos de muerte de éste, alguno de inviolabilidad o impunidad.

b) Sujeto que puede solicitar el sobreseimiento

De los sujetos integrantes de la relación jurídico procesal, pueden solicitar el sobreseimiento: el Ministerio Público, el defensor y el procesado; no obstante, el órgano jurisdiccional lo decretará de plano sin substanciación alguna, todo lo cual nos permite concluir que el sobreseimiento puede decretarse de oficio o a petición de parte.

b.1) Sobreseimiento de oficio

Es incuestionable que tratándose de causales señaladas en las tres primeras fracciones del artículo 660 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal:

Conclusiones inacusatorias extemporáneas, no formulación de conclusiones y extinción de la responsabilidad penal; no debe ser solicitada por parte procesal alguna, el auto que decreta el sobreseimiento; es el juez quien debe hacerlo o decretar de oficio, resolviéndose de plano, es decir, sin trámite alguno.

b.2) Sobreseimiento a petición de parte

En los demás casos:

- a) Desvanecimiento de datos;
- b) Causas eximentes de responsabilidad, y;
- c) Inocencia del acusado.

Serán las partes quienes lo soliciten, es decir, lo puede solicitar el Ministerio Público, el procesado o su defensor, dándose en caso como el primero, un doble incidente.

El Doctor García Ramírez “Señala que ha habido ocasiones de duda o error acerca de la consecuencia de la solicitud del sobreseimiento formulada por el Ministerio Público; es claro que ésta, no acarrea el efecto de sobreseer, si no hay confirmación que la ley exige, en el sistema de control interno de actos del Ministerio Público”¹⁵⁶

- c) Quién decide la operancia del sobreseimiento

El numeral 663, párrafo segundo de la ley adjetiva penal, es clara al precisar que en caso de que el sobreseimiento sea a petición de parte, será el juez el que decida si procede o no. “Luego entonces, aún cuando el planteamiento provenga del Ministerio Público, no existe disposición que vincule su petición con la resolución del Tribunal, el que en todo caso puede denegarla.”¹⁵⁷

- d) Forma en que debe tramitarse el sobreseimiento.

Ya quedó claro que cuando la causal es una conclusión inadecuada (desistimiento de la acción penal, extinción de la responsabilidad penal, el hecho no es delictuoso e inexistente) sin tramite alguno, el juez lo decretará de oficio.

¹⁵⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Curso de Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 640.

¹⁵⁷ Ibid.

En los demás casos deberán ser las partes quienes lo soliciten, invocando el artículo 664 del Código Procesal Penal, que se tramitará por separado, en forma de incidente no especificado.

Rivera Silva señala al respecto: “El ritual no se encuentra regulado específicamente, por lo que a este respecto resultan aplicables las reglas generales de todo incidente”.¹⁵⁸

De esta forma, primeramente se deberá hacer la promoción y una vez hecha ésta acordará lo procedente, dándose vista con ella a las partes, para que contesten en el acto de la notificación (artículo 544 de la Ley Adjetiva Penal para el Distrito Federal).

Si el juez creyere conveniente o alguna de las partes lo pidiere, citará a una audiencia que se verificará dentro de los tres días siguientes; durante este plazo, así como en la audiencia, se recibirán pruebas. Concurran o no las partes, el juez, desde luego, fallará el incidente.

d.1) Tiempo de duración.

Cabe destacar que nuestra Ley Adjetiva Penal ya citada, es omisa respecto al tiempo que se tiene, después de los tres días de audiencia, para dictar resolución.

En el fondo el incidente tiene gran semejanza con el de libertad por desvanecimiento de datos; es válido sostener por lo tanto que la respectiva resolución debe dictarse dentro de las setenta dos horas que señala el artículo 548 del Código de Procedimientos Penales.

¹⁵⁸ RIVERA SILVA, Manuel. *El procedimiento Penal*. op. cit., p. 201.

d.2) Momento en que debe dictarse la resolución.

Estimamos que debe dictarse en el término de tres días siguientes a la notificación. Esta resolución no se equipara a la sentencia, pues no define el fondo controvertido, se trata, en todo caso, de una resolución que da por concluido el proceso.

Como lo señala Silva Silva “El planteamiento del incidente sólo se podrá hacer durante la instrucción salvo en los casos de desistimiento del derecho, muerte del inculpado, amnistía y revocación de la querrela.”¹⁵⁹

Pero en ningún caso procederá el sobreseimiento en segunda instancia, el auto de sobreseimiento que haya causado estado, surtirá los efectos de una sentencia absolutoria, cabe destacar que en ninguno de los artículos 315 párrafo final y 660 a 667, contemplan como apelable esta resolución.

No es apelable el auto que decreta el sobreseimiento, pero bien podría concebirse el recurso de revocación, ante la misma autoridad, mismo que debe interponerse en el acto de la notificación o al día siguiente hábil y dentro de las cuarenta y ocho horas; si el juez lo creyere necesario oír a las partes en la audiencia verbal y resolver si procede o no la revocación, contra la cual no procede recurso alguno.

e) Imprudencia

Sólo cuando se presente un obstáculo insalvable, como en el caso de que el incidente de sobreseimiento, se hubiere iniciado antes de la presentación de conclusiones por parte del Ministerio Público, pero cuando su trámite se hubiere prolongado hasta después de presentadas las conclusiones acusatorias, la resolución que debiere recaer

¹⁵⁹ SILVA SILVA, Jorge. *Derecho Procesal Penal*. op. cit., p. 702.

al incidente no podrá dictarse por el juzgador, debe en ese momento en que el Ministerio Público presente conclusiones, declarar sin efecto o sobreseído, el incidente iniciado pero no resuelto.

Silva Silva plantea “La duda en el sentido de que sucedería en el caso de que, con posterioridad al sobreseimiento, se pueda descubrir la falsedad de la hipótesis que dio lugar a la tramitación, en donde sostiene que la resolución de sobreseimiento se puede nulificar, como lo contempla el Código de Coahuila, es decir, declarar el cese del sobreseimiento y reanudar el proceso”.¹⁶⁰

Nosotros no compartimos esa opinión, toda vez que como ya se aclaró, primero en México esta prohibido, es decir, no es reconocido el sobreseimiento procesal provisional, sino el sobreseimiento procesal definitivo, respecto del principio *non bis in idem*, así como el no *absolutio* a la instancia.

En conclusión cabe sólo esperar el término de las setenta y dos horas, en que se resuelve si procede la revocación, en caso contrario causará estado y tendrá efectos de sentencia definitiva absoluta; en caso contrario se vulneraría la garantía de no absolucón de la Instancia, así como la de no juzgar dos veces por los mismos hechos.

3.3 INSTITUCIONES PROCESALES EN LAS QUE PROCEDE EL SOBRESEIMIENTO.

3.3.1. INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS

Lo natural, dice González Blanco, sería que el procedimiento penal se desarrollara sin tropiezo alguno, pero en realidad no sucede así, pues durante su secuela se plantean

¹⁶⁰ Ibid.

ciertas cuestiones referentes a la relación procesal que lo motiva, las que en ocasiones requieren de una tramitación especial y de una resolución previa, por el efecto jurídico que pueden producir, sobre esa relación. A esas cuestiones se les denomina incidentes.¹⁶¹

Para poder establecer la distinción entre lo que constituye lo esencial de la cuestión debatida, y lo que debe entenderse por accesorio o incidental, es menester puntualizar los conceptos.

Hemos insistido en que el asunto principal que ha de resolverse en el juicio, versa acerca de la existencia del delito y la responsabilidad de su autor. De esta manera, la potestad judicial queda delimitada a la resolución del conflicto de intereses que surge entre la sociedad que se ha visto afectada por la acción delictuosa y el inculpado, a quien se atribuye su comisión.

Es así como se fija la actividad jurisdiccional, “determinándose sus límites con relación a la materia y a las personas, dentro de los cuales debe enmarcar su función sentenciadora. En una palabra, se señalan los puntos sometidos a la resolución judicial... a los litigantes no les queda otra cosa que impulsar la relación procesal mediante una serie de actos que se complementan con los realizados por el juez.”¹⁶²

Ahora bien, las cuestiones surgidas en el proceso y con relación a él, pero que adopten un carácter accesorio al mismo, es decir, las que se relacionan con la solución del litigio, sin referirse medularmente a su fondo, son las que denominamos cuestiones incidentales, las cuales se tramitaron lateralmente al negocio esencial y tendrán

¹⁶¹ GONZÁLEZ BLANCO, Alberto. *El procedimiento Penal Mexicano en la Doctrina y el Derecho Positivo*, Editorial Porrúa, México, 1975, p. 210.

¹⁶² SALAS VIVALDI, Julio E. *De los Incidentes y en especial el de la Nulidad Procesal*, Librotec Ltda., Editores Concepción, Chile 1966, pp. 13-14.

también una resolución especial que en la práctica, -no acogida por la legislación adjetiva penal- denominase sentencia interlocutoria.

Esa tramitación de los incidentes, también resulta ser distinta al procedimiento que se otorga al procedimiento principal, con independencia de que se ventile en la misma pieza de autos o por cuerda separada y se resuelva en la misma sentencia que se dicta en el asunto principal, o aparte de ella.

No sobra decir que la proliferación de los incidentes en el proceso mexicano, que se traduce frecuentemente en innecesarias dilaciones en el juicio, obedece a la prioridad que tiene la escritura antes que la oralidad, pues ésta permite por lo general que en la audiencia de pruebas, de alegatos y sentencia, se les de inmediata resolución.

La conclusión que se persigue en el proceso, dice Acero, es el fondo del negocio, como se le llama, el objeto definitivo y capital que no es otro sino la decisión sobre la culpabilidad o inculpabilidad del procesado que quedará establecida en la sentencia, “pero antes de pronunciar esa resolución mayúscula, se presentan a menudo dificultades accesorias, pasos que deben salvarse, problemas diferentes pero que requieren anticipada solución: ¿es competente el juez que está conociendo de la causa o debe ser otro el que se encargue del dar el fallo que se busca? ¿puede ser puesto el preso en libertad caucional? ¿es el acusado mayor o menor de edad?”.¹⁶³

Sobre el último ejemplo que menciona el autor en consulta, comedidamente nos permitimos disentir, porque la minoridad del inculcado parase no ser una cuestión que pudiera tramitarse incidentalmente.

¹⁶³ ACERO, Julio. *Procedimiento Penal. Ensayo Doctrinal y Comentarista sobre las Leyes del Ramo, del Distrito Federal y del Estado de Jalisco*, Editorial José M. Cajica Jr. S. A., Puebla, México, 1968, p. 328.

En efecto, este problema, al incidir en la culpabilidad, pues la imputabilidad derivada de la edad del inculpado, figura como un presupuesto de la culpabilidad, está muy lejos de ser tema ajeno a la cuestión principal, habrá de resolverse necesariamente en la sentencia del proceso y no incidentalmente, como si se tratara de una cuestión lateral en conflicto medular planteado por el Ministerio Público.

Si un incidente no versa sobre una cuestión accesoria al juicio, sino directamente afecta el fondo, realmente no se trata de una cuestión surgida de manera adyacente al proceso y debe ser resuelto en la sentencia.

Por esa razón la ley evita en las diversas especies de incidentes, que regula que toquen el fondo mismo del asunto, y pierdan la accesoriidad, el tono secundario, que les resulta consustancial y característico.

3.3.1.1 ALGUNOS DATOS HISTÓRICOS.

Complicada tarea la de encontrar el origen de los incidentes, que habría de buscarse en los principios procesales rectores de los conflictos surgidos entre los hombres desde el inicio de los tiempos.

Parece lógico establecer su fuente en el Derecho Civil, a partir de que el procedimiento logra un grado más o menos complejo y se regula como una verdadera disciplina jurídica por que la idea teológica que anima a los incidentes, es permitir mayor celeridad en el manejo del juicio, al tramitarse y fallarse de manera separada el asunto de fondo, por tratarse de cuestiones que siendo importantes, no revisten la trascendencia de aquel asunto con el que se relacionan.

Debemos confesar que en las fuentes de consulta no hallamos antecedentes históricos de los incidentes en el derecho romano.

En la legislación española se alude a la partida tercera , Título Tercero, Ley Novena, que se titula “Por cuales defensiones puede el demandado detener el pleito hasta que sean falladas”, y autoriza al demandado a expresar ciertas alegaciones para alegar, que no para finalizar el juicio, como al emplazar a alguien ante el juez incompetente o bien cuando se desconozca personalidad de unas de las partes o en el caso de una declaración en rebeldía “Estas alegaciones u otras semejantes deben oponerse antes de responder a la demanda y, teniéndose razón, deben ser aceptadas, más si después de la contestación a la demanda, quisiese alguien oponerlas, deben ser rechazadas.”

La partida señala que la maliciosa utilización de las alegaciones sin probarlas, con el sólo propósito de alargar el pleito, hará que se desechen debiendo seguirse adelante el juicio.

En cambio refiere incidentes cuya promoción puede hacerse al contestar la demanda o bien después, como la tacha de testigos por su edad u otra cusa o el desconocimiento de la autenticidad de un documento, casos en los que “las alegaciones deben fallarlas el juez y no debe seguir adelante el pleito principal mientras no lo haga.”

También en la Novísima Recopilación, Libro 9, Título 108, Ley 2, se reglamenta una especie de incidente de nulidad, señalándose que los juicios pendientes por vía de apelación y en los que se alegue además nulidad, ésta debe resolverse conjuntamente con el negocio principal, sin formarse cuaderno aparte.

Contempla además algunos incidentes especiales como la “restitución del término probatorio”, y la tacha de testigos. En el primero, el litigante menor de veinticinco años y

acaso alguna otra persona o establecimiento podía pedir en cierto plazo, la renovación del término no probatorio, pese a que una vez publicadas las probanzas, no podían presentarse más testigos.

Al promover el incidente de tacha debía el articulista jurar, previamente que no oponía las tachas maliciosamente para alargar el pleito, con lo que corría el traslado a su contraparte y si esta no aceptaba debía recibirse a prueba el incidente.

3.3.1.2 CONCEPTO

Aunque nuestros Códigos de Procedimientos Penales no proporcionan el concepto de incidente, parece que la expresión deriva de del latín *incido, incidens*, que se refiere a lo que es accesorio respecto de lo principal. En términos muy generales, la doctrina se muestra conforme en que un incidente es una cuestión accesorio que ingresa al juicio y que teniendo íntima relación con el asunto principal, reclama, no obstante, una resolución destacada. Vecovi, por eso, coloca a los incidentes dentro de los que denomina “Vicisitudes del procedimiento.”¹⁶⁴

En materia Civil existe una figura similar que se denomina artículo, tomada de la antigua legislación española, aunque presenta como diferencia principal con los incidentes en materia penal, que aquel más bien alude a defectos de forma, de personalidad o de defensa, en tanto éstos, afectan cuestiones accesorias del objeto procesal. Además, los artículos no pueden proponerse si se conciente el auto o la providencia que los motiva y los incidentes pueden promoverse en cualquier estado del proceso.

Efectivamente, todo incidente alude a una cuestión vinculada con el objeto principal del proceso, pero que no se confunde con él. En ocasiones, la cuestión incidental para ser

¹⁶⁴ VECOVI, Enrique. *Elementos para una Teoría General del Proceso Civil*. Latinoamericana UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1978, p. 98.

resuelta, no precisa de una especial tramitación y el juez puede resolverla de plano, sin substanciación alguna. En otras, según veremos, la propia ley señala un procedimiento breve, generalmente para dar audiencia a las partes, antes de que se dicte la resolución.

Incidente (o cuestión incidental) dice Leone, es cualquier demanda o conclusión formulada por una de las partes en el curso del debate, y acerca de la cual se suscita un contraste. Añade que el incidente sólo se presenta cuando hay discrepancia entre las partes, caso en el cual se evalúan sus razones y se resuelve. El incidente se distingue de la cuestión incidental en que aquel es un medio procesal para introducir una cuestión en el proceso principal, al paso que esta, se constituye por el procedimiento previsto para la discusión y resolución de la cuestión introducida durante el desenvolvimiento de la relación procesal.¹⁶⁵

Para González Bustamante, Incidente es un término que proviene de la exposición latina *incidere* que significa sobrevivir, acaecer. También se toma esa expresión como cortar, romper o irrumpir, pero si tenemos en cuenta que no todos los incidentes en materia criminal cortan el procedimiento que algunos solo producen su suspensión y otros ni siquiera afectan su marcha normal, admitiremos que la acepción más correcta, es aquella que considera al incidente como todo acontecimiento que surge de la materia principal como toda cuestión o controversia que sobreviene entre los litigantes, durante el curso de la acción.¹⁶⁶

Los elementos característicos de un incidente, entonces, son: su accesoriedad con relación al fondo del asunto en que surgen; la tramitación especial que para ellos señala la ley, tratándose de incidentes nominados o innominados, y, el pronunciamiento concreto y determinado, por parte del tribunal, que reclama su interposición.

¹⁶⁵ LEONE, Giovanni. *Tratado del Derecho Procesal Penal, Desenvolvimiento del Proceso Penal, El Proceso de Primera Instancia*, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1963, pp. 353-355.

¹⁶⁶ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. *Principios de Derecho Procesal Penal*, op.cit., p. 422.

“Accesorio, de acceso, según el Diccionario para Juristas, es lo que depende de lo principal o se le une accidentalmente, es lo secundario por contraposición a principal.”¹⁶⁷ De esta forma, la existencia del incidente está determinada por el juicio en lo principal, del que depende y al cual está vinculado.

En lo que concierne a su trámite, de manera particular la ley señala para cada una de las cuestiones incidentales una fácil y rápida sustanciación específica, haciendo a veces un reenvío a la ley procesal civil para ese efecto, pero tratándose de incidentes no especificados, la tramitación es uniforme para todos los que surjan.

Ciertamente, habrá que catalogar el tipo de incidente que se promueva, pues si se trata de alguno que no pueda resolverse de plano y que no suspenda la tramitación del juicio principal, en ese caso se verá por cuerda separada dado vista a las partes con el escrito relativo a solicitud de parte u oficiosamente, el tribunal podrá abrirlo a prueba y convocar luego a una audiencia en que se oirán los alegatos y, concurren o no a ella las partes, desde luego se dictará la resolución que proceda.

Por lo demás, las cuestiones incidentales deberán ser resueltas por el tribunal preferentemente luego que estén en estado de ser falladas, mediante un pronunciamiento especial, sin esperar al dictado de la sentencia definitiva en que se resuelva la cuestión principal, a menos que la ley disponga otra cosa.

De igual manera, si el tribunal considera que el incidente no amerita ninguna sustanciación, procederá a resolverlo de plano, sin necesidad de oír a las partes.

Acerca del origen de estas resoluciones de plano, en el procedimiento penal establecido en el Derecho romano, y solo como un dato anecdótico, durante el imperio

¹⁶⁷ PALOMAR DE MIGUEL, Juan José. *Diccionario para Juristas*, Mayo Ediciones, México 1981, p. 23.

y después del Principado, los magistrados según la jerarquía que representaban, tenían un sitio preferente, en una posición superior, más elevada que el jurado, que se sentaba en bancos en un plano inferior.

“A lo que parece, dice Mommsen, era usual, más no se hallaba prescrito por la ley como condición necesaria, que el magistrado celebrase sus audiencias solemnes sentándose en el tribunal de la manera dicha”, pero el magistrado que resolvía un asunto de poca importancia, lo hacía públicamente y sentado en el suelo (de plano) “sin que exista limitación alguna legal relativa a este modo de proceder con respecto a la acción deducida ante el tribunal”.¹⁶⁸

Acero considera que las cuestiones accesorias que pueden resolverse de plano, no responden realmente a la justa idea del incidente, puesto que ellos sugieren no sólo la idea de algo secundario, sino también de un impedimento a la marcha normal del proceso que ha de ser debatida en una tramitación adicional o lateral y resuelta independientemente, en una desmembración necesaria de procedimientos despejadores de los elementos que obstruyen la finalización del principal.

“Por lo mismo que no implican ni visible retardo, ni controversia formalmente desarrollada, no figuran nexos cuyo desanudamiento distinto se requiera, no cortan la senda directriz de la averiguación, ni responden tampoco por tanto a la etimología de la palabra “incidente” del latín “*incidere*”, o quizá de “*sciendere*” equivalente en todo caso de irrumpir o dividir... el incidente como tal significa otra contienda en la contienda, otro pequeño juicio dentro del principal”¹⁶⁹

¹⁶⁸ MOMMSEN, Teodoro. *Derecho Penal Romano*. Editorial Temis, Bogotá, Colombia 1991, p. 237.

¹⁶⁹ ACERO, Julio. *Procedimiento Penal*, op. cit., p. 320.

3.3.1.3 CLASIFICACIÓN.

En razón de la forma en que al surgir afectan el juicio principal, la doctrina clasifica a los incidentes en artículos de previo y especial pronunciamiento, que son los que impiden el normal desarrollo del proceso y al suspenderlo, precian de una resolución inmediata.

Este tipo de incidentes generalmente tienen una tramitación separada del proceso con el que están vinculados. Los otros incidentes no interrumpen el curso del proceso y por ese motivo pueden fallarse en la sentencia definitiva que concluya la causa.

Distínganse también los incidentes nominados (especificados), que son aquellos que no sólo tienen algún nombre, sino que se prevé un procedimiento definido, determinado, regularmente breve para su tramitación, como los de acumulación o separación de autos, los de competencia por declinatoria o inhibitoria, etcétera, y los innominados (no especificados), que carecen de nomenclatura específica en el código y tienen todos, un procedimiento único para su tramitación.

En el plano puramente legislativo, el Código Federal de Procedimientos Penales clasifica a los incidentes en liberatorios, entre los que incluye la libertad provisional bajo caución (artículos 399 a 417), la libertad provisional bajo protesta (artículos 418 a 421) y la libertad por desvanecimiento de datos (artículos 422 a 426), si bien en lugar aparte, reglamenta la libertad provisional sin caución (artículo 135 bis.).

Con el nombre de incidentes diversos, agrupa entre ellos a la competencia (artículos 427 y siguientes), los impedimentos, excusas y recusaciones (artículos 444 y siguientes), la suspensión del procedimiento (artículos 468 y siguientes), la acumulación de autos (artículos 473 y siguientes), la separación de autos (artículos 483 y siguientes), y la reparación del daño exigible a personas distintas del inculgado

(artículos 489 y siguientes). Finalmente los incidentes no especificados son regulados en el artículo 494.

Por su lado el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal se refiere a los incidentes diversos y engloba en ellos la competencia, la suspensión del procedimiento, los incidentes criminales en el juicio civil, la acumulación de procesos, la separación de procesos, los impedimentos, excusas y recusaciones, los incidentes para resolver sobre la reparación del daño exigible a terceras personas y, los incidentes no especificados.

También con el nombre de incidente de libertad, regula la libertad por desvanecimiento de datos, la libertad provisional bajo protesta y la libertad provisional bajo caución.

A continuación nos referiremos en particular a estos incidentes regulados en la ley procesal, en el orden que consideramos más lógico, teniendo en cuenta la materia de se tratan.

a) Incidentes liberatorios

b) Libertad por desvanecimiento de datos

Para el caso de que surgieran elementos probatorios, necesariamente en la instrucción, que desvaneciera plenamente las pruebas tomadas en cuenta en el término constitucional, para comprobar los elementos integrantes del cuerpo del delito o la probable responsabilidad del inculcado, nuestros códigos procesales penales con el carácter de incidente, reglamentan la libertad por desvanecimiento de datos.

b.1) Procedencia

El artículo 422 del Código Federal de Procedimientos Penales, expresa: “La libertad por desvanecimiento de datos procede en los siguientes casos: I) Cuando en cualquier estado de instrucción y después de dictado el auto de formal prisión aparezca plenamente desvanecido los datos que sirvieron para comprobar el cuerpo del delito, o II) Cuando en cualquier estado de la instrucción y sin que hubieren aparecido datos posteriores de responsabilidad, se hayan desvanecido plenamente los considerados en el auto de formal prisión para tener al detenido como presunto responsable.

Conforme se advierte, el planteamiento de incidente en las dos hipótesis a que alude la norma transcrita, para que resulte legalmente oportuno, debe realizarse durante la instrucción del proceso, en cualquier estado que este se encuentre sin perder de vista que acordes con el artículo 1° de la propia ley adjetiva que se consulta, entre los distintos procedimientos penales que comprende, esta el de instrucción “que abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales, con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, ”las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiares del inculpado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de éste.

Los elementos probatorios que determinan la procedencia de la libertad que estudiamos, tienen que haber surgido, pues, en el proceso, con posterioridad al auto de formal prisión, por que las pruebas anteriores a esos actos procesales, se presupone que ya fueron legalmente analizadas y valoradas en el cuerpo de dichas resoluciones. Las razones se expresan con claridad en el siguiente precedente:

INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS, NO COMPRENDE EL EXAMEN SOBRE LA LEGALIDAD DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN
EL. Incidente de libertad por desvanecimiento de datos no entraña examen sobre la legalidad del auto de formal prisión en el mismo y, por ende, no son materia

de análisis en el propio incidente los requisitos de fondo y forma que debe satisfacer aquel proveído, pues dicho procedimiento no tiene otra finalidad que establecer si nuevos datos constituyen prueba plena indubitable capaz de desvanecer los que sirvieron como fundamento de aquella resolución, Verificar si estos últimos son suficientes para tener por acreditado el cuerpo del delito o delitos a que se contrae el auto y la probable responsabilidad del inculpado, así como estudiar si ha sido correctamente clasificada la consulta y exactamente aplicada la ley, son cuestiones propias de la apelación, como recurso ordinario, o del juicio de amparo, cuando sea ésta la vía elegida por el interesado". **FUENTE SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, SÉPTIMA ÉPOCA, TOMO:91-96 SEXTA PARTE, PÁGINA 111.**

Además se requiere que las pruebas relativas, no solo se estimen favorables más o menos al inculpado, sino que se destruyan por completo consideradas en la resolución dictada durante la dilación constitucional, por lo que si las probanzas de que se trata, contrarían aquellas otras que apoyan la formal prisión o sujeción a proceso, o se traducen en mejoramiento de la situación jurídica del inculpado, pero no las desvanecen cabalmente a juicio del juez, no serán aptas para conducir a la libertad por desvanecimiento de pruebas, sin perjuicio de que se valoren adecuadamente al dictarse la sentencia definitiva.

En esos términos se ha orientado de manera repetida la jurisprudencia, según puede constatarse en la siguiente resolución:

“LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS, INCIDENTE DE SU NATURALEZA Y OBJETO. Al establecerse, en efecto, que la tramitación del desvanecimiento de datos por vía incidental, de ello, técnicamente, se infiere que la materia de la controversia no puede rebatir más que la cuestión accesoria que la motiva; lo que conlleva a establecer que la esencia de lo planteado radica en la pretensión de dejar sin efecto el auto de plazo constitucional

sostén del procedimiento principal hasta entonces en trámite, lo que sólo será eficaz en cuanto exista prueba indubitable de la destrucción o invalidez palmaria de los elementos que sirvieron de base para comprobar el cuerpo del delito, o bien, la probable responsabilidad del procesado, requiriéndose entonces en forma inequívoca y absoluta el que se borren, deshagan, disuelvan o desaparezcan por completo los elementos de referencia; resultando insuficiente entonces el simple ataque o el poner en tela de juicios los datos o circunstancias en cuestión, pues aun cuando haya algunos que lo favorezcan, cuando tal apoyo no sea de alcance radical como se preindica, es obvio que en tal caso su valoración es materia de la sentencia definitiva y no de interlocutoria alguna". **FUENTE SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, OCTAVA ÉPOCA, TOMO VIII, SEPTIEMBRE DE 1991, PÁGINA 152.**

Debe subrayarse que la fracción II), del artículo que se examina, en su parte final, alude no solamente a que se hubieren desvanecido plenamente los datos considerados en el auto de formal prisión para examinar la presunta responsabilidad, sino exige que no hubieren aparecido otros posteriores.

No pasa por alto que la norma empleada inadecuadamente la expresión *presunta responsabilidad* que, en el cambio, de manera aseada cambia *por probable responsabilidad* el artículo 19 constitucional, debiendo también señalarse la desafortunada mención que hace del *procesado*, identificándolo con el *detenido*, cuando resulta bien claro que son cosas distintas, pues nada se opone a que el inculpado se encontrara disfrutando de la libertad provisional o de otro tipo, en lugar de estar detenido.

Por su parte, el artículo 546 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, alude en los términos siguientes a la institución: "*En cualquier estado del proceso en que aparezca que se han desvanecido los fundamentos que hayan servido para decretar la formal prisión o sujeción a proceso, podrá decretarse la libertad del*

procesado, por el juez, a petición de parte y con audiencia del Ministerio Público, a la que este no podrá dejar de asistir”.

El artículo 547, dice: “En consecuencia, la libertad por desvanecimiento de datos, procede en los siguientes casos: I) Cuando en el curso del proceso se hayan desvanecido por prueba plena, las que sirvieron para comprobar el cuerpo del delito; y II) Cuando sin que aparezcan datos posteriores de responsabilidad, se hayan desvanecido, por prueba plena, los señalados en el auto de formal prisión o sujeción a proceso, para tener al procesado como probable responsable”.

Con todo tino se hace referencia a estas disposiciones, no solo al desvanecimiento de datos ocurrido respecto del auto de formal prisión, sino que incluye también al de sujeción a proceso que sólo en disposición por separado menciona el Código Federal.

Este mismo ordenamiento legal aclara que la petición del Ministerio Público para que se otorgue la libertad por desvanecimiento de datos, no significa el desvanecimiento de la acción penal, por lo que el tribunal podrá negarla, salvo en el caso del artículo 138 de dicha codificación.

Por lo demás, la oportunidad legal para la promoción del incidente se amplía en relación con el fijado en materia federal. En efecto, no sólo es apta la instrucción del juicio para plantear la cuestión incidental, sino cualquier etapa del mismo, lo que incluye la fase en que se hubiere declarado cerrada la instrucción.

b.2) Substanciación

Para la legal procedencia del incidente en cualquiera de las hipótesis planteadas en la norma se requiere la promoción de parte, con la presencia necesaria del Ministerio

Público y, por último que se llegue por la existencia de prueba plena, al desvanecimiento de datos tomados en consideración en los autos de plazo constitucional para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

La substanciación del incidente se lleva a cabo de la siguiente manera: hecha la petición, el juez citara a una audiencia dentro del término de cinco días, en la que se oirá a las partes siendo indispensable la asistencia del Ministerio Público. La resolución incidental deberá pronunciarse dentro de las setenta y dos horas siguientes.

Incidente de libertad por desvanecimiento de datos.- Procede cuando durante la instrucción la prueba rendida después del auto de formal prisión, desvanece los datos que sirvieron al juez al vencerse el término constitucional de setenta y dos horas, para estar acreditado el cuerpo del delito ya la presunta responsabilidad, entonces procede la libertad por desvanecimiento de datos.

“...Este incidente se promueve para obtener la libertad procesal, en cualquier estado del proceso y siempre y cuando se estimen desvanecidos los datos que dieron base al auto de formal prisión: los que comprobaron el cuerpo del delito y la posible responsabilidad del inculpado (Artículos 547 del Código del Distrito y 422 del Código Federal)...”. (Rivera Silva, El Procedimiento, p. 355).

“El incidente por desvanecimiento de datos tiene por objeto dejar sin efectos el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso para ello es necesario que, con posterioridad a los mismos, se desvirtúen con pruebas indubitables, aquellos hechos que sirvieron de base para comprobar el cuerpo del delito; y la probable responsabilidad del acusado” (González Blanco, El Procedimiento, p. 215).

“Se trata aquí de una libertad, tramitada en incidente, que niega o disminuye los efectos del auto de formal prisión. Procede en cualquier estado del proceso, al amparo del artículo 546 Código del Distrito Federal, o bien bajo el artículo 433 Código Federal, sólo durante la instrucción...”. “...Tiene como supuestos esta libertad, tanto el desvanecimiento pleno de las pruebas que en su oportunidad sirvieron para comprobar el cuerpo del delito, como el de las que utilizaron para acreditar la responsabilidad probable del inculpado, sin que hayan aparecido nuevas pruebas de aquél o de éste con posterioridad al auto de formal prisión (artículos 547 del Código para el Distrito Federal y 422 del Código Federal).

Se trata pues, de destruir las bases en que se apoyó este último auto. No bastaría con ello, entonces, que viniera a contarse con ciertas pruebas en mayor o menor medida favorables al inculpado, si éstas no hacen cesar de plano la eficacia de las tomadas en cuenta para los efectos de la formal prisión preventiva”, (García Ramírez, Curso, pp. 384-385).

“Como en toda controversia incidental, no puede en esta tramitación debatirse más que la cuestión accesoria que la motiva, pero nunca el fondo del negocio, es decir, de ninguna manera la culpabilidad definitiva del procesado. Ahora bien, la citada cuestión accesoria, objeto propio de este incidente, es como lo indica la ley la subsistencia, no de cualquier clase de datos, sino de aquellos únicamente que sirvieron para fundar el encarcelamiento. En segundo término, hay que fijarse en la precisión del verdadero “desvanecimiento”, atendiendo a la connotación de la palabra “desvanecidos” que usan los códigos para aplicarla a los datos de que se trata. Desvanecer significa borrar, deshacer, disolver y en este caso sin ningún paliativo, dejar destruido totalmente, o mejor todavía hacer desaparecer por completo los elementos de referencia; no atacarlos, o a ponerlos en duda solamente. Por lo tanto deberían evitarse con todo cuidado los aludidos errores de plantear una revisión general de datos de estudiar la legalidad o ineficacia de los que fundaron la formal prisión, o de tener éstos como desvanecimiento cuando están simplemente contradichos, impugnados, combatidos o

discutidos. En todo proceso puede haber datos en contra y datos en pro; pero aquí no va a tratarse precisamente del mayor valor de los unos sobre los otros porque esto es lo que sería juzgar del fondo de la causa...” (Acero, Procedimiento, pp. 398-399).

“La libertad por desvanecimiento de datos, considerada en la legislación mexicana como un incidente, es una resolución judicial, a través de la cual el juez instructor ordena la libertad cuando, basado en prueba indubitable, considera que se han desvirtuado los elementos fundamentales en que se sustentó el auto de formal prisión (cuerpo del delito y presunta responsabilidad).” (Colín Sánchez, Derecho, p. 544)

b.3) Efectos

“Como la declaración de que los datos están desvanecidos tiene un carácter transitorio, porque no es obstáculo para que pueda decretarse nuevamente la detención de la persona, la ley reconoce a dicha declaración el mismo alcance que tiene el mandamiento de libertad por falta de méritos: no es, en consecuencia, una libertad absoluta; el Ministerio Público tiene expeditos sus derechos para pedir nuevamente la aprehensión del inculpado, y el tribunal goza de la misma facultad para dictar nuevo auto de formal prisión, siempre que las pruebas posteriores que le sirvan de fundamento no varíen los hechos que han sido la base de la inculpación” (González Bustamante, Principios, p. 313).

Rivera Silva formula el siguiente deslinde “El efecto que surte el incidente por desvanecimiento de datos, consiste en determinar la libertad procesal del inculpado, en tanto que el Código del Distrito manifiesta que en el caso en el que se desvanezcan los datos que sirvieron para comprobar la posible responsabilidad, la libertad concedida equivale a una libertad por falta de méritos, es de suponerse que cuando el incidente prospera, por haberse desvanecido los datos que sirvieron para comprobar el cuerpo del delito, se trata de una libertad absoluta...”. (El Procedimiento, pp. 356-357).

“Por lo mismo que estos incidentes sólo se refieren a una situación procesal y que solo resuelven la continuación o cesación de una medida preventiva, transitoria y provisional, es claro que sus resultados tienen que ser también provisionales, transitorios y modificables y que aún favorecido con ellos, el reo no queda por eso absuelto ni exento de ser reaprehendido por nuevos datos e la misma causa, ya que aún no se le ha juzgado ni declarado definitivamente inocente o inculpado para tener derecho a la garantía de seguridad que produce la decisión de fondo” (Acero, Procedimiento, p. 400).

Arilla Bas examina la distinción según supuestos y efectos de la libertad por desvanecimiento de datos varían en ambos códigos. El artículo 551 del Código común dispone que en el caso del la fracción II del artículo 547, o sea cuando se han desvanecido los datos que sirvieron para la presunta responsabilidad, dicha libertad tendrá los mismos efectos que la libertad por falta de méritos. A *contrario sensu*, hay que entender que en el supuesto de la fracción I del propio artículo, o sea, cuando se han desvanecido los datos que sirvieron para comprobar el cuerpo del delito, la libertad será definitiva y causará autoridad de cosa juzgada. El artículo 426 del Código Federal dispone que “la resolución que conceda la libertad tendrá los mismos efectos que el auto de libertad por falta de elementos para procesar.” (El Procedimiento, p.190).

Si se concede la libertad por haberse desvanecido los datos de probable responsabilidad tenidos en consideración en la formal prisión o sujeción a proceso, la resolución tendrá los mismos efectos que un auto de libertad por falta de elementos para procesar, de manera que quedarán expeditos los derechos del Ministerio Público para pedir nuevamente la aprehensión del inculpado y la facultad del juez para decretar nuevamente la formal prisión, si aparecieren posteriormente datos que pudieran servirle de fundamento y siempre que no se varíen los hechos delictivos materia del procedimiento.

En cambio, cuando la libertad se decreta por haberse desvanecido las pruebas tomadas en consideración para tener por demostrado el cuerpo del delito que motivó la formal prisión o sujeción a proceso, la resolución relativa tendrá efectos de sentencia definitiva y producirá el sobreseimiento del asunto.

“Es pertinente aclarar, dice González Blanco, que con este incidente no se trata propiamente de corregir los errores en que se hubiera incurrido en materia de apreciación de pruebas al dictarse los autos de referencia, -formal prisión o sujeción a proceso- sino simplemente precisar las pruebas en que los mismos se fundamentan quedaron o no desvirtuadas con las posteriores”¹⁷⁰

Solo habrá que arreglar que la resolución que se pronuncie en el incidente, es apelable en ambos efectos.

Cabe señalar que en la práctica, con frecuencia se intenta el juicio de amparo contra la resolución que niega la procedencia del incidente de libertad que estudiamos, por lo que conviene recordar que previamente a la interposición del juicio constitucional, deberá agotarse el recurso ordinario que concede la ley procesal, pues de otra suerte se infringe el principio de definitividad y ello conduce a la improcedencia del amparo.

b.4) Jurisprudencia:

“INCIDENTE DE DESVANECIMIENTO DE DATOS PARA INTENTAR EL AMPARO DEBE AGOTARSE EL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD. La Jurisprudencia sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que se encuentra publicada bajo el número 64, en la página 99 de la IX parte del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, que establece que cuando se trata de las primeras garantías

¹⁷⁰ GONZÁLEZ BLANCO, Alberto *El Procedimiento Penal Mexicano*, op. cit, p. 215.

que otorgan los artículos 16, (en materia penal), 19 y 20 de la Carta Magna, no es necesario que previamente al amparo se acuda al recurso de apelación, debe entenderse que es aplicable en casos como son a orden de aprehensión, auto de formal prisión y proveído en el que se niegue el beneficio de la libertad provisional bajo fianza, que están comprendidos en esas garantías, más no lo es en tratándose de la interlocutoria dictada en el incidente de desvanecimiento de datos, dado que dicha resolución no restringe directamente la libertad de los gobernados, sino que ésta les fue limitada como consecuencia inmediata de la prisión preventiva a que están sujetos, ni importa peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera del procedimiento judicial, ni alguno de los prohibidos por el precepto 22 constitucional y tampoco queda comprendida dentro de las garantías constitucionales inicialmente señaladas, a más de que sólo tiene carácter procesal y no constitucional, por lo tanto no se conculcan en forma alguna ni en perjuicio de persona alguna las indicadas garantías y por ello, debe agotarse el recurso ordinario de apelación antes de intentar el amparo". Fuente: **SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, OCTAVA ÉPOCA, TOMO XV-II, FEBRERO DE 1995, TESIS: XVII. 2º.26 P, PÁG. 356.**

POR DESVANECIMIENTO DE DATOS NO DEBE ENTENDERSE que se recaben pruebas que favorezcan más o menos al inculpado, sino que aquellas que sirvieron para decretar la detención o prisión preventiva, están anuladas por otras posteriores, y si éstas no destruyen de modo directo las que sirvieron de base para decretar la formal prisión, aun cuando favorezcan al inculpado, deben ser materia de estudio en la sentencia definitiva y no pueden servir para considerar desvanecidos los fundamentos de hecho de la prisión motivada. **QUINTA ÉPOCA: TOMO XXIX, PÁG. 630. SAURI, MIGUEL. TOMO LIII, PÁG. 1068. GONZÁLEZ LÓPEZ, ANTONIO. TOMO LV, PÁG.2129. NAVARRO RANGEL, CARLOS. TOMO LVIII, PÁG.191. VILLASEÑOR TORRES, CARLOS.**

La circunstancia de que se decrete la libertad por desvanecimiento de datos a favor de un acusado, no es obstáculo para que si con posterioridad aparecen nuevos datos, se ordene la nueva aprehensión del propio acusado. **QUINTA ÉPOCA: TOMO XIII, PÁG. 371. BELLO**

ARNULFO. TOMO XVI, 636. CARRILLO, SANTOS Y COAGS. TOMO XXVIII, PÁG. 1158. MÉNDEZ, ZACARÍAS. TOMO XXVIII, PÁG. 1267. VELÁSQUEZ, DIEGO. TOMO XLIII, PÁG 2794. MEDINA, REYNALDO Y COAG.

Si se reclama en amparo que no se ha fallado un proceso dentro del término que fija la Constitución General de la República, en el caso en que se decretó a favor del quejoso la libertad provisional por desvanecimiento de datos, aquél no tiene el carácter de acusado y debe sobreseerse en el amparo, por causa de improcedencia.
QUINTA ÉPOCA: TOMO LII, PÁG. 2484. GRIS, RAMÓN C.

El principio de la definitividad del juicio de amparo en materia penal, tiene excepciones consignadas tanto legal como jurisprudencialmente. Así por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que tratándose de la orden de aprehensión, del auto de formal prisión o de la resolución que niega la libertad bajo fianza, no existe la necesidad de agotar previamente ningún recurso ordinario, por estimar que dichos proveídos pueden ser directamente violatorios de los artículos 16, 19 y 20 constitucionales, independientemente de que también puedan contravenir normas legales secundarias. El auto que niegue el acusado su libertad por desvanecimiento de datos, no está comprendido dentro de las mencionadas salvedades, ya que la libertad personal le fue restringida por el auto de formal prisión que se le dictó, pero no por la resolución que constituye el acto reclamado; por tanto, debió agotar previamente el recurso ordinario que la ley le concede, pero si no lo hizo así, surge la causal de improcedencia prevista en el artículo 73, fracción XIII, de la Ley de Amparo, lo que amerita que se sobresea el juicio de garantías, con base en el diverso numeral 74, fracción III, del citado ordenamiento legal. Amparo en revisión 715/75 Efraín Rocha Pérez, 27 de noviembre de 1975.
UNANIMIDAD DE VOTOS. PONENTE: RICARDO GÓMEZ AZCARATE. SECRETARIO: ARNOLDO NÁJERA VIRGEN. TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. INFORME 1975.

El incidente de libertad por desvanecimiento de datos no entraña examen sobre la legalidad del auto de formal

*prisión en si mismo y, por ende, no son materia de análisis en el propio incidente los requisitos de fondo y forma que debe satisfacer aquel proveído, pues dicho procedimiento no tiene otra finalidad que establecer si nuevos datos constituyen prueba indubitable capaz de desvanecer los que sirvieron como fundamento aquella resolución. Verificar si éstos últimos son suficientes para tener por acreditado el cuerpo del delito o delitos a que se contrae el auto y la probable responsabilidad del inculpado, así como estudiar si ha sido correctamente clasificada la conducta y exactamente aplicada la ley, son cuestiones propias de la apelación, como recurso ordinario, o del juicio de amparo, cuando sea ésta la vía elegida por el interesado. Amparo en revisión 106/76. Margarito Montigo García. 31 de agosto de 1976. **UNANIMIDAD DE VOTOS. PONENTE: VICTOR MANUEL FRANCO. TRIBUNAL COLEGIADO DEL PRIMER CIRCUITO. INFORME 1976.***

Es inexacto que la resolución que declara infundado un incidente de desvanecimiento de datos sustituya procesalmente al auto de formal prisión y que por eso resulte improcedente el juicio de amparo que se instaura en contra del mandamiento de bien preso. Lo anterior porque el auto de formal prisión y el incidente de desvanecimiento de datos son instituciones jurídicas totalmente distintas que tienen por finalidad analizar problemas diversos, lo que impide catalogarlos como meras instancias o grados establecidos para resolver un mismo punto de derecho. Es patente lo afirmado, porque mientras que en el auto de formal prisión se debe determinar si los datos del sumario aportados hasta esos momentos son bastantes para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, en el incidente de desvanecimiento de datos se va a calificar si las diversas constancias rendidas con posterioridad al auto que decidió la situación jurídica, son suficientes para desvanecer los datos que sirvieron para dictarlo. Por consiguiente, en el incidente de desvanecimiento de datos a diferencia de un recurso, como pudiera ser el de apelación, no se va a resolver si la declaratoria de formal prisión se pronunció en forma ilegal, pues estaría vedado al juez natural ocuparse de ello, sino que se va a determinar una cuestión de diversa índole; entonces, al dictarse la resolución que declara infundado el incidente de referencia, no opera una sustitución procesal semejante a la que se genera cuando se falla un recurso interpuesto en

contra del auto de prisión. TOCA 327/77. SERGIO FLORES GONZÁLEZ. 30 DE SEPTIEMBRE DE 1977. UNANIMIDAD DE VOTOS. PONENTE: ENRIQUE ARIZPE NARRO. SECRETARIO: PEDRO ELIAS LARA. TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO. INFORME 1977.

Una adecuada interpretación de los artículos 107, fracción XII constitucional y 37 de la Ley de Amparo, así como de la Tesis jurisprudencial de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, número 43, correspondiente al último apéndice al Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, conduce a establecer que si bien tratándose de la violación de las garantías de los artículos 16 en materia penal, 19 y 20 fracciones I, IX y X de la Constitución General de la República, no es necesario agotar recursos ordinarios antes de acudir al juicio de garantías, esto debe entenderse como una excepción establecida por el legislador al principio de definitividad que rige en materia de amparo, excepción que solo puede operar cuando se reclaman las resoluciones de carácter penal que están expresamente comprendidas en los mencionados dispositivos 16, 19 y 20, como acontece, verbigracia, con la orden de aprehensión prevista en el artículo 16, el auto de formal prisión a que se refiere el artículo 19 y el proveído que niega la libertad caucional, comprendido en el artículo 20. Por tal motivo, la no obligatoriedad de agotar recursos, solo puede surtirse cuando se reclama una resolución de las anotadas, es decir cuando se hace valer una violación directa a las garantías de esos preceptos constitucionales, porque la resolución que se combate, a juicio del quejoso, los requisitos de alguno de esos preceptos exige para el pronunciamiento de la misma. Sentado lo anterior, no se puede estimar que si se reclama en amparo el auto que resuelve en primera instancia un incidente por desvanecimiento de datos, se trata de la violación de las garantías de los mencionados artículos constitucionales, dado que ninguno de los preceptos 16, 19 ó 20 se refiere a tal incidente, lo que significa que la resolución que lo declara infundado solo tiene carácter de procesal y no constitucional y por ende no podría conculcar en forma directa alguna de las garantías que esos dispositivos consignan, sino que en todo caso, solo originaría una violación directa a las garantías del artículo 16 constitucional, por la falta de motivación o fundamentación debidas, producidas por la inobservancia

de preceptos correspondientes a leyes secundarias. Lo apuntado, hace concluir que la resolución en cuestión está sujeta a la regla general de definitividad, conforme a la cual deben agotarse los recursos ordinarios. **TOCA 327/77. SERGIO ANTONIO FLORES GONZÁLEZ. 30 DE SEPTIEMBRE DE 1977. UNANIMIDAD DE VOTOS. PONENTE: ENRIQUE ARISPE NARRO. SECRETARIO: PEDRO ELÍAS SOTO LARA. TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO DISTRITO. INFORME 1977.**

Cuando la libertad por desvanecimiento de datos se funda en la fracción I del artículo 547 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, o sea, que se concede por estimarse que aparezcan por prueba plena indubitable, desvanecidas las que sirvieron para comprobar el cuerpo del delito, debe entenderse que es una libertad absoluta, porque el mencionado Código no contiene disposición legal alguna al respecto, a diferencia de la fracción II del propio artículo 547 invocado, que por disposición expresa de la ley tiene la característica de ser libertad por falta de méritos. **AMPARO EN REVISIÓN 67/78. ROBERTO GALANTE TOTAH. 30 DE JUNIO DE 1978. UNANIMIDAD DE VOTOS. PONENTE: AULO GELIO LARA EROSA . SECRETARIA ELVIA DÍAZ DE LEÓN DE LÓPEZ. TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. INFORME 1978.**

Una adecuada interpretación de los artículos 107, fracción XII constitucional y 37 de la Ley de Amparo, así como la tesis jurisprudencial de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, número 43, correspondiente al último Apéndice al Semanario Judicial de la Federación , Primera Sala, conduce a establecer que si bien tratándose de la violación de las garantías de los artículos 16 en materia penal, 19 y 20, fracción I, IX y X de la Constitución General de la República, no es necesario agotar recursos ordinarios antes de acudir al juicio de garantías, esto debe entenderse como una excepción establecida por el legislador al principio de definitividad que rige en materia de amparo, excepción que solo puede operar cuando se reclaman las resoluciones de carácter penal que están expresamente comprendidas en los mencionados dispositivos 16, 19 y 20, como acontece, verbigracia, con la orden de aprehensión prevista en el artículo 16, el auto de formal prisión a que se refiere el artículo 19 y el

proveído que niega la libertad caucional, comprendido en el artículo 20. Por tal motivo, la no obligatoriedad de agotar recursos, solo puede surtirse cuando se reclama una resolución de las anotadas, es decir, cuando se hace valer una violación directa a las garantías de esos preceptos constitucionales, porque la resolución que se combate no satisface, a juicio del quejoso, los requisitos que alguno de estos preceptos exige para el pronunciamiento de la misma. Sentado lo anterior, no se puede estimar que se reclama en amparo el auto que resuelve el Primera Instancia un incidente de desvanecimiento de datos, se trata de la violación de las garantías de los mencionados artículos constitucionales, dado que ninguno de los preceptos 16, 19 y 20, se refiere a tal incidente, lo que significa que la resolución que lo declara infundado solo tiene carácter procesal y no constitucional y por ende no podría conculcar en forma directa alguna de las garantías que esos dispositivos consignan, sino que en todo caso, solo originaría una violación indirecta a las garantías que esos preceptos consignan, sino que en todo caso, solo originaría una violación indirecta a las garantías del artículo 16 constitucional, por falta de motivación o fundamentación debidas, producida por inobservancia de preceptos constitucionales, producida por inobservancia de preceptos correspondientes a leyes secundarias. Lo apuntado, hace concluir que la resolución en cuestión, está sujeta a la regla general de definitividad, conforme a la cual deben agotarse los recursos ordinarios. AMPARO EN REVISIÓN 28/79. FÉLIX SALAZAR RIVERA. 22 DE FEBRERO DE 1979. UNANIMIDAD DE VOTOS. PONENTE: ENRIQUE CHAN VARGAS. SECRETARIA: GRACIELA GUADALUPE ALEJO LUNA. TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO. INFORME 1979. PRECEDENTE: AMPARO EN REVISIÓN 327/77. SERGIO ANTONIO FLORES GONZÁLEZ. 30 DE SEPTIEMBRE DE 1977. UNANIMIDAD DE VOTOS. PONENTE: ENRIQUE ARIZPE NARRO.

3.4 CONCLUSIONES INACUSATORIAS DEL MINISTERIO PÚBLICO

De acuerdo con la técnica del Código, refiere Briceño Sierra, una vez concluido el período de desahogo de los medios de confirmación, procede un primer momento reflexivo de las partes, que recibe el nombre de conclusiones. Éstas, no constituyen

propiamente un alegato, aunque por su ubicación procesal pudieran haber adquirido ese carácter, ya que más bien operando como réplica y dúplica, se apoyan, además de hacerlo en acusación y en la defensa, respectivamente, en los medios que les han confirmado, siendo sabido que el alegato, si tiene carácter conclusivo, no puede ser la pieza procesal en la que se exhiba la pretensión de sentencia, sobre todo distinta a aquella pretensión que fuere el objeto de la acusación.

El autor también impugna alguna parte de la doctrina que sostiene que con la enunciación de las conclusiones comienza realmente el proceso, apoyándose en que las conclusiones pueden ser acusatorias o de no acusación, siendo posible, en el primer caso, cambiar de denominación del delito tipificado por los hechos que se hacen constar en el juicio. Asegura que no puede pensarse que el proceso se inicie con ellas, porque en ese caso, todo lo actuado ante el juez con anterioridad a dicho acto procesal, tendría el carácter de averiguación previa o de proceso preliminar, ello motivaría una sentencia antes de las conclusiones, cosa inexacta.¹⁷¹

“Las conclusiones constituyen un acto procesal por virtud del cual las partes, con vista de todo el material probatorio existente en la causa precisan ante el juez, su propia posición en el proceso. Contienen las opiniones que cada una de las partes sustenta acerca de los hechos y de las pruebas desahogadas; la interpretación que desde su particular posición en el proceso, realizan acerca del material de prueba allegado y también en relación con el derecho aplicable, tendiente a orientar y persuadir al juez en la decisión que pondrá fin al juicio.”¹⁷²

¹⁷¹ BRICEÑO SIERRA, Humberto *El Enjuiciamiento Penal Mexicano*, Editorial Trillas, S.A., 3ª Edición, México, 1991, p. 195.

¹⁷² En el mismo sentido Alcalá Zamora y Levene dicen que en la etapa de conclusiones o de debate, las partes fijan su posición procesal, Alcalá –Zamora y Levene, Nieto y Ricardo Levene, hijo. *Derecho Procesal Penal*, Tomo III, Editorial Guillermo Kraft Ltda. Buenos Aires, 1945, p. 193.

3.4.1 CONCLUSIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

Se clasifican en provisionales y definitivas

Las conclusiones del Ministerio Público tendrán el carácter provisional de acuerdo con los artículos 320 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en los siguientes casos:

- 1) Cuando sean no acusatorias, es decir, cuando no se concrete en ellas la pretensión punitiva;
- 2) Cuando siendo acusatorias, es decir, concretándose en ellas la pretensión punitiva, sin embargo, quizás respecto de algún delito expresado en la formal prisión, o en acusar a alguno de los sujetos en contra de quien se abrió el proceso.

Las conclusiones se reportarán definitivas cuando el juez las tenga por formuladas, lo cual podrá ocurrir cuando concreten la pretensión punitiva, circunstancia que constituye la esencia de este acto procesal como final expresión del ejercicio de la acción penal, que implica la impartición de los hechos considerados como delictuosos por la ley.

Establecen de modo específico la inculpación y establecen las cuestiones que integran el debate. Adicionalmente son útiles para la defensa, en la medida que le permiten conocer las peticiones enviadas al juez, el alcance de las imputaciones formuladas y la base fáctica y legal en que se apoyan.

Serán también definitivas las conclusiones que emita, en su caso, el Procurador o Subprocurador, confirmando, modificando o revocando, las formuladas por el agente del Ministerio Público que interviene en la causa, o finalmente aquellas que hubiere

formulado como provisionales el Ministerio Público si a su turno el Procurador no ejerció el derecho dentro del plazo legal, de modificarlas o revocarlas.

La principal diferencia entre las provisionales y las definitivas, radica en que éstas ya no podrán ser modificadas por su autor, sino en beneficio del inculcado ello, en términos del artículo 319 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

En el caso de que se trate de conclusiones provisionales, de acuerdo con el artículo 321 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el juez deberá enviarlas al Procurador y éste, o el Subprocurador que corresponda, oyendo el parecer de los funcionarios que deban emitirlo. Si transcurrido el plazo no se respondieran se entenderá que las confirma.

Parece impropio asignar al juez la función de vigilante de las acciones del Ministerio Público, pues en estricto sentido, en un sistema de procesamiento acusatorio corresponde al órgano de la jurisdicción el desempeño de una función estática, sólo de observar del juego procesal de las partes, por lo que no debe interferir con las atribuciones del representante social, en demérito inclusive, de la independencia y autonomía de sus propias funciones procesales que abandonará, al invadir las que, como en el caso, corresponden a las partes procesales.

Si las conclusiones definitivas son de no acusación de conformidad con los artículos 323 y 324 del Código Procesal Penal para el Distrito Federal, el proceso oficiosamente o a petición de parte, se pondrá en inmediata y absoluta libertad al inculcado y se mandará archivar el expediente.

En nuestro medio contrariamente a la ausencia de ese acto procesal que sólo deberá servir como una simple orientación, como una opinión interesada y parcial, según se ha

dicho, las conclusiones del Ministerio Público son vinculatorias para el juez, es decir, lo obligan a resolver conforme al marco jurídico en ellas planteado, lo que evidentemente las desnaturaliza, convirtiendo al órgano que las formula en una parte privilegiada en el proceso.

En efecto, si son acusatorias, representan la pretensión punitiva del estado y no pueden ser rebasadas por el juez, de tal manera que en la sentencia no podrá condenar impidiendo una sanción mayor a la solicitada en dichas conclusiones, pues le está vedado traspasar los límites marcados por la acusación, a riesgo de invalidar la esfera de facultades expresamente concedidas al titular de la acción penal. Así lo ha reconocido nuestro máximo Tribunal.

CONCLUSIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO. SENTENCIA QUE REBASA LAS SANCIONES PEDIDAS EN LAS. Si el agente del Ministerio Público en su pliego de conclusiones, ninguna alusión hace referente a que el delito de homicidio que se le atribuye al quejoso, se hubiere perpetrado con calificativa y obviamente no señala las disposiciones legales que sancionan esa figura delictiva, la sentencia recurrida que consideró al acusado como responsable del delito de homicidio con alevosía y ventaja, es violatoria del artículo 21 Constitucional, por haber rebasado los términos de la acusación y debe, en consecuencia, repararse tal violación de garantías mediante la concesión del amparo, para que se sancione al acusado quejoso son las penas señaladas al homicidio simple pedidas por el Ministerio Público en su relacionado escrito de conclusiones. **AMPARO DIRECTO 9197/63, CECILIO DÍAZ REYES, Y COAGS; FALLADO EL 5 DE AGOSTO DE 1965, PRIMERA SALA, INFORME 1965, PÁGINA 30.**

”Pero si las conclusiones son de no acusación y oportunamente las confirma el procurador, ellas también constriñen al juzgador del fuero común a **sobreseer** el proceso, acto que tendrá los efectos de una sentencia absolutoria, con la cual se priva ilegalmente al órgano jurisdiccional, de la potestad que le otorga la Constitución general del país para resolver la controversia.

Efectivamente, esta resolución que plantean los artículos 323 y 324, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, envuelve una impropia autorización, que se otorga al Ministerio Público para referir la acusación, dejando de lado los principios característicos del proceso penal en un estado democrático de derecho, en el que no pueden privar criterios dispositivos que anulen el carácter público de los actos procesales.

En opinión propia, la formulación de conclusiones no acusatorias del Ministerio Público debe implicar solamente una solicitud de parte, dirigida al órgano jurisdiccional, para que absuelva al inculcado, pero sin perjuicio de éste, en ejercicio de las facultades de que está investido, resuelva lo que en derecho proceda acerca de la culpabilidad o inocencia del procesado.

Por otro lado, no sobra indicar que las conclusiones ministeriales constituyen un acto procesal que debe considerarse un todo y tomarse en su integridad, en el sentido de que si se satisfacen los requisitos legales para su enunciación, es decir, si se cumplen las formalidades que expresamente relacionan nuestros códigos procesales, ello es bastante para tenerlas como correctamente formuladas, sin que sea necesario que se siga el orden establecido en las disposiciones relativas, pues bastará con que se realice en su contexto el análisis lógico-jurídico requerido legalmente, para que la autoridad judicial atienda las pretensiones del representante social.

3.5 PRESCRIPCIÓN

3.5.1 FUNDAMENTOS

3.5.1.1. ASPECTOS DOCTRINARIOS

Las leyes e instituciones legales recogen frecuentemente para ser regulados simples hechos que acontecen en la naturaleza; el instituto de la prescripción no es sino un

caso ejemplificador de ello, ya que, como afirma Manzini, la prescripción "no representa otra cosa que el reconocimiento de hecho jurídico dado a un hecho natural, esto es, al transcurso del tiempo".¹⁷³ Es el tiempo que transcurre entre un fenómeno (la realización del hecho enjuiciable o el pronunciamiento de la sentencia condenatoria) y el ejercicio del poder persecutor o ejecutor del Estado lo que hace que la prescripción pueda funcionar o no como limitativa del poder mismo del Estado.

Sin embargo, ese reconocimiento de los efectos del transcurso del tiempo no ha sido fundado con criterios unánimes por la doctrina. Efectivamente, partiendo de lo ya aceptado en el sentido de que es el tiempo mismo lo que sirve de fundamentación para la operancia de la prescripción, las razones por las que el tiempo produce esos efectos no han encontrado una valoración constante. Siendo varias las opiniones, creemos que ellas pueden quedar inmersas en cualquiera de las tres posiciones doctrinarias que a continuación serán enumeradas en apartados distintos:

a) Teoría de la intimidación inexistente

En la opinión de Carrara, el único argumento sólido sobre el cual encuentra apoyo la prescripción es el de que si transcurre un lapso prolongado entre la realización del hecho y la ejecución de la condena impuesta, ésta deja de servir de escarmiento para los demás y puede inclusive producir un fenómeno inverso, como lo es el del sentimiento de conmiseración hacia el delincuente que sufre la condena.

En forma similar se expresa Cuello Calón, diciendo que "transcurrido un largo periodo desde la perpetración del hecho delictivo el recuerdo de éste se borra, y los sentimientos colectivos que originan la intranquilidad y la alarma, el deseo de dar satisfacción al ofendido, el afán de que el criminal pague su deuda, se atenúan y llegan

¹⁷³ Véase el *Tratado de Derecho Penal*, Primera Parte, Teorías Generales, volumen V, Ediar Editores, Buenos Aires, p.145. En la nota 32, Manzini cita a Pessina en estos términos: "El criterio es la fuerza del tiempo... El tiempo no es creador de derechos, no es destructor de derechos; pero existe una fuerza en el mismo para modificar los hechos, a la cual se vinculan las relaciones del derecho.

a extinguirse por completo y la sociedad sólo debe castigar cuando perduran el malestar y la inquietud causados por el hecho criminal".¹⁷⁴

Siendo la pena eminentemente finalista se ha dicho, y con razón, que su fin primordial es la realización de la justicia mediante la retribución al delincuente en función del mal causado por su delito; pero que no es sólo la retribución cuantitativa lo que se pretende alcanzar, sino también se busca la obtención de la intimidación, que suele llamarse igualmente prevención.

Se sostiene que la prevención o intimidación es de dos diversas especies: la especial y la general; fue Bentham, seguramente, quien estableció por primera vez esta distinción¹⁷⁵, la que es confirmada por Cuello Calón al decir que la finalidad preventiva o intimidatoria especial es la que crea en el delincuente ciertos motivos que, por temor a la imposición de la pena: lo apartan de la comisión de nuevos delitos; en cambio, la otra, o sea la intimidación general, obra sobre los miembros de la colectividad, quienes, percatándose de las consecuencias que el delito trae consigo, no incurren en él por el miedo a la amenaza de la pena.¹⁷⁶

No obstante los avances de la penología, hasta la fecha perdura la idea de que una de las funciones esenciales de la pena lo es la intimidación general.¹⁷⁷

Ahora bien, refiriendo la cuestión de los fines de la pena al instituto de la prescripción, resulta claro que cuando por el transcurso de cierto tiempo el Estado no ha logrado enjuiciar o ejecutar una pena impuesta sobre un delincuente particular, la persecución de él, pasado ese tiempo, se convierte ante los ojos de la sociedad en una especie de malvada actitud del poderoso contra el débil y por una natural inclinación anímica, el sentimiento que debiera ser de rechazo al delincuente se invierte y aparece una

¹⁷⁴ CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Edición Bosch, Casa Editorial, Barcelona, p. 727.

¹⁷⁵ *Teoría de las penas y recompensas*, citado por Cuello Calón en *La Moderna Penología*, p. 19, nota 2. Edición de Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1958.

¹⁷⁶ Se afirma por Cuello Calón que la intimidación general aparece en Italia por vez primera con Beccaria y se vigoriza con ideas de Filangieri. Éste dice que: "El objeto de la pena es alejar a los hombres del delito por el miedo al mal de la pena al que cometiéndolo se expondrían". Ideas similares son manejadas en su tiempo por Klein y Putmann en Alemania. Obra citada, p.19.

¹⁷⁷ Véase a este respecto la obra ya citada de Cuello Calón, p.25, y la de Pfander ahí mismo anotada.

solidaridad espiritual, que hace que se transforme la finalidad de la pena, de una intimidación en una conmiseración hacia el perseguido y repulsa hacia el poder represivo del Estado.

Maurach, entre los autores modernos de más poderosa influencia doctrinaria, dice que "el transcurso del tiempo extingue la necesidad expiatoria, limitada siempre a un determinado ámbito temporal; de ahí que en estos casos deje de existir la pena retributiva en su función de «relativa» o «psicológica» realización del Derecho. Asimismo, las necesidades de prevención especial, existentes tras la reciente comisión del hecho, pueden desaparecer o perder su sentido: quien es juzgado por un acto distante y olvidado, no sentirá la aplicación del *nudum jus* como intimidación, sino como exasperación. De ahí que la limitación temporal, de la perseguibilidad estatal esté en fundamental armonía con la convicción jurídica popular."¹⁷⁸

Como es perceptible, desde el antecedente citado de la escuela clásica vertido en el pensamiento de Carrara, hasta las más modernas expresiones en torno al tema de la prescripción, campea la idea fundamental de no convertir al autor de un hecho perseguible en una víctima del poder del Estado, lo que ocurre siempre que la persecución del hecho o la ejecución de la pena son bastante posteriores a la realización del acontecimiento antisocial. Esta extraña forma de reacción de la sociedad ante quien en alguna época fue autor de un hecho antisocial merece estudios de mayor profundidad en el campo de lo sociológico; en este trabajo, sólo recogemos algo que es tenido como verdad: la persecución extemporánea produce efectos contrarios a los normales de repulsa al delincuente.

Es sabido que las grandes sociedades, como tales, carecen de memoria. Es frecuente que los crímenes más impresionantes o trascendentes sean prontamente olvidados por

¹⁷⁸ REINHART, Maurach. *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, p. 624.

la comunidad en que ocurrieron y de ellos no queda sino el recuerdo que entre los estudiosos persiste. La asociación indisoluble delito, delito-delincuente, hace que el olvido del hecho cubra igualmente a su autor. Cuando el hecho ha sido olvidado, el autor pasa también de la memoria social y en aquellos casos en los que el Estado descubre el velo y vuelve al presente hechos de un pasado remoto, la sociedad se conduce del autor, lo considera no un victimario sino una víctima, y de la anterior repulsa se pasa a la conmiseración que revierte en contra del propio poder del Estado. Es por ello que, como dice Maurach, debe existir una "armonía con la convicción jurídica popular", que haga que dejen de perseguirse o sancionarse aquellos hechos o delitos en que ya no pueda haber intimidación o prevención, sino que, de ser perseguidos, produzcan exasperación social.

La idea que aquí venimos exponiendo no es la más técnica y jurídica, pero sí es, desde luego, la más realista. Viene a ser el reconocimiento de que el transcurso natural del tiempo hace que el pasado se vaya olvidando; para no desnaturalizar al Derecho Penal, se afirman los postulados de la prescriptibilidad de la acción persecutoria y de la pena impuesta, porque de otra suerte el Derecho Penal se sentiría siempre injusto y vengativo.

Líneas antes dijimos que el tiempo debe ser "bastante" para no producir olvido, cuando se pretende que funcione la prescripción. No tiene el término "bastante" un significado preciso, y serán los hechos mismos los que lleven a esa suficiencia, como es claro del conjunto de hipótesis que se manejan legalmente en orden a la prescripción, atendiendo a la gravedad que el legislador les atribuye. Así aparece que, en cuanto a la perseguibilidad los términos mínimos son de tres años, porque se estima que en ese lapso los efectos perturbadores han dejado de sentirse y el olvido social los ha cubierto; los más graves delitos, en cuanto a la pena se refiere, no perduran, según la opinión del legislador mexicano más de quince años en la memoria social y así nos hemos ubicado en los dos extremos del problema.

Sintetizando las líneas precedentes, puede afirmarse que el simple transcurso del tiempo hace que la actividad represiva del Estado pierda su contenido de servir como medio adecuado para lograr la intimidación que equivale a una forma de prevención y, atendiendo a ello, se impone al propio Estado la limitación para perseguir y sancionar los hechos delictivos, para evitar ese fenómeno inverso al que nos hemos referido consistente en volver víctima a quien era victimario.

Nuestro sistema legal sin hacer, como es natural, una mención expresa de esta cuestión, reconoce la prescriptibilidad de la acción persecutoria en un mínimo de tres años y de la sanción impuesta en un máximo de quince. Dentro de esos límites están aún vigentes la alarma, el horror y la inquietud que el delito produce; fuera de ellos, el olvido social cubre a los hechos y la prescripción funciona con sus efectos extintivos.

b) Teoría basada en la dificultad de prueba

La tesis de la que habremos de ocuparnos en este apartado, al decir de Manzini, tiene su origen en el pensamiento de Thomasius¹⁷⁹ y ha sido motivo de aceptación por diferentes autores que se han ocupado del tema.

Merkel afirma que "el transcurso de largos periodos dificulta el desempeño de las funciones propias del derecho procesal, esto es, la fijación y determinación de la verdad en lo que se refiere a la culpabilidad o inculpabilidad de un acusado, cosa que se hace muchas veces por completo imposible."¹⁸⁰ Agrega el propio autor alemán que mediante el instituto de la prescripción se reduce el peligro de las condenas injustas, como ocurre, por ejemplo, en aquellos casos en los que ha sido posible conservar a través del tiempo el material probatorio que perjudica a un sujeto, pero en los que no ha podido conservarse en el mismo tiempo aquel material que lo favorece y con ello no puede

¹⁷⁹ Véase el *Tratado de Derecho Penal*, tomo V, Primera Parte, Teorías Generales, vol. V, de Vincenzo Manzini, Edición de 1950 de Ediar Editores, Buenos Aires: Ahí, en la nota 35 que aparece en la p.146, se atribuye a Thomasius la teoría de referencia en este apartado.

¹⁸⁰ MERKEL, Adolfo. *Derecho Penal*, tomo I, Edición de La España Moderna, p. 351,

probarse o la inocencia o la duda razonable, en cuanto a la culpabilidad y responsabilidad del mismo individuo.

También Ferri, dentro del marco puramente positivista que caracteriza toda su obra, acepta la prescripción diciendo que "en la mayoría de los casos este tiempo transcurrido (el necesario para la prescripción) además de disminuir, cancelar la alarma social y hasta el recuerdo del delito, haciendo en el caso primero más difícil la reconstrucción de las pruebas"¹⁸¹ justifica que el simple transcurso del tiempo impida la acción persecutoria, tanto más que la peligrosidad del sujeto perseguido o del condenado prófugo han desaparecido si durante el curso del tiempo corrido no ha vuelto a delinquir. En estas observaciones de Ferri destaca, además de la dificultad de prueba para fundamentar la prescripción, el tema relativo a la peligrosidad, que pueda haber desaparecido y sabida es la idea del positivismo en cuanto a la función primordial de la peligrosidad en el tratamiento del delito y del delincuente.

Binding fue en su época uno de los principales sostenedores de esta idea, con un criterio más ajustado al punto de vista del posible acusado, ya que consideraba que por el transcurso del tiempo más que deteriorarse aquellas pruebas que eventualmente pueden servir para fundamentar una condena, desaparecen o se perjudican las que acreditan la inocencia de los acusados.¹⁸² Se agrega, siguiendo esta misma línea de pensamiento, que al cabo de cierto tiempo el juicio que haya de realizarse respecto de un hecho determinado no tiene el contenido de certidumbre táctica imprescindible y ello produce efectos negativos en la administración de justicia, ya que rompe el equilibrio entre las partes, dejando en notoria inferioridad al inculpado, quien solo habrá de enfrentarse al aparato represivo del Estado, que siempre dispone de mejores medios para la preservación de la prueba.¹⁸³

Esta tesis doctrinaria, además de equilibrada, está impregnada de un profundo contenido de justicia al pretender colocar a las partes acusadora y acusada en el

¹⁸¹ *Principios de Derecho Criminal*, la edición, Madrid, Editorial Reus, 1933, p. 145.

¹⁸² Véase en este sentido la cita de Vera Barros a Binding (*Handbuck des Strafrechts*, tomo 1, pág. 823) que aparece en *La Prescripción Penal en el Código Penal*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960, nota 170, p. 30.

¹⁸³ Participe de esta idea es Oscar N. Vera Barros, como se aprecia en su obra antes citada, p. 30.

proceso en un equilibrio permanente ante su juez, puesto que como lo ha expresado Filangieri, "nada hay más difícil que defenderse de una acusación cuando ésta es, en años, posterior al delito. El tiempo ha borrado la memoria de las circunstancias que lo acompañan y priva al acusado de los medios de justificarse."¹⁸⁴

Es cierto que el tiempo hace cada vez más difícil el problema de la prueba; aquellas que dependen de la capacidad retentiva de los sujetos van perdiendo su credibilidad; conforme el tiempo transcurre, las coloca en planos secundarios de la memoria; las otras, por su naturaleza objetiva, pueden fácilmente deteriorarse o bien, lo que es más frecuente, estar al alcance de una sola de las partes, que es la más poderosa y encargada de la acusación. Esto va llenando de injusticia el camino del acusado, quien para su defensa, conforme transcurre más tiempo, tiene menos posibilidades de allegarse el material que pueda serle útil, o puede, también, no tener forma alguna de encontrar testigos, documentos, residuos, etcétera, todo lo cual equivale, en última instancia, a una notoria desventaja ante la acusación formulada en su contra.

No creemos que pueda sostenerse, válidamente, una impugnación seria en contra de esta acertada tesis fundatoria de la prescripción. Los argumentos en su favor son fuertes y parecen inexpugnables.

Sin embargo, la tesis de referencia es válida sólo en forma parcial. Tiene apoyo firme, lógico y certero, en cuanto se refiere a la prescripción de la acción persecutoria, pero no tiene sostén alguno en lo que corresponde a la prescripción de la sanción impuesta en sentencia condenatoria. Veremos enseguida los fundamentos de esta última afirmación.

Efectivamente, si se parte del supuesto de que hay una sentencia condenatoria que impone un sanción y que es ésta la que dejará de ejecutarse merced al fenómeno de la

¹⁸⁴ Citado por Oderigo, Prescripción de la acción penal, en Revista de Derecho Procesal, año I, Segunda Parte, Buenos Aires, Argentina, p. 173.

prescripción, en forma necesaria habrá que pensar que la sentencia pronunciada presupone la existencia de un proceso y que durante el curso y tramitación del mismo se hizo el aporte de las pruebas que, debidamente valoradas, llevaron a la sentencia condenatoria.

Lo anterior significa que el problema de preservación de las pruebas deja de tener vigencia cuando las pruebas ya fueron aportadas y valoradas por las partes interesadas; esto explica que, autores como Binding, de quien dijimos era de los principales sostenedores de la tesis que nos ocupa, la limiten en sus alcances en lo que corresponde exclusivamente a la acción persecutoria y rechace enfáticamente, bajo esta misma idea, la prescripción de la ejecución de la pena, puesto que la falta de pruebas no es argumento esgrimible tratándose de la pena ya impuesta.¹⁸⁵

Por otra parte, debe tenerse presente que, respecto de México, no es siquiera concebible un proceso (presupuesto para una sentencia) en el que el acusado no haya tenido la oportunidad de defenderse y de aportar todas las pruebas tendientes a su defensa, ya que, conforme a nuestro sistema de enjuiciamiento, es imprescindible la presencia física de la persona imputada. Con esto queremos destacar que en el procedimiento penal mexicano tiene aún menos relevancia la teoría que tratamos en lo que se refiere a prescripción de ejecución de sanciones legalmente impuestas; en algunos sistemas, que permiten el procesamiento en ausencia del imputado,¹⁸⁶ esta teoría puede tener significación, pero insistimos en que en el procedimiento mexicano

¹⁸⁵ Véase en este sentido los comentarios de Vera Barros acerca de la opinión de Binding, en la p.30 de la obra ya citada como correspondiente al primero de los autores mencionados.

¹⁸⁶ Dice Ernest Beling respecto del procedimiento alemán: "En casos excepcionales, se admite llevar a cabo el plenario total o parcialmente sin el acusado" (*Derecho Procesal Penal*, Editorial Labor, España, 1943, p.282). Alfredo Vélez Mariconde, tratando el procedimiento penal argentino, dice lo siguiente: "Si el imputado no cumple el deber de comparecer ante el Tribunal cuando es citado, ya sea porque desobedece la orden impartida, o porque fuga del establecimiento o del lugar en que está detenido, o se ausenta, sin autorización, del lugar que se le designó para que residiera, asume la condición de contumaz o rebelde. La declaración de rebeldía produce efectos sobre el proceso, la excarcelación y las costas: a) No suspende el curso del sumario, naturalmente, el que puede seguirse en contra del rebelde lo mismo que en contra de un desconocido: ambas situaciones no constituyen un obstáculo para que el Instructor ejecute los actos dirigidos al esclarecimiento de la verdad... (*Derecho Procesal Penal*, tomo II, pp. 367-368, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1969.) Como puede observarse, en estas dos citas nos estamos refiriendo a procedimientos en los que no hay intervención de parte del indiciado o del procesado, por encontrarse ausente. En nuestro sistema de enjuiciamiento, el proceso se suspende ante la substracción del reo a la acción de la justicia (Art. 447-I del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal) sin que ello sea obstáculo para la práctica de las diligencias necesarias para comprobar la existencia del delito o la responsabilidad del prófugo (Art. 478). Igual idea se maneja en la legislación procesal federal, en los Artículos 468-I y 469. Lo destacado es que no puede haber sentencia en ausencia del reo.

no es dable el caso de una sentencia condenatoria pronunciada sin que el acusado haya tenido la oportunidad de aportar todas las pruebas pertinentes.

En México, la sentencia que pronuncian los tribunales penales competentes está siempre precedida de la etapa procesal llamada del juicio, en la que las partes hacen la exposición de sus respectivas posiciones ante el juez; por ello, con razón ha dicho García Ramírez que "el juicio es, acaso, la entraña misma del proceso, su remate y propósito sustantivo. Entiéndase bien que hablamos aquí de juicio en el sentido de etapa procedimental, no por cierto, en la acepción de sentencia o fallo; *en el juicio se verifica la valoración de los elementos probatorios previamente reunidos y de las posiciones aducidas por las partes, con base en lo cual se precisa la existencia o inexistencia del delito, la responsabilidad de los inculpados y, en su caso, las consecuencias jurídicas de la conducta criminal, esto es, la pena y la medida asegurativa*".¹⁸⁷

En síntesis, respecto de la tesis fundada en la dificultad de la prueba, ella tiene validez, por justa y equilibrada, solamente respecto de una de las dos hipótesis de prescripción a que venimos refiriéndonos, esto es, en lo relativo a la prescripción de la acción persecutoria para determinar si un hecho es o no constitutivo de delito y, en su caso, si un sujeto determinado es o no un delincuente. No tiene esta misma tesis fundamento suficiente en orden a la prescripción de la sanción impuesta en sentencia firme.

Este pensamiento es expresado con claridad por Merkel, cuando afirma que las circunstancias relativas a la dificultad de preservación de las pruebas tienen significación "por lo que se refiere a la prescripción de la acción o persecución penal, ya que la prescripción de la ejecución de la pena presupone que se han cumplido las dichas funciones procesales",¹⁸⁸ que no son otras sino las que hemos referido en cuanto a que para llegar a una sentencia es porque ha habido un proceso y en éste se han aportado las pruebas pertinentes por las partes contendientes.

¹⁸⁷ *Curso de Derecho Procesal Penal*, Editorial Porrúa, México, 1974, pp. 334-335.

¹⁸⁸ *Derecho Penal*, t. I. Editorial La España Moderna, p. 351.

c) Teoría basada en la seguridad jurídica

Hay una tercera teoría, que por nuestra parte consideramos la más acertada, que va fusionando paulatinamente los argumentos que sostienen y dan apoyo a las dos precedentes, para llegar a la conclusión de que por razón de la seguridad que todos los hombres deben tener ante el poder del Estado, la prescripción, sea de la acción, o de la sanción, está plenamente justificada en los sistemas legales.

Carrara dijo que "en materia penal, el tiempo extingue la acción porque. además de hacer difícil la justificación del inocente, hace cesar el daño social merced al presunto olvido del delito, lo cual conduce a la cesación de la impresión moral que nació de él, sea respecto de los buenos, en quienes deja de existir el temor, sea respecto de los malvados, en quienes deja de tener influjo el mal ejemplo. Desaparecido el daño político, se torna inútil la reparación penal".¹⁸⁹

Aquí es perceptible el doble efecto que el tiempo ejerce sobre el hecho delictuoso: hace difícil la prueba y carece de significación intimidatoria la persecución o el castigo. Son razones de política criminal, como el mismo Carrara apunta, las que hacen que la prescripción opere en todos los casos.

Dentro de esta asociación de ideas podemos mencionar, igualmente, a Geyer, Von Hippel y Sauer. Este último dice que "la prescripción se basa en dos motivos: con el tiempo desaparece el interés en la persecución y la punición; el segundo es que se originan dificultades de determinación y prueba (que sin embargo por si solas no bastan, porque no justificarían la diversidad de plazos según la gravedad)."¹⁹⁰ Antes que estos autores, Garraud ya se había referido a la fundamentación de la prescripción, indicando que la sociedad no puede ni debe perseguir exclusivamente la expiación del delincuente, sino que tiene una mira más elevada, como lo es el mantenimiento del

¹⁸⁹ *Programa, Parte General*, vol. I, p. 378.

¹⁹⁰ SAUER, Guillermo. *Derecho Penal, Parte General*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1956, p.390.

orden y de la seguridad pública.¹⁹¹ En este pensamiento aparece como una verdadera necesidad que cuando el orden violado por el hecho perseguible ha sido restituido a su anterior condición por el simple transcurso del tiempo corrido, la persecución del delito y del delincuente parece una mera búsqueda de la venganza pública y no una actividad jurídica con una tendencia finalista restitutoria del orden jurídico violado que, como se dice, ha vuelto a sus condiciones preexistentes por sí mismo. No hay, en esta situación, una seguridad pública restablecida, porque no aparece, en estricto sentido, ninguna inseguridad para la sociedad.

Welzel, sin fijar una posición al respecto, sostiene que "con el tiempo se pierde el interés estatal en la persecución del delito; simultáneamente, la persecución de hechos muy lejanos se vuelve con el transcurso del tiempo, cada vez más difícil o prácticamente imposible."¹⁹²

Si hacemos esta mención del jurista alemán es en razón de que en él reconocemos a uno de los autores que mayor preocupación han tenido en el empleo del lenguaje; nada hay en las obras de Welzel que no sea debidamente pensado; ahora bien, cuando dice que "con el tiempo se pierde el interés estatal en la persecución del delito", es claro que lo que está dando contenido a la expresión es lo relativo al interés del Estado y ello nos debe llevar a lo que es el significado y la misión del Derecho Penal, utilizando términos del propio Welzel.

A este respecto, es conveniente citar que, según la opinión del autor, siendo generalmente aceptado que el Derecho Penal tiene por misión el amparo de bienes jurídicos, hay que subrayar en el hecho determinado una marcada utilitariedad en cuanto a la significación del resultado. Con esto, se dice, "resulta no solamente una marcada utilitariedad, sino también una señalada actualidad en la apreciación del valor: la utilidad actual o daño del resultado de la acción determinan el valor de la acción.

¹⁹¹ Véase de R. Garraud: *Traite Théorique et Pratique du Droit Penal Français*, t. II, 3a. edición, Librairie de Recueil, Sirey, París, 1914, p.543.

¹⁹² *Derecho Penal, Parte General*, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1956, p. 256.

Con ello, se pasa por alto que al Derecho Penal debe interesarle menos el resultado positivo actual de la acción, que la permanente tendencia positiva del actuar humano, de acuerdo con el pensar de los juristas. Asegurar el respeto por los bienes jurídicos (es decir, la validez de los valores del acto) es más importante que regular los resultados positivos en los casos individuales y actuales".

Destaca en el párrafo transcrito, desde nuestro particular punto de vista, la mención en el sentido de que el Derecho Penal tiene, más que su importancia sancionadora, el deber de asegurar el respeto de los bienes jurídicos. Hay en todo el sistema penal, una doble significación en cuanto a la forma debida de asegurar ese respeto a los bienes jurídicos; en primer término, como es natural, por medio y a través de la creación de los tipos, ya que cada tipo penal lleva consigo una valoración merced a la cual se protege un interés jurídico determinado (por ejemplo: la vida en el homicidio, la seguridad en las amenazas, etcétera); pero al mismo tiempo, existe la segunda forma de aseguramiento que es más amplia, porque ya no se refiere a conductas o hechos particulares, sino que ve todo el proceso de aseguramiento con una mayor perspectiva. Esta segunda forma es la que dota de seguridad al ser humano ante el poder represivo del Estado y corresponde a los principios sustentadores de todo el sistema punitivo en los regímenes liberales. Podemos mencionar, en este orden de ideas, las garantías de seguridad jurídica, como lo son la exacta aplicación de la ley penal, la no retroactividad y otras. Lo importante es destacar que, ante el Estado, el hombre debe tener siempre una seguridad en su posición jurídica; debe saber y sentir que su libertad está limitada sólo en lo expresamente consignado en la ley (los tipos) y que, en todo momento, debe tener el conocimiento o la certeza de la aplicación de todos los principios previamente consignados en la propia ley.

Ya en alguna ocasión Graf Zu Dohna había afirmado que "no hay duda de que los tipos delictivos establecidos en los diversos artículos del Código Penal constituyen la Carta Magna del delincuente, en cuanto establecen la línea fronteriza entre las conductas antisociales impunes, o sea, carentes de toda sanción jurídica, y aquellas que motivan

la reacción estatal",¹⁹³ esta mención del penalista alemán está referida a cuestiones diferentes de la prescripción, pero creemos que la idea que se expresa es perfectamente aplicable al fenómeno jurídico de la prescripción, ya que lo mismo resulta necesario que el hombre conozca los límites impuestos a su esfera de libertad, que los límites temporales que el Estado tiene para perseguir o sancionar los hechos que deban ser motivo de persecución o merecedores de una sanción predeterminada.

En nuestro medio nacional, Díaz de León hace referencia a que la prescripción (perención, la denomina el autor) es indispensable porque sólo así conserva su valor la justicia criminal; sólo por medio de ella "el individuo y la sociedad obtendrán certeza y confianza en que los procesos penales no se detengan indefinidamente; y sólo así es como se limitará la intranquilidad, sufrimiento y lesión que los mismos producen."¹⁹⁴

Vemos que el concepto puramente pragmático de la dificultad de la obtención y conservación de pruebas y del olvido social del delito va siendo cada vez menos valorado; lo que empieza a tomar forma es un concepto de mayor profundidad, porque es el que coloca al hombre frente al poder represivo del Estado y trata de darle una cierta seguridad de que, a determinado tiempo, ya no habrá de ser motivo de persecución o de sanción, en su caso.

En esta tarea de dotar al hombre de la seguridad jurídica indispensable entran en juego elementos tales como la necesidad de la tranquilidad queda la limitación de la actividad estatal. No debe ser posible que el ser humano esté indefinidamente sujeto a la zozobra que implica el saber que en cualquier momento puede ser privado de su libertad. Los efectos que este estado produce pueden ser más dañinos inclusive que el delito mismo que se haya cometido. Este es un enfoque del problema desde el punto de vista del autor del hecho perseguible y, por tanto, es natural que sea él el que en forma aparente resulte más beneficiado; sin embargo, no puede ser dejada de lado la consideración de

¹⁹³ Véase de Alexander Graf Zu Dohna *La ilicitud*, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1959, p. 53.

¹⁹⁴ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Teoría de la Acción Penal*, Edición de Textos Universitarios, 1974, pp. 347-348.

que ese sujeto es parte, quiérase o no, de un conjunto social; y el conjunto mismo es el que a la larga resulta favorecido cuando sus miembros no ven al sistema represivo como una constante causa de intranquilidad, sino como uno de los medios para lograr una reintegración a la comunidad social. De ser el perseguido por el sistema, resulta ser el favorecido por el mismo, puesto que el Estado, por medio de la ley, es quien se autolimita en cuanto a la persecución de los delincuentes.

Cuando se tocan temas como los relativos a la seguridad jurídica, a la libertad, a la certeza del hombre ante el poder del Estado, es difícil no fijar una posición filosófica, aun cuando no se sea un filósofo. En nuestra opinión, las relaciones entre el hombre y el Estado están sometidas a una premisa inalterable, como lo es la existencia del Estado de Derecho, o sea, una conformación de todas las relaciones bajo el mandamiento imperativo de la ley, que al mismo tiempo que crea y estructura la forma que en particular haya de adoptar el Estado, va estableciendo los límites de la libertad de acción del propio Estado y de los individuos; es la ley, entonces, la soberana en todas las relaciones. Esta ley, llamada de la libertad, fue definida por Savigny diciendo que "es la regla en cuya virtud se fija la frontera invisible dentro de la cual el ser y actividad de cada individuo tienen una segura y libre esfera."¹⁹⁵ Sólo por medio de la ley se puede alcanzar el verdadero Estado de Derecho que es imprescindible para las sociedades contemporáneas, ya que no es concebible una organización estatal sin ley y sin derecho.

Ante la ley, el hombre requiere de la seguridad, es decir, debe conocer el individuo libre su posición frente al Estado y más aún cuando la figura del Estado está representada por su medio más drástico de coacción, como lo es la pena o sanción con la que comunica a los transgresores de la ley penal. Dice Hayek que "el principal medio de coacción o disposición del poder público es el castigo. Bajo el imperio de la ley, le es lícito, mediante los métodos punitivos, invadir la esfera privada que protege a determinada persona, si ha quebrantado una regla general promulgada

¹⁹⁵ F. G. VON, Savigny, *System des heutigen romischen Rechts*, Berlín, Tomo I, 1840, pp. 331-332.

debidamente.¹⁹⁶ Si el Estado tiene la facultad legal de invadir la esfera de libertad de los individuos que considera pueden ser delincuentes, o de aquellos que ya han sido motivo de calificación como tales por los tribunales, es lógico también que ese poder o facultad del propio Estado esté sometido a ciertas limitaciones, oriundas en la propia ley que rige la actividad estatal y que crean, como consecuencia, una diferente esfera de derecho en favor de todos los sujetos.

Con lo inmediatamente antes expuesto queremos significar que si hay leyes generales que regulan el fenómeno de la prescripción, como es el caso de nuestra legislación penal, en realidad esas reglas están creando, además de una limitación al poder del Estado, una esfera de derechos en favor de los individuos, que tendrán, siempre, *un derecho individual oponible al derecho general del Estado a perseguir los delitos y a los delincuentes.*¹⁹⁷

Este derecho es, justamente, su seguridad jurídica y como fieles creyentes que somos del Estado de Derecho, es que consideramos que en materia de prescripción, el verdadero sustento se encuentra, a nivel sustancial, en la necesidad de que las relaciones individuo-Estado estén dotadas de la seguridad jurídica necesaria, ya que, como lo ha expresado Manzini, "si la potestad de castigar se justifica exclusivamente con el criterio de necesidad, todo ejercicio de potestad represiva debe considerarse injustificado cuando no parezca necesario",¹⁹⁸ y no podrá ser nunca necesario lo que implique una violación a los principios de seguridad jurídica.

Nuestra afiliación a esta postura, eminentemente jurídica, no implica, en forma alguna, devaluación de las ideas manejadas por quienes apoyan la procedencia de la

¹⁹⁶ Véase, de F. A. Hayek, su obra citada, p. 359. La edición es de La Fundación Ignacio Villalonga, Valencia, España, 1961. En cuanto a la seguridad jurídica, vale transcribir el siguiente párrafo de J. T. Delos: "En su sentido más general, la seguridad es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que si éstos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación". (*Los fines del Derecho*, Dirección General de Publicaciones de la UNAM, México, 1975, p. 47.) En este mismo sentido se expresa Rafael Preciado Hernández (*Lecciones de filosofía del Derecho*, JUS, México, 1973, p. 233).

¹⁹⁷ Dice Radbruch: "La seguridad por el derecho presupone que el derecho mismo sea una certeza. Así, nuestra segunda definición entiende por seguridad la certidumbre del derecho que exige la perceptibilidad cierta de la norma del derecho, la prueba cierta de los hechos de que depende su aplicación, y la ejecución cierta de lo que ha sido reconocido como derecho." (Véase el trabajo de Gustavo Radbruch incluido en *Los fines del Derecho*, antes citado, p. 64.)

¹⁹⁸ *Tratado de Derecho Penal*, tomo V, Primera Parte, vol. V., p. 147.

prescripción en la intimidación inexistente y la dificultad de la prueba. Aceptamos tales argumentos, pero consideramos que son extrajurídicos y, por tanto, sólo probatorios de la necesidad de que exista la seguridad jurídica.

3.6 LA JURISPRUDENCIA Y LA LEY

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, intérprete de nuestra legislación positiva, se ha expresado en esta cuestión en los siguientes términos:

Prescripción de la acción penal. Para que opere el fenómeno de la prescripción en cuanto a la acción persecutoria, la ley alude al término medio aritmético de la pena, que se ha interpretado como deducible de la individualización legal correspondiente a las entidades delictivas consumadas, pero sin modalidades. La acción penal es la potestad jurídica que el Estado delega en un órgano específico para exigir del poder jurisdiccional una decisión concreta respecto a una relación jurídico-material de Derecho Penal, que en el caso de condena actualiza la pretensión punitiva del propio Estado. La acción penal no puede concebirse, sino en relación a un determinado hecho correspondiente a una figura de delito; de ahí que se afirme que del delito surge la acción penal, o más propiamente de la sospecha del delito. *Se considera que la prescripción implica la cesación de la potestad punitiva del Estado, al transcurrir un periodo de tiempo determinado, en virtud de que el propio Estado abdica de su potestad punitiva, por razón de que el tiempo anula el interés represivo, apaga la alarma social y dificulta la adquisición de pruebas respecto a la realización del evento delictivo. La prescripción penal, por la esencia misma del ordenamiento punitivo, opera coactivamente. Es un mandato impuesto por el Estado para que el órgano delegado específicamente, la institución del Ministerio Público, conforme al artículo 21 constitucional, se abstenga de toda acción represiva del delito y para que el órgano jurisdiccional decrete la extinción de la pretensión punitiva; y por ello, se aplica de oficio y en cualquier grado y estado de la causa. Entendida la acción penal como el fundamento y marco de la decisión jurisdiccional y la prescripción como una causa extintiva de la acción de orden coactivo, es lógico concluir que para calcular el término de su operancia, debe*

atenderse a la pena conminada en abstracto para el delito simple y no la pena en concreto que habría debido infligirse, computadas las circunstancias objetivas y subjetivas del delito. La acción penal al ejercitarse y mover al órgano jurisdiccional tiene un contenido concreto, pero le compete al órgano decisorio su calificación técnica. El Ministerio Público sólo la ejercita por hechos que estima delictivos. En el auto de formal prisión o de procesamiento, deberá el juez natural fijar el tema del proceso y esta determinación se dictará por el delito que se estime comprobado en forma genérica, y precisar las modalidades del delito. En tal sentido, si la acción penal, en el acto de consignación, se ejercita únicamente por hechos delictivos y el Juez natural dicta la formal prisión o la sujeción a proceso por el delito simple sin considerar sus modalidades y la prescripción atiende al término medio de la pena conminada en abstracto, es obvio que si la extinción de la acción penal por prescripción opera de oficio y en cualquier estado de la causa, es posible, atender a la penalidad aplicable por el delito calificado y modalidades cuya existencia es materia de la sentencia definitiva. Si se atendiera a la penalidad del delito considerado como calificado, ello daría lugar a que la prescripción dependiera del arbitrio del Juez, que tendría que definir en una fase procesal previa circunstancias que le compete decidir en el fallo que pone fin al proceso; y, lógicamente, daría lugar a que se prejuzgase en agravio del imputado, con violación de los principios que norman el instituto de la prescripción de la acción persecutoria. **AMPARO DIRECTO 8431/63. MARIO VALDEZ GONZÁLEZ. 17 DE ABRIL DE 1968. MAYORÍA DE 3 VOTOS. PONENTE: ERNESTO AGUILAR ALVAREZ. PRECEDENTES: VOLUMEN XXXII, SEGUNDA PARTE, PÁG. 77. VOLUMEN XLV, SEGUNDA PARTE, PÁG. 59. VOLUMEN LXXX, SEGUNDA PARTE, PÁG. 31. SE PUBLICA PARCIALMENTE LA EJECUTORIA.**

Prescripción de la acción penal. Para que opere ésta es necesario que el acusado o procesado se encuentre sustraído a la acción de la justicia, *pues el legislador toma en cuenta la zozobra, la agitación anímica por la que atraviesa al tener cuentas pendientes con la justicia.* Por tanto, no puede correr la prescripción cuando el acusado, aun ignorándolo el juez de la causa, se encuentra sujeto a otro proceso e incluso recluso en prisión con motivo de éste". Directo 1429/1954. Efrén Faire Cerca. Resuelto el 27 de junio de 1958. **Por unanimidad de 5 votos. Ponente: Sr. Mtro. Mercado**

Alarcón, Srio. Lie. Raúl Cuevas. 1a. SALA. Boletín 1958, pág. 395.

En la primera de las dos tesis transcritas es observable la amalgama de razones que hace valer nuestro Alto Tribunal para dar fundamento a la prescripción; por una parte se dice que el Estado abdica de su potestad punitiva porque el tiempo anula el interés represivo, que viene a ser parte de lo que es fundamental de acuerdo con la llamada tesis de la intimidación inexistente que abordamos en el inciso a) del apartado 1 de este capítulo.

Por otra, se dice también que el simple transcurso del tiempo "dificulta la adquisición de pruebas respecto a la realización del evento delictivo". Aquí se tiene perfectamente delineada la idea que se maneja en cuanto a que la fundamentación de la prescripción se ubica en la dificultad de la conservación y obtención de las pruebas que ya fue tratada por nosotros en el inciso b) de este capítulo, dentro del apartado 1.

En tercer término, también se hace referencia a que por razón de la esencia misma del ordenamiento punitivo, la prescripción opera coactivamente, ya que se trata de un mandato que el Estado dirige a uno de sus órganos (el Ministerio Público), para que se abstenga de toda persecución del hecho posiblemente delictuoso, al igual que lo dirige al órgano jurisdiccional para que decrete la extinción de la pretensión punitiva del propio Estado, cuando ha transcurrido el término necesario para la prescripción, referida, obviamente, a la sanción. Aquí nos encontramos frente a la tesis de la seguridad jurídica, derivada del imperio de la norma preexistente.

Cuando nos referimos antes al amalgamamiento doctrinario que hace la Suprema Corte de Justicia en la tesis que comentamos, no estamos queriendo significar que sea una postura errónea; en efecto, ya hemos expuesto nuestra particular manera de pensar, en cuanto a que no es posible negar validez a los argumentos sostenidos por quienes encuentran el apoyo en la prescripción bien en la teoría de la intimidación inexistente, bien en la de la dificultad de la prueba. Ambas son perfectamente sostenibles, sólo que,

como ya dijimos, son posturas extrajurídicas. La verdadera fundamentación, según nosotros, se encuentra en la seguridad jurídica que el hombre requiere frente al Estado (la norma preexistente) y la certeza que habrá de darle, en cada caso particular, que la situación concreta que se plantee en cuestiones relativas a la prescripción, sea de la acción o de la pena, se resolverá en estricto apego a la norma que regula el fenómeno de la prescripción.

Consideramos que el mejor punto de apoyo para acreditar la bondad de la teoría que aceptamos se encuentra en el artículo 101, de nuestro Código Penal Federal. Dice este precepto:

“...La prescripción es personal y para ella bastará el simple transcurso del tiempo señalado por la ley...La prescripción producirá su efecto, aunque no la alegue como excepción el acusado...Los jueces la suplirán de oficio en todo caso, tan luego como tengan conocimiento de ella, sea cual fuere el estado del proceso...”

Es obvio que en materia de prescripción se impone al juzgador la obligación de tenerla siempre presente ya que está sujeto a declararla, aun de oficio, tan pronto se percate de que ha operado en favor de alguien. Aquí tenemos la consagración del principio general de seguridad jurídica, puesto que el simple transcurso del tiempo necesario hace que la prescripción tenga que producir, imprescindiblemente, sus efectos extintivos respecto de la pretensión punitiva del Estado; pero si además consideramos que los jueces sólo conocen de casos particulares respecto de los cuales tienen que pronunciarse fundadamente (artículo 16 constitucional) en razón del principio de legalidad, estamos también obteniendo del propio precepto del Código Penal el reconocimiento de la certeza a la que antes nos referíamos.

En lo tocante a la segunda de las tesis de nuestra Suprema Corte de Justicia que ha sido transcrita, tenemos que ahí se aborda la cuestión de la prescripción desde un punto de vista propio del autor del hecho enjuiciado o enjuiciable. Se dice que "el

legislador toma en cuenta la zozobra, la agitación anímica por la que atraviesa (el acusado o procesado) al tener cuentas pendientes con la justicia". No nos parece que esta opinión sea la más acertada, porque en ese orden de ideas, en realidad se está desnaturalizando toda la finalidad del Derecho Penal, ya que creemos que es indiscutible que quien se enfrente, en cualquier condición, al poder represivo del Estado es siempre un sujeto en estado de zozobra y de agitación anímica, precisamente por tener "cuentas pendientes" con la justicia. Más parece que conforme a esta tesis que comentamos se premia al acusado o procesado que ha logrado sustraerse a la acción de la justicia, lo que establece una situación difícil de aceptar, en comparación con la situación de quien, para no tener cuentas pendientes, se somete voluntariamente a la acción de la justicia o de quien se ve sometido a ella, quiéralo o no.

Creemos, en realidad, que esta tesis no tiene mayor significación; pero si la transcribimos y comentamos, fue porque en ella se exponen aspectos que antes habíamos mencionado, bajo la perspectiva o punto de vista del autor del hecho. Es, definitivamente, de mayor trascendencia la primera de las resoluciones transcritas, que corresponde, además, a criterio sostenido ya en cuatro resoluciones en juicios de amparo directos, según es visible en la cita de los precedentes.

A manera de síntesis de esta parte de nuestro trabajo, es posible afirmar que las razones que han introducido la prescripción en las legislaciones penales son varias, fundamentalmente las que hemos citado, en orden a la intimidación inexistente y a la dificultad de la prueba, pero que la esencia misma de ella es de mayor profundidad que la simplemente pragmática y se ubica en la verdadera posición del hombre libre frente al poder represivo del Estado, partiendo de la base de que el Estado lo es de Derecho. Donde el hombre y su libertad tengan una valoración diferente frente al Estado, otro podrá ser el fundamento de la prescripción, si es que ésta existe. En los regímenes que reconocen el valor del hombre como entidad esencial, será, creemos, la que hemos expuesto como tesis aceptable la que dé apoyo y fundamento a la prescripción de la acción persecutoria y de la sanción impuesta.

3.7 DEFINICIÓN Y CONCEPTO DE PRESCRIPCIÓN

3.7.1 DEFINICIÓN DE PRESCRIPCIÓN

En los párrafos precedentes hemos ido dejando expuestas una serie de características que corresponden al instituto de la prescripción, aun cuando, como es natural, las mismas carezcan hasta esta parte de nuestro trabajo, de una sistematización adecuada. Ello ha sido así porque no habíamos llegado al momento de definición de la prescripción y a proporcionar un concepto preciso de ella.

Si pretendemos definir a la prescripción, tenemos que fijar, con la máxima claridad posible, la significación de la palabra, dando al mismo tiempo el conjunto de características que la identifican. En el caso particular, la prescripción puede decirse que es un término o vocablo equívoco, según sea el área o esfera del conocimiento donde se esté empleando. A nosotros, como es natural, nos interesa dotar a la prescripción de una significación que permita conocer, al simple enunciado, que se está refiriendo al Derecho Penal; sin embargo, no podemos pasar por alto algunas observaciones que sean útiles para la mejor comprensión del significado.

En primer término, es factible señalar que por cuestiones de estilo en la redacción de las leyes, se puede encontrar en algunas normas el empleo del vocablo con una significación absolutamente ajena a la que se refiere al fenómeno que aparece por el transcurso del tiempo. En estos casos, prescribir y prescripción se utilizan como sinónimos de preceptuar, ordenar o determinar una cosa, por una parte, o de preceptuación, ordenación o determinación de algo, por la otra.¹⁹⁹ Tenemos como ejemplo de esta situación el contenido del artículo 15 del Código Civil vigente, que dice:

No se aplicará el derecho extranjero:

¹⁹⁹ Véase *Enciclopedia del Idioma*, de Martín Alonso Aguilar, Madrid, 1958, tomo III, p. 3387.

I. Cuando artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión; y

II. Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarias a principios o instituciones fundamentales del orden publico mexicano.

Obviamente, en este caso no hay relación alguna entre el fenómeno de la prescripción por el transcurso del tiempo y el acatamiento a lo prescrito por una ley. Se trata, como dijimos, de cuestiones de estilo en la redacción de la norma según los usos variados del lenguaje. Esto ya ha sido observado por Coquibus cuando afirma que la voz prescripción lo mismo puede significar el medio de adquirir un derecho o librarse de una obligación por el transcurso del tiempo, que el mandamiento, orden o disposición legal.²⁰⁰

En el área de lo jurídico, la prescripción tiene indudables variantes. En materia civil se dice que "prescripción es la facultad o el derecho que la ley establece a favor del deudor, para excepcionarse válidamente y sin responsabilidad, de cumplir con su prestación, o para exigir a la autoridad competente la declaración de que ya no se le puede cobrar en forma coactiva la prestación, cuando ha transcurrido el plazo que otorga la ley al acreedor para hacer efectivo su derecho".²⁰¹ Es claro, en este enunciado, que hay un fenómeno jurídico, llamado prescripción, que tiene relación directa con lo específico que dentro de la esfera civilística corresponde a las obligaciones.

Con toda razón anota Gutiérrez y González que el Código Civil regula bajo un solo rubro dos instituciones diversas, como lo son la prescripción a la que antes nos referimos y la mal llamada prescripción adquisitiva, que es, en realidad, lo que desde el Derecho Romano se conoció como "*usucapión*".

²⁰⁰ COQUIBUS, Juan Emilio. *Teoría y Práctica del Derecho Procesal Penal*, tomo III, Editorial Bibliográfica Argentina, 1952, p. 22.

²⁰¹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*, Editorial José M. Cajica, Jr., Puebla, México, 5ª edición, 1974, p. 798.

La llamada prescripción adquisitiva es, dice el autor mexicano, "la forma de adquirir derechos reales mediante la posesión de la cosa en que recaen, en una forma pública, pacífica, continua y con la apariencia del título que se dice tener a nombre propio, por todo el tiempo que fija la ley".

Creemos que no puede ser más clara la equivocidad del término prescripción, ya que lo mismo está referido a materia de obligaciones, que a forma o medio de adquisición de derechos reales; ello, desde luego, sólo en lo que atañe a la materia civil, porque más equívoco aparece si lo contrastamos con el instituto de la prescripción en la materia penal. Por lo mismo, insistimos en la necesidad de definir, para luego conceptuar, a la prescripción dentro de los límites propios y exclusivos de lo penal.

Siguiendo esta línea de pensamiento consideramos que la prescripción penal puede definirse así: es el fenómeno jurídico penal por el que, en razón del simple transcurso del tiempo, se limita la facultad represiva del Estado, al impedirle el ejercicio de la acción persecutoria o la ejecución de las sanciones impuestas.

La definición precedente está fundada en las siguientes consideraciones:

a) Se trata de un fenómeno jurídico penal.

Con esto queremos dejar establecido que estamos frente a un problema o cuestión de naturaleza puramente jurídica, ya que si bien es cierto que como lo ha expresado Manzini, "la prescripción no representa otra cosa que el reconocimiento de hecho jurídico dado a un hecho natural",²⁰² también es indiscutible que desde el momento

²⁰² *Tratado de Derecho Penal, Primera Parte, Teorías Generales*, vol. V, Ediar Editores, Buenos Aires, Argentina, p.145.

mismo de que existe una regulación normativa, se está ante lo que es jurídico y si además consideramos que la regulación correspondiente forma parte del sistema de legislación penal, es válido afirmar que el fenómeno que nos ocupa es jurídico penal.

b) La prescripción opera por el simple curso del tiempo.

Ya hemos visto antes que todo lo relativo a la prescripción tiene como fundamento el simple correr del tiempo. Podrá haber variantes, que luego veremos, en el curso del tiempo, según la naturaleza del hecho imputado, o cuando se distingue entre prescripción de acción persecutoria y de sanción; lo cierto es que, en todos los casos, es el tiempo el que hace funcionar al instituto de la prescripción.

A este respecto, puede citarse la tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dice:

Prescripción de la acción penal y prescripción de la pena. *Legislación del Estado de Jalisco.* Hay dos clases de prescripción: la de la acción y la de la pena.

La acción penal como derecho de persecución nace cuando se ha cometido un delito y prescribe por el transcurso del tiempo, si no se ejercita por el Ministerio Público, reclamando del órgano jurisdiccional la declaración del derecho en el acto que estima delictuoso y la determinación de la pena que debe aplicarse al delincuente. Consecuentemente, la prescripción de la acción supone una inactividad del Ministerio Público por todo el tiempo que la ley señala como suficiente para extinguirse por su no ejercicio o actuación de ese derecho de persecución.

En cambio, la prescripción de la pena supone el incumplimiento de la sentencia y el quebrantamiento, en una pena privativa de la libertad, es cabalmente la fuga. **DIRECTO 8793/1960. SANTOS RODRÍGUEZ MARAVEL. RESUELTO EL 2 DE MARZO DE 1961, POR UNANIMIDAD DE 4 VOTOS. PONENTE: SR. MTRO. RIVERA SILVA. SRIO. LIC. VÍCTOR MANUEL FRANCO, LA. SALA. BOLETÍN 1961, PÁG. 223.**

Esta tesis referida, como es manifiesto, a la prescripción de la acción persecutoria; en cuanto a la prescripción de la sanción impuesta, puede citarse esta otra:

Prescripción de la acción penal y prescripción de la pena.

La prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena. son dos institutos distintos y se rigen por prevenciones legales diferentes. Para los efectos de la prescripción de la pena debe tomarse en cuenta la sanción abstracta fijada por el legislador al delito de que se trata y de ningún modo la específica señalada por el juzgador al delincuente, sea porque hubiese apreciado el hecho concurriendo alguna modificativa. *En cuanto a la prescripción de la pena debe tomarse en cuenta la penalidad impuesta en el fallo y el transcurso de un término legal al que debía durar y una cuarta más, pero que de ninguna manera excederá de quince años.* **Amparo directo 459/61. Silvestre Barrientos. Resuelto el día 28 de junio de 1962, por unanimidad de 5 votos. Ponente: Sr. Mtro. Alberto R. Vela, Srio. Lic. José M. Ortega, la Sala. Informe 1962, pág. 59.**

c) La prescripción es limitativa del ejercicio de la facultad represiva del Estado.

Partiendo de la base de que estamos frente a un Estado de Derecho y que existe un conjunto de normas que regulan la prescripción, podemos afirmar que el mandamiento de tales normas va dirigido, por una parte, al Estado mismo y por la otra al órgano que el propio sistema represivo haya creado.

En la actualidad, aun cuando sea bajo diferentes concepciones filosóficas, es admitido en todas las legislaciones el derecho que el Estado tiene para perseguir y castigar los delitos; esta facultad estatal fue denominada por Binding como Derecho Penal subjetivo y corresponde a lo que conocemos como *ius puniendi*,²⁰³ sin embargo, dice con toda razón Jiménez de Asúa que "el Derecho Penal subjetivo no es ilimitado, pues el Estado,

²⁰³ En el tomo I del *Tratado de Derecho Penal*, de Jiménez de Asúa (2a. edición), aparece el estudio de las diversas corrientes filosóficas al respecto (páginas 69 a 73). La conclusión del autor, que compartimos, es en el sentido de que, independientemente de las cuestiones terminológicas, todos los Estados se reconocen el poder o facultad para reprimir los delitos y sancionar a los delincuentes. Aún Marx, quien niega la existencia de derechos subjetivos, se expresó en favor del derecho del Estado a castigar y su obligación de tratar a los delincuentes. (Véase la nota 55 que calza la p.73 de la citada obra.)

en el ejercicio del poder de castigar, tiene que limitarse a sí mismo, fijando el supuesto y el contenido de su actuación. La limitación del Derecho Penal subjetivo está lograda por el Derecho Penal objetivo. En suma: junto al Derecho Penal en sentido objetivo (*ius poenale*) debe existir un derecho de penar, correspondiente al Estado, es decir, el Derecho Penal en sentido subjetivo (*ius puniendi*).²⁰⁴

Lo anterior significa que el tema relativo a la prescripción tiene que ser entendido como uno de los casos de excepción al principio general que autoriza y obliga al Estado a la persecución de los delitos y a la sanción a los delincuentes, excepción que tiene como fundamento sólo el transcurso del tiempo, aun cuando el tiempo corrido pueda ser motivo de diversas valoraciones, como vimos en el capítulo anterior. Ahora bien, la limitación al ejercicio de la facultad represiva está fundada en el Derecho Penal objetivo, es decir, en las normas que estando vigentes regulan el fenómeno. Utilizando también expresiones de Jiménez de Asúa, puede decirse que "existe la pretensión o exigencia punitiva frente al delincuente que se extingue por numerosas causas y también el individuo es capaz de poseerla aun en nuestra propia esfera jurídica".²⁰⁵ Se pone por el autor español el caso de excepción de los delitos perseguibles sólo por instancia (querrela) de parte; nosotros agregamos, por vía de ejemplo, el de la prescripción.

La ley mexicana vigente se ocupa de tratar el problema de la prescripción en los Artículos 100 a 115 del Código Penal, lo que revela la existencia de un conjunto de normas que, a nivel de Derecho Penal objetivo, tratan y regulan el fenómeno que, por el propio contenido sustancial de tales normas, implican una limitación legal a la facultad represiva del Estado, o sea, una limitación al Derecho Penal subjetivo o "*ius puniendi*".

Debe tenerse presente que el Código Penal que citamos tiene ámbitos diferentes de aplicación, ya que lo mismo rige respecto de los delitos llamados comunes en el Distrito Federal que para los que se consideran federales, o sea, que el mismo ordenamiento vale en la República toda cuando se trata de delitos del orden federal que en el Distrito

²⁰⁴ Op. cit., t. I, p. 69

²⁰⁵ Op. cit., t. I, p. 73

Federal tratándose de delitos del fuero común anterior al día 12 de noviembre del 2002 en que tiene vigencia el nuevo Código Penal para el Distrito Federal. En razón de nuestra organización política como Estados Unidos Mexicanos, ciertas materias quedan reservadas a la soberanía de los Estados integrantes de la Federación, pero en cada una de sus respectivas legislaciones penales se regula el fenómeno de la prescripción, con variantes naturales derivadas del criterio de los correspondientes legisladores. Puede decirse que en lo esencial, los principios sustanciales son idénticos en todas las legislaciones locales y que las diferencias se establecen en orden a la duración de los términos para computar la prescripción. Lo relevante, y así lo destacamos, es que no existe una sola legislación en México que no trate y regule el fenómeno de la prescripción.

Al principiar el presente apartado apuntamos que el mandamiento de las normas que regulan la prescripción va dirigido al Estado mismo y al órgano creado para aplicar y hacer efectivo el sistema represivo. Lo que queremos destacar con la afirmación precedente es, en primer término, que el Estado está obligado a respetar el mandamiento de la norma; en este sentido puede mencionarse la expresión de Ranieri, quien afirma que "cualquiera que sea el contenido de cada una de las normas penales y cualquiera que sea también la relación que media entre ellas, su carácter siempre es imperativo, porque se reducen a mandatos o prohibiciones que imponen o prohíben cierta conducta".²⁰⁶

Para los efectos que ahora nos interesan, creemos que el Estado está obligado a respetar la regulación de la prescripción, atendiendo al contenido de los Artículos 100 y 101, primer párrafo, del Código Penal, aplicable en toda la República.

Dice el Artículo 100:

Por la prescripción se extinguen la acción penal y las sanciones, conforme a los artículos siguientes.

²⁰⁶ RANIERI, Silvio. *Manual de Derecho Penal*, tomo I, Parte General, Editorial Temis, Bogotá, 1975, pp. 36-37.

Por su parte, el primer párrafo del Artículo 101 aparece redactado en la siguiente forma:

La prescripción es personal y para ella bastará el simple transcurso del tiempo señalado por la ley.

Si asociamos ideológicamente estos dos preceptos, tenemos que el efecto establecido por la ley para la prescripción es la extinción de la acción penal o de las sanciones impuestas, bastando para ello el simple transcurso del tiempo que la ley señala. Obviamente, se está estableciendo un principio general, sujeto en su implementación a cada caso particular, ya que el tiempo que la ley señala para que se produzcan los efectos mencionados varía según las características que al caso particular correspondan. No puede, sin embargo, negarse que la actividad represiva del Estado, sea para la persecución o para la ejecución, está limitada por el simple correr del tiempo, en la inteligencia de que ese tiempo suficiente sólo puede estar enunciado en género, ya que en especie será cada caso el que lo determine.

En segundo lugar, continuando con la idea expuesta al iniciar este apartado, el mandamiento de la norma va dirigido a los órganos que el propio Estado ha creado por medio de su constitución legal, para cumplir con la función de perseguir los hechos que puedan llegar a ser calificados como delictuosos y hacer efectivas las sanciones que se hayan impuesto a quienes ya fueran considerados como delincuentes para los efectos legales.

Por simple orden lógico, hemos de referirnos, en una primera mención, al órgano estatal que tiene la facultad de perseguir los delitos. Este es, de acuerdo con nuestro sistema, el Ministerio Público, titular monopolístico de la acción persecutoria²⁰⁷ que obtiene su facultad legal del Artículo 21 constitucional, que establece:

²⁰⁷ Dice García Ramírez: "Del Artículo 21 constitucional se hace partir el monopolio de la acción en manos del M. P., con la salvedad que acaso resulte en el Artículo 111 constitucional..." (El Artículo 111 se refiere a la concesión de la "acción popular" para denunciar los delitos comunes u oficiales de los altos funcionarios de la Federación). El propio autor citado fija su posición en orden a la primera cuestión, diciendo: "A nuestro modo de ver, el monopolio debe sostenerse por fuerza de los siguientes argumentos..."; y realiza un estudio analítico en lo que se refiere a la llamada "acción popular". (Véase *Curso de Derecho Procesal Penal*, Editorial Porrúa, México, 1974, pp. 168 a 172).

“... La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquel...”

El Ministerio Público, sea del Distrito Federal o Federal, está regido en su actividad por el conjunto de normas que integran sus respectivas leyes orgánicas. En consecuencia, es menester encontrar en ellas el fundamento para la limitación en el cumplimiento de la facultad que tiene de perseguir los delitos. A este respecto tenemos que el Ministerio Público del orden común (nos referimos obviamente al Distrito Federal) se rige por la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 15 de diciembre de 1977.

En esta ley, concretamente en el inciso IV del Artículo 1º, se dice que entre las funciones del Ministerio Público está "ejercitar la acción penal", lo que significa, interpretando el precepto en sentido contrario, que el propio Ministerio Público puede abstenerse de ejercitar la acción penal en los casos en que tal ejercicio no proceda. Ello obliga, consecuentemente, a reconocer que hay casos en los que procede y otros en los que no procede el ejercicio de la acción penal. Entre estos últimos, por simple ejemplificación, podemos mencionar aquellos en los que falta la querrela necesaria, se otorga el perdón y otros, pero muy especialmente los que se presentan cuando el curso del tiempo ha hecho aparecer el fenómeno de la prescripción. En éstos, el Ministerio Público creemos que tiene facultades para resolver su operancia, aún actuando como autoridad investigadora y titular monopolista del ejercicio de la acción penal.

En otras hipótesis que se presentan cuando el Ministerio Público ya no actúa como autoridad sino que ha acudido ante el órgano jurisdiccional, ya no tiene facultades para resolver en orden a la prescripción, pero sí para promover la declaración de la misma por la autoridad judicial, que será la que resuelva al respecto. Los fundamentos normativos de esta situación son los artículos 6º y 8º del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Dice el artículo 6º: *El Ministerio Público pedirá al juez la aplicación de la sanción correspondiente al caso concreto de que se trate o la libertad del procesado, sea porque el delito no haya existido, sea porque existiendo no sea imputable al procesado, o porque exista en favor de éste alguna de las circunstancias excluyentes de responsabilidad a que se refiere el Capítulo V, Título II, Libro Primero del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal o alguna de las circunstancias de explicación de la pretensión punitiva a que se refiere el título V del libro Primero de dicho ordenamiento, o en los casos de amnistía, prescripción, y perdón o consentimiento del ofendido.*

Por su parte, el artículo 8º establece que: *En el segundo caso del artículo 6º, el agente del Ministerio Público presentará al juez de los autos su promoción, en la que expresará los hechos y preceptos de derecho en que se funde para pedir la libertad del acusado.*

Como es claro, el artículo 6º se refiere a dos casos diferentes: pedir la aplicación de las sanciones o pedir la libertad de las personas. El que nos interesa es el segundo, o sea, pedir la libertad de un individuo por haber operado la prescripción. Consideramos que no requiere mayores comentarios esta situación, ya que el Ministerio Público solamente pide y el juez es quien resuelve. Con esto quedan marcadas las dos etapas en que el Ministerio Público interviene en las cuestiones relativas a la prescripción, una con facultades de decisión y la otra como simple peticionario ante el órgano jurisdiccional.

Por lo que se refiere al Ministerio Público Federal al que ya también hemos mencionado como titular de la acción penal en delitos llamados del orden federal, su actividad está regida por el conjunto de normas que integran la Ley de la Procuraduría General de la República, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 30 de diciembre de 1974.

En el Artículo 3° fracción II de la Ley citada se establece que son atribuciones del Ministerio Público Federal: Ejercitar ante los tribunales la acción penal que corresponda por delitos del orden federal.

La atribución que en forma genérica y absoluta se confiere al Ministerio Público Federal conforme al precepto transcrito se encuentra, sin embargo, sujeta a lo que dispone el Código Federal de Procedimientos Penales, concretamente en el artículo 137, que dice:

“...El Ministerio Público no ejercerá la acción penal... IV. Cuando está extinguida legalmente...”

Hay que recordar que de acuerdo con el artículo 100 del Código Penal, con aplicación Federal, por la prescripción se extingue la acción penal, de donde se obtiene la certeza de que la fracción III del artículo 137 del Código Procedimental, está justamente refiriéndose a la imposibilidad de ejercer la acción penal cuando ella esté prescrita y, en consecuencia, también el Ministerio Público Federal tiene la facultad legal de resolver, como autoridad, en orden a la prescripción de la acción persecutoria.

Al igual que ocurre tratándose de la materia común, en la federal el órgano jurisdiccional tiene facultades para resolver en cuestiones relativas a la prescripción.

Esto lo vemos claramente en el artículo 161, fracción IV, del Código Federal de Procedimientos Penales, que establece que *el auto de formal prisión* (presupone la consignación) *se dictará de oficio cuando, además de satisfacerse otros requisitos ahí mencionados, "no esté plenamente comprobada a favor del inculpado alguna circunstancia eximente de responsabilidad, o que extinga la acción penal"*, y ya vimos que por la prescripción se extingue la acción penal.

Por razones de claridad y sistema, al referirnos al órgano estatal que tiene la atribución de perseguir los delitos (Ministerio Público), hemos mencionado también al órgano de la jurisdicción que el propio Estado ha creado, o sea, a los jueces o tribunales. Ello ha tenido como razón esencial la doble personalidad que nuestra ley da al Ministerio Público, como autoridad y como parte en el procedimiento penal. Ahora debemos referirnos, con exclusividad, a los jueces como órganos estatales que tienen que hacer efectiva la limitación del Estado a la persecución y sanción del delito y los delincuentes.

A este respecto, el Código Penal es claro y definitivo cuando dice en el párrafo segundo del Artículo 101:

La prescripción producirá su efecto, aunque no la alegue como excepción el acusado.²⁰⁸ Los jueces la suplirán de oficio en todo caso, tan luego como tengan conocimiento de ella, sea cual fuere el estado del proceso.

De acuerdo con la redacción legal antes transcrita, la prescripción puede y debe ser estudiada por el juzgador en el momento mismo en que se le invoque o cuando se percate de ella. No existe ningún procedimiento especial para que el juzgador aborde las cuestiones relativas a la prescripción, sino que simplemente se estudia y se resuelve, en el sentido que sea.

Creemos, sin embargo, que en materia federal sí existe una obligación a cargo del juez, de estudiar, en todos los casos, si ha operado o no la prescripción. Esto debe

²⁰⁸ Obsérvese que la ley se refiere a la prescripción como si se tratara de una "excepción". El empleo de este vocablo es, creemos, una reminiscencia del procedimiento romano y crea una falsa idea de identificar al instituto de la prescripción penal con la prescripción civil. En materia penal no existen excepciones. Ya Carrara se ocupó de hacer notar que en esta cuestión lo único que identifica la institución penal con la civil es el nombre. (Opuscoli, t. II, p. 104.) Para quien esté interesado en las diferencias existentes es recomendable ver a Osear N. Vera Barros, quien en su obra *La prescripción penal en el Código Penal* (Editorial Bibliográfica Argentina) trata el problema en las páginas 46 a 54 con la debida amplitud. En términos similares puede verse a Pessina (*Elementos de Derecho Penal*, Editorial Reus, Madrid, 1936, p. 698), quien afirma que "la prescripción de la acción penal o de la pena tiene el propio carácter de una institución del Derecho Penal, y como tal no se halla sujeta a los principios que regulan la prescripción de la acción civil".

entenderse limitado a la prescripción relativa a la acción persecutoria. En efecto, si vemos el contenido del artículo 161, fracción IV, del Código Federal de Procedimientos Penales, nos percataremos de que entre los requisitos que deben quedar satisfechos para el pronunciamiento de un auto de formal prisión está el consistente en que "no esté plenamente comprobada a favor del inculpado alguna circunstancia eximente de responsabilidad, o que extinga la acción penal". Significa esto que al dictarse cualquier auto de formal prisión deben satisfacerse todos los requisitos consignados en el artículo 161 y, necesariamente, el juez que conozca del caso particular habrá de hacer estudio y mención de la prescripción, aún cuando pueda no referirse a ella expresamente; es frecuente ver en los autos de formal prisión pronunciados en materia federal que se diga en alguna parte de la resolución que dicho auto se dicta "por no aparecer comprobada plenamente alguna circunstancia eximente de responsabilidad o de extinción de la acción penal", pero sin mención expresa de la prescripción.

Como ya hemos establecido, por la prescripción se extingue la acción penal, o sea, que cuando los jueces usan la fórmula antes indicada, están manifestando claramente haber abordado el tema de la prescripción y encontrado que la misma no opera en el caso particular.

En materia común, conforme a la legislación aplicable en el Distrito Federal, no existe un mandamiento categórico como el que hay en el Código Federal. Por ello es que el juzgador podrá abordar las cuestiones de la prescripción cuando se le invoquen, o cuando se percate de su existencia.

Bajo la amplia expresión legal en el sentido de que "los jueces la suplirán (la prescripción) de oficio en todo caso", lo que se está queriendo decir es que la prescripción opera por el simple transcurso del tiempo y que sus efectos extintivos son motivos de declaración judicial sin sujeción a formas especiales o a requisitos de promoción de los interesados, bastando que el juez se percate de ella. Esto es más contundente si lo asociamos con la parte final del precepto transcrito, en cuanto

consigna que los efectos de la prescripción pueden ser declarados tan luego como el juzgador tenga conocimiento de ella, "sea cual fuere el estado del proceso".

Consideramos que el fundamento de la frase legal que entrecomillamos coincide con lo que es la esencia del proceso, es decir, la búsqueda de la verdad histórica, para valorarla legalmente. En el curso de esa búsqueda, en cualquier etapa procesal, pueden aparecer los elementos de prueba que acrediten la prescripción y en ese momento, procesal y temporal, el juez está teniendo conocimiento y, por tanto, debe resolver en orden a la prescripción.

Para concluir con las observaciones que venimos haciendo a la definición de la prescripción, debemos mencionar los fundamentos relativos a la prescripción de las sanciones legalmente impuestas, ya que, como es obvio, antes nos hemos referido principalmente a la prescripción de la acción persecutoria.

Desde luego, el fundamento normativo básico se encuentra en el ya transcrito artículo 100 del Código Penal, que establece que por la prescripción se extinguen las sanciones, después de que se ha referido a la acción persecutoria que también es prescriptible.

Debemos, desde este momento, destacar que la prescripción de las sanciones tiene un presupuesto ineludible, que consiste en la existencia de una sanción impuesta en sentencia irrevocable. Mientras no haya una sentencia que condene a alguien a sufrir una sanción, no hay en realidad sanción alguna y, por tanto, no puede haber prescripción de lo inexistente. Esto que afirmamos, además del fundamento lógico que le corresponde, está apoyado en el artículo 109, que dice:

"...Cuando para ejercitar o continuar la acción penal sea necesaria una resolución previa de autoridad jurisdiccional, la prescripción comenzara a correr desde que se dicte la sentencia irrevocable..."

Condenado es, gramatical y legalmente, quien ha sido sentenciado a sufrir una sanción y no puede ya, mediante la interposición de algún recurso, alterar la resolución judicial. Este es el sentido que da Goldstein a la expresión, cuando afirma que condena, "específicamente en materia penal, es el acto jurisdiccional por el cual el magistrado impone una pena al autor de un delito. La imposición de esa pena (condena) constituye la concreción práctica y efectiva del Derecho Penal."²⁰⁹

Una vez que existe un condenado, como lo dice la ley, es necesario, para la posible operancia de la prescripción de la sanción impuesta, que éste se sustraiga a la acción de la justicia, es decir, que se convierta en un prófugo.

Este criterio lo ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis siguiente:

Prescripción de la sanción corporal. La condición esencial para que se efectúe la prescripción de la sanción penal consiste en que el inculcado se sustraiga materialmente a la acción de la autoridad, y tal circunstancia no ocurre si el condenado goza del beneficio de la libertad caucional en tanto se define ejecutoriamente su inconformidad. **DIRECTO 5786/1955. ANTONIO REYES GUTIÉRREZ. RESUELTO EL 26 DE JULIO DE 1956, POR UNANIMIDAD DE 5 VOTOS. PONENTE: SR. MTRO. OLEA Y LEYVA. SRIO. LIC. RAÚL GUERRA SALINAS.1ª SALA. BOLETÍN 1956, PÁG. 559.**

La prescripción de la sanción, por otra parte, es una garantía establecida en favor del sentenciado que se encuentra sustraído a la acción de la justicia; aun cuando pueda parecer que a través de la prescripción de la sanción se crea en favor del reo un "estatus" privilegiado en el que aparece casi como un premio a su habilidad para permanecer prófugo, lo cierto es que, como ya lo dijo Pessina, cuando la ley reconoce la inutilidad de la pena, en función del tiempo transcurrido, la prescripción funciona aun

²⁰⁹ GOLDSTEIN, Raúl. *Diccionario de Derecho Penal*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, Argentina, 1962, p.110.

contra la voluntad del reo.²¹⁰ Esto que afirmamos es consecuencia del funcionamiento que, "de oficio", señala el párrafo segundo del Artículo 101 que ya hemos transcrito, o sea, que la prescripción no depende en forma alguna de la voluntad del sujeto, puesto que puede y debe ser hecha valer "ex officio" por la autoridad aun cuando no la alegue o invoque el condenado. Se trata de uno de esos casos en los que basta el conocimiento que se tenga del fenómeno, para proceder a estudiarlo y resolverlo, sin necesidad alguna de planteamiento específico de parte de quien eventualmente pueda resultar favorecido por los efectos extintivos que trae consigo la prescripción de la sanción.

Creemos que debe quedar perfectamente establecido que la prescripción de la sanción impuesta no altera en forma alguna la calificación hecha por la autoridad judicial en cuanto se refiere a la naturaleza delictiva del hecho respecto del cual se dictó la sentencia irrevocable y la propia calidad de delincuente que se atribuyó en la sentencia al autor del hecho enjuiciado.

Efectivamente, el último párrafo del artículo 1º del Código de Procedimientos Penales señala que las declaraciones hechas por los tribunales penales en orden a si un hecho determinado es o no delito y si las personas acusadas son o no responsables, "se tendrán como verdad legal", con exclusión de cualquiera otra declaración que no tenga la misma fuente de origen jurisdiccional.

Apuntamos lo anterior en virtud de que la prescripción de la sanción impuesta en sentencia irrevocable sólo produce el efecto de impedir su ejecución, pero no altera en forma alguna los alcances que puedan corresponder legalmente al hecho calificado como delictuoso y al sujeto considerado como delincuente. Esto puede tener repercusión, por ejemplo, para efecto de una posterior posible concesión de condena condicional (artículo 90), a la conmutación de sanciones (artículo 74) y otros, que tienen como condición la calidad de delincuente primario. Igualmente referente lo expuesto al posible ejercicio de las acciones civiles provenientes de los hechos ilícitos, que tienen

²¹⁰ Véanse, en la obra de Pessina antes citada, las páginas 698-699, especialmente.

un régimen de prescripción diferente. Lo que debe quedar establecido es que la prescripción de la sanción sólo impide la ejecución de la pena o sanción impuestas, pero en nada afecta o altera la verdad legal determinada en la sentencia, que es presupuesto indispensable para la posible aparición del fenómeno de la prescripción de la sanción.

Las características que se han consignado consideramos que fundamentan la definición antes dada de la prescripción, en sus dos formas posibles (de acción y de sanción) y en el siguiente número habremos de proporcionar el concepto de la prescripción.

3.7.2 CONCEPTO DE PRESCRIPCIÓN

Procedamos a dar el concepto de prescripción penal. La idea concebida conforme a nuestro entendimiento tiene que encontrar su fundamento en la definición antes dada y la congruencia que tenga el fenómeno de la prescripción con el conjunto de normas que la rigen. Esto lo mencionamos en virtud de que siendo el concepto una idea abstracta, tiene necesariamente que ser congruente con las características que son propias de la definición y, además, ajustado a la normatividad ya que se trata de un verdadero fenómeno jurídico.

Por razón natural, es imposible eliminar del concepto las notas esenciales que dan identificación propia a la definición. Hemos considerado que es más adecuado anteponer la definición al concepto, atendiendo a que la prescripción tiene que ir elaborándose conceptualmente por medio de la reunión de sus características; no es posible, creemos, asimilar un concepto si antes no se ha tenido la oportunidad de ir conociendo el contenido del fenómeno, los efectos que produce y los campos de aplicación que le corresponden. Por otra parte, fieles a la idea de la naturaleza eminentemente jurídica de la prescripción, en el concepto habremos de referirnos a la normatividad que la rige ya que, como se ha dicho con anterioridad, la prescripción es un fenómeno natural (el transcurso del tiempo) con valoración jurídica, lo que la convierte en un instituto propio de la ciencia del Derecho.

De acuerdo con nuestro criterio, la prescripción es la autolimitación que el Estado se impone para perseguir los hechos con apariencia de delitos, o ejecutar las sanciones impuestas a los delincuentes, por razón del tiempo transcurrido.

Atendiendo al concepto dado, es menester consignar el conjunto de elementos que lo integran y le dan, al mismo tiempo, el contenido sustancial que le es propio.

Los elementos en cuestión serán tratados en incisos separados a continuación.

3.7.2.1 AUTOLIMITACIÓN DEL ESTADO

Como ya se expuso al referirnos a la definición de la prescripción, ésta es un fenómeno jurídico que está, normalmente, regulado por un conjunto de normas que le dan sus características esenciales. Partiendo de la misma base sustentadora, es posible afirmar y sostener que en todas las legislaciones en las que se regula el fenómeno de la prescripción, en estricta realidad es el mismo Estado soberano el que, por medio y a través de su propio sistema legislativo, se impone limitaciones a lo que es su derecho-deber de perseguir y sancionar las transgresiones a las leyes penales.

Nada hay que pueda ser forzosamente impuesto al ejercicio de la soberanía de los Estados; en consecuencia, cuando aparece la limitación que trae consigo la prescripción es debido a que el Estado mismo, en ejercicio de su soberanía, se autolimita en esta materia específica.

Lo anterior vale para todos los casos de legislaciones que contemplan en sus respectivos cuerpos de leyes vigentes a la prescripción como fenómeno extintivo de la posibilidad de perseguir y en su caso sancionar las violaciones a la ley penal. Vamos a referirnos ahora concretamente a la ley mexicana, ya que, como hemos expuesto, en nuestro sistema existe una regulación normativa en orden a la prescripción penal.

De acuerdo con la organización del Estado mexicano, el Poder Supremo de la Federación es la forma que el pueblo ha consignado para el libre ejercicio de su soberanía. Esto está establecido en los artículos 41 y 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.²¹¹

Dice el Artículo 41: *"...El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal..."*.

Como de acuerdo con el precepto constitucional transcrito la soberanía la ejerce el pueblo por medio de los Poderes de la Unión, resulta indispensable saber cuáles son esos poderes.

Dice el Artículo 49 constitucional: *"...El Supremo Poder de la Unión se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.*

*No podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión conforme al Artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del Artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar..."*²¹²

²¹¹ Lo que aquí exponemos fue tratado en el trabajo denominado "La prescripción de la acción persecutoria tratándose de delitos perseguibles por querrela de parte", publicado en la *Revista Procesal*, año 2, número 2, 1973, pp. 31 a 48. (Cárdenas, Editor y Distribuidor.)

²¹² Para evitar confusiones posibles ante los dos casos de excepción que consigna el Artículo 49, es conveniente precisar: a) el Artículo 29 se refiere a los casos de suspensión de garantías por causas de invasión, perturbación grave de la paz pública o cualquiera otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto. En esta hipótesis se pueden conceder por el Congreso al Ejecutivo las autorizaciones necesarias para hacer frente a la situación; y b) el párrafo segundo del Artículo 131 se refiere a las facultades que puede dar el Congreso de la Unión al Ejecutivo Federal para dictar las medidas necesarias para aumentar, disminuir o suprimir cuotas en tarifas de exportación o de importación, restringir o prohibir las importaciones o exportaciones, para regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción, etc. Como es perceptible, es difícil que estas excepciones puedan afectar al instituto de la prescripción, que es lo que nos interesa en este momento.

Establecido así que el ejercicio de la soberanía estatal se cumple por medio de los Poderes de la Unión, para adentrarnos en el tema de la prescripción y dada su incuestionable relación con el delito, hay que precisar que el artículo 21 de la Constitución vigente, en su parte relativa dice que "la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél", lo que aparece asociado con la facultad para perseguir aquellos hechos que implican, en principio, una transgresión a la ley penal, o sea, reduciendo conceptos, al ejercicio de la acción persecutoria; por otra parte, el propio artículo 21 en su inicial enunciado se refiere a que "la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial", lo que nos lleva al otro aspecto de la prescripción, es decir, a la de la sanción. A lo anterior debe aún agregarse lo que corresponde a la ejecución de la sanción impuesta por la autoridad judicial que, conforme al artículo 18 de la propia Constitución, corresponde como facultad al Poder Ejecutivo. Si consideramos que el Ministerio Público es un órgano del Poder Ejecutivo y que el Poder Judicial es, junto con el propio Ejecutivo y el Legislativo, el Supremo Poder de la Federación para el ejercicio de la soberanía del pueblo mexicano, estamos ya en aptitud de afirmar que todo lo relativo al delito (acción persecutoria, fijación y ejecución de sanciones) es facultad exclusiva del Estado, que se ejerce de acuerdo con los lineamientos impuestos por la Ley Superior, o sea, por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ahora bien, esa facultad que es propia del Estado y que corresponde a su deber para intervenir en todo lo concerniente a los delitos, aparece, sin embargo, limitada por los principios reguladores del fenómeno de la prescripción consignados, fundamentalmente, en nuestro Código Penal vigente de 1931 y el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal del 2 de noviembre del 2003. Si tomamos en consideración que el Código Penal o las normas aplicables que hay en leyes especiales son producto de la actividad legislativa que como función propia corresponde al Poder Legislativo, tenemos que llegar, en forma ineludible, a la conclusión de que es el Estado mismo el que se autolimita la facultad que tiene para intervenir mediante su actividad en todo aquello que es concerniente a los delitos. El Estado, en consecuencia, es el primer obligado a

restringir su actividad represiva, en acatamiento a las normas que él ha dictado y tiene que respetar, con lo que se crea la situación de excepción a la facultad genérica de perseguir y sancionar las transgresiones a las leyes penales. La prescripción, como caso de excepción, es el mejor ejemplo de lo que aquí consignamos.

3.7.2.2 FINALIDADES DE LA AUTOLIMITACIÓN

Cuando el Estado, en ejercicio de su soberanía, regula el fenómeno de la prescripción, lo hace con referencia a dos hipótesis que son absolutamente diferentes: limitándose en el ejercicio de la acción persecutoria y en la ejecución de las sanciones que se hayan impuesto en una sentencia firme.

En razón de las diferencias entre uno y otro casos, vamos a extendernos en ellos en incisos separados, consignando previamente que, desde nuestro punto de vista, el primero, es decir, el relativo a la prescripción de la acción persecutoria, está siempre referido a los hechos, mientras que el segundo, o sea, la prescripción de las sanciones se vincula con los sujetos y más claramente con aquellos sujetos que han sido calificados como delincuentes por la autoridad judicial.

Creemos que es de gran utilidad la precisión que hacemos en el párrafo anterior, porque ella permitirá, llegado el momento oportuno, establecer una sistemática razonablemente aceptable de las formas de presentación del fenómeno de la prescripción.

a) Autolimitación para perseguir hechos

El Artículo 21 de la Constitución dice que "la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial".

Esta redacción del precepto constitucional ha dado origen a innumerables controversias, sobre todo entre los procesalistas, por lo que se refiere al concepto de la acción penal y a la oportunidad de su ejercicio. Nosotros no deseamos entrar a ninguna polémica al respecto, pero sí queremos dejar apuntado que consideramos que es absolutamente inadecuada la redacción del texto de la Constitución, ya que los delitos no se persiguen, sino que se sancionan.²¹³

Lo que parece correcto es considerar que la persecución que como facultad exclusiva otorga la Constitución al Ministerio Público es la de los hechos que, por tener apariencia de delitos, justifican la intervención del Ministerio Público como representante de una sociedad interesada en que sean sancionados todos aquellos hechos que sean, efectiva y legalmente, constitutivos de delito. Esta afirmación nuestra encuentra su apoyo, con fundamento en la interpretación realizada en el artículo 1º, fracción I, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que dice que es facultad exclusiva de los tribunales penales "*declarar en la forma y términos que esta ley establece, cuándo un hecho ejecutado en las entidades mencionadas es o no constitutivo de delito*".

A este artículo debe asociársele su equivalente en materia Procesal Penal Federal, que lo es el 4º, que dice:

Los periodos de instrucción y juicio constituyen el procedimiento judicial, dentro del cual corresponde exclusivamente a los tribunales federales resolver si un hecho es o no delito federal.

Afirma con razón Cortés Domínguez que "es completamente falso que del delito nazca acción penal, entendido como comúnmente se entiende el término acción; del delito lo más que nace es la pena y, por tanto, el derecho o el deber del Estado de castigar esa

²¹³ Ya en otra ocasión ("La prescripción de la acción persecutoria tratándose de delitos perseguibles por querrela de parte", *Revista Procesal*, año 2, núm. 2, 1973) se dijo: "Los delitos no son motivo de persecución, aunque la ley así lo diga; lo que es perseguible es el hecho que puede llegar a ser constitutivo de delito, ya que es precisamente la persecución del hecho lo que permite el ejercicio de la facultad exclusiva de los tribunales penales para resolver si un hecho es o no constitutivo de delito".

conducta."²¹⁴ La acción penal nace como consecuencia de la realización de un hecho que reúne las apariencias de un delito, calificado así "*a priori*"; de la actividad que desarrolle el Ministerio Público respecto de ese hecho con apariencia de ser delictuoso resultará la intervención del único órgano estatal facultado para dar una calificación certera y legal del hecho, en cuanto a que sea o no constitutivo de delito, órgano que, conforme hemos visto, es el jurisdiccional. Téngase presente, inclusive, que la parte final del artículo 1º del Código Procesal distrital dice que *la declaración realizada por los tribunales respecto de los hechos sobre los que la pronuncien es lo que se tendrá como verdad legal.*²¹⁵

Siguiendo este orden de ideas es que consideramos que la prescripción implica, en este caso particular que nos ocupa en el presente inciso, una limitación que el Estado se ha impuesto para perseguir los hechos que tienen la apariencia de ser delictuosos, privándose así de la posibilidad de obtener por medio de los tribunales la calificación que, como "verdad legal", pudiera corresponderles mediante la actividad jurisdiccional que culmina en una sentencia que resuelve en definitiva si el hecho era o no constitutivo de delito."

Como ya fue expuesto anteriormente, el Ministerio Público, antes de acudir a los tribunales puede resolver en orden a la prescripción de la acción persecutoria; también los jueces o tribunales están facultados para resolver acerca de ella en cuanto "tengan conocimiento de ella, sea cual fuere el estado del proceso" (artículo 101, Código Penal); estas dos posibilidades lo que significan, en última instancia, es que no puede llegarse a la declaración definitiva en sentencia cuando ha corrido el término necesario para la prescripción de la acción persecutoria. Como consecuencia, no habiendo verdad legal, los hechos respecto de los cuales la acción persecutoria ha prescrito, nunca podrán ser tenidos como delictuosos ni sus autores como delincuentes.

²¹⁴ Véase, de Valentín Cortés Domínguez, *La cosa juzgada penal*, Studia Albornotiana. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975, p. 19.

²¹⁵ Este mismo pensamiento lo expresa Emilio Gómez Orbaneja (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Barcelona, t. II, p. 188, edición de 1951, citado por Cortés Domínguez) diciendo: "...La obligación del juez de comprobar la situación de hecho que se le somete, y de declarar si constituye delito...".

Es claro, en estas condiciones, que el Estado se autolimita para la persecución de los hechos, cuando regula la prescripción de la acción persecutoria.

Puede ser útil para confirmar lo que exponemos la opinión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dice:

Prescripción de la acción penal y prescripción de la pena. Distinción entre. (Legislación del Estado de Guanajuato.)

Hay dos clases de prescripción: la de la acción y la de la pena. *La acción penal como derecho de persecución nace cuando se ha cometido un delito y prescribe por el transcurso del tiempo si no se ejercita por el Ministerio Público, reclamando del órgano jurisdiccional la declaración del derecho en el hecho que estima delictuoso y la determinación de la pena que debe de aplicarse al delincuente.* Consecuentemente, la prescripción de la acción supone una inactividad del Ministerio Público por todo el tiempo que la ley señala como suficiente para extinguirse por su ejercicio o actuación de ese derecho de persecución. En cambio, la prescripción de la pena supone el incumplimiento de la sentencia y, en una pena privativa de la libertad, la fuga implica el incumplimiento de la sentencia. Como en el caso el quejoso alegó que el Ministerio Público dejó de actuar por más de tres años, es indudable que se refirió a la prescripción de la acción, más no a la prescripción de la pena, puesto que no se sustrajo a la justicia después de que hubiera sido sentenciado, siendo inexacto que haya transcurrido el término de la prescripción. **(AMPARO DIRECTO 7581/60/LA. RAMÓN JIMÉNEZ ARIAS. RESUELTO EL 24 DE MARZO DE 1961, POR UNANIMIDAD DE 4 VOTOS. PONENTE EL SR. MTRO. MANUEL RIVERA SILVA. SRIO. LIC. VÍCTOR MANUEL FRANCO, 1ª SALA. INFORME 1961, PÁG. 43.)**

En la tesis transcrita, no obstante que no se hace una correcta depuración terminológica, puesto que se dice que la acción penal nace cuando se ha cometido un delito, lo que ya hemos visto que no es cierto, destaca la parte transcrita, que dice "prescribe por el transcurso del tiempo si no se ejercita (la acción) por el Ministerio Público, reclamando del órgano jurisdiccional, *la declaración del derecho en el hecho que se estima delictuosa*".

Efectivamente, como lo hemos afirmado con base en los preceptos legales aplicables, lo que el Ministerio Público realiza es una petición de declaración por parte de los tribunales, respecto de un hecho determinado, que juzgado "a priori", tiene la apariencia de ser delictuoso, pero que tiene que ser motivo de una declaración judicial para obtener su calificación final y definitiva, como verdad legal, en cuanto a si es o no en estricto derecho, un hecho delictuoso.²¹⁶

b) Autolimitación para ejecutar sanciones

Todo el procedimiento penal tiene como objetivo final obtener de los tribunales una verdad legal en orden a un hecho y un sujeto determinados.²¹⁷

Antes de pronunciarse una sentencia definitiva o su equivalente (libertad por desvanecimiento de datos, sobreseimientos por las causas legalmente establecidas, etcétera), la situación legal del hecho y del autor imputado se maneja sobre bases de mayor o menor certeza, pero siempre bajo la posibilidad de que la calificación final arroje en el juicio que culmina con una sentencia una declaración en el sentido de que el hecho determinado no es delictuoso, o que el imputado en el proceso no es responsable. A nosotros interesa solamente, dada la materia que venimos tratando, aquella sentencia que resuelve, en definitiva, la existencia de un hecho delictuoso y la correspondiente responsabilidad para el autor. Esto quiere significar que partimos ahora del supuesto de que existe "una verdad legal" que impone una sanción, ya que el presupuesto de toda sanción lo es una sentencia condenatoria.

²¹⁶ En la obra ya citada de Cortés Domínguez se dice (pág. 20) que "la base de la querrela y de la acción penal se encuentra en la circunstancia de que los hechos que en ella se relatan tengan apariencia o constituyan delito". Se menciona el criterio coincidente de Emilio Gómez Orbaneja (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, II, páginas 190-191) y en especial se dice que Muñoz Rojas ("Anotaciones en torno a la cosa juzgada penal". *Revista de Derecho Procesal*, 1970, 4, p.824) considera preferible usar en esta materia el término "apariencia de delito", para referirse al hecho que es base del ejercicio de la acción penal.

²¹⁷ Véase en este sentido a Alfredo Vélez Mariconde (*Derecho Procesal Penal*, tomo II, Lemer Ediciones, Buenos Aires, 1969, p.65) quien dice: "El proceso es el instrumento esencial para efectuar el tránsito de lo abstracto e hipotético a lo concreto, individual y efectivo... La sentencia absolutoria es puramente declarativa; la de condena -que aquí interesa- convierte en concreta una potestad que antes es puramente abstracta."

La sanción que imponen las autoridades judiciales es siempre consecuencia del hecho ya calificado como delictuoso; pero no es posible desvincular al hecho de su autor; en estas condiciones, si hay delito es porque hay delincuente y es éste quien deberá quedar sometido a la sanción impuesta. Antes de la sentencia ejecutoriada existe, como ya lo hemos anticipado, todo un proceso cimentado sobre la responsabilidad presunta o posible del autor del hecho o de quien es imputado como tal. Sin embargo, es hasta que llega la sentencia que deja su lugar lo probable a lo que es la verdad legal y se pasa del calificativo de presunto responsable al de penalmente responsable. Desde luego, estamos tomando como base para esta exposición a la sentencia condenatoria, ya que aquella sentencia definitiva que absuelve es absolutamente irrelevante para los efectos de la prescripción de la sanción por la simple razón de que en una sentencia absolutoria falta una sanción que es lo que sería motivo de prescripción.

De lo anterior se desprende el fundamento de nuestra afirmación en el sentido de que la prescripción de la sanción impuesta está directamente relacionada con el sujeto delincuente, a diferencia de la prescripción de la acción persecutoria, que está referida a los hechos que se pretende llegar a calificar en una sentencia definitiva.

Algo que debe quedar establecido es que por la prescripción no se extingue la sanción, aun cuando la ley así lo indique en el artículo 100 del Código Penal, sino el derecho del Estado para ejecutar en la persona del delincuente la sanción impuesta por el órgano jurisdiccional.²¹⁸ Con toda claridad dice Maggiore que "la supuesta extinción del delito no es otra cosa que la extinción de la potestad punitiva o de perseguibilidad del delito",²¹⁹ lo que quiere decir, en última instancia, que quedando con toda su firmeza la declaración judicial hecha en la sentencia definitiva, el Estado se autolimita en la ejecución de la sanción impuesta, por razón del tiempo transcurrido.

²¹⁸ Dice Carnelutti (*Teoría General del Delito*, Editorial. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, páginas 49-50) lo siguiente: "Lo que se extingue no es el hecho, ni siquiera su cualidad jurídica, sino el efecto que deriva de él, esto es, el *vinculum juris* o, hasta si se quiere, la relación jurídica, que no es, tratándose de lo ilícito penal,¹ ni el delito ni la pena, los cuales constituyen los dos términos -los dos extremos, diríamos- de la relación, pero no la relación misma, que consiste en el nexo entre ambos. Justamente, la eficacia extintiva se manifiesta en romper este ligamento, de suerte que del acto no nazca ya para determinados órganos el poder y la obligación de actuar la pena."

²¹⁹ Véase la amplia crítica que formula Maggiore a la redacción del Código Italiano (similar a la nuestra) para concluir que en la prescripción lo que se extingue es la potestad punitiva del Estado. (*Derecho Penal*, vol. II, Editorial. Temis, Bogotá, 1954, pp. 349 a 352.)

La importancia de esta distinción en cuanto se refiere a que lo que prescribe es el derecho a ejecutar la sanción es manifiesta, ya que el que alguien haya sido considerado como delincuente, independientemente de que cumpla o no la sanción impuesta, tiene implicaciones diversas dentro del propio Derecho Penal. Por ejemplo, para nuestra ley es delincuente habitual quien reincide en el mismo género de infracciones, si las tres infracciones penales son cometidas en un lapso que no exceda de diez años (artículo 21 del Código Penal). Si se piensa en quien ha sido condenado a sufrir sanciones de corta duración, fácilmente prescriptibles, y delinque en tres o más ocasiones dentro del lapso mencionado, no puede recibir más que el tratamiento debido al delincuente habitual, ya que lo que determina esta situación es la sentencia pronunciada y no la ejecución de la misma.

Hemos mencionado que en el caso de la llamada prescripción de la sanción lo que existe, en el fondo, es una limitación que el Estado mismo se ha impuesto para ejecutar las sanciones legalmente impuestas y con referencia expresa a la persona del delincuente. Procederemos, en consecuencia, a fundamentar la facultad estatal para imponer las sanciones y para ejecutarlas, todo ello atendiendo a las normas que específicamente resultan aplicables.

En primer término, hay que traer nuevamente a colación al artículo 21 de nuestra Constitución, que dice en su parte relativa que "la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial". Aún cuando en el caso se esté empleando en el texto constitucional el vocablo "pena", la realidad es que corresponde a un sinónimo de lo que nosotros venimos mencionando como sanciones. Esto aparece más claro si tomamos en cuenta que el Código Penal, en el Título Segundo, Capítulo I del Libro Primero, se refiere a las "Penas y Medidas de Seguridad" y las especifica en el artículo 24, nombrando, entre otras, a la prisión, a la sanción pecuniaria, etcétera; en cambio, en los preceptos reguladores del fenómeno de la prescripción ya no se hace referencia alguna a "penas", sino a sanciones y se mencionan, igualmente, a la privativa de la libertad (sanción corporal se le llama), a las sanciones pecuniarias, a la privación de

derechos civiles y políticos, pero ya no bajo la denominación de "penas", sino, como se ha dicho, de sanciones

Creemos que es definitiva la asimilación conceptual y que lo que el artículo 21 constitucional consigna como facultad exclusiva de la autoridad judicial es la imposición de las sanciones provenientes del delito.

A lo anterior es posible agregar, para el mismo efecto, el contenido del Título Tercero del propio Libro Primero del Código Penal, que se denomina "Aplicación de Sanciones" y que en el artículo 51 expresa que "dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito", lo que viene a ser la implementación de la facultad conferida constitucionalmente, aunque bajo la denominación de "penas".

Ahora bien, impuesta o aplicada la sanción en una sentencia firme, donde un hecho ha sido calificado como delictuoso y su autor como delincuente, cesa la actuación del Poder Judicial y, de acuerdo con lo que dispone el Artículo 77 del Código Penal, inicia su intervención otro poder estatal. El precepto en cuestión dice que: *"Corresponde al Ejecutivo federal la ejecución de las sanciones, con consulta del órgano técnico que señale la ley"*.²²⁰

Hay entonces, "una absoluta separación en las facultades de dos Poderes diferentes: uno, el Judicial, impone la sanción y otro, el Ejecutivo, las ejecuta. Claramente puede repetirse que es el Estado, a través de esos dos Poderes, quien interviene en el proceso de calificación del delito y del delincuente y ejecuta las consecuencias legales de tal calificación. Sin embargo, si atendemos al principio regulador del artículo 100 del Código Penal, el propio Estado, por medio de su Poder Legislativo, se ha impuesto limitaciones para el ejercicio de esas facultades, ya que existe una previsión de que la

²²⁰ El Artículo 575 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal dice: *"La ejecución de las sentencias ejecutoriadas en materia penal corresponde a la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social."* (Se trata de una dependencia de la Secretaría de Gobernación). En materia procesal federal se ocupa de la cuestión el Artículo 529.

prescripción extingue la posibilidad de ejecutar la sanción impuesta y, como consecuencia, cuando se surte el caso previsto en la ley en orden al tiempo, no procede la ejecución de la sanción en la persona de quien ha sido considerado como delincuente.

Vemos que es éste un caso de autolimitación del Estado, actuando los tres Poderes que lo integran, cuando por el simple transcurso del tiempo más la satisfacción de otros requisitos consignados en la ley deja de cumplirse como excepción, la función represiva que es propia y exclusiva del Estado soberano.

Para concluir con este apartado es necesario, desde nuestro punto de vista, precisar la naturaleza de las sanciones cuya ejecución puede ser motivo de prescripción. Nos inquieta, en relación con el planteamiento hecho, el que nuestro Código Penal, en el ya citado artículo 24, bajo el rubro de "Penas y Medidas de Seguridad", hace referencia a la llamada "reclusión de locos, sordomudos, degenerados y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes psicotrópicos" (artículo 24, 3), así como a las "medidas tutelares para menores" (artículo 24, 17). Como antes dijimos y creemos haber probado, lo que la ley llama "penas" es en realidad un sinónimo de sanciones, debida la confusión terminológica al contenido del artículo 21 constitucional. ("La imposición de las *penas* es propia y exclusiva de la autoridad judicial".)

La preocupación natural ante el tratamiento que se viene realizando en este trabajo en orden a la prescripción es la que resulta de la posible prescripción de aquellas medidas pronunciadas por la autoridad judicial que no se refieren en concreto a lo que en forma tradicional se ha entendido como pena o sanción y que, sin embargo, tienen la misma fuente de origen y el mismo efecto final en orden a la privación de la libertad, como son la reclusión de locos, sordomudos, degenerados y las otras *personas* a las que se contrae el artículo 24, 3 del Código Penal. No hacemos referencia al problema que pudieran representar las medidas aplicables a los menores infractores porque en el caso de ellos existe un régimen legal especial, que es el que da la llamada ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito y Territorios Federales,

promulgada el 26 de diciembre de 1973 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 2 de agosto de 1974 y que, según nuestro criterio, deroga las disposiciones que se oponen a tal Ley, según su artículo primero transitorio, y entre lo derogado está el conjunto de preceptos contenidos en el Código Penal que se refieren a las cuestiones relativas a los menores infractores. Esto quiere decir que aún considerando como "pena" o sanción la medida que se aplica a los menores infractores, por lo que representa en orden a la afectación a la esfera de libertad, no es una cuestión que esté dentro del Derecho Penal sino que todo lo relativo a los menores es motivo de un tratamiento diverso, que no es motivo de este trabajo.

En cambio, las medidas aplicables a locos, sordomudos, degenerados y los otros sujetos sí continúan dentro de la esfera del Derecho Penal y ellas son causa del planteamiento que hacemos. No es posible, a reserva de adentrarnos en la cuestión, dejar de lado en este momento la inquietud que produce un término tan equívoco como el de "degenerados". Es un vocablo que en todo el cuerpo de normas que integran nuestra legislación penal no tiene significación alguna. Sin entrar, por no ser oportuno, a criticar otros términos como "locos" y "sordomudos", sí debemos reconocer que por lo menos de ellos se ocupa nuestra ley penal, aun cuando en forma inadecuada para la época actual. No ocurre lo mismo con los llamados "degenerados", que no son vueltos a mencionar en toda la ley y aparecen, en consecuencia, como un verdadero lunar dentro de nuestro sistema, ya que nadie sabe quiénes son degenerados y en su caso qué medida, pena, sanción o tratamiento debe aplicárseles.

Volviendo a nuestro tema central, o sea, resolver si son susceptibles de prescripción las medidas de seguridad, que a ello en última instancia equivalen las que se aplican al tipo de sujetos a los que nos referimos, tenemos que responder negativamente.

Las razones fundamentales de nuestra posición a este respecto se encuentran en lo que sustancialmente es la prescripción misma, es decir, una limitación del Estado al ejercicio de su deber-poder represivo de los hechos delictuosos. En todo lo que se refiere a los sujetos a quienes nos referimos no hay una finalidad de sancionar y

reprimir, sino la aplicación de medidas tendentes a obtener la curación, educación y readaptación social de quienes, para los efectos que ahora interesan, son diferentes del común de las personas sometidas al imperio de la ley penal. Se trata de verdaderos inimputables, o sea, sujetos que por determinadas razones no pueden cometer hechos delictuosos y, por tanto, no son susceptibles de recibir una sanción.²²¹

No habiendo delito no puede, igualmente, aparecer una sanción y si nos vamos más atrás, tampoco puede haber una acción penal tendente a obtener la calificación de delictuoso de un hecho determinado ejecutado por un inimputable. Falta, entonces, lo que puede llegar a ser motivo de la prescripción conforme al artículo 100 del Código Penal, puesto que no puede prescribir lo que nunca ha nacido. En otra parte de este trabajo tendremos oportunidad de volver a la cuestión. De momento sólo ratificamos que no existe relación entre la prescripción, sea de acción o de sanción y los hechos, cuando ellos son atribuibles a inimputables.

3.7.2.3 EL TIEMPO

El tercero y último de los elementos integrantes del concepto dado de la prescripción está directamente relacionado con el tiempo y su curso natural.

Se ha dicho que el tiempo es una de las tres magnitudes fundamentales del universo físico, juntamente con la longitud y la masa,²²² pero también se afirma que como no puede construirse una unidad tangible, se ha hecho necesario definirlo con base en leyes fundamentalmente físicas, siguiendo lo que se denomina tiempo solar y sidéreo, que toma como punto de partida al movimiento de la tierra dentro del Universo; así, se ha llegado a la fijación de medidas como el día solar medio, que contiene 24 horas, la hora solar media integrada por 60 minutos solares medios, hasta llegar al segundo solar

²²¹ Se ha dicho con respecto a los inimputables, que ellos son incapaces de cometer delitos y deben ser tratados legalmente conforme a un procedimiento especial en el que sólo podrá aplicarse la medida de seguridad necesaria y conveniente para su curación y readaptación a la vida común. (Véase *Culpabilidad e inculpabilidad*. Editorial Trillas., primera reimpresión, 1977, p.136.)

²²² Véase *Gran enciclopedia del mundo*, Durvan, de Ediciones, Bilbao, vol. 18, p.18.

medio. La reunión de 365 días solares medios, más la adición de las horas y minutos necesarios para ajustarse a la traslación de la Tierra, integra el año. Siendo esta forma de entender y medir el tiempo una simple creación del hombre, se ha negado su validez matemática pura por medio de las teorías de Einstein, pero ello no elimina en forma alguna la necesidad de contar con algún medio para medir, con criterios universalmente aceptados, al propio tiempo.

La ley reconoce y acepta la medida del tiempo conforme a las leyes naturales del movimiento en el Universo y de acuerdo con el criterio asimilado culturalmente en nuestras sociedades; se basa en el concepto del día (por ejemplo, para interponer recursos: 1 día, 3 días o 5 días), del mes, para algunos aspectos de la caducidad y en años en materia de prescripción, que es lo que especialmente nos interesa. El simple transcurso del tiempo, nos dice el Artículo 101 del Código Penal, hace funcionar el fenómeno de la prescripción; en las reglas especiales para computar el tiempo parten, conforme al artículo 103 del concepto de "día", y todo ello nos va llevando a la aceptación de un determinado concepto del tiempo, exactamente como lo hemos indicado, es decir, con la base que dan las formas de medición universalmente aceptadas. Esto es lo que se entiende por curso natural del tiempo, para los efectos de la ley penal y, en concreto, para el cómputo de los términos de la prescripción.

Poco importan las teorías acerca de la relatividad del tiempo; lo que cuenta es la existencia de un criterio uniforme, aceptado universalmente, acerca de la medida del tiempo. Este criterio es el de año, mes, día, hora, minuto y segundo y a él consideramos se refiere nuestra ley penal.²²³

²²³ Pueden mencionarse los siguientes dispositivos legales: Artículo 104 del Código Penal, que dice: "*la acción penal prescribe en un año si el delito sólo mereciere multa...*"; todos los delitos que son castigados con pena de prisión que se señala, en mínimo o máximo en meses, por ejemplo, la calumnia (Artículo 356), que tiene pena de *seis meses* a dos años; el Artículo 20-III de la Constitución, que dice que es garantía del indiciado que "*Se le hará saber en audiencia pública y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación...*", y en cuanto al minuto y al segundo, vale mencionar el artículo 102 del Código Penal, que señala el inicio del cómputo temporal de la prescripción y cuando se refiere al delito "continuo", dice que es desde que cesó, obviamente referido al momento, que tiene *minutos* y aun *segundos*.

3.7.3 NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRESCRIPCIÓN

3.7.3.1. TEORÍAS DIVERSAS

Entendida la prescripción como un verdadero fenómeno jurídico que repercute igual en cuanto se refiere a la imposibilidad de calificación legal de determinados hechos, que en, cuanto a la incapacidad de ejecutar sanciones legalmente impuestas, nos queda aún sin resolver la cuestión relativa a la naturaleza jurídica del fenómeno. No cabe la menor duda posible en lo que se contrae a los efectos que produce el fenómeno de la prescripción extinguiendo facultades que son propias y exclusivas del Estado, pero lo que no está plenamente precisado es el lugar en que debe ubicarse a la prescripción, sea dentro del Derecho Penal o bien dentro del Derecho Procesal Penal.

Se ha dicho por Vera Barros que "el estudio de la naturaleza jurídica de la prescripción penal presenta parecida diversidad de opiniones entre los autores, que las observadas en lo que respecta a los fundamentos del instituto".²²⁴ Esta afirmación corresponde a la realidad doctrinaria imperante, tanto más que la prescripción no ha merecido hasta la fecha la atención especial de los autores, muchos de los cuales la tratan de manera superficial, sin adentrarse en sus cuestiones de fondo que solamente pueden ser tratadas en estudios monográficos, ya que en el conjunto de un Tratado, por ejemplo, es frecuente ver determinados temas sólo esbozados. Trataremos en este capítulo de nuestro trabajo precisar, conforme a nuestro criterio y de acuerdo con la legislación nacional, la naturaleza que en lo jurídico corresponde a la prescripción.

Para realizar el análisis subsecuente que nos permitirá una toma de posiciones en esta cuestión, es necesario que veamos en incisos separados las tesis más frecuentemente sostenidas, así como los puntos que les sirven de apoyo. Anticipando la sistematización, mencionaremos en este momento que las principales tesis son tres: la

²²⁴ Del autor citado véase su obra *La prescripción penal en el Código Penal*, Editorial Bibliográfica Argentina, 1960, p. 38.

que considera a la prescripción como parte del Derecho Penal, la que la ubica dentro del Derecho Procesal y la que puede denominarse como mixta.

a) Teoría de la prescripción como instituto del Derecho Penal

De acuerdo con la facultad que histórica, cultural y políticamente corresponde al Estado de ejercitar su derecho a perseguir los hechos con apariencia de delictuosos e imponer y ejecutar las sanciones que se señalen a los delincuentes, es decir, atendiendo al "*ius puniendi*", toda limitación para el ejercicio del derecho propio es algo que está directamente relacionado con el Derecho Penal o con el Derecho Penal material.

Se dice, con toda razón, que hasta ahora tanto la doctrina que sirve al Derecho Penal cuanto los Estados organizados están de acuerdo en reconocer que las sociedades tienen el derecho de reprimir ciertos actos que perjudican su existencia.²²⁵ Ese derecho indiscutido puede presentarse, en cuanto a su ejercicio, en las dos formas mencionadas: persiguiendo la declaración de delito y de delincuente mediante el ejercicio de la acción penal, o ejecutando las sanciones impuestas al delincuente ya calificado como tal. Siguiendo esta idea, dice Vera Barros que "se sostiene que la prescripción es un instituto de derecho material, porque lo que caduca con el transcurso del tiempo es la pretensión punitiva del Estado: su derecho a castigar en el caso concreto".

Lo que se pierde por parte del Estado en estos casos, por razón del simple transcurso del tiempo, es el derecho mismo de perseguir y en su caso ejecutar la sanción, es decir, que hay una afectación al *ius puniendi* que impide al Derecho Penal alcanzar sus fines, sean estos represivos, reeducativos o tendentes a la readaptación social o resocialización del delincuente. En efecto, si no puede el Estado por razón de la prescripción buscar la calificación legal de un hecho concreto y tampoco puede ejecutar en la persona del delincuente la sanción impuesta, que surge posfacto, en estricta

²²⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis., *Tratado...*, tomo II, p.14.

realidad se está haciendo desaparecer por el fenómeno jurídico de la prescripción la nota esencial de Derecho Penal, que se refiere a ser finalista.

Puede decirse, siguiendo en ello ideas de Jiménez de Asúa, que la finalidad del Derecho Penal en uno de sus caracteres fundamentales, tal como fue expuesto por Von Liszt, cuando dijo que "el Derecho es la ordenación de la sociedad organizada en Estado, se manifiesta en un sistema de normas coercitivas que ligan a los particulares como a la comunidad y que garantizan la consecución de los fines comunes. Todo derecho existe para el hombre. Tiene por objeto la defensa de los intereses de la vida humana. El derecho es, por su naturaleza, la protección de los intereses; la idea de fin da fuerza generadora al Derecho".²²⁶ Ahora bien, asociando esta cuestión relativa a las características de finalidad que son propias del Derecho Penal, tenemos que ante el problema del simple transcurso del tiempo, el Derecho Penal pierde algunos de sus puntos de sostén, ya que ciertamente se verá imposibilitado el Estado de restituir el orden jurídico violado por el hecho cuya perseguibilidad ha prescrito, con lo que el fin de defensa de los bienes jurídicos no podrá alcanzarse, o bien, se verá igualmente impedido de obtener en la persona del delincuente el fin mismo de la pena o sanción, sea ésta inteligible como coerción a la esfera de libertad con el contenido de sufrimiento que le corresponde, o como medida encaminada a la readaptación social del delincuente. Vemos que la prescripción, de acción o de sanción, en el fondo mismo de su esencia implica una afectación a las pretensiones ideales del Derecho Penal, que no puede perseguir ni ejecutar sanciones, porque se ha visto limitado en el ejercicio del *ius puniendi*; en consecuencia, el fenómeno de la prescripción es de Derecho Penal material, al significar restricciones al ejercicio del derecho a la persecución de los hechos con apariencia de delitos y a ejecutar las sanciones legalmente individualizadas para cada caso concreto.

Aún es posible agregar que, como lo indica Vera Barros, "si la pretensión punitiva del Estado es de derecho material, la prescripción, que sólo importa la cancelación de dicha pretensión en su aspecto dinámico, tiene que participar de la misma naturaleza".

²²⁶ Véase, de Franz von Liszt, su *Tratado*, vol. II, p.5. Las ideas de Jiménez de Asúa aparecen en el tomo I, páginas 321 y siguientes *del Tratado*.

Esto mismo es afirmado en México por Díaz de León, quien sostiene que "tal parece que el trato relativo a la perención de la instancia (así denomina el autor a la prescripción de la acción) ha quedado, decididamente y de manera marginal, fuera del campo del Derecho Procesal Penal",²²⁷ para luego agregar que no se duda que "el supuesto sustantivo penal sirve de base al proceso, empero no es el que lo mueve; le permite o bien le justifica su actuación, más, en sí, la escueta pretensión no lo desarrolla. La explicación del movimiento, de la actividad procesal, para finalizar cáptese sólo mediante la acción."²²⁸

Beling se ocupa de estudiar esta misma cuestión bajo el rubro de "Admisibilidad de la persecución penal", entendiendo esto último no sólo como la actividad del actor (persecución penal en sentido estricto), sino también como el desarrollo de la actividad estatal de protección penal. Al analizar las condiciones de la perseguibilidad dice que deben eliminarse algunas circunstancias que pertenecen plenamente al Derecho Penal y menciona, en concreto, a la prescripción. Dice que "es idea fundamental en el Derecho positivo la de que la necesidad de retribución contra el autor se desvanece si el césped ha crecido no debe incluirse en el Derecho procesal.

La síntesis de lo que llevamos expuesto en este apartado se puede plantear en la forma siguiente: si la prescripción implica una limitación a la facultad del Estado para perseguir los hechos con apariencia de delitos y ejecutar las sanciones legalmente impuestas, afecta, en realidad, al *ius puniendi* y como consecuencia es un fenómeno propio del Derecho Penal material.²²⁹

²²⁷ Véase, de Marco Antonio Díaz de León, su trabajo "La perención de la instancia en el Proceso Penal". *Revista Criminalia*, año XLI, núms. 1-6, enero-junio, 1975, p. 3.

²²⁸ *Idem*.

²²⁹ Así lo expresa claramente Vera Barros (obra citada, p. 43) diciendo: "Si la prescripción tiene por efecto impedir que se produzca el castigo, no puede obedecer a otra cosa que a la extinción del derecho a castigar que tiene el Estado." Obviamente, a Vera Barros puede incluirse entre los autores afiliados a esta tesis.

b) Teoría de la prescripción como Instituto del Derecho Procesal Penal

Dice Quintano Ripollés que "muy discutida es en doctrina la naturaleza de la prescripción, ganando terreno la originaria tesis francesa de pertenencia al Derecho procesal y no al penal material".²³⁰ Hemos hecho esta referencia a Quintano Ripollés porque efectivamente el antecedente de la tesis que ahora abordamos encuéntrase en la legislación francesa que, a diferencia de casi todas las otras, incluye y trata las cuestiones relativas a la prescripción en el Código Procesal Penal, cuando lo normal es ver el tema tratado en los Códigos Penales, como ocurre concretamente en México y en las entidades federativas de nuestro país.

El argumento esencial para esta posición doctrinaria consiste en que la prescripción no es sino un impedimento u obstáculo puesto para la iniciación o prosecución de un procedimiento penal, sin anular o reprimir el derecho a castigar, que permanece intocado como facultad propia del Estado, pero sin la posibilidad de actualizarse en función del tiempo transcurrido.

Como antes se dijo, esta tesis es originaria de la doctrina francesa; en el artículo 10 del Código Procedimental francés se declara la posibilidad de la prescripción de la acción pública persecutoria, junto con la acción civil, ambas provenientes del hecho aparentemente delictuoso. Obsérvese que nos hemos referido a dos acciones, la pública y la privada o civil, ambas derivadas del mismo hecho y que son susceptibles de prescripción. Se dice, por ello, que la prescripción es una causa común de extinción y que el factor temporal rige para las dos por igual,²³¹ aun cuando puedan existir variaciones en cuanto al total del tiempo necesario para la prescripción.²³² El sistema

²³⁰ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Compendio de Derecho Penal*, vol. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 504.

²³¹ Véase *Droit penal et procédure pénale*, de Georges Levasseur y Albert Chavanne, 4a. edición de Editions Sirey, Paris, 1975, p.70.

²³² Bélgica es un país que tiene similar sistema al francés de estudiar la prescripción en lo procesal, distinguiendo igualmente las dos acciones a que nos hemos referido. En 1961 (30 de mayo) se reformó en Bélgica la ley en lo correspondiente a la prescripción. Es recomendable a cualquier interesado el estudio de Jean Constant ("Les Reformes introduites par la Loi du 30 mai 1961 en

francés, por sí mismo, es el que ha creado las dos acciones, dándoles sus propias características y sujetándolas a diversas calificaciones; lo cierto es, sin embargo, que ambas nacen del mismo hecho, contemplable bajo dos diferentes aspectos y con distintas repercusiones en el campo del Derecho, entendido éste en lo general.²³³ Lo que a nosotros interesa es, desde luego, la naturaleza jurídica de la prescripción y en cuanto a esta tesis que abordamos en el presente apartado, se dice que fue Binding, en Alemania, su principal sostenedor²³⁴ aunque con ciertas limitaciones, sobre todo en lo relativo a la prescripción de la ejecución de sanciones.

Sauer, en cambio, categóricamente afirma que la institución de la prescripción "no pertenece ya al Derecho Penal material", puesto que se trata de impedimentos procesales (impedimentos de persecución y de ejecución) que condicionan mediatamente la solución de la querrela penal.²³⁵ De acuerdo con el argumento esencial de esta tesis, es claro que al aparecer la barrera que el tiempo levanta, el Estado se ve impedido para el ejercicio de sus acciones represivas, aun cuando, como se ha expuesto, su derecho a sancionar permanezca intocado. Está referida la cuestión, desde su planteamiento de origen, más a la acción persecutoria que a la ejecución de las sanciones legalmente impuestas.

Los autores que corresponden a la época actual, sobre todo los finalistas, tienen una fuerte tendencia a incluir el fenómeno de la prescripción, especialmente la de la acción persecutoria, dentro del Derecho Procesal. Tenemos a Welzel, quien afirma que "según la doctrina actualmente preponderante, la prescripción de la acción tiene un carácter meramente procesal, vale decir, es mero obstáculo para el proceso".²³⁶ En similar sentido se expresa Maurach, diciendo que "la ley distingue entre prescripción penal y prescripción de la ejecución de la pena. La primera impide la propia incoación del proceso penal; la segunda se dará en todos aquellos casos en los que la firme

Matiere de Prescription de l'action civile en reparation du dommage cause par une infraction"), publicado en *Problemes Contemporains de Procedure Pénale*, Sirey, París, 1964, pp. 99 y sigs.

²³³ Véase de Francois Chabas, *Responsabilité Civile et Responsabilité Penale*, Editions Montchrestein, Paria, 1975.

²³⁴ Handbuch des Strafrechts, tomo II, B, núm. 2.

²³⁵ SAUER, Guillermo. *Derecho Penal op. cit.*, pp. 389 y sigs.

²³⁶ WELZEL, Hans. *Derecho Penal, Parte General*, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1956, p. 257.

sentencia condenatoria no pueda ser ejecutada dentro de un determinado plazo (por ejemplo, por la fuga del condenado). Ambas especies de prescripción se presentan, pues, como impedimentos procesales.”²³⁷

Agrega Maurach, combatiendo a quienes sostienen la naturaleza de la prescripción como correspondiente al Derecho Penal material, que “al criterio aún hoy en ocasiones defendido, de que la prescripción como causa de exclusión de la pena, o incluso del injusto, pertenece al derecho material, se opone la circunstancia de que un hecho no se convierte en punible por el comienzo de la concreta persecución, sino por su absoluta y general conminación penal. Al igual que un delito no puede ser despojado de su carácter injusto por un acto de gracia, no perderá una infracción por el simple transcurso del tiempo la cualidad de su sumisión a una pena. Es, pues, acertado el criterio puramente procesal mantenido por la opinión dominante.”²³⁸

Creemos que parece claro que el centro mismo del planteamiento acerca de la naturaleza jurídica de la prescripción se encuentra ubicado, conforme a la tesis que ahora tratamos, en lo que puede y debe entenderse como impedimento procesal, ya que de ello dependerá la solución doctrinaria, aceptando o rechazando la postura que parece ser considerada como la tesis dominante, según los autores alemanes, especialmente.

A este respecto se ha afirmado que la facultad represiva del Estado se concreta en el momento mismo en el que aparece en el mundo de la realidad la causación de un daño público, como consecuencia de un acontecimiento posiblemente delictuoso, que hace nacer una pretensión de justicia en aquel órgano del Estado que tiene conferida la función de ejercitar ese poder de acción, excitando a aquel otro órgano, también estatal, al que corresponde la función jurisdiccional, para que ésta se realice hasta su agotamiento, resolviendo y calificando el hecho que dio motivo al interés del órgano persecutor.

²³⁷ REINHART, Maurach. *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., p. 624

²³⁸ Idem.

Esta trayectoria de la acción, sin embargo, no siempre podrá cumplirse en su cabal desarrollo, ya que en algunas ocasiones el proceso afecta o puede afectar a otros intereses, que el ordenamiento jurídico ha considerado preponderantes o especiales respecto del interés general de la calificación de los hechos conocidos y en este verdadero conflicto debe ser sacrificado el interés general de realización de la justicia penal. Estos intereses especiales, dice Clariá Olmedo, "actúan como impeditivos de la realización del Derecho Penal integrador. Por tanto, las normas jurídicas que solucionan el conflicto entre los dos intereses sacrificando la potestad penal de jurisdicción y de acción, han de estar dentro del cuadro de las normas realizadoras desde el punto de vista de su función, y considerando el origen de ellas, debemos ubicarlas entre las sustanciales, aun cuando la verificación de los hechos o situaciones que ellas atrapen y las consecuencias que deban producir hayan de manifestarse procesalmente".²³⁹

Los impedimentos procesales no son situaciones de hecho, sino de estricto derecho; surgen como consecuencia de una limitación especial a un poder general; si el Estado tiene el deber-poder de perseguir y sancionar los delitos, eso constituye su facultad en género; si el propio Estado se limita su ejercicio soberano, como en los casos del requisito de formulación de querrela para iniciar la persecución, o de la prescripción misma, está creando un conflicto de normas jurídicas sustanciales que resuelve por el principio de la especialidad, pero en todo caso y momento con normas sustanciales con repercusión en lo procesal.

Párrafos antes dijimos que la tesis procesalista está especialmente referida a la prescripción de la acción, con pocas y nada convincentes argumentaciones en lo relativo a la prescripción de la sanción, donde en realidad se resquebraja la atribuida naturaleza Jurídico-procesal de la prescripción, porque la pena o sanción supone la conclusión del procedimiento y sería muy difícil sostener que hay algo que impide realizar lo que está totalmente concluido. Puede decirse que todos los sistemas legales que tratan la prescripción de la sanción la condicionan a la existencia de una sentencia ejecutoriada, más el transcurso del tiempo necesario. En estos casos no puede

²³⁹ CLARIÁ, OLMEDO, Jorge A. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Editorial Edial, Buenos Aires, Argentina, 1985, pp. 339-340.

sostenerse que haya un impedimento de índole procesal, porque lo que existe es una imposibilidad fáctica de ejecutar la sanción impuesta en la persona del delincuente, por la sustracción del mismo a la acción ejecutiva del Estado.

Lo anterior puede considerarse como una especie de crítica anticipada a la tesis que ubica a la prescripción, en género, dentro del Derecho Procesal Penal, a reserva de que al fijar nuestra propia posición seamos más explícitos al respecto.

c) Teoría mixta, que considera a la prescripción como instituto de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal

Esta teoría, sostenida entre otros autores por Mezger y por Manzini, toma como punto de partida la necesaria distinción que tiene que realizarse entre la prescripción de la acción persecutoria y la de la sanción impuesta, porque siendo diferentes las situaciones, igual tiene que serlo la naturaleza de cada una de ellas. Dice Mezger que "por el transcurso del tiempo desaparece la pena, bien porque el transcurso del tiempo excluye la posibilidad de la persecución penal (la llamada prescripción de la persecución penal), bien porque el transcurso del tiempo excluye la posibilidad de ejecutar la pena impuesta por sentencia firme (la denominada prescripción de la ejecución de la pena)".²⁴⁰

Establecida la distinción en la forma anterior, agrega el autor alemán que la prescripción de la persecución penal produce sus efectos material y procesalmente, mientras que la denominada prescripción de la ejecución de la pena lo hace en el área procesal penal.²⁴¹ Es conveniente citar que Mezger no da apoyo alguno a sus afirmaciones doctrinarias en este caso particular, sino que se concreta al enunciado de los efectos que producen los fenómenos de la prescripción.

²⁴⁰ MEZGER, Edmundo *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949, p. 403.

²⁴¹ *Idem*.

Manzini, por su parte, dice lo siguiente: "Los dos ordenamientos jurídicos, material y formal, se confunden aparentemente en una zona constituida por normas e institutos de carácter mixto (ejemplo, prescripción, rehabilitación, remisión, etc.), pero esencialmente la distinción se mantiene y se manifiesta segura a quien quiera que tenga recto sentido jurídico".²⁴² Más adelante, con referencia al Código Penal italiano, considera que contiene disposiciones de carácter mixto y vuelve a hacer referencia a la prescripción del delito.²⁴³

En la República Argentina se citan como afiliados a la teoría mixta a Artemio Moreno y E. J. Porto. El primero considera que si la institución de la prescripción pertenece al derecho sustantivo, en cuanto afecta a la acción penal en sí, no pertenece menos al derecho formal o procesal, en cuanto que impide el ejercicio de la propia acción; Porto, por su lado, estima que la prescripción, como todas las causas de extinción de la acción y de la pena, es un instituto mixto, aunque predominantemente de fondo.²⁴⁴

En esta teoría predomina la intención de separar, como ya habíamos expuesto, las dos clases de prescripción, dotando a cada una de ellas de una diferente naturaleza y de ahí su carácter mixto. Es indudable que la forma en que opera la prescripción es distinta, según cada caso, ya que mientras en la prescripción de la acción se impide o se paraliza el procedimiento tendente a la calificación del hecho determinado y de su autor, en el otro caso, o sea, tratándose de la prescripción de la ejecución de la sanción impuesta, el procedimiento penal ha quedado previamente concluido con la sentencia ejecutoriada, y lo que se impide por el fenómeno de la prescripción es la ejecución de la consecuencia de la sentencia en la persona del delincuente.

La posición mixta a que venimos refiriéndonos no creemos que tenga plena validez, salvo en lo que es necesario para separar las dos formas de prescripción que, desde

²⁴² MANZINI, Vincenzo *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, Primera Parte: Teorías Generales, volumen I, Ediar, Editores, Buenos Aires, 1948, p.125.

²⁴³ Op. cit., p.126. Debe hacerse notar que el mismo Manzini, en el tomo V, p.138 de la obra en cita, dice: "La prescripción penal, representando una renuncia del Estado a la pretensión punitiva o a la efectiva potestad de castigar, esto es, contemplando el contenido material de la relación ejecutiva, es un instituto de derecho sustancial y no de derecho procesal." No es clara, obviamente, la verdadera afiliación de Manzini, salvo que quiera interpretarse el "aparentemente" contenido en la cita anterior, como que excluye todo carácter mixto al instituto, en cuyo caso, Manzini quedaría entre los autores afiliados a la tesis que ubica a la prescripción como parte del Derecho Penal material.

²⁴⁴ Véase *La prescripción penal en el Código Penal*, de Vera Barros, p.42.

luego, operan en distintas formas, pero sacar de ahí conclusiones en cuanto a una diferente naturaleza de ellas no parece ser lo más acertado.

d) Nuestra opinión

Desde nuestro punto de vista, la prescripción es una cuestión ubicada dentro de la esfera del Derecho Penal material o sustancial. Consideramos que esta es la postura correcta atendiendo a la consecuencia final que el fenómeno de la prescripción trae consigo, invariablemente; esta consecuencia es la limitación a la facultad represiva del Estado, independientemente del momento en que opere la prescripción. En efecto, si nos referimos a la prescripción de la acción persecutoria, lo que se impide por la aparición del fenómeno es la posible calificación como delictuoso de un hecho determinado y la atribución de la calidad de delincuente a quien resulte autor del mismo. No se puede pensar siquiera, desde un punto de vista técnico, que alguien sea delincuente y tenga que sufrir las consecuencias de ello antes que la autoridad judicial así lo haya resuelto. Por otra parte, si hemos de tratar acerca de la prescripción de la ejecución de la sanción impuesta, no obstante que desde un ángulo puramente formalista se ha llegado a la calificación correspondiente, puesto que se requiere la sentencia condenatoria ejecutoriada, en verdad no se cumple con el fin de la pena o sanción impuesta, es decir, aparece trunco todo el proceso de enjuiciamiento, que no va más allá de lo declarativo, sin que el sistema pueda influir en la persona del delincuente, para su readaptación y resocialización.

Con razón ha dicho Vera Barros que lo que perturba "un poco la comprensión del problema son los efectos procesales que genera la prescripción, pero ello no es más que una consecuencia de la extinción del poder punitivo del Estado en el caso concreto".²⁴⁵ Estamos de acuerdo con lo anterior, ya que ciertamente al operar el

²⁴⁵ Op. cit., p.43.

fenómeno de la prescripción repercute en una primera instancia en lo que es en esencia procesal, por razón natural. Pero más que el efecto primario debe interesarnos la consecuencia final que es donde en verdad queda ubicada la naturaleza de la prescripción y esta consecuencia última es la afectación misma del *ius puniendi* como facultad del Estado. En la prescripción de la acción no habrá, como hemos dicho, posibilidad alguna de llegar a la calificación de los hechos y su o sus autores, lo que equivale a la limitación del Estado en su facultad de perseguir los hechos aparentemente delictuosos; en la prescripción de la ejecución de las sanciones, a pesar de haberse logrado la calificación legal correspondiente, resultará la impunidad de los delincuentes, que no es sino una forma de limitar, también, la facultad del Estado para reprimir el delito y a los delincuentes. Ambas situaciones están directamente relacionadas con el Derecho Penal sustancial y, por ende, la prescripción le pertenece privativamente.

Esto puede aparecer más claro si se atiende al hecho de que conforme al sistema jurídico mexicano la prescripción no es declarada en exclusividad por el órgano jurisdiccional, ante el que se realiza el proceso de enjuiciamiento de los hechos con apariencia de ser delictuosos, sino que también el titular monopolístico de la acción persecutoria tiene la facultad para no deducir la acción persecutoria ante los tribunales cuando no proceda legalmente su ejercicio y uno de los casos de improcedencia lo es, precisamente, el relativo a la prescripción. Con esto queremos destacar que un órgano del Estado, como lo es el Ministerio Público, puede declarar la prescripción, a pesar de ser el titular de la acción penal; y no puede ser más claro, creemos, el reconocimiento estatal a la limitación de las facultades que le corresponden para perseguir los hechos con apariencia de delitos, que la declaración de operancia de la prescripción cuando el curso del tiempo ha extinguido la acción penal.

Por otra parte, en materia de sanciones provenientes de los delitos impera hoy la llamada teoría de la unión,²⁴⁶ que consiste en atribuir a la sanción penal un contenido cierto de retribución por el hecho realizado, añadiéndole el cumplimiento de fines

²⁴⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1975, p.35.

preventivos, siendo éstos generales y especiales. Cabe preguntarse si la no ejecución de una sanción por la aparición del fenómeno de la prescripción puede alcanzar, en alguna forma, los fines de la sanción, si el delincuente está sustraído al poder del Estado. Obviamente, tendría que contestarse que no y ello trae como ineludible consecuencia una afectación sustancial al Derecho Penal, que ve inalcanzada su meta ideal, puesto que no puede retribuir con la sanción al delincuente, ni puede actuar sobre él con fines preventivos.

Adicionalmente a lo que llevamos expuesto podemos decir que la prescripción de la acción persecutoria siempre está referida a hechos determinados, que son aquellos que, por su apariencia de ser delictuosos, resultan interesantes en orden a una calificación final, para saber si efectivamente son o no constitutivos de delito y obtener, en cada caso, las consecuencias legales que correspondan.

Bajo esta idea, la prescripción de la acción persecutoria lo que produce como consecuencia es una absoluta imposibilidad de saber, en definitiva, si el hecho determinado es o no un delito y si seguimos un pensamiento de Maurach, quien como hemos visto es uno de los expositores de la tesis procesalista, habremos de llegar a la conclusión de la afectación al Derecho Penal sustancial que produce la propia prescripción de la acción persecutoria. En efecto, dice Maurach que "el Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas que *asocian* los efectos jurídicos exclusivos del Derecho Penal a un determinado comportamiento humano -el delito-. El principal de estos efectos, la pena, alcanza, tan sólo y siempre, al autor culpable de un delito".²⁴⁷

Hemos subrayado por nuestra cuenta la palabra "asocian", contenida en la frase transcrita porque creemos que la prescripción produce, precisamente, la situación contraria, ya que disocia a través de la regulación normativa el efecto normal del comportamiento humano delictuoso con la principal consecuencia, que es la pena que alcanza al autor del delito. Cuando la prescripción opera, y nos referimos ahora especialmente a la de la acción persecutoria, el Derecho Penal se ve impedido de

²⁴⁷ REINHART, Maurach, *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., p. 3.

alcanzar dos fines esenciales: determinar la existencia de un hecho delictuoso y asociarle la consecuencia legal establecida, esto es, la sanción. Sin delito legalmente precisado, no puede haber sanción, de donde se desprende con claridad que todo lo que impida alcanzar la calificación legal de un hecho pertenece al Derecho Penal sustancial o material, aun cuando, como lo ha apuntado Vera Barros en la cita que de él hemos hecho en este apartado, se produzca una confusión por razón de los efectos que en lo puramente procesal produce la prescripción.

Debemos también insistir en la ya mencionada particularidad de nuestro sistema mexicano, que permite la operancia de la prescripción de la acción sin intervención de las autoridades jurisdiccionales. Dice Labardini Méndez que el procedimiento mexicano ordinario tiene una etapa, que llama "Periodo. previo a la jurisdicción", que abarca desde la formulación de la denuncia o querrela, al inicio del ejercicio de la acción penal o al no ejercicio de ella. En esta segunda hipótesis dice que "cuando no se ejercita la acción penal debe ordenarse el envío de la averiguación previa al archivo, quedando siempre abierta esa averiguación hasta que concurre alguna de las causas que extinguen la acción penal y que el Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal llama "Extinción de la responsabilidad penal",²⁴⁸ entre las cuales se encuentra la prescripción. Aquí tenemos expresada la posibilidad de que el propio Ministerio Público se abstenga de ejercitar la acción penal ante los Tribunales para la calificación de los hechos y la asociación de las correspondientes consecuencias por razón de haber funcionado el fenómeno de la prescripción. Si consideramos que es facultad exclusiva de los Tribunales calificar los hechos como delictuosos e imponer las sanciones correspondientes, es obvio que cuando no conocen siquiera tales hechos porque el Ministerio Público se abstiene de ejercitar la acción ante los Tribunales por razones de prescripción, se está afectando al Derecho Penal sustancial al limitar el ejercicio de la facultad estatal del *ius puniendi*.

²⁴⁸ Véase en *Revista Mexicana de Derecho Penal*, Quinta Época, núm. 1, enero-marzo de 1977 el estudio de Fernando Labardini Méndez, titulado "La acción penal y el auto de formal prisión", pp. 50-51.

Para concluir esta exposición de nuestro criterio, en cuanto se refiere a la prescripción de la acción persecutoria, consideramos conveniente transcribir las siguientes opiniones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

Prescripción de la acción penal. Para que opere el fenómeno de la prescripción en cuanto a la acción persecutoria, la ley alude al término medio aritmético de la pena, que se ha interpretado como deducible de la individualización legal correspondiente a las entidades delictivas consumadas, pero sin modalidades. *La acción penal es la potestad jurídica que el Estado delega en un órgano específico para exigir del poder jurisdiccional una decisión concreta respecto a una relación jurídico-material del Derecho Penal, que en el caso de condena actualiza la pretensión punitiva del propio Estado. La acción penal no puede concebirse sino en relación a un determinado hecho correspondiente a una figura de delito; de ahí que se afirme que del delito surge la acción penal, o más propiamente de la sospecha del delito. Se considera que la prescripción implica la cesación de la potestad punitiva del Estado, al transcurrir un periodo de tiempo determinado, en virtud de que el propio Estado abdica de su potestad punitiva, por razón de que el tiempo anula el interés represivo, apaga la alarma social y dificulta la adquisición de pruebas respecto a la realización del evento delictivo. La prescripción penal, por la esencia misma del ordenamiento punitivo, opera coactivamente. Es un mandato impuesto por el Estado para que el órgano delegado específicamente, la institución del Ministerio Público, conforme al Artículo 21 constitucional, se abstenga de toda acción represiva del delito y para que el órgano jurisdiccional decrete la extinción de la pretensión punitiva; y por ello, se aplica de oficio y en cualquier grado y estado de la causa. Entendida la acción penal como el fundamento y marco de la decisión jurisdiccional y la prescripción como una causa extintiva de la acción de orden coactivo, es lógico concluir que para calcular el término de su operancia, debe atenderse a la pena conminada en abstracto para el delito simple y no la pena en concreto que habría debido infligirse, computadas las circunstancias objetivas y subjetivas del delito. La acción penal al ejercitarse y mover al órgano jurisdiccional tiene un contenido concreto, pero le compete al órgano decisorio su calificación técnica. El Ministerio Público sólo la ejercita por hechos que estima delictivos. En el auto de formal prisión o*

de formal procesamiento deberá el juez natural fijar el tema del proceso y esta determinación se dictará por el delito que se estime comprobado en forma genérica, sin precisar las modalidades del delito, que son materia de la sentencia definitiva. En tal sentido, si la acción penal, en el acto de consignación, se ejercita únicamente por hechos delictivos y el juez natural dicta la formal prisión o sujeción a proceso por el delito simple sin considerar sus modalidades, y la prescripción atiende al término medio de la pena conminada en abstracto, es obvio que si la extinción de la acción penal por prescripción opera de oficio y en cualquier estado de la causa, no es posible, por ningún concepto, atender a la penalidad aplicable por el delito calificado por modalidades cuya existencia es materia de la sentencia definitiva. Si se atendiera a la penalidad del delito considerado como calificado, ello daría lugar a que la prescripción dependiera del arbitrio del juez que tendría que definir en una fase procesal previa circunstancias que le compete decidir en el fallo que pone fin al proceso; y, lógicamente, daría lugar a que se prejuzgase en agravio del imputado, con violación de los principios que norman el instituto de la prescripción de la acción persecutoria. **AMPARO DIRECTO 8431/1963. MARIO VALDEZ GONZÁLEZ. ABRIL 17 DE 1968, MAYORÍA DE 3 VOTOS. PONENTE: MTRO. ERNESTO AGUILAR ÁLVAREZ. LA. SALA. SEXTA ÉPOCA, VOLUMEN CXXX, SEGUNDA PARTE, PÁGINA 19. TESIS QUE HAN SENTADO PRECEDENTE: AMPARO DIRECTO 5848/1959. MELITÓN GÓMEZ MOYA. FEBRERO 10 DE 1960. UNANIMIDAD 4 VOTOS. PONENTE: MTRO. AGUSTÍN MERCADO ALARCÓN. 1A. SALA, SEXTA ÉPOCA, VOLUMEN XXXII, PÁGINA 77. AMPARO DIRECTO 8793/1960. SANTOS RODRÍGUEZ MARVEL. MARZO 2 DE 1961. UNANIMIDAD 4 VOTOS. PONENTE: MTRO. MANUEL RIVERA SILVA. 1ª SALA. SEXTA ÉPOCA, VOLUMEN XLV, SEGUNDA PARTE, PÁGINA 59: AMPARO DIRECTO 9186/1961. FELIPE OLEA DEL CARMEN. FEBRERO 25 DE 1964. 5 VOTOS. PONENTE: MTRO. ALBERTO R. VELA. 1A. SALA. SEXTA ÉPOCA, VOLUMEN LXXX, SEGUNDA PARTE, PÁGINA 31.**

Prescripción de la acción penal y prescripción de la pena. Distinción. entre. (Legislación del Estado de Guanajuato.)
Hay dos clases de prescripción: la de la acción y la de la pena. *La acción penal como derecho de persecución nace cuando se ha cometido un delito y prescribe por el transcurso*

del tiempo si no se ejercita por el Ministerio Público, reclamando del órgano jurisdiccional la declaración del derecho en el hecho que estima delictuoso y la determinación de la pena que debe de aplicarse al delincuente. Consecuentemente, la prescripción de la acción supone una inactividad del Ministerio Público por todo el tiempo que la ley señala como suficiente para extinguirse por su no ejercicio o actuación de ese derecho de persecución. En cambio, la prescripción de la pena supone el incumplimiento de la sentencia y, en una pena privativa de la libertad, la fuga implica el incumplimiento de la sentencia. Como en el caso el quejoso alegó que el Ministerio Público dejó de actuar por más de tres años, es indudable que se refirió a la prescripción de la acción, mas no a la prescripción de la pena, puesto que no se sustrajo a la justicia después de que hubiera sido sentenciado, siendo inexacto que haya transcurrido el término de la prescripción. **AMPARO DIRECTO 7581/60/LA. RAMÓN JIMÉNEZ ARIAS. RESUELTO EL 24 DE MARZO DE 1961, POR UNANIMIDAD DE 4 VOTOS. PONENTE: MTRO, MANUEL RIVERA SILVA. SRIO. LIC. VÍCTOR MANUEL FRANCO, 1ª SALA. INFORME 1961, PÁGINA 43.**

Por vía de comentarios a las tesis transcritas y con la idea de justificar su introducción en esta parte de nuestro trabajo, creemos pertinente anotar qué en la primera de ellas se expone con absoluta claridad la existencia de una relación jurídico-material de Derecho Penal entre el hecho determinado, sospechoso de ser delictuoso y la actividad del poder jurisdiccional, que es el que habrá de dar la calificación final del hecho, para los efectos penales. De acuerdo con ello, si la prescripción rompe bruscamente esa relación, parece que no debe haber duda alguna en cuanto a su naturaleza como instituto propio del Derecho Penal, con afectación a la sustancia misma del Derecho Penal represivo.

En la segunda tesis transcrita destaca la importancia que el hecho concreto tiene en orden a la declaración del derecho. En efecto, sin hecho no puede llegar a haber delito y lo que busca el Derecho Penal es, justamente, la determinación de las implicaciones que el Derecho obtiene de lo que es un hecho delictuoso. De nueva cuenta habremos

de afirmar, entonces, que si la prescripción altera la posibilidad de determinación jurídica de un hecho concreto, ello incumbe al Derecho Penal sustancial.

Veamos, ahora, otro aspecto que reafirma la ubicación de la prescripción como instituto del Derecho Penal sustancial.

Dice Beristáin que desde el punto de vista dogmático se entiende "por pena el conjunto de obligaciones y privaciones que la autoridad impone y aplica al tenor de la ley, por medio de los órganos jurisdiccionales, al culpable de un delito para lograr la prevención general y la prevención especial";²⁴⁹ aquí tenemos expuesta la finalidad que se atribuye en el Derecho Penal moderno a la sanción, también llamada pena: la prevención. Basta preguntar si la prescripción de la sanción permite alcanzar la finalidad ideal buscada por la sanción, para saber si se está cumpliendo el Derecho Penal, en su fase represivo-preventiva.

Creemos que la respuesta es obviamente negativa, puesto que si el delincuente ya calificado como tal por una sentencia ejecutoriada se sustrae a la acción de la justicia, impidiendo con ello la ejecución de la sanción que le haya sido impuesta, absurdo sería pretender que se está cumpliendo con un tratamiento y que se está logrando cualquier forma de prevención. Si el tiempo de sustracción del reo a la acción de la justicia es lo suficientemente amplio como para que funcione la prescripción de la sanción impuesta, no sólo no existe prevención alguna, sino que ante los ojos de la comunidad la prescripción de la sanción puede aparecer como un premio a la habilidad del delincuente para no ser capturado, o como una prueba de la incapacidad del Estado para ejecutar las sanciones impuestas. Ello, de cualquier manera que se aborde, implica una verdadera y profunda afectación al Derecho Penal sustancial, ya que no se surte en esos casos lo que Jiménez de Asúa ha expresado diciendo que según "la importancia del bien jurídico agredido, el Estado se ve en la necesidad de acudir a formas coactivas más enérgicas, y la pena se impone".²⁵⁰

²⁴⁹ BERISTÁIN, Antonio. *Medidas Penales en Derecho Contemporáneo*, Editorial Reus, Madrid, 1974, p.52.

²⁵⁰ *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, 2ª edición, p.13.

Sea cual fuere la importancia del bien jurídico agredido por la conducta ya valorada como delictuosa, si opera la prescripción, esa necesidad estatal de acudir a la pena o sanción, se ve insatisfecha, ya que no es posible proceder a su ejecución.

Con la exposición que hemos realizado en este apartado consideramos que ha quedado expuesta nuestra particular opinión en orden a la ubicación de la prescripción. Parece, desde nuestro punto de vista, que no debiera existir duda en cuanto a que la prescripción está directamente relacionada con el *ius puniendi*, sea referida a la persecución de los hechos con apariencia de delitos, o a la ejecución de las sanciones legalmente impuestas. En ambos casos implica una imposibilidad legal de alcanzar los fines del Derecho Penal.

3.7.4 TITULARES DE LA DECLARACIÓN EN ORDEN A LA PRESCRIPCIÓN

La prescripción funciona en razón del tiempo transcurrido, y sus efectos se producen de oficio, aun cuando, como lo dice la ley, no sea invocada o alegada como excepción por parte del acusado. Ya hemos puntualizado que se trata en el caso de un verdadero fenómeno jurídico en el que el Derecho Penal recoge elementos extrajurídicos, como son los provenientes del simple transcurrir del tiempo que la ley ha señalado para las diferentes hipótesis que regula.

Como todo fenómeno jurídico que está relacionado con el delito, la prescripción es una en la ley y otra en la práctica. La ley se ocupa de planteamientos genéricos, estableciendo principios generales para regular hipótesis que estima deben ser motivo de tratamiento especial; en la práctica, sin embargo, la prescripción tiene que ser motivo de una declaración en la que se aborde un caso concreto para aplicarle las normas reguladoras del fenómeno. Mientras no se haya hecho la declaración correspondiente, por parte de quien o quienes tengan la facultad para hacerla, puede decirse que existe una expectativa de prescripción, más o menos fundada, pero sujeta siempre a la resolución que al respecto se pronuncie. Hasta que llega el momento de la declaración

y ésta queda firmemente establecida, es cuando puede decirse que ha operado la prescripción.

Lo anterior nos lleva a la necesidad de determinar a los titulares de la declaración necesaria para que la prescripción funcione, lo que vamos a proceder a realizar, entendiendo que nuestras afirmaciones se refieren al sistema penal mexicano y, particularmente, a la legislación común para el Distrito Federal y a la Federal para toda la República Mexicana.

Para explicar nuestro punto de vista se hará una previa separación entre la prescripción de la acción persecutoria y la de la sanción legalmente impuesta, porque el tratamiento en uno y otros casos es diferente, como se verá en los apartados correspondientes del presente capítulo.

3.7.4.1 TITULAR DE LA DECLARACIÓN DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PERSECUTORIA

La acción penal o acción persecutoria es uno de los conceptos fundamentales en materia de procedimiento penal; sin embargo, es también uno de los más controvertidos y polemizados en la doctrina. No es nuestra intención abordar los múltiples problemas que el concepto de acción penal nos plantea; sólo deseamos dejar establecidas dos cuestiones, por su relación estrecha con el tema de la prescripción: la primera es que entendemos que la acción penal es un monopolio que nuestra Constitución ha puesto en manos del Ministerio Público (artículo 21) salvo discutibles casos de excepción que pudieran plantearse en relación con responsabilidades oficiales; y la segunda es que sin acción penal ejercitada por su titular monopolístico, los tribunales penales, encargados de administrar justicia penal en los casos concretos, no tienen posibilidad alguna de llevar a efecto su función jurisdiccional.

La fijación de estas cuestiones, que no implica en forma alguna toma de posiciones a nivel doctrinario, sino aceptación de una situación clara desde el punto de vista de

nuestro sistema penal, nos permite abordar el tema de la titularidad de la declaración de prescripción de la acción penal haciendo una discriminación en cuanto a la vida misma de la acción, es decir, plantear la posible titularidad atendiendo a que la acción persecutoria aún no haya sido ejercitada o considerando que ya se realizó el acto que implica el ejercicio de la propia acción persecutoria.

Existe una tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se refiere a las etapas por las que pasa la acción penal y que consideramos es clarísima en cuanto a lo que venimos tratando. Dice así:

Durante el proceso, la acción pasa por tres etapas: de investigación, durante la cual se prepara su ejercicio; de persecución, en que ya hay ejercicio ante los tribunales; y de acusación, en que la exigencia punitiva se concreta.
SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, SEXTA ÉPOCA, VOLÚMEN XXXIV, PÁGINA 9, A. D. 746/60. LUÍS CASTRO MALPICA.

Como es manifiesto en lo que hemos expuesto y en la tesis antes transcrita, tenemos que hacer referencia a dos etapas: una durante la cual se prepara el posible ejercicio de la acción y otra en la que ya se surtió su propio ejercicio.

Ahora bien, sí reconocemos que el titular monopolístico de la acción penal lo es el Ministerio Público y que a él mismo corresponde por mandamiento constitucional (artículo 21) la investigación de los hechos con apariencia de delitos y la persecución de ellos para efectos de su calificación final por la autoridad judicial, es claro que todo lo que en exclusividad le es propio al Ministerio Público como entidad en esta etapa, sea motivo de titularidad de su parte para realizar las declaraciones que procedan, siempre que la ley no las haya dado expresamente a una autoridad diferente.

Con lo anterior queremos significar que durante la llamada etapa de investigación, o de averiguación previa cuando aún no se ha ejercitado la acción penal, el Ministerio

Público es el titular del derecho para declarar la prescripción de la acción persecutoria, sin violar ningún derecho, ley o principio.²⁵¹

El Ministerio Público no es una institución encargada por la ley únicamente de ejercitar la acción penal ante los tribunales competentes; en múltiples ocasiones, a pesar de ser el monopolista de la acción persecutoria, el Ministerio Público no la ejercita, porque encuentra alguna limitación o impedimento legal, o porque razones de orden político hacen aconsejable que no se realice el acto formal del ejercicio de la acción penal.

Durante toda esa etapa del procedimiento en la que el Ministerio Público es la autoridad que investiga y persigue los hechos aparentemente delictuosos, no existe intervención de alguna autoridad diferente, y los medios para controlar la actividad del propio Ministerio Público no rebasan, sino por excepción, su esfera interna; es poco, por ejemplo, lo que una autoridad judicial puede hacer ante el Ministerio Público, si no se ha ejercitado la acción penal; ahora bien, entre las razones por las que la acción persecutoria puede dejar de ejercitarse está, justamente, la prescripción. Pongamos como situación hipotética la siguiente: en etapa de averiguación previa, el Ministerio Público investiga y prueba con suficiencia la existencia de un hecho presumiblemente delictuoso e imputable a un sujeto determinado; al proceder a formular la consignación, analizando como debe ser, el momento consumativo, se encuentra que ha corrido ya el término necesario para la operancia de la prescripción. Como consecuencia, no solamente se abstiene de la consignación, sino que resuelve en orden a la prescripción, porque es el titular de tal facultad en la etapa que mencionamos.

Si se quiere encontrar un fundamento normativo expreso para esta facultad de determinación, puede decirse que en materia federal el Artículo 137 fracción IV del Código correspondiente consigna que:

²⁵¹ Es un principio reconocido en nuestro sistema, aun cuando no plenamente aceptado, que el Ministerio Público en su actividad de ejercitar o no la acción persecutoria no tiene sino medio de control interno, porque no se admite amparo contra él en este particular momento. (Véase, en la obra de García Ramírez, *Curso de Derecho Procesal Penal*, las páginas 172 y siguientes.) Sin embargo, si nos colocamos en la hipótesis contraria a lo tratado en este punto, es decir, que el Ministerio Público ejercita la acción penal respecto de hechos cuya persecución está prescrita, puede variar la titularidad aun dentro de la misma etapa de averiguación previa y pasar a los jueces, sobre todo de amparo, quienes tendrían plena facultad para resolver la cuestión controvertida por un acto en el que el Ministerio Público es autoridad, aun cuando ya hubiere deducido la acción persecutoria.

El Ministerio Público no ejercitará la acción penal...IV. *Cuando esté extinguida legalmente*; y ya sabemos que entre las causas de extinción legalmente establecidas tenemos, precisamente, a la prescripción. Con esto puede comprobarse la titularidad en cuestión, referida a la materia federal. Por lo que hace al ordenamiento común, ya antes habíamos apuntado que la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en su artículo 11 indica que *es facultad del Ministerio Público ejercitar la acción penal cuando proceda* y que a esta afirmación de la ley tenemos que asociar, por razón natural, la facultad de abstenerse de tal ejercicio de la acción penal, cuando ella no proceda; entre las causas que hacen que no proceda el ejercicio de la acción penal está la prescripción.

Queremos dejar asentado nuestro criterio en cuanto a que esta facultad que consideramos es propia en titularidad del Ministerio Público, no implica una invasión a la esfera de facultades del órgano jurisdiccional en cuanto se refiere a la calificación de los hechos como delictuosos. Desde nuestro punto de vista y esto lo hemos dicho reiteradamente, sólo los jueces pueden resolver en cuanto a si un hecho es o no delictuoso y su o sus autores delincuentes. La prescripción de la acción persecutoria, que es lo que ahora tratamos, nada resuelve en orden a lo delictuoso o no delictuoso de los hechos; simplemente impide la calificación de ellos en orden al delito. Esto tiene importancia, creemos, por los casos que pueden presentarse en los que ante una declaratoria de prescripción de la acción persecutoria, se piense en la imposibilidad de obtener una calificación de los hechos en orden a su ilicitud. La existencia de un impedimento (prescripción) para lograr la declaración de existencia de delito y del delinciente, sólo tiene significación en la materia penal. Para clarificar esta situación por la que se separan definitivamente los efectos civiles y penales de la antijuridicidad, no obstante tener la misma fuente de origen, es conveniente citar la tesis siguiente:

Prescripción. La acción de responsabilidad civil proveniente de actos ilícitos que constituyan delitos prescribe en diez años contados desde que la obligación respectiva pudo exigirse. Para determinar el plazo en que opera la prescripción de la acción para reclamar la responsabilidad civil proveniente de actos ilícitos delictuosos,

debe tenerse en consideración lo que establece al respecto el Código Civil. El artículo 1159 dispone: "Fuera de los casos de excepción, se necesita el lapso de diez años, contados desde que una obligación pudo exigirse, para que se extinga el derecho de pedir su cumplimiento", y el artículo 1161 señala: "Prescriben en dos años... V. La responsabilidad civil proveniente de actos ilícitos que no constituyan delitos. La prescripción corre desde el día en que se verifican los actos." Ambos preceptos se encuentran dentro del capítulo "De la prescripción negativa". Más adelante, en el capítulo "De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos", el Artículo 1934 expresa: "La acción para exigir la reparación de los daños causados en los términos del presente capítulo prescribe en dos años contados a partir del día en que se haya causado el daño." Ahora bien, frente a la generalidad del Artículo 1934, están los artículos 1161, fracción V, y 1159 antes transcritos y que, aunque a primera vista pudieran parecer en desacuerdo con aquel precepto, vienen a complementarse para establecer un sistema armónico, que es el que debe privar en la ley y en su recta interpretación. Es sabido que los dispositivos legales deben interpretarse conforme a las reglas de la hermenéutica jurídica, en forma tal que todos puedan tener aplicación, porque para ello fueron dictados por el legislador. De acuerdo con lo anterior, se observa que dentro del género "actos ilícitos" están comprendidos los que constituyen una de sus especies: los actos ilícitos delictuosos, penales o simplemente delitos; lo revela la redacción misma del artículo 1161, cuando en su fracción V habla de ilicitudes que no constituyen delitos. Pero debe observarse asimismo que mientras todo delito constituye un acto ilícito, la afirmación contraria no es exacta, pues, se repite, el género es el acto ilícito y la especie el delito. La disposición clara del artículo 1161, fracción V, dispone, por una parte, la confirmación del artículo 1934 respecto a que el término para la prescripción de la acción que deriva de los actos ilícitos, en general es de dos años; pero, por otra parte, viene a establecer también la excepción a dicha regla, ya que expresamente señala como caso especial sustraído a la regla del artículo 1934 el de los actos ilícitos delictuosos, ya que justamente la fracción V ordena que se trate de actos ilícitos "que no constituyan delitos". Luego, a contrario sensu, esta fracción dispone que no prescribe en dos años la acción derivada de actos ilícitos delictuosos.- **AMPARO DIRECTO 7556/1966. SUCESIÓN DE JOSÉ GARCÍA FERNÁNDEZ. ABRIL 14 DE 1971. UNANIMIDAD. PONENTE: MTRO. ALFONSO LÓPEZ APARICIO. SALA AUXILIAR. SÉPTIMA ÉPOCA, VOLUMEN 28, SÉPTIMA PARTE, PÁGINA 67.**

Cuando el Ministerio Público declara la prescripción de la acción persecutoria lo único que hace es resolver dentro de la esfera privativa del Derecho Penal; su declaración impide, como ya lo hemos expuesto, que ciertos hechos puedan ser calificados por los jueces en lo que se refiere a su especie delictuosa; pero esos mismos hechos, vistos a través de un sistema normativo distinto del penal, pueden ser calificados para obtener diferentes consecuencias de Derecho. Un caso ejemplificador puede precisar la idea: la perseguibilidad de la falsificación documental (244, Código Penal) prescribe en tres años; pensemos en una falsificación por la que cree el falsificador un acto jurídico que resulte a cargo del falsificado; el Artículo 2224 del Código Civil establece que *"el acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado"*. Aquí vemos que el mismo hecho, la falsificación, puede prescribir en orden a su perseguibilidad en el lapso de tres años y ello impedir la calificación en cuanto a lo delictuoso o no delictuoso del propio hecho, o bien, puede ser imprescriptible por tratarse de una cuestión civil de inexistencia del acto jurídico. Lo que pudiera resolver el Ministerio Público, absteniéndose de ejercitar la acción penal en este ejemplo, por considerar que había prescrito su derecho a acudir ante los tribunales, en nada afectaría la posible acción civil, ya que se trata de una misma ilicitud con efectos en dos campos del Derecho.

Como síntesis de esta parte, afirmamos que durante la etapa de averiguación previa en preparación del ejercicio de la acción persecutoria, el Ministerio Público es el titular del derecho a declarar la prescripción. Entendemos que esta etapa cubre desde que se tiene noticia del hecho aparentemente delictuoso hasta que se acude ante el órgano jurisdiccional haciendo valer la pretensión punitiva.²⁵²

²⁵² Decimos "pretensión punitiva" porque el Ministerio Público, al acudir ante el órgano jurisdiccional, puede intentar varias pretensiones que, genéricamente, serían de justicia; Clariá Olmedo así se expresa cuando se refiere a aquellos sistemas, como el nuestro, en los que el Ministerio Público, al ejercitar la acción, no necesariamente busca la condena de un reo, sino la declaración de la absoluta libertad de un individuo. Así también, por ejemplo, García Ramírez (*Curso de Derecho Procesal Penal*, p. 16), quien al referirse a esta situación en el Derecho mexicano, menciona los casos en los que al Ministerio Público la ley le ordena pedir la libertad del procesado. Por ello, en este caso particular, hablamos de "pretensión punitiva", porque se refiere a la hipótesis en la que el Ministerio Público actúa ante el órgano jurisdiccional pidiendo la condena, es decir, acusando.

Una vez que el Ministerio Público ha actuado ante los jueces, ejercitando la acción penal y abriendo con ello la actividad jurisdiccional, puede decirse que abdica de su titularidad para resolver en orden a la prescripción de la acción persecutoria. Al convertirse en una parte en el procedimiento penal, deja ya de tener la facultad que antes le era propia y ella pasa en exclusividad a los jueces. Esto está perfectamente definido en nuestras leyes sobre prescripción, como es visible en el artículo 101 del Código Penal para el Distrito Federal y para toda la República en materia federal, que tiene su equivalencia en casi identidad terminológica en los Códigos de los Estados de la República.

Este Artículo, en su párrafo segundo, dice: *La prescripción producirá su efecto, aunque no la alegue como excepción el acusado. Los jueces la suplirán de oficio en todo caso, tan luego como tengan conocimiento de ello, sea cual fuere el estado del proceso.*

Aquí vemos que se utiliza, como debe ser, la expresión "los jueces", para referirse a la declaración de los efectos extintivos de la prescripción y se menciona que son ellos quienes pueden resolver, en cualquier estado del proceso, acerca de la prescripción de la acción para perseguir ciertos y determinados hechos.

Por otra parte, los propios códigos procesales regulan la materia de la prescripción de la acción, cuando el Ministerio Público ya ha acudido ante el órgano jurisdiccional. Esto lo vemos en los Artículos 6° y 8° del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que dicen, respectivamente:

El Ministerio Público pedirá al juez la aplicación de la sanción correspondiente al caso concreto de que se trate o la libertad del procesado, sea porque el delito no haya existido, sea porque, existiendo, no sea imputable al procesado, o porque exista en favor de éste alguna de las circunstancias excluyentes de responsabilidad a que se refiere el capítulo IV, Título I, Libro Primero del Código Penal, o en los casos de amnistía, prescripción y perdón o consentimiento del ofendido; y en el Nuevo Código

Penal para el Distrito Federal se adiciona "Alguna de las circunstancias de extinción de la pretensión punitiva a que se refiere el título Quinto del libro primero de dicho ordenamiento".

El Artículo 8° nos dice: *En el segundo caso del Artículo 6°, el Agente del Ministerio Público presentará al juez de los autos su promoción, en la que expresará los hechos y preceptos de derecho en que se funde para pedir la libertad del acusado.*

Es clara en estos preceptos la posición que la ley señala para el Ministerio Público: es un peticionario o promotor; pero en todo caso, está supeditada su valoración de los hechos a la decisión de los jueces, punto particular.

En materia Federal, además de la aplicabilidad de los principios del Código Penal, podemos citar que el artículo 161 fracción IV del Código Federal de Procedimientos Penales señala la obligación del juez de estudiar las cuestiones relativas a la prescripción, desde el momento que señala que es requisito para dictar un auto de formal prisión que no exista en favor del inculpado alguna eximente de responsabilidad o causa de extinción de la acción penal. Es sabido que en nuestro sistema el auto de formal prisión es la cabeza del proceso y el que fija la situación jurídica de un procesado; el hecho de que la primera mención que en cuanto a la prescripción se hace en la legislación Federal se refiera al auto de formal prisión, no elimina, creemos, la posibilidad de que la prescripción sea estudiada antes, por ejemplo, al dictarse una orden de aprehensión, dada la amplitud que brinda el artículo 101 del Código Penal.

Lo anterior se confirma con la opinión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al decir:

ACCIÓN PENAL, PRESCRIPCIÓN DE LA. Si conforme a las disposiciones de la ley penal relativa, la acción para perseguir un delito está prescrita, la orden de aprehensión

que se libre contra el indiciado importa una violación de los Artículos 14 y 16 constitucionales. **SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, QUINTA (ÉPOCA, VOLUMEN .XVIII. PÁGINA, 1024, GUZMÁN CID BENITO.**

Desde nuestro punto de vista, la facultad de los jueces para resolver en cuanto se refiere a la prescripción de la acción persecutoria cubre la etapa que se inicia a partir del conocimiento que el juez tiene de los hechos al recibir la consignación que hace el Ministerio Público y culmina cuando cesa la *jurisdicción* del propio órgano encargado de administrar justicia al dictarse la sentencia definitiva. La prescripción, nos dice la ley, funciona de oficio y los jueces pueden hacerla valer en cuanto tengan conocimiento de ella; esto significa que en el momento mismo en el que por cualquier medio de convicción el juez se percate de que ha corrido el término necesario para la prescripción en el caso particular que esté conociendo, debe decretar los efectos extintivos de ella, sin someterse a formalidad alguna ni a tramitación especial, ya que su obligación no está sujeta a promoción de parte interesada, aun cuando, como es natural, pueda ser algún interesado procesal quien haga notar la existencia de la prescripción en el caso a estudio o la invoque como excepción.

No existe, creemos nosotros, limitación alguna para que, dentro de la etapa señalada, el juez pueda resolver sobre prescripción de la acción persecutoria. Así, cabe la posibilidad de que la estudie al momento procesal mismo en que recibe la consignación, sea con detenido o sin él; al obsequiar o negar un pedimento de orden de aprehensión, o de comparecencia; al dictar una resolución de término constitucional; en cualquier etapa durante el periodo de instrucción y, finalmente, al pronunciar sentencia. Obviamente, lo anterior está referido al juez natural o de Primera Instancia; pero también el Tribunal de Alzada puede resolver al conocer y tramitar cualquier recurso del que le haya sobrevenido la jurisdicción necesaria y, por último, las autoridades judiciales federales, conociendo de amparos directos o indirectos, igualmente pueden ser titulares de la facultad que venimos tratando.

Si pretendemos reducir la cuestión, se puede decir que donde la ley (artículo 101) se refiere a "jueces", está queriendo significar la más amplia acepción posible, que dicho a

la manera de Manzini, es el "sujeto preeminente de la relación procesal penal, representante monocrático o colegial del órgano jurisdiccional del Estado, encargado de ejercer la función soberana de jurisdicción en un determinado proceso penal".²⁵³

La posible declaración de prescripción de la acción persecutoria no tiene, conforme a lo que venimos exponiendo, más que la limitación que le da la vida misma de la acción, es decir, que no se haya dictado una sentencia firme sobre el caso particular, que no permita ya ninguna modificación ulterior por una autoridad judicial competente. Una vez que hay una sentencia ejecutoriada, nadie puede alterar la resolución judicial y la pretensión punitiva ha quedado agotada. Mientras exista la posibilidad de un recurso, o en su caso de un juicio de amparo, no hay tal sentencia ejecutoriada y, por lo mismo, un juez puede declarar la operancia de la prescripción en el caso concreto.

En razón de lo que exponemos en el párrafo anterior es necesario aclarar que el artículo 443, fracción II, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, dice que son sentencias irrevocables y por tanto causan ejecutoria las que se dicten en segunda instancia. Esto no es totalmente cierto, puesto que las sentencias de segunda instancia permiten el planteamiento del juicio de amparo conforme a los artículos 103 y 107 de la Constitución, lo que quiere decir que una sentencia de segunda instancia y las cuestiones que en ella se hayan tratado y resuelto, pueden ser modificadas en el juicio constitucional. Con esto se ratifica la amplitud que damos al término "jueces" y la facultad de ellos para resolver en orden a la prescripción de la acción persecutoria.

Es indispensable que hagamos en este momento una observación acerca de lo que creemos es una lamentable confusión terminológica de nuestro Código Penal y que puede, fácilmente, inducir a error si se pretende hacer una interpretación literal del texto del precepto cuestionado.

Nos referimos al tantas veces mencionado párrafo segundo del artículo 101, que dice en la parte que ahora interesa que "los jueces la suplirán (la excepción de prescripción)

²⁵³ Véase, de Vincenzo Manzini, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo II, p.11, Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1951.

de oficio en todo caso, tan luego como tengan conocimiento de ella, *sea cual fuere el estado del proceso*". Es la parte final de lo transcrito la que motiva ahora nuestro interés y, más concretamente, la connotación que se da a la voz "proceso", que tiene una significación muy definida en nuestro sistema y en la doctrina y que si pretendemos aplicar en materia de prescripción con esa identificada significación, pudiera parecer contradictoria con lo que antes hemos expuesto en cuanto a la amplitud de la facultad del juez para resolver en orden a la prescripción de la acción persecutoria.

La confusión tiene su punto original de partida en el párrafo segundo del artículo 19 constitucional que dice:

"...Todo *proceso* se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Si en la secuela de un *proceso* apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de acusación separada objeto de averiguación, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación si fuere conducente..."

De acuerdo con el texto transcrito, parece claro que el auto de formal prisión es la cabeza misma del proceso, o sea, que es el acto jurisdiccional que fija los motivos del enjuiciamiento; el proceso, en este orden de ideas, se inicia en el momento mismo en el que se dicta el auto de formal prisión.

A este respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene lo siguiente:

Auto de formal prisión, elementos del. *En el auto de formal procesamiento únicamente se debe fijar el tema del proceso al encuadrar, el órgano jurisdiccional, los hechos delictivos en algunas de las figuras del catálogo de tipos que señala el Código y estimar si existen bases para reprochar la comisión del delito al imputado. De ningún modo está obligado el órgano jurisdiccional, en el auto de formal prisión, a precisar el grado de responsabilidad del imputado, ya que esto es lo que constituye el objeto del proceso penal, en el que se debe establecer en concreto si existió el hecho delictivo y determinar la responsabilidad del acusado conforme a las*

conclusiones del Ministerio Público, en que fije y perfeccione el ejercicio de la acción penal; por tanto, en nada se agravia al reo por la determinación del resolutor de primera instancia al decretar la formal prisión simplemente por el delito de homicidio. **A. D. 8310/67. JOSÉ RUIZ MARTÍNEZ. AGOSTO 7 DE 1968. UNANIMIDAD DE 5 VOTOS. MAESTRO. PONENTE: ERNESTO AGUILAR ÁLVAREZ.**

A nivel doctrinario podemos citar en este aspecto a González Blanco, quien considera que dentro del desenvolvimiento del procedimiento penal mexicano existen tres etapas: la de averiguación previa, que tiene por objeto preparar el ejercicio de la acción penal y comprende desde la formulación de la denuncia o querrela (*notitia criminis*), hasta la consignación del caso ante la autoridad judicial; la de la preparación del proceso, que cubre desde el auto de radicación que dicta la autoridad judicial al recibir la consignación, hasta el pronunciamiento de la resolución de término constitucional, en la que se resuelve sobre la situación jurídica del inculpado y que puede ser de formal prisión, de libertad por falta de elementos para procesar o de sujeción a proceso y, en tercer término y que es la que nos interesa especialmente en este momento, la del proceso *estricto sensu*, que comprende desde el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, hasta la sentencia que resuelve la relación procesal originada por el delito y sobre la sanción que deba aplicarse en su caso".²⁵⁴

De acuerdo con estas ideas y dada la precisa connotación que se le da a la expresión "proceso", si se realiza una interpretación literal del mencionado párrafo segundo del artículo 101 del Código Penal, tendríamos que llegar a la conclusión de que el momento procesal oportuno y además único para que el juez hiciera uso de su facultad para resolver en orden a la prescripción de la acción penal lo era la etapa de proceso, es decir, que entre el pronunciamiento del auto de formal prisión o de sujeción a proceso y la sentencia era cuando se podían resolver cuestiones de prescripción.

²⁵⁴ GONZÁLEZ BLANCO, Alberto. *El procedimiento Penal Mexicano*, Editorial Porrúa. S.A., 1995, p.38. Similar distinción hace COLÍN SÁNCHEZ en *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, p. 46.

Esto, además de antitécnico, nos parece injusto. Pensamos que en el caso se está ante un problema puramente terminológico y que, por cuestiones de estilo, lo que el legislador llama "proceso", en realidad es *procedimiento*. Si entendemos que procedimiento es toda actividad regulada por la ley que se realiza en investigación de hechos aparentemente delictuosos y con la finalidad de llegar a una calificación final en cuanto a su naturaleza jurídica (delictuosa o no delictuosa) y obtener de ahí las consecuencias legales previstas, es indiscutible que en todas aquellas actividades en las que intervenga el Juez, habrá posibilidad de resolver en orden a la prescripción, por quienes el titular de esa facultad una vez que ella le ha sido transmitida por el Ministerio Público al realizar el acto de consignación o, lo que es igual, el juez puede resolver en cuanto a la prescripción de la acción persecutoria en cualquier momento, una vez que tiene la jurisdicción sobre los hechos. Basta que entendamos que donde la ley dice "sea cual fuere el estado del proceso", puede y debe interpretarse como "sea cual fuere el estado del procedimiento", para que quede cubierta toda la etapa del procedimiento penal que se realiza ante el órgano jurisdiccional.

En cuanto a que el Juez puede resolver sobre prescripción de la acción fuera de lo que se entiende por proceso, podemos citar la siguiente tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

ACCIÓN PENAL, PRESCRIPCIÓN DE LA. Si conforme a las disposiciones de la ley penal relativa, la acción para perseguir un delito está prescrita, *la orden de aprehensión que se libre contra el indiciado importa una violación de los artículos 14 y 16 constitucionales.* **SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, QUINTA ÉPOCA, VOLUMEN XVIII, PÁGINA 1024, GUZMÁN CID BENITO.**

Consideramos que es clara la posición en la tesis precedente en cuanto a que es perfectamente posible y aun diríamos obligado, estudiar y resolver sobre prescripción de la acción persecutoria al momento de librar una orden de aprehensión que, obviamente, es anterior a la iniciación de un proceso, con lo que se confirma, según

nuestro punto de vista, la correcta interpretación del párrafo segundo del Artículo 101 del Código Penal en el aspecto que antes apuntamos.

Para concluir con este apartado citaremos otra resolución más reciente de la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dice:

ACCIÓN PENAL, PRESCRIPCIÓN DE LA. Aún cuando la actuación del Ministerio Público, mediante el inicio de la averiguación hasta el ejercicio de la acción penal y la consignación, haya interrumpido la prescripción de la acción penal en un caso, si entre la fecha en que se radicó la causa en el juzgado del conocimiento y aquella en que se libró la orden de aprehensión transcurrió un plazo mayor al señalado en el artículo 111 del Código Penal, en el supuesto de que éste sea el aplicable, debe estimarse que ha operado la prescripción de la acción penal relativa. **A.D. 5539/1970. JOSÉ GERARDO MANZO ISLAS. JULIO 26 DE 1971. UNANIMIDAD DE 4 VOTOS. PONENTE. MTRO. EZEQUIEL BURGUETE FERRERA. SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, SÉPTIMA ÉPOCA, VOLUMEN XXXI, 2A. PARTE, PÁGINA 13.**

Con lo expuesto en este apartado queda precisada la titularidad de la facultad para resolver en cuanto a la prescripción de la acción persecutoria en favor del Ministerio Público en la etapa en que actúa como autoridad y del órgano jurisdiccional a partir de que recibe la consignación y hasta que se pronuncia una sentencia que resuelve en definitiva la pretensión punitiva del Estado.

3.7.4.2 TITULAR DE LA DECLARACIÓN DE PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN LEGALMENTE IMPUESTA.

En materia de prescripción de la acción persecutoria, la titularidad de la facultad para declararla es clara y basta con hacer una gran separación en la secuela procedimental, para referirse primero a la etapa previa al ejercicio de la acción penal o de preparación para ello y luego a la otra etapa que se inicia a partir del conocimiento de los hechos

por parte del Juez, para que podamos decir que en el primer caso el titular de la facultad de declarar la prescripción lo es el Ministerio Público y en el segundo el Juez u órgano jurisdiccional.

Desde el inicio del presente capítulo mencionamos que él tendría dos apartados, por congruencia con la ley; ésta se refiere a prescripción de la acción persecutoria y también a prescripción de la sanción. En el primer apartado hemos visto lo relativo a la titularidad que venimos tratando referida a la prescripción de la acción y ahora hemos de ocuparnos de la prescripción de la sanción. Las cuestiones relativas a la prescripción de la acción están suficientemente tratadas en nuestras leyes penales y el problema en orden a la titularidad de la declaración puede decirse que se reduce, en realidad, a una correcta ubicación del momento procedimental en que se produzca. Es así como hemos podido llegar a afirmar, sin reserva alguna, que mientras no se está actuando ante los tribunales porque se haya hecho ya una consignación, la facultad declaratoria es propia del Ministerio Público y que una vez que el Juez toma conocimiento de los hechos, sólo él puede resolver en orden a la prescripción de la acción. Esto, que es tan claro, *no* ocurre en ninguna forma respecto de la prescripción de la sanción, ya que en esta hipótesis no existe norma alguna que sea de aplicación diáfana y precisa; por razones que no alcanzamos a comprender, los legisladores nacionales no se han preocupado por resolver la cuestión mediante la erección de una norma en la que se establezca en forma precisa cuál de los órganos de la administración pública es el facultado para declarar la prescripción de la sanción legalmente impuesta por la autoridad judicial.

La práctica nacional ha dejado que esta facultad se le atribuya a la propia autoridad judicial; sin embargo, de acuerdo con nuestro sistema constitucional, todo acto de autoridad debe ser fundado y motivado, y en lo que ahora tratamos no existe fundamento legal que conceda a la autoridad judicial la facultad para resolver en orden a la prescripción de la sanción y ello debe preocupar a los estudiosos, ya que en cualquier momento puede presentarse la necesidad de abordar la constitucionalidad de esta actividad que se desarrolla en nuestros tribunales y que carece, como decimos, de un fundamento preciso.

La cuestión, creemos nosotros, presenta problemas a nivel académico, si partimos de una idea convencional de lo que se entiende por jurisdicción. Por ejemplo, tenemos que Carnelutti ha dicho que "la jurisdicción de cognición presenta en dimensiones macroscópicas los caracteres del *ius dicere*, verdaderamente, la misma se agota en un dictio, que es el discurso, mediante el cual el Juez declara positiva o negativamente la certeza del delito y por eso condena o absuelve al imputado; aquello que por el Juez se dice es *ius*, en sentido indicado antes de estatuir relaciones jurídicas".²⁵⁵

De acuerdo con lo anterior, el juez agota su jurisdicción en el momento en que dicta sentencia, condenando o absolviendo y esto es lo que, según nuestra ley, será tenido como verdad legal. La jurisdicción de los jueces penales se agota al venir la calidad de sentencia ejecutoria de la resolución por ellos pronunciada. Para los efectos de la prescripción de la sanción interesan, obviamente, sólo aquellas sentencias condenatorias que impongan una sanción y que hayan quedado como verdad legal.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación dice:

**PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y
PRESCRIPCIÓN DE LA PENA.** *Legislación del Estado de Jalisco.* Hay dos clases de prescripción: la de la acción y la pena.

La acción penal como derecho de persecución nace cuando se ha cometido un delito y prescribe por el transcurso del tiempo si no se ejercita por el Ministerio Público, reclamando del órgano jurisdiccional la declaración del derecho en el acto que estima delictuoso y la determinación de la pena que debe aplicarse al delincuente. Consecuentemente, la prescripción de la acción supone una inactividad del Ministerio Público por todo el tiempo que la ley señala como suficiente para extinguirse por su no ejercicio o actuación de ese derecho de persecución.

En cambio, la prescripción de la pena supone el incumplimiento de la sentencia, y el quebrantamiento, en una pena privativa de la libertad, es cabalmente la fuga.
**DIRECTO 8793/1960. SANTOS RODRÍGUEZ MARAVEL.
RESUELTO EL 2 DE MARZO DE 1961, POR UNANIMIDAD**

²⁵⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*, op cit., p. 146..

**DE 4 VOTOS. PONENTE: SR. MTRO. RIVERA SILVA.
SRIO. LIC. VÍCTOR MANUEL FRANCO. BOLETÍN 1961,
PÁG. 223.**

En esta tesis se está estableciendo, sin lugar a dudas, por razones de lógica y de técnica jurídica, que la prescripción de la sanción supone la sentencia condenatoria que impone una sanción en forma inatacable e irreversible. De esto tenemos la consecuencia natural de que para que pueda haber prescripción de la sanción tiene que haber sentencia firme y la sentencia firme agota la jurisdicción. Aquí ya estamos ubicados en el fondo de la cuestión, o sea, saber cómo y por quién se resuelve la prescripción de la sanción, si ya no tiene, aparentemente, jurisdicción suficiente el órgano jurisdiccional.

No obstante la afirmación categórica relativa al agotamiento de la jurisdicción por el acto de pronunciamiento de una sentencia definitiva, esto es sólo parcialmente cierto. En efecto, lo que queda plenamente agotado al dictarse la sentencia es aquel aspecto de la jurisdicción concerniente a la capacidad del órgano jurisdiccional para resolver acerca de la naturaleza, delictuosa o no delictuosa, de un hecho determinado que es motivo de conocimiento por parte del Juez y la calidad de delincuente o no delincuente que corresponde a quien o quienes hayan intervenido en la realización del hecho particular. En esto están acordes los códigos procesales que hemos venido manejando, o sea, el del Distrito Federal y el Federal para toda la República.²⁵⁶

Ya se ha dicho que la potestad de decisión del Juez respecto de los hechos puede presentarse en dos formas al dictar sentencia en un proceso penal: una, cuando absuelve en definitiva, en la que agota toda su jurisdicción y se consuma con la libertad absoluta del imputado y la otra cuando condena, que implica, necesariamente, una apertura para una nueva forma de la jurisdicción, como consecuencia de la calificación dada al hecho como delictuoso y al sujeto como delincuente. En este segundo caso, hay una jurisdicción llamada ejecutiva, en la cual el órgano jurisdiccional está obligado a realizar una serie de actos que tienen pleno fundamento y que son necesarios para la

²⁵⁶ Véase en este sentido el Artículo 1° del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y el 4°.. párrafo primero, del Federal de Procedimientos Penales.

culminación del *ius punendi*, no obstante que, como antes expusimos, aparentemente habíase ya agotado la jurisdicción.²⁵⁷

En la legislación procesal para el Distrito Federal se presenta con absoluta claridad el caso en el que habiéndose dictado ya la sentencia y agotado la jurisdicción de cognición, el órgano jurisdiccional debe seguir actuando, aun cuando ya no sea para "decir el Derecho", sino para ejecutar lo ya resuelto. Este caso es el de los artículos 578 y 580, que dicen:

Artículo 578. Pronunciada una sentencia ejecutoriada condenatoria o absolutoria, el juez o el tribunal que la pronuncie expedirá dentro de cuarenta y ocho horas una copia certificada para la Dirección General de Prevención y Readaptación Social, con los datos de identificación del reo.

Artículo 580. El juez o tribunal están obligados a dictar de oficio, todas las providencias conducentes para que el reo sea puesto a disposición de la Dirección General de Prevención y Readaptación Social.

Como es manifiesto de la transcripción hecha, no obstante que ya se ha dictado una sentencia condenatoria y que ésta es definitiva por haber sido declarada ejecutoria, el juez aún conserva cierta capacidad de actuación, aun cuando no sea ya para aquello que normalmente hemos entendido como jurisdicción y que es lo que Carnelutti llama jurisdicción de cognición; pero sí puede el Juez actuar para que la verdad legal contenida en la sentencia se convierta en una realidad en el mundo de la naturaleza; dentro de las providencias que conforme al artículo 580 puede dictar el juez las hay tan trascendentes como son la orden misma para que alguien sea reducido a prisión y quede a disposición de la autoridad administrativa encargada de la ejecución de las sanciones o la revocación de una libertad concedida provisionalmente para la tramitación del procedimiento penal.

²⁵⁷ A este respecto puede verse el criterio de Carnelutti en las *Lecciones sobre el Proceso Penal*, antes citada, vol. II, pp. 244 a 269 y Alcalá-Zamora y Castillo.

Vemos, de acuerdo con estos ejemplos, que ya fuera de la jurisdicción de cognición y una vez inclusive que ésta ha quedado totalmente agotada en virtud de una sentencia definitiva, el órgano jurisdiccional sí conserva cierta esfera de facultades y es por ello que antes habíamos mencionado que con la sentencia definitiva, aparentemente se consumía la jurisdicción.

Trayendo la cuestión al área de la prescripción de la sanción y, más concretamente, a la titularidad de la declaración respecto de ella, consideramos que si la prescripción de la sanción presupone la sentencia ejecutoria, lo que es obvio, no puede pensarse en una facultad en favor de los jueces si entendemos la jurisdicción en su manera primaria; pero si la hacemos extensiva a la jurisdicción de ejecución, es sostenible la afirmación en el sentido de que el titular de la facultad de declaración de prescripción de la sanción legalmente impuesta lo sea el propio juzgador, a quien corresponde colaborar para la consecución del derecho del Estado para ejecutar la sanción que se ha impuesto a un delincuente.

Esto viene a ser lo que Leone distingue en las siguientes frases: "Lo que conviene mantener bien claro es la distinción, en derecho sustancial, entre derecho subjetivo de castigar del Estado-administración, y poder de juzgar y Levene, *Derecho Procesal Penal, tomo I*, p. 192. (Edición de Guillermo Kraft, Ltda., Buenos Aires, 1945.) del Estado-jurisdicción, así como la distinción en derecho procesal entre la función del Ministerio Público y la función del juez: esa distinción que, con su acostumbrada solemnidad establecía Binding entre el poder de pedir el pronunciamiento de la sentencia penal y el derecho subjetivo de castigar.²⁵⁸

Es innegable que la sentencia pone fin a un procedimiento penal; pero también es cierto que nada alcanzaría el Derecho Penal en sus finalidades esenciales si la sentencia no se convirtiera en una realidad más allá de lo meramente declarativo; por ello es que debe haber la apertura para la realización de actos de autoridad judicial, aun después

²⁵⁸ LEONE, Giovanni *Tratado de Derecho Procesal Penal*, op. cit., pp. 270-271. La referencia a Binding la anota el autor citado diciendo que para el propio Binding "el derecho subjetivo de castigar no comprende ni el derecho a la legislación penal, ni el derecho a la jurisdicción penal y tampoco el derecho a la acción penal, sino únicamente el derecho a la aplicación de la pena".

de dictada la sentencia, para lograr la meta final que se persigue. Ahora bien, si el Juez puede y debe actuar después de dictada la sentencia para hacerla efectiva, también es natural que tenga la facultad para resolver los casos en los que la sentencia se vuelve inejecutable por haber transcurrido el término necesario para que opere la prescripción de la sanción impuesta. Si el Juez tiene abierta su jurisdicción para realizar los actos tendentes a la ejecución de la sentencia, igualmente debe tenerla respecto de aquellos actos que han sido regulados y que se refieren a la prescripción de la sanción, aun cuando debamos insistir en que no es la sanción lo que prescribe, sino el derecho a ejecutarla, o sea, la afectación al *ius punendi*.

Lo perfecto, no se duda, sería la existencia de una disposición que en forma expresa se refiriera a esta titularidad para resolver en orden a la prescripción de la sanción legalmente impuesta; pero el silencio de la ley nos ha llevado a la formulación de las precedentes observaciones para concluir que, desde nuestro punto de vista, la facultad en cuestión es de los jueces u órganos jurisdiccionales.

3.8 DIFERENCIA ENTRE PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

3.8.1 PROCESOS ATÍPICOS

La Jurisdicción está establecida, normalmente, para restablecer entre particulares el equilibrio jurídico violado.

Sin embargo, existen situaciones jurídicas que el legislador ha querido resolver con la intervención de los jueces y a través de una resolución judicial, no obstante que existe una controversia.

Se trata pues, de procesos en que no se busca la tutela jurídica de un sujeto frente a otro u otros, sino de la tutela objetiva de determinados intereses, que el legislador ha querido confiar a los jueces. Piénsese en los actos que realizan en nuestro derecho los jueces ahora denominados de lo familiar, a quienes compete: conocer de todos los

asuntos judiciales que afecten a la persona o intereses de menores o incapacitados sujetos a tutela; vigilar los actos de los tutores, el diferimiento de tutelas, etcétera.

En estos casos, el legislador ha considerado necesario conferir a un órgano jurisdiccional determinados actos que presupone la certificación o corroboración de los hechos, que pueden producir efectos jurídicos; es más, en algunos casos, no se producen determinados efectos jurídicos, sino mediante la resolución del órgano jurisdiccional.

Esta actitud del juez, propiamente no puede quedar encuadrada en la ficción jurisdiccional contenciosa, ni en la puramente administrativa de la jurisdicción voluntaria.

Se trata, pues de un *Tertium genus*, distinto de la jurisdicción y de los actos puramente administrativos, que origina procesos que denominamos procesos atípicos.

Quedan también comprendidos en esta clasificación, aquellos procesos que no terminan por sentencia, sino por transacción, *lite pendente*, desistimiento de la instancia o de la acción, allanamiento de la demanda, o caducidad de la instancia, reconocida ahora por el Código de Procedimientos Civiles.

3.8.2 CADUCIDAD DE LA INSTANCIA

La caducidad de la instancia la define Guasp como la extinción del proceso que se produce por la paralización durante cierto tiempo, en que no se realizan actos procesales de parte.

El proceso se extingue no por actos, sino por omisiones de las partes.

Nosotros hemos sido contrarios a todo intento de abrir una puerta falsa a la administración de justicia, permitiendo a los órganos jurisdiccionales de cualquier categoría declarar caducos los procesos por inactividad de las partes y más aún, por

inactividad de los jueces mismos. Pero una reforma legislativa ha desvirtuado de tal manera esa institución que creemos necesario reproducir una conferencia sustentada en el ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, para poner de manifiesto los errores que contiene. Se dijo entonces:

El Diario Oficial de la Federación del día 31 de enero de 1964, publicó el decreto “sobre reformas y adiciones al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales”, que entró en vigor desde el día siguiente de su publicación, o sea, el uno de febrero, según el artículo tercero del mismo.

Se adicionó en virtud de dicho decreto el capítulo Sexto del Título Segundo del ordenamiento mencionado, estableciendo y reglamentando la caducidad de la instancia.

3.8.3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

No obstante la ascendencia hispana de nuestra legislación procesal, los códigos distritales de 1884 y de 1932 ignoraron la caducidad de la instancia introducida en la ley de enjuiciamiento civil española de 1881, en sus artículos 411 al 420. Manresa y Navarro afirma que estas disposiciones derogaron la antigua jurisprudencia, según la cual, nunca caducaban las instancias y un pleito abandonado por muchos años podía continuarse en el estado que tenía cuando quedó paralizado, cualquiera que fuese el tiempo que hubiere transcurrido” (Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Madrid, 1904, Tomo II, p.259)

Tampoco los códigos federales, anteriores al vigente trataron este problema, por tanto, puede decirse que en México fue el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Guanajuato, de 22 de enero de 1934, el primero ordenamiento que introdujo la caducidad, en materia civil.

Desde el punto de vista doctrinal, se discute el origen de esta institución. Algunos autores invocan instituciones romanas como fuentes de la misma.

Sin apegarse a tesis concreta alguna, vamos únicamente a recordar hechos históricos de los que pueden sacarse enseñanzas para la exégesis de los textos de la nueva legislación objeto de la presente consideración.

Es de todos conocido que los juicios, en el sistema formulario romano, eran de dos clases: *judicia legitima* y *judicia quae sub imperio continentur*. Los juicios eran legítimos cuando tenían lugar en Roma o dentro de la primera milla alrededor de la ciudad, ante un solo juez, debiendo tener todas las partes la ciudadanía romana. Faltando cualquiera de estas condiciones, se trataba de un juicio *quod sub imperio continentur*.

Gayo, después de definir los juicios legítimos agregaba: *eaque lege Julia judiciaria nisi in añño et sex mensibus iudicata fueviat, expirant, et hoc est quod vulgo dicitur, e lege Julia litem añño et sex mensibus mori*. Es decir: y éstos (los juicios legítimos), en virtud de la ley Julia judicial, si no son juzgados en un año y seis meses, expiran y a esto el vulgo llama la muerte del litigio en un año seis meses, por la ley Julia.

Al referirse a los segundos, el mismo autor agregaba: *ideo autem imperio contineri iudicia dicuntur, quia tamdiu valent quamdiu is, qui ea precepti, imperium habitat*. En castellano equivale a decir: estos juicios, en tanto valen, en cuanto el que los ordenó (o sea, el magistrado) tenga imperio (Gayo, IV, 103 a 105)

La duración pues, de estos últimos juicios estaba ligada al poder del magistrado que los había ordenado.

El efecto de ambas extinciones era diverso: en los juicios legítimos, extinguido el plazo de un año y seis meses, se extinguía el juicio de pleno derecho, extinguiéndose así el derecho sustantivo, ya que el actor podía recurrir al nuevo magistrado para obtener otra fórmula contra el mismos demandado y por la misma causa de pedir.

Los autores califican equívocamente ambas extinciones con las expresiones: *mors litis, expiratio o solutio iudicii* (muerte del litigio, expiración o terminación del juicio).

En el sistema extraordinario, al desaparecer la dualidad de magistrado y juez, la *litis contestatio* perpetuaba la acción y los juicios podían durar indefinidamente, causa a la cual puede atribuir que Justiniano diera la constitución *Properandum*. (Codicis, III, 1, 13)

El texto de esta constitución, sintetizado, es como sigue:

Properandum nobis visum est, ne lites fiant pene immortales et vitaehominum modum excedant...censemus itaque omnes lites...pro quibus ómnibus Inter. se litigandum est, non ultra trieni metas post litem contestatam esse protraheudas; sed omnes iudices... non esse eis concedendum ulterior lites, quam trieni spatium, extendere. Es decir: urgente nos ha parecido evitar que los litigios se hagan casi inmortales y excedan de la vida de los hombres; por tanto estimamos que todos los litigios por los que los hombres litigan no deben de exceder de tres años, después de la *litis contestatio* y a ningún juez puede concederse autorización para alargar los litigios.

El trienio de la legislación justiniana fue la letra muerta tanto en el derecho romano como en el medieval y en el canónico primitivo y las disposiciones que lo consagran, se tomaron siempre como un consejo dado a los jueces, para evitar que los procesos se alargaran, pero su incumplimiento no producía efectos jurídicos dentro de los procesos respectivos.

Pero lo que se conservó en el transcurso de los siglos, al pretender limitar la duración de los procesos, fue el plazo de tres años.

Así, la Tercera Partida (título IV, ley XXVII) limitó el plazo dentro del cual los árbitros podían resolver “*el pleyto que les metieron en mano*”, diciendo: *Mas si las partes non señalasen plazo nin día cierto a que los juzgadores librasen, el pleyto entonces decimos que lo deben librar lo más aína que podieren, de manera que non se alvengue desde el día que lo recibieron mas de tres años; ca si deste tiempo adelante quisieren usar desu oficio, non podieren facer.*

Los glosadores dedujeron: *potestas arbitri finitur triennio, lite coepta, vel non coepta, per istam legem*. Por esta ley debe concluirse que la potestad del árbitro termina con el trienio, empezando o no empezando el litigio.

El plazo de tres años lo fija, al establecer la caducidad, el Code de Procédure Civil, que entró en vigor el 1 de enero de 1807, inspirado como se sabe en la ordenanza sobre la justicia civil de 1667, artículo 97 y siguientes y más tarde, el Código procesal italiano de 1865 en el artículo 388, exigió un periodo de tres años de inactividad en los juicios ante los tribunales superiores y ante los tribunales de primera instancia, para declarar la caducidad de la instancia.

Otros, en cambio, han considerado que esta institución es de escaso valor y así dice Chiovenda que “Tanto el legislador alemán como el austriaco no han adoptado esa institución, por su escasa utilidad. (Instituciones, III, p. 334)

Finalmente, en Italia, después de establecerla en la legislación de 1865, fue abolida en el Código de 1940, debido según Alcalá Zamora, a la autoridad de Chiovenda, enemigo acérrimo de la misma. Sin embargo, el artículo 307 del Código vigente, que trata de la extinción del proceso por inactividad de las partes, fue modificado por la ley de 14 de julio de 1950 con soluciones que, como veremos después, no han satisfecho a la doctrina.

3.8.4 EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Con estos antecedentes, entremos en materia y para comprender la mentalidad de nuestros legisladores, creemos necesario aludir a la exposición de motivos del Código de Guanajuato, inspirador del Federal y fuente remota de todas las disposiciones análogas.

Es necesario conocer los fundamentos de la iniciativa presentada a la Cámara de Diputados por su autor, el diputado Genaro Vázquez Colmenares, para la reforma que venimos comentando.

Finalmente nominaremos el dictamen de la Segunda Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados al analizar el articulado cuyos motivos se expone.

El legislador guanajuatense fundó así la caducidad de la instancia:

“Con el objeto de que no se acumulen los negocios en los tribunales, con mengua de la atención que los encargados de administrar justicia deben prestar a los negocios que para ellos representan un aspecto de actualidad; para evitar el que las cuestiones que han sido llevadas ante las autoridades judiciales, para su resolución, por los interesados, quedan indefinidamente estampadas, sino que, por el contrario, quede definitivamente establecido y penetre así en la conciencia de los litigantes el que una vez solicitada la intervención del poder público, con el objeto de resolver cuestiones privadas, esa intervención vaya hasta su fin, resolviendo las mencionadas cuestiones, y evitándose de esta manera el que los interesados solo muevan o agiten sus negocios cuando así les convenga y los dejen paralizados para ganar u obtener, como sucede en muchas ocasiones, ventajas indebidas sobre sus contrarios, se ha establecido en el Proyecto de Código en cuestión, una reforma de concluir los litigios, cuando el abandono de las partes interesadas en él los deje paralizados. Esto queda comprendido en el capítulo denominado Caducidad”.

3.8.5 CADUCIDAD

En lo conducente, en el proyecto de derecho, el diputado Vázquez Colmenares, sostuvo estos motivos para fundar su iniciativa, que aún cuando fue aceptada se amplió en el texto definitivo: “En los últimos años, la multiplicación de las causas civiles y mercantiles y su acumulación constante ante los tribunales del ramo Civil en el Distrito Federal, se han convertido en un problema que hace lenta y costosa la administración de justicia.

Ello se debe a dos causas fundamentales: el crecimiento de la población y la intensidad de la actividad económica.

El problema señalado hace que en la práctica, no obstante los términos procesales, la resolución de los litigios planteados ante los tribunales se prolongue por años. Además debe tenerse en cuenta la falta de una disposición en el Código de Procedimientos Civiles, que establezca la figura procesal conocida desde el Derecho Romano como caducidad de la instancia, que en la actividad resulta indispensable tanto para descongestionar a los juzgados civiles de los juicios inconclusos cuanto para impedir a muchos litigantes valerse de esa laguna de la ley para alargar indefinidamente los procesos.

A las anteriores consideraciones debe agregarse el interés del Estado en procurar una administración de justicia pronta y expedita, en la que la actividad de los órganos jurisdiccionales no se despliegue innecesariamente y resulte ineficaz en perjuicio de la sociedad. Es indudable que cuando los órganos jurisdiccionales no cumplen con suficiencia las finalidades para los que fueron creados, el interés público se lesiona y la ciudadanía pierde la confianza en las autoridades encargadas de impartir justicia.

3.8.5.1 Enunciado de la norma

Con estos antecedentes se puede iniciar el estudio de la norma. La caducidad de la instancia, dice el nuevo artículo 137 bis, operará de pleno derecho cualquiera que sea el estado del juicio desde el emplazamiento hasta la citación para sentencia en los juicios ordinarios, si transcurridos ciento ochenta días hábiles contados a partir de la notificación de la última determinación judicial no hubiere promoción de cualquiera de las partes; o si tratándose de juicio oral sumario las partes dejasen de concurrir a dos audiencias consecutivas cuando el juez estimara indispensable su presencia.

3.8.5.2 Definición

Toda interpretación de una norma de derecho positivo debe partir del entendimiento de los términos empleados por el legislador, pues de lo contrario, no puede deducirse su contenido y alcance.

Por tanto, debemos averiguar qué entendió el legislador por caducidad de la instancia.

Indudablemente que dejó a la doctrina y a la jurisprudencia la definición del instituto, para no incurrir en errores o inexactitudes.

Pero como está por formarse la doctrina mexicana sobre caducidad y la jurisprudencia que se conoce deriva más bien de los sobreseimientos en materia de amparo, es necesario recurrir a los motivos que fundaron la adición que estamos analizando.

Vázquez Colmenares, en su exposición de motivos afirma que el proyecto “fija claramente la naturaleza de la caducidad de la instancia; sus alcances se limitan con toda precisión a fin de evitar confundirla con otras figuras como la prescripción y la preclusión, con las que si bien guarda cierta semejanza, es sin duda, visiblemente distinta. No se trata de delimitar o reducir el tiempo dentro del cual debe ejercitarse un derecho, ya que esto en tratándose de prescripción sería materia del Código Civil y en tratándose de preclusión, sería objeto de otras reformas al Código de Procedimientos Civiles. Por el contrario, lo que se persigue es fijar un término ya iniciada la instancia, dentro del cual, si las partes en pugna no promueven lo necesario para conducir el juicio hasta su fin natural y por la falta de interés o intencionalmente lo abandonen, opere de pleno derecho la caducidad de la instancia con todos sus efectos procesales, pero sin afectar de modo alguno la naturaleza de la acción ejercitada en el juicio.”

En el dictamen de la Segunda Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, se da por supuesto que la caducidad de la instancia está claramente delineada por la ley y solo se motiva el fundamento de la institución.

Ante esta claridad que deslumbra, debemos adivinar el objeto de nuestro estudio, reconstruyéndolo con ideas dispersas en las diversas fracciones que integran el precepto.

3.8.5.3 Caducidad y acción

En la fracción II, se dice: “La caducidad extingue el proceso, pero no la acción; en consecuencia, se puede iniciar un nuevo juicio”.

Recordando las reglas de la lógica, vayamos a los efectos, para conocer la causa y el contenido de la institución.

Se trata pues, de una institución extintiva del proceso, pero no de la acción deducida, debiéndose tener la palabra acción en el sentido de derecho sustantivo hecho valer, ya que claramente se dice que “puede iniciarse nuevo juicio”.

Si el derecho sustantivo no resulta afectado –nos preguntamos-, ¿Para qué sirve la institución?

Desde luego, no para suprimir procesos, sino más bien para proliferarlos, porque si caducó uno, iniciaré otro y lo que haré como litigante, lo harán los demás. Lejos pues, de evitar la multiplicación de las causas civiles y su acumulación, como dijo Vázquez Colmenares, la caducidad va a proliferar procesos innecesarios.

En lugar de uno, habrá dos o más sobre el mismo problema y entre las mismas partes.

Desaparece, pues, la primera y principal causa de la creación de ese remedio para evitar acumulación de procesos.

3.8.5.4 Caducidad y juicios mercantiles

Es necesario, en este momento, hacer notar un error que puede ser gravísimo, si se toma al pie de la letra la exposición de motivos de Vázquez Colmenares: trataba de evitar la multiplicación de las causas civiles y mercantiles.

Es indubitable que en materia mercantil esta adición no va a poder aplicarse, por la sencilla razón de que se adicionó y reformó la legislación local del Distrito Federal y no la Federal Mercantil en materia Procesal. El legislador local no puede invadir facultades reservadas a la federación.

Por otra parte, no debe olvidarse la jurisprudencia de la Suprema Corte cuando dice:

El artículo 1051 del Código de Comercio previene que en defecto de sus disposiciones, se aplicará la ley de procedimiento local respectiva, lo que significa que esta ley solo puede aplicarse a aquellas materias o cuestiones procesales que, comprendidas en el respectivo Código Mercantil, se encuentren carentes de reglamentación o definitivamente reglamentadas.

Por tanto si la legislación mercantil ignora la caducidad de la instancia, la reforma que se comenta no puede aplicarse en forma supletoria, como si alguien pudiera pretender hacerlo.

3.8.5.5 Juicio en que no se aplica

Aquí no terminará la eliminación. En la fracción VIII del artículo 137 bis se dice: no tiene lugar la declaración de caducidad: a) En los juicios universales de concursos y sucesiones, pero sí en los juicios con ellos relacionados que se tramiten independientemente que de aquéllos surjan o por ellos se motiven; b) en las actuaciones de jurisdicción voluntaria; c) en los juicios de alimentos y en los previstos por los artículos 322 y 323 del Código Civil; y d) en los juicios seguidos ante justicia de Paz.

Como son tan pocos los concursos que se tramitan en los juzgados y siendo evidente que el legislador pudo referirse solo a este tipo de juicios universales, sin que debiera confundirlos con los juicios universales mercantiles, quiebras o suspensiones de pagos, la caducidad en poco va aminorar la acumulación de causas, tanto más que no debe perderse de vista que si los juicios que se relacionan tanto con los concursos como las sucesiones, así derivan de ellos, son mercantiles, tampoco les va a afectar el nuevo instituto.

Por lo demás es lógico que no pueda caducar una sucesión o un concurso, porque no tendría sentido dejar sin efecto el reconocimiento de herederos, el nombramiento de albaceas o síndico, los inventarios practicados, etcétera, y todo para volver a empezar.

3.8.5.6 Estudio procesal de aplicación

La caducidad opera, dice el primer párrafo del artículo 137 bis, de pleno derecho, cualquiera que sea el estado del juicio, desde el emplazamiento hasta la citación a sentencia en los juicios ordinarios.

En otras palabras, en los juicios ordinarios civiles solo procede la caducidad en el periodo anterior a la sentencia.

Esto, ya es un avance frente al Código Procesal Federal y a la Ley de Amparo, pues elimina los recordatorios a los jueces para que dicten sentencia, constituye una limitación; no se aplica la caducidad durante los procedimientos de ejecución de sentencia.

Reducido el campo visual del autor del proyecto, veamos ahora los supuestos de inactividad que genera la caducidad.

No podemos apartarnos de “las clarísimas disposiciones” que contiene la norma estudiada, para evitar errores o falsas apreciaciones.

Por lo tanto, no olvidemos que la caducidad de la instancia es, hasta lo que hemos visto, una institución extintiva del proceso, que deja vivos los derechos sustantivos hechos valer, para poder reiniciar un nuevo juicio, limitadas en primera instancia, a juicios civiles en que no se haya dictado sentencia, pero con exclusión de procesos expresamente determinados.

3.8.5.7 Supuestos de inactividad

El primer párrafo del artículo 137 bis hace un distingo: Si se trata de juicios ordinarios la caducidad opera si transcurridos ciento ochenta días hábiles contados a partir de la notificación de la última determinación judicial no hubiere promoción de cualquiera de las partes; si tratándose del juicio oral o sumario de las partes, dejasen concurrir a dos audiencias consecutivas cuando el juez estimara indispensable su presencia.

Por tanto, son dos sistemas distintos: en los juicios o resoluciones, opera la caducidad por el transcurso de ciento ochenta días; en los sumarios y en los ordinarios que se tramitan oralmente por la no asistencia a dos audiencias consecutivas, cuando el juez estimare indispensable la presencia de las partes.

3.8.5.8 Caducidad de incidentes

Tratándose de incidentes, la fracción V establece: *“La caducidad de los incidentes se causa por la falta de asistencia de las partes a dos audiencias consecutivas, si el juez estimare necesaria su presencia”*.

De lo anterior tenemos que concluir que no existe una sola causa de caducidad, sino que son varias, atendiendo a la naturaleza del juicio.

3.8.5.9 Interrupción de la caducidad

El término de la caducidad solo se interrumpirá por promociones de las partes o por actos de las mismas, realizados ante autoridad judicial diversa, siempre que tengan relación inmediata y directa con la instancia.

Dado el carácter odioso (en sentido técnico) de esta institución, debemos interpretarla estrictamente y, por tanto, estimamos que cualquier acto de parte realizado dentro del plazo de ciento ochenta días, es insuficiente para interrumpir la caducidad, sin que sea necesario que se trate de promociones válidas.

3.8.5.10 Declaración de la caducidad

El juez, dice la fracción I, la declarará de oficio o a petición de cualquiera de las partes cuando concurren las circunstancias a que se refiere el artículo en comento.

Esta forma de declaración es una consecuencia de la afirmación de que la caducidad de la instancia es de orden público, irrenunciable y no puede ser materia de convenios entre las partes.

Pero viendo el fondo, estimamos que se trata de una resolución puramente declarativa, ya que el juez, para hacer la declaratoria respectiva, deberá comprobar que quedaron satisfechos los extremos legales que determinan la caducidad.

Cuando la declaración no se hace de oficio, sino a petición de parte, el precepto comentado no dice si se tramita o no un incidente, si la secretaria debe certificar el transcurso del plazo, etcétera.

Pero si ha transcurrido el plazo y no se ha hecho la declaratoria de oficio ni lo ha solicitado una de las partes, ¿puede proseguirse de oficio?

En nuestra práctica, seguramente que no se presentará ese supuesto, porque los jueces, para evitar que permanezcan en los registros los procesos inactivos, tendrán buen cuidado de hacer la declaración correspondiente.

3.8.5.11 Impugnación

En contra de la declaratoria de caducidad caben tres recursos: revocación, en los juicios en que no se admite apelación; apelación en ambos efectos, cuando proceda este recurso y se admite en contra de la sentencia definitiva –agregamos nosotros- y reposición, cuando la declaratoria se hace en segunda instancia.

3.8.5.12 Costas

Finalmente, se establecen en la fracción XII costas a cargo del actor, pero se dice que son compensables esas costas con las que corren a cargo del demandado en los casos previstos por la ley y en todos aquellos en que se opusiera reconvencción, compensación, nulidad y en general las excepciones que tienden a variar la situación jurídica que privaba entre las partes antes de la presentación de la demanda.

3.8.6 OPINIÓN CRÍTICA

Primer fundamento ha sido acogido por algunas legislaciones: la española, el Código Procesal Civil de Chihuahua, La Ley Federal del Trabajo. Este fundamento presuntivo se basa en que así como una declaración expresa de voluntad de las partes puede extinguir el proceso por renuncia, desistimiento, allanamiento o transacción, se estima que análogos efectos debe producir una intención presumible o demostrada por la conducta; se trata de un consentimiento tácito demostrado por un hecho que se dice concluyente, la inactividad continuada.

El segundo estriba en considerarla como una sanción infligida a las partes por omitir impulsar el proceso.

Y el tercero, que creemos que es el que dio nacimiento a la institución, se hace consistir en que al margen o por encima de la voluntad de las partes, ya sea presunta o tácita, existen motivos de interés social para hacer que los juicios no se prolonguen por tiempo excesivo y a veces indefinido. Se dice que la pendencia indefinida de los procesos comparte un peligro para la seguridad jurídica y se cita la frase de Monsieur Ferin al establecerse en el derecho francés la caducidad de la instancia: “La caducidad es un medio adoptado en el derecho para impedir que las contiendas entre ciudadanos se exterminen y que se mantengan entre ellos divisiones, odios y disensiones que son los efectos comunes.

3.8.7 CONCLUSIÓN

Si bien la base de la caducidad de la instancia es el interés social, en acortar la duración de los pleitos, habrá que inferir que es una institución de orden público y que las partes por convenios no pueden renunciar, modificar o alterar, porque está más allá de la autonomía de la voluntad. Es bueno admitir que la caducidad no tiende directamente a disminuir la duración de los procesos; porque aún existiendo la perención, las partes pueden mantener vivo el proceso por medio de promociones.

El objeto directo de la caducidad es impedir la paralización por inactividad de los contendientes e indirectamente, produce el acortamiento de la pendencia de los pleitos.

Por lo tanto, la caducidad de la instancia es, hasta lo que hemos visto, una institución extintiva del proceso, que deja vivos los derechos sustantivos hechos valer, para poder reiniciar un nuevo juicio, limitados en primera instancia, específicamente a juicios civiles en que no se haya dictado sentencia, pero con exclusión de procesos expresamente determinados, siendo ésta una institución propia del proceso civil, conocida como prescripción en el proceso penal, denominada también perención de la instancia.

3.9 LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Otras causa de sobreseimiento lo son:

a) La muerte del delincuente extingue la acción penal, así como las sanciones que le hubieren impuesto, a excepción de la reparación del daño, y la de decomiso de los instrumentos con que se cometió el delito y de las cosas que sean efecto u objeto de él, artículo 91 del Código Federal y artículo 98 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

b) La Amnistía extingue la acción penal y las sanciones impuestas, excepto la reparación del daño, en los términos de la ley que se dictare concediéndola, y si no se expresaren, se entenderá que la acción penal y las sanciones impuestas se extinguen con todos sus efectos, con relación a todos los responsables del delito, artículo 92 del Código Penal Federal, y 104 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

c) Perdón del ofendido o legitimado para otorgarlo extingue la acción penal respecto de los delitos que se persiguen por querrela siempre que se conceda ante el Ministerio Público si este no ha ejercitado la misma o ante el órgano jurisdiccional antes de dictarse sentencia de segunda instancia. Una vez otorgado el perdón no podrá revocarse.

Lo dispuesto en el párrafo anterior es igualmente aplicable a los delitos que sólo pueden ser perseguidos por declaratoria de perjuicio o por algún otro acto equivalente a la querrela, siendo suficiente para la extinción de la acción penal la manifestación de quien está autorizado para ello de que el interés afectado ha sido satisfecho.

Cuando sean varias las autoridades y cada uno pueda ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del delito y al encubridor, el perdón sólo surtirá efectos por lo que hace a quien se otorga.

El perdón sólo beneficia al inculpado a cuyo favor se otorga, a menos que el ofendido o el legitimado para otorgarlo, hubiere obtenido la satisfacción de sus intereses o derechos, caso en el cual beneficiara a todos los inculpados y al encubridor, artículo 93 del Código Penal Federal y artículo 100 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, y genéricamente el artículo 94 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal en su XI fracciones nos habla de las causas de la extinción de la pretensión punitiva y la potestad para ejecutar las penas y medidas de seguridad.

3.10 JUICIO DE AMPARO

Es un juicio que tiene por objeto censurar los actos de las autoridades federales, estatales o municipales que lesionan los derechos de los gobernados o incluso de las entidades estatales en su faceta de derecho privado.

Doctrinalmente puede ser incorrecto llamar amparo "juicio de garantías" ya que no siempre tiene esta característica.

Esto se corrobora con el artículo 103 constitucional de donde se desprende que el juicio de amparo puede tener una litis centrada en las garantías individuales o en invasión de esferas.

Cuando se trata de invasión de esferas, no debe confundirse con la controversia constitucional.

3.10.1 CLASES DE JUICIO DE AMPARO

a) *Juicio de Amparo Indirecto* (artículo 107, fracción III, incisos b) y c) fracción IV y fracción VII) *Amparo por jurisdicción concurrente.

b) *Juicio de Amparo Directo* (artículo 107, fracción III, inciso a), fracción V, incisos a), b), c) y d).

3.10.2 HIPÓTESIS DE PROCEDENCIA DEL AMPARO

Están previstas en el artículo 114 de la Ley de Amparo.

I. Contra leyes federales o locales tratados internacionales reglamentos federales o locales, reglamentos autónomos, decretos o acuerdos de observancia general, aplicación de la técnica de apreciación autoaplicativa y heteroaplicativa (concepto de individualización condicionada. Ministro Mariano Azuela Rivera).

II. Actos Administrativos en general (Estricto sensu y lato sensu, tesis Rojas y García, Isidro Rojas, Francisco Pascual García, 1907. En la obra El Amparo y sus Reformas. Exposición de motivos del artículo 107 constitucional, 1917 Venustiano Carranza) Aplicación analógica de la fracción IV del artículo 114 de la Ley de Amparo y del Concepto Juicio para efectos del Amparo.

III. Contra actos de tribunales de Judiciales Administrativos o de trabajo, ejecutados fuera del juicio después de concluido. Fuera del juicio. Medios preparatorios a juicio, juicios universales (quiebra, concurso mercantil, concurso civil, juicio sucesorio, huelga) después de concluido. Ejecución de sentencia. Remates, auto que declara ejecutoriada la sentencia.

IV. Actos de imposible reparación, tesis Rojas y García artículo 158 último párrafo.

V. Terceros extraños

VI. Invasión de esferas

VII No ejercicio o desistimiento de la acción penal por parte del Ministerio Público (Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de 31 de diciembre del 1994, Reforma a la ley de Amparo de Diario Oficial de la Federación 9 de junio del 2000)

3.10.3 AUTORIDADES COMPETENTES PARA CONOCER DEL AMPARO DIRECTO

* Regla general el Juez de Distrito.

*Tribunal Unitario de Circuito, artículo 29, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

*En materia penal, amparo por jurisdicción concurrente, artículo 37 de la Ley de Amparo. Inconstitucionalidad del amparo por jurisdicción concurrente ya que el artículo 107, fracción XII es más amplio que el propio artículo 37, competencia de las Sala Penales o de los Tribunales Unitarios en Materia Penal.

*Caso especial, amparo por competencia anexa o auxiliar, amparo externo, artículos 17, 18 117 de la Ley de Amparo.

3.10.4 FORMAS DE INICIAR EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO

a) Legales.- Por escrito (artículos 116 y 117), por comparecencia (artículo 17) y por telégrafo (artículo 118 de la ley de Amparo).

b) Jurisprudenciales.- Por correo y demanda de amparo presentada en forma equivocada, principio de unidad en las formas de iniciación del amparo, concepto de juicio para efectos del amparo).

3.10.5 PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA.

El término para la interposición de a demanda es de 15 días (artículo 21 de la Ley de Amparo). Excepciones previstas en el artículo 22.

En el caso de Leyes autoaplicativas, el término será de 30 días,

Si se trata de actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal (en el juicio o fuera de él), deportación destierro, o cualquiera de los prohibidos en el artículo 22 constitucional, o la incorporación forzosa al ejército o armada nacionales la demanda puede interponerse en cualquier tiempo.

En los casos en que el acto de autoridad combatible mediante demanda de amparo consista en acuerdo de la Secretaría de Relaciones Exteriores favorezca a la extradición de alguna persona reclamada favorable a la extradición de alguna persona reclamada por un estado extranjero, el término para interponerla será siempre de 15 días.

Si se trata de sentencias definitivas o laudos, o de resoluciones que pongan fin al juicio, y el quejoso no ha sido citado legalmente el juicio respectivo, el término es de 90 días si reside fuera del lugar de dicho juicio, pero dentro de la República, ya que es de 180 días si reside fuera de ella.

Dichos pasos de contarán a partir de que:

*Surta efectos la notificación conforme a la Ley que rige el acto reclamado.

*Conocimiento

*Se conozca la ejecución

*Se hubiese ostentado sabedor

No hay orden: Lo que ocurra primero. Incluso no hay jurisprudencia.

La demanda podrá presentarse:

- En oficialía de partes común, Acuerdos del Pleno del Consejo de la Judicatura.:
- En las oficialías de los Tribunales Superiores de Justicia ;
- Ante el Secretario autorizado para tales efectos, artículo 23 último párrafo;
- Ante las oficinas postales con reglas especiales, artículo 23 tercer párrafo.

3.10.6 INICIO DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO

Presentada la demanda, el juez del Distrito si es competente, este deberá resolver en 24 horas si la admite, la desecha o la previene.

Desecha. Si existe motivo manifiesto e indubitable de improcedencia (procedencia in limine).

Previene. Si se omiten requisitos de la demanda tratándose de la presentada en términos del artículo 116, si el acto reclamado no es preciso, si la demanda es irregular, si faltan las copias que señala el artículo 120 días, concediendo se un término de 3 días para subsanar.

Hay que destacar que si no se subsanan las irregularidades de la demanda ello no siempre da lugar a que ésta se tenga por interpuesta, ya que esto solamente es posible cuando el acto reclamado sólo afecta al patrimonio o derechos patrimoniales del quejoso, es decir, es la excepción, en todos los demás casos se manda correr traslado al Ministerio Público por 24 horas y dentro de otras 24 y con vista en lo que exponga se resolverá lo que fuere procedente.

En materia Agraria hay una suplencia absoluta de la queja que incluso va más allá ya que sólo se trata de derechos agrarios colectivos (artículo 217) el amparo no tiene término y en derechos individuales el término es de 30 días, pero además, no es necesario exhibir copias de traslado (artículo 221) y el amparo puede irse perfeccionando a lo largo del juicio según se refiere de los artículo 22 a 226 de la Ley de Amparo.

Si el Juzgado es competente, la demanda reúne los requisitos del artículo 116 de la Ley de Amparo se aclaró la demanda y el juez no está impedido para conocer del juicio indefectiblemente deberá **admitir la demanda**.

3.10.7 SUPLENCIA DE LA QUEJA Y SUPLENCIA DEL ERROR

Suplencia de la queja deficiente como regla y mención a parte y suplencia del error.

3.10.8 TRAMITACIÓN REGULAR DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO

Admitida la demanda, dentro de las 24 horas después de presentada, se requiere de las responsables los informes previos y justificados

Los informes justificados por regla general se presentan dentro de 5 días y si se trata de amparo por jurisdicción concurrente el plazo para la rendición del informe de tres días improrrogables.

El plazo de 5 días no es absoluto pues por razones prácticas a veces excede de ese tiempo y en otros casos por razones de distancia son necesarias las tarjetas postales.

En el informe justificado las autoridades se limitan jurídicamente a decir si el acto es cierto o no, es decir a precisar si hay materia para el juicio, ahí se sostiene la constitucionalidad, y se hacen valer argumentos de improcedencia o demás cuestiones.

Conforme al artículo 19 de la Ley de Amparo se pueden nombrar delegados.

Hay que recordar que en ocasiones el acto reclamado no puede ser sustentado en documentos ajenos al propio acto de autoridad y esta es la regla general.

En amparo es admisible toda clase de pruebas excepto la confesional y las contrarias a la moral (artículo 150 de la Ley de Amparo).

La documental puede presentarse en la audiencia o antes de ella. Las prueba pericial, testimonial y la de inspección deben ser anunciadas con 5 días de anticipación, sin tomar en cuenta el día del ofrecimiento y el día de desahogo.

A fin de que las partes puedan rendir sus pruebas, incidente de obtención de documentos, basta con que se acredite que se hizo la solicitud correspondiente para que en su caso se difiera la audiencia constitucional. Existen en jurisprudencia una antelación a la fecha de solicitud de copias de 5 días.

El artículo 153 establece que dentro de la audiencia se puede objetar de falso un documento, el efecto es suspender la audiencia, desahogar un incidente con pruebas y contrapruebas y continuar la audiencia dentro de 10 días, ello no quiere decir que el incidente solamente pueda ser planteado en ese momento.

Se puede plantear la falsedad del informe justificado si la firma impuesta por el funcionario es falsa, también se puede plantear la falsedad de los documentos anexos al informe y se abre un incidente con reglas generales de incidentes, es decir, vista a las partes por 3 días y señalar una audiencia incidental dentro de los 10 siguientes, donde se resolverá lo que en derecho proceda.

La audiencia constitucional debe celebrarse dentro de los 30 días siguientes al auto de admisión y dentro de 10 días en amparo por jurisdicción concurrente (artículo 156).

El Ministerio Público y los Jueces de Distrito son garantes de la paralización de los juicios de amparo (artículo 157).

3.10.9 INCIDENTES DE COMPETENCIA

*Acumulación, razones prácticas, artículo 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64 reglas especiales para jurisdicción concurrente y 65.

*Competencia entre jueces de Distrito por materia y por territorialidad (artículos 51, 52, 53 y 54, se resuelve en la práctica por Tribunales Colegiados de Circuito, artículo 94 constitucional, Acuerdo 5/2001 del Tribunal Pleno).

*Competencia entre Tribunales Colegiados (artículo 47)

*Competencia por idoneidad de Órgano (artículo 48)

*Competencia entre jueces y tribunales (artículo 49) y entre Tribunales y Jueces (artículo 47 Tercer Párrafo)

* Competencia entre la Corte y Tribunales (47)

Facultad de atracción en amparo en revisión

Acuerdos sobre la tramitación del recurso de revisión en el amparo contra leyes, primero el Tribunal Colegiado de Circuito estudia todo lo relativo a la legalidad y luego envía constitucionalidad a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

3.10.10 INCIDENTE DE NULIDAD

Las notificaciones que no fueren hechas en la forma que establecen la ley de amparo serán nulas, las partes perjudicadas podrán pedir la nulidad, antes de dictarse la sentencia definitiva, en el expediente que haya motivado la notificación cuya nulidad se pide, y que se reponga el procedimiento desde el punto en que se incurrió en la nulidad.

Este incidente que se considera como de especial pronunciamiento, pero que no suspenderá el procedimiento, se substanciará en una sola audiencia, en las que se recibirán las pruebas de las partes, se oirán sus alegatos que no excederán de media hora para cada una y se dictara la resolución que fuere procedente. Si se declarare la nulidad de la notificación, se impondrá una multa de uno a diez días de salario al empleado responsable.

Las promociones de nulidad notoriamente infundadas se desecharan de plano y se impondrá al promoverte una multa de 15 quince días de salario.

3.10.11 CÓMPUTO DE LOS TÉRMINOS

El cómputo de los términos en el juicio de amparo se sujetará a las siguientes reglas:

Comenzará a correr desde el día siguiente al en que surta efectos la notificación, y se incluirá en ellos el día del vencimiento. Los términos se contarán por días naturales, con exclusión de los inhábiles; excepción hecha de los términos en el incidente de suspensión los que se contarán de momento a momento.

Para la interposición de los recursos, los términos correrán para cada parte desde el día siguiente a aquél en que para ella haya surtido sus efectos la notificación respectiva.

Los términos deben entenderse sin perjuicio de ampliarse por razón de la distancia, teniéndose en cuenta la facilidad o la dificultad de las comunicaciones; sin que, en ningún caso, la ampliación pueda exceder de un día por cada cuarenta kilómetros.

Cuando alguna de las partes resida fuera del lugar del juzgado o tribunal que conozca del juicio o del incidente de suspensión, se tendrán por hechas en tiempo las promociones sin que aquella deposite los escritos u oficios relativos, dentro de los términos legales, en la oficina de correos o telégrafos que corresponda al lugar de su residencia.

Una vez que exista la concesión del amparo y protección de la Justicia Federal, de forma lisa y llana, contra orden de aprehensión o auto de formal prisión, procederá entonces la institución que se analiza en la presente investigación, es decir, el sobreseimiento.

CAPÍTULO IV

FORMAS DE CONCLUSIÓN DEL PROCESO, A TRAVÉS DEL SOBRESEIMIENTO.

4.1 SOBRESEIMIENTO

Al hablar de esta figura jurídica no solamente se ocupa la ciencia del Derecho Adjetivo Penal, si no también la Teoría General del Proceso, las disciplinas procesales en particular y específicamente, uno de los ordenamientos jurídicos más técnicos y completos en lo referente a principios, reglas y procedimientos prácticos de gran utilidad como lo es el Juicio de Amparo, es aquí en donde nuestra institución ha sido de gran importancia, pensando que es allí en donde se encuentra la solución a los planteamientos de nuestra disciplina Procesal Penal; es necesario y de gran importancia recurrir a las enseñanzas del Derecho Procesal para dar un sentido científico y forma adecuada a los actos procesales del juicio constitucional.

4.1.1 HIPÓTESIS

En nuestro país en donde no existe el sobreseimiento procesal provisional, sino solamente el definitivo, la Institución que nos ocupa consiste en una resolución jurisdiccional, diversa de la sentencia, poniendo término a la instancia con absolución del inculpado.

Los efectos que produce ya se han señalado en el contenido de la presente investigación; no estando de acuerdo que aquellos sean los de una sentencia absolutoria definitiva.

En la ley Procesal Penal para el Distrito Federal, la institución del Sobreseimiento se haya contemplada en diversos preceptos como lo son los artículos 6°, 8°, 36, 323, 324, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666 y 667.

El Código Federal de Procedimientos Penales señala seis hipótesis del sobreseimiento en el artículo 298, en tanto que el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal solo establece las que se indican en los artículos citados en el párrafo anterior; determinándose que ambos ordenamientos resuelven el sobreseimiento en el supuesto de conclusiones de no acusación por parte de la Representación Social y específicamente en el Fuero común este es el único supuesto al que se hace alusión, y para que tenga apariencia de sobreseimiento.

También es procedente cuando hay desistimiento de la acción penal por parte del órgano Investigador y cuando aparece que la responsabilidad penal esta extinguida.

A las anteriores hipótesis el Código Federal Adjetivo, añade un caso en que no existiendo auto de formal prisión o sujeción a proceso, aparezca que no es delictuoso el hecho que motivo la averiguación o estando agotada se compruebe que no existió el hecho.

Hipótesis que se aproxima a la contemplada por el reformado artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; que ordenaba al juez decretar a petición del Ministerio Público, la cesación del procedimiento y el archivo de lo actuado, si estaba agotada la averiguación previa y no existieran elementos suficientes conforme al artículo 16 de la Constitución para la aprehensión del indiciado.

González Bustamante señala que a pesar de la ambigüedad de este precepto, estima que cesación y archivo equivalen a un sobreseimiento.

Otra hipótesis es cuando habiéndose otorgado la libertad por desvanecimiento de datos, se encuentra agotada la averiguación previa y no existan elementos posteriores para librar orden de aprehensión.

Por último es procedente el sobreseimiento cuando se compruebe plenamente la existencia de una causa excluyente de responsabilidad; hipótesis plasmada en el Código Federal y que se relaciona con los artículos 6° y 8° del Código Adjetivo para el Distrito Federal.

4.1.2 TRÁMITE Y EFECTOS

Se desprende de los artículos 6°, 36 y 323 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 302 del Código Federal el cual es más preciso que los primeros, que el sobreseimiento después de la formulación de conclusiones por el órgano acusador, con la excepción, de los casos del desistimiento en el ejercicio de la acción penal o de conclusiones no acusatorias.

El sobreseimiento puede decretarse de oficio a petición de parte como ya se mencionó anteriormente y sólo a instancia de ésta opera en las dos últimas hipótesis que rigen en el Código Federal de Procedimientos Penales; es decir que no existan elementos para una nueva orden de aprehensión y comprobación de alguna excluyente de responsabilidad.

Consideramos que una causa excluyente de responsabilidad de las señaladas en el Código Penal, destruye por completo la probable responsabilidad del indiciado, lo cual tiene como efecto el sobreseimiento, la misma entra en juego al resolver sobre la orden de aprehensión solicitada, es decir en torno a la formal prisión, el desvanecimiento de datos cuando estos se refieren a esa responsabilidad.

El sobreseimiento se resuelve de plano cuando se decreta de oficio; por el contrario, si es una parte quien la solicita se tramita por cuerda separada conforme a los lineamientos del incidente no especificado.

Respecto a sus efectos, el sobreseimiento produce los mismos que una sentencia absolutoria, ocasionando con ello una cesación del procedimiento, archivo de lo actuado y la absoluta libertad del imputado, también trae como efecto la devolución del depósito o la cancelación de la garantía, que se otorgó al imputado para poder gozar de la libertad provisional.

En consecuencia el sobreseimiento es una causa anormal de dar por terminado el proceso, pero no a la instancia mediante una resolución judicial distinta a la sentencia, denominada Auto.

4.2 SENTENCIA

“La sentencia es el acto decisorio del juez, mediante el cual afirma o niega la actualización de la conminación penal establecida por la ley”.²⁵⁹

La sentencia se dictará en la audiencia de juicio, su naturaleza es mixta, como la Acción Penal, es en términos generales, de condena, pero, al mismo tiempo, declarativa, puesto que declara la responsabilidad penal, que es, en definitiva, el antecedente de la condena, es decir, de la actualización de la conminación penal sobre el sujeto pasivo de la acción.

²⁵⁹ ARILLA BAS, Fernando. *El Procedimiento Penal en México*, op. cit., p. 162.

El modo normal de conclusión del proceso es la sentencia, regulada por el numeral 71 del Código Adjetivo de la materia, que es caracterizada como la resolución judicial que termina la instancia y se encarga de resolver el asunto en lo principal.

Desde nuestro punto de vista la sentencia es la declaración de la voluntad del juzgador acerca del problema de fondo controvertido u objeto del proceso.

4.2.1 NOCIÓN Y CLASIFICACIÓN

La sentencia es el acto decisorio culminante de la actividad del órgano jurisdiccional, el cual resuelve la naturaleza o no sobre el sujeto pasivo de la acción penal la conminación penal establecida por la ley; siendo el resultado de tres momentos:

- a) "De Crítica;
- b) De Juicio y;
- c) De Decisión".²⁶⁰

El momento de crítica, de carácter eminentemente filosófico, consiste en la operación que realiza el juez para formarse la certeza.

El momento de juicio, de naturaleza lógica, consiste en el raciocinio del juez para relacionar la premisa que es la norma, con los hechos ciertos.

El momento de decisión, de naturaleza jurídico-política, consiste en la actividad que lleva a cabo el juez para determinar si sobre el sujeto pasivo de la Acción Penal se actualiza el deber jurídico de soportar las consecuencias del hecho.

²⁶⁰ Ibid., p. 163.

De aquí que la sentencia, sea un acto mixto, integrado por tres elementos: crítico, lógico y autoritario.

En la sentencia, el órgano encargado de aplicar el Derecho, resuelve sobre cual es la consecuencia que el estado señala para el caso concreto sometido a su conocimiento, analizando con más detenimiento la esencia de la resolución que estudiamos, podemos manifestar que en la sentencia el juez determina el enlace de una condición jurídica. Hay quien cree que la sentencia no hay ningún acto de voluntad, sino una exclusiva interpretación lógica de preceptos jurídicos, merced a la cual se desemboca en una sola decisión.

A esto hay que objetar, con Kelsen, que la interpretación de la ley no tiene que conducir necesariamente a una decisión única como la sola correcta, sino posiblemente a varias decisiones, que son todas, en cuanto sólo se ajustan a la norma a aplicarse, del mismo valor, bien que solo una de ellas llega a ser derecho positivo en el acto de la sentencia judicial, la elección de una entre tantas soluciones posibles, encierra el acto de voluntad.

En las resoluciones del órgano Jurisdiccional hay que distinguir la sentencia de otras determinaciones, para esto, es suficiente acudir a lo que dice el artículo 71 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal:

*“Artículo 71.- Las resoluciones judiciales se clasifican en: decretos, sentencias y autos; decretos, si se refieren a simples determinaciones de trámite; sentencias, si se termina la instancia resolviendo al asunto principal controvertido; y autos, en cualquier otro caso”.*²⁶¹

²⁶¹ Colección Penal 2003. op. cit., p. 468.

La sentencia en cuanto a su resultado puede ser de condena o absolución. Para dictar sentencia condenatoria se necesitan comprobar los siguientes elementos:

- a) La tipicidad del acto;
- b) La imputabilidad del sujeto;
- c) La culpabilidad con la que se actuó y;
- d) La ausencia de causas de justificación”.²⁶²

Reunidos los elementos anteriores queda justificada la procedencia de la acción penal, o lo que es lo mismo, la existencia del derecho del estado para que se castigue al delincuente en un caso concreto, las conclusiones del Ministerio Público señalan camino y limite para la condena, la sentencia condenatoria no puede ser por delito distinto al que se refieren las conclusiones, ni puede excederse en la penalidad de los limites invocados también en las propias conclusiones.

En la sentencia condenatoria se presente el capítulo de la reparación del daño, que tiene en nuestro derecho el carácter de pena pública, cuando es exigida al delincuente.

La sentencia absolutoria debe dictarse en los siguientes casos:

- I.- Cuando hay plenitud probatoria del que el hecho no constituye un ilícito penal;
- II.- Cuando hay plenitud probatoria del que al sujeto no se le puede imputar el hecho;
- III.- Cuando hay plenitud probatoria de que el sujeto no es culpable;
- IV.- Cuando está acreditada la existencia de un caso de justificación o de una excusa absolutoria;

²⁶² RIVERA SILVA, Manuel. *El procedimiento Penal*. op. cit., p. 311.

V.- Cuando falta la comprobación de un elemento constitutivo del cuerpo del delito o pruebas suficientes que acrediten la plena responsabilidad;

VI.-En caso de duda”.²⁶³

En los cuatro primeros casos, no hay carencia de prueba, sino pruebas suficientes de la atipicidad del acto, de la imputabilidad, de la falta de culpabilidad o de la presencia de una causa de justificación o excusa absolutoria.

En el quinto caso hay carencia de prueba: Las aportadas no son suficientes para acreditar plenamente el cuerpo del delito o los elementos necesarios para la existencia de la responsabilidad; y en el caso de duda, en contra de lo que muchos sostienen e incluso ha afirmado nuestro Máximo Tribunal, no hay carencia de prueba, sino prueba insuficiente para la afirmación y para la negación: cuando se tiene igual número de elementos para negar o afirmar, es cuando se presenta la duda, en cuanto que no se puede inclinar el juzgador hacia los elementos de negación o los de afirmación.

La sentencia absolutoria esencialmente es la falta de reconocimiento de la existencia de la acción penal, en estos casos, hubo acción procesal penal porque el Ministerio Público, estimó que existía acción penal (derecho de castigar en concreto) y la sentencia absolutoria lo único que determina, es que tal derecho, o no existe, o no está debidamente acreditado.

Asimismo las sentencias se dividen en definitivas ejecutorias y firmes:

Sentencias Definitivas.- “Son las que resuelven integralmente la cuestión principal y accesoria, condenando o absolviendo al acusado”.²⁶⁴

²⁶³ Ibid., pp. 312 y 313.

²⁶⁴ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*. op. cit., p. 233.

Es definitiva cuando el juez de primera instancia así lo declara al transcurrir el plazo señalado por la ley para interponer algún medio de impugnación; a los Magistrados de segunda instancia, al resolver el recurso interpuesto en contra de lo determinado por el *A quo*, con independencia de que el inconforme acuda al Juicio de Garantías y obtenga la protección de la Justicia Federal.

Sentencias Ejecutorias: “Son aquellas que tienen un carácter irrevocable, es decir, que debe cumplirse, porque no puede interponerse contra ellas ningún recurso”.²⁶⁵

En ellas la ley no admite ningún recurso ordinario y por lo que la ley no admite ningún recurso ordinario y por ende son irrevocables ante los tribunales comunes, pero pueden ser modificadas por el Juicio de Amparo.

Al analizar la sentencia ejecutoria puede señalarse que es el último momento de la actividad Jurisdiccional caracterizándose por lo siguiente:

- I.- Es creadora de Derecho, en cuanto forjan precepto u orden que posee la fuerza que anima a todo el Derecho;
- II.- Es exclusiva o individual, en cuanto se refiere a una situación concreta;
- III.- Es irrevocable, en cuanto determina de manera absoluta, la situación legal de un caso concreto: establece una verdad legal que no admite posteriores rectificaciones”.²⁶⁶

“Sentencia ejecutoria o ejecutoriada, es aquella en contra de la cual, la ley ya no concede ningún recurso ordinario para su impugnación”.²⁶⁷

²⁶⁵ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. op. cit., p. 583.

²⁶⁶ RIVERA SILVA, Manuel. *El procedimiento Penal*. op. cit., p. 310.

²⁶⁷ ACERO, Julio. *Procedimiento Penal*. op. cit., p. 454.

Aunque casi todos los países sancionan la irrevocabilidad de las absoluciones judiciales, aunque con posterioridad se compruebe que constituyeron una muestra de ignorancia; ninguna deja de proveer alguna solución a la perpetración del error en perjuicio del condenado, estableciendo el indulto forzoso, la revisión, por más restricciones que se le impongan.

La sentencia firme, la cosa juzgada implica básicamente dos consecuencias:

- a).- La imposibilidad de impugnación ulterior de la sentencia (aspecto procesal);
- b).- La posibilidad de que esa sentencia considere el asunto definitivamente resuelto, impidiendo con ello un ulterior examen de la misma cuestión en otro proceso (sentido material).

El precepto de firmeza, es más amplio que el de ejecutoriedad, la sentencia firme ya no podrá jamás ser revocada ni por los medios ordinarios ni por el juicio de Amparo.

Esa sentencia firme es la que da el fundamento para que se hable de cosa juzgada.

4.2.2 ELEMENTOS

Todas las sentencias contienen elementos de fondo y de forma:

Los de forma se refieren a la cuestión y votación legal de los órganos que la emiten.

Los de fondo constituyen la decisión sobre el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal, el enlace entre el supuesto jurídico fáctico y la consecuencia de derecho que proceda.

a) Elementos de forma

Al tratar las diversas clases de resoluciones judiciales, el Código Adjetivo Penal expresa la forma como deben de redactarse las sentencias:

Artículo 72.- Toda resolución judicial expresará la fecha en que se pronuncia.

Las sentencias contendrán:

I.- "Lugar en el que se pronuncien;

II.- Los nombres y apellidos del acusado, su sobrenombre si lo tuviere, el lugar de nacimiento, nacionalidad, edad, estado civil, el grupo étnico indígena al que pertenezca, idioma, residencia o domicilio, ocupación, oficio o profesión;

III.- Un extracto de los hechos exclusivamente conducentes a los puntos resolutiveos del auto o de la sentencia en su caso, evitando la reproducción de innecesarias constancias.

IV.- Las consideraciones y fundamentos legales de la sentencia; y

V.- La condenación o absolución correspondiente y los demás puntos resolutiveos".²⁶⁸

La idea del legislador es clara al prescribir las precauciones de que se trata, pero lo más relevante son las normas de expresión juzgadora, es comprensible que un proveído es fácil de aplicar si no se sabe cuando y donde se emitió y a que personas se refiere.

Todo acto de autoridad conforma a nuestra Carta Magna debe estar fundado y motivado y sólo con esto se puede aquél justificar o combatir mejor, los juzgadores deben de ser meticulosos en su determinaciones en los cuerpos de las mismas quedando preciso su cuidado, actividad y la legalidad de su proceder.

²⁶⁸ Colección Penal op. cit., p. 468.

Los procesos procesales se explican en el sentido de que se trata, pero no sin que su alcance se reduzca a la indicada y mínima exigencia a que se limita la ley del Distrito Federal: exteriorización del material que se juzga y de la motivación de lo juzgado.

b) Elementos de fondo

Los resultandos y considerandos de las sentencias no aparecen así mas que como verificativos del más general de los requisitos de fondo de la sentencia que es su apego a la ley; en los primeros se hace un estudio concienzudo del proceso, consistente en la historia o relación de los hechos que aparecen en el mismo; en los segundos entra la apreciación jurídica de tales hechos, la clasificación de pruebas y argumentos para poder llegar como consecuencia legal a las preposiciones finales propiamente decisorias que dan la materia de ejecución.

a) *Estricta Sujeción Legal.*- Como principio primero y general ya queda anticipado que la sentencia debe externar un riguroso ajustamiento a la ley.

En materia penal no existen condenaciones en parte o por analogía, ni resoluciones discrecionales o por meros principios de derecho, son innumerables las restricciones que se imponen al criterio y conciencia del juzgador; limitando del tal modo su libertad y responsabilidad, que en la mayoría de los casos lo convierten en autómatas como causa del asunto legal, independientemente del caso humano que constituye la realidad del sujeto.

b) *Extremismo categórico.*- La decisión ha de ser categórica, es decir, a de absolver o condenar definitivamente sin término medio alguno.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 23 establece:

“Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia”²⁶⁹

Debe hacerse notar que aquí la ley presenta una laguna, pues lo correcto sería decir, nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos.

c) *Exactitud del sancionamiento.*- La sentencia debe de puntualizar de modo preciso y forzoso además de la clase, el término de las sanciones que imponga.

La duración de la sentencia no podrá traspasar los términos mínimo y máximo fijados por el Código sustantivo la duración debe fijarse específicamente en años, meses y días.

d) *Congruencia.*- La sentencia deber ser congruente, desde un doble aspecto.

No puede condenarse por delito distinto del señalado en aquella resolución, ni salirse del contenido de las conclusiones del Ministerio Público, por supuesto que también debe corresponder exclusivamente y forzosamente a todos los individuos sujetos al proceso y que al mismo tiempo hayan sido acusados por el Ministerio Público.

Referente a los delitos, se comprende que no pueden sentenciarse sobre los ajenos a la causa cuyo objeto se previno al reo, ni castigarse y controvertirse los que hayan sido propuestos y seguidos por el titular de la acción penal.

e) *Claridad.*- La sentencia debe ser clara, la claridad se refiere sobre todo a la parte resolutive, es más bien una falta de motivación y fundamentación referente a los

²⁶⁹ *Agenda Penal del Distrito Federal. op. cit., p 11.*

resultandos y considerandos, estos rigen y explican las proposiciones que contiene la materia ejecutable y propiamente traducible en perjuicios.

A la claridad se opone la oscuridad, la ambigüedad o la contradicción en la sentencia, para ello existe el recurso especial de aclaración de la sentencia; siendo este en efecto el medio ordinario para reclamarlas y enmendarlas, cuando se comete en el primer grado de jurisdicción; pero cuando ocurre en el segundo, queda el Juicio de Garantías.

“La sentencia constituye, sin duda el acto de voluntad del órgano Jurisdiccional, precisamente aquel en que ejerce con toda su amplitud y para todas sus consecuencias la potestad estatal de que se haya investido”.²⁷⁰

La actividad de sentenciar equivale, para el orden judicial y poder de esa naturaleza, a las actividades de legislar y ejecutar respectivamente las instancias legislativa y ejecutiva.

4.3 APELACIÓN A LA RESOLUCIÓN DEL SOBRESEIMIENTO

Aquí es de suma importancia dejar bien establecido lo que significa el medio de impugnación.

Medio de impugnación:

“Es aquella vía idónea, por medio de la cual se combaten las resoluciones de un juez, sea ante el mismo a ante el superior jerárquico de éste.”²⁷¹

²⁷⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ADATO DE IBARRA, Victoria. *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*. op. cit., p. 771.

²⁷¹ *Diccionario Jurídico*, op.cit., p. 439.

Es por ello que diversos juristas distinguen entre la impugnación como género y el recurso ya sea ordinario u extraordinario como la especie.

Recurso.- Es el medio que establece la ley para combatir una resolución judicial con el propósito de que se confirme, modifique o revoque.

Los recursos se dividen a su vez en:

- a) Ordinarios
- b) Extraordinarios

Los ordinarios son medios normales de impugnación, se enderezan contra resoluciones judiciales que no han causado estado.

Los extraordinarios se hacen valer en contra de la cosa juzgada.

Entre los ordinarios, nuestro Código Adjetivo reglamenta los siguientes:

- a) La apelación;
- b) La Denegada Apelación
- c) La Revocación y
- d) La reposición del procedimiento.

Como recursos extraordinarios tenemos:

El juicio de amparo directo o uniinstancial y el reconocimiento de inocencia del sentenciado.

Es importante aclarar que en nuestra opinión el juicio de Amparo Directo no constituye un recurso, si no más bien un juicio autónomo.

Por lo que respecta a la Institución del sobreseimiento, solo trataremos al recurso de Apelación y Revocación.

La Apelación es el recurso ordinario que establece que cualquier tipo de resolución con la cual no se esté de acuerdo puede ser modificada, revocada o confirmada.

Específicamente en el sobreseimiento penal no existe fundamento legal alguno que señale que la resolución que decreta el sobreseimiento podrá ser apelable, para lo cual es pertinente realizar las siguientes consideraciones:

Importa señalar que aún cuando no existe precepto jurídico alguno que establezca que el auto que decreta el sobreseimiento puede ser apelable debe tomarse en consideración que la resolución que lo decreta es un auto y por tal razón aún y cuando el Código Procesal penal no lo establezca, éste auto podría encuadrar dentro de alguna de las hipótesis que señala el numeral 418 en sus distintas fracciones.

El recurso se interpone ante el juzgado de origen, quien se encargará de remitirlo al Superior Jerárquico para la substanciación del mismo.

Para esto el citado ordenamiento procesal en su numeral 416 señala que existe el término de tres días después de que haya sido notificada dicha resolución, para interponer el recurso.

El recurso de apelación tiene por objeto que el tribunal de alzada lleve a cabo el estudio de legalidad del auto, la finalidad del recurso de apelación es que el Superior jerárquico, lleve a cabo una revisión en la que se determine que el auto apelado por esta vía ha sido fundado y motivado, para que queden plenamente comprobadas las garantías, de legalidad y seguridad jurídica, y de esta manera no se violen derechos públicos subjetivos que establece nuestro máximo ordenamiento legal; una vez hecho el estudio correspondiente el *Ad quem* tendrá tres formas de resolver el recurso:

- a) Confirmando;
- b) Revocando o
- c) Modificando el auto recurrido.

Y lo hace a través de una sentencia ejecutoria o ejecutoriada, con la cual se da fin al recurso, por lo tanto consideremos que el sobreseimiento una vez decretado debe tener el carácter de cosa juzgada, sin admitir recurso o medio de impugnación alguno.

Ahora bien los numerales 412 y 413 del Código Procesal Penal señalan que es procedente el recurso de revocación cuando:

Siempre que no se conceda por este Código el recurso de apelación; mismo que podrá ser interpuesto en el acto mismo de la notificación o al día siguiente hábil y el juez o tribunal ante quien se interponga, lo admitirá o lo desechará de plano si creyere que no es necesario oír a las partes. En caso contrario, la citará audiencia verbal, que se verificará dentro de los dos días hábiles siguientes y dictará en ella su resolución, contra la que no se da recurso alguno.

CAPÍTULO V

LA COSA JUZGADA

El estado jurídico que respecto del objeto del proceso produce la sentencia firme. “La propia firmeza de la sentencia determina, ya la imposibilidad de menos recursos o impugnaciones... y con ello, la inmodificabilidad de la decisión recaída”,²⁷² cuando el Doctor Marco Antonio Díaz de León se refiere a la definición de cosa juzgada expresa:

“Desde luego debemos explicar que la connotación jurídica cosa juzgada no concuerda con el significado literal de sus dos vocablos que la conforman. Cosa significa objeto a todo aquello que tenga una entidad espiritual o corporal, natural o artificial, real o abstracta. Por su lado, el término juzgado como participio del verbo juzgar, alude a aquella cuestión procesal resuelta en fallo definitivo. Gramaticalmente, pues, la cosa juzgada equivaldría a un objeto que ha sido motivo de un proceso y de su sentencia final”.²⁷³

O como lo expresa García Ramírez, “La sentencia firme encierra lo que se designa como verdad legal, debido a la autoridad de “cosa juzgada” que tiene. Sin entrar en largas explicaciones resumamos diciendo que lo que la sentencia firme dispone se tiene por verdadero” jurídicamente (pudiera no ser así en realidad) y es inatacable. El estado se compromete a cumplir la sentencia firme, De ahí que en ella radique, en cierto modo, la más alta determinación del Estado, expedida por el Poder Judicial e inatacable por lo otros... Otra consecuencia de la santidad de la cosa juzgada es que nadie puede ser

²⁷² ALMAGRO NOSETE, José. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1998, p. 11.

²⁷³ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Diccionario de Derecho Procesal Penal y de términos Usuales en el Proceso Penal*, Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., México, 1986, p. 494.

juzgado dos veces por el mismo delito, sea por que en el juicio se le absuelva o se le condene.”²⁷⁴

En efecto el artículo 23 de la Constitución, dispone: “...*Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene*”, y como *garantía de seguridad jurídica que es, se entiende a la cosa juzgada como la calidad que adquiere una resolución judicial cuando ha quedado firme por no admitir en su contra ningún recurso ordinario.*

Así pues el hecho de que la sentencia haya pasado por la autoridad de cosa juzgada, significa que ésta sea inimpugnable, sin embargo, la firmeza de la resolución y su irrevocabilidad, que se obtiene de la imposibilidad de que como ya se dijo ante la imposibilidad de que proceda recurso alguno que establezca la ley, solamente constituye un ángulo formal de la cosa juzgada que produce el efecto preclusivo de la sentencia firme, pone fin al proceso y extingue la acción penal ejecutada por el Ministerio Público.

Expresado en otro giro totalmente habrá cosa juzgada, cuando la sentencia sea irrevocable porque no acepte ya ningún recurso ordinario en su contra sea, pues, inimpugnable y cuando, por ende, pueda ser ejecutada.

Así, la cosa juzgada formal sería mejor llamarle preclusión pues indica la imposibilidad de recurrir o impugnar una sentencia cuando han transcurrido los plazos establecidos en la ley para ello; el efecto típico de la preclusión, en estos casos, es la firmeza, que como tal no solo es posible aplicarla en las sentencias, sino también a cualquier otra resolución. Judicial.

²⁷⁴ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El Sistema Penal Mexicano*, op. cit., p. 132.

Y al efecto nuestro Máximo Tribunal la detalla en la siguiente tesis de jurisprudencia:

PERSONALIDAD. SI EXISTE COSA JUZGADA RESPECTO DE ELLA AL NO HABERSE DECIDIDO EN RESOLUCIÓN INTERLOCUTORIA FIRME, YA NO PUEDE EXAMINARSE ESA CUESTIÓN POR EXISTIR PRECLUSIÓN.- Entre los diversos principios que rigen el proceso civil, está el de la preclusión. Este principio está representado por el hecho de que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, mediante la clausura definitiva e cada una de ellas, impidiéndose el regreso a etapas y momentos procesales ya extinguidos y consumados; esto es, que a virtud del principio de la preclusión, extinguida o consumada la oportunidad procesal para realizar un acto, ese acto ya no podrá realizarse nuevamente. Doctrinariamente, la preclusión, se define como la pérdida, extinción o conminación de una facultad procesal; resulta normalmente, de tres situaciones: 1.- Por no haber observado el orden u oportunidad dado por la ley para la realización de un acto; 2.- Por haber cumplido un actividad incompatible con el ejercicio de otra; 3.- Por haberse ejercitado ya una vez válidamente, esa facultad (consumación propiamente dicha). Estas tres posibilidades significan que la institución que se estudia no es, en verdad, única y distinta, sino mas bien una circunstancia atinante a la misma estructura del juicio. Por lo que hace a la tercera situación o posibilidad, y que es la que se refiere a situaciones en que ha operado la cosa juzgada se ha dicho que esta es la máxima preclusión, en cuanto a ella impide la renovación de alegaciones apagadas en los mismos hechos que fueron objeto del proceso anterior; a este respecto cabe precisar que aunque existen diferencias de extensión y de efectos entre la cosa juzgada sustancial y la preclusión, el concepto es claramente aplicable; y lo es con mayor precisión aún, para referirse a las situaciones de cosa juzgada formal en las cuales el impedimento de nueva consideración recae sobre las cuestiones que ya han sido objeto de decisión y definidas por resolución firme, como en el caso de la cuestión de personalidad, decidida por interlocutoria, que no pueden volver a verse, ni a pretexto de que es una cuestión de orden público o que se trata de un presupuesto procesal, por haberse operado preclusión respecto de dicho punto. **APÉNDICE AL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN 1917-1985, CUARTA**

**PARTE, TESIS DE JURISPRUDENCIA NÚMERO 209,
PÁG. 614.**

La inimpugnabilidad es, según decimos, sólo una nota característica de la cosa Juzgada, conforme a la cual surte efectos nada más con relación al proceso en que se ha producido o en relación con el estudio de cosas que se tuvo presente al resolver.

Teniendo también otra característica que es la inmutabilidad que permite otorgarle plena eficacia en tanto extingue todas las posibilidades procesales de que la resolución judicial pueda ser revisada no sólo en el juicio en que se dictó, sino en cualquier otro juicio posterior.

La cosa juzgada en sentido material, es la calidad de un veredicto cuyo derecho controvertido y tutelado al constituir un acto de la autoridad por virtud del cual se concreto, en un caso específico, la abstracción e impersonalidad de la norma jurídica.

Y así concluimos que es el efecto procesal producido por una resolución judicial que determina la invariabilidad de la misma y su permanencia en el tiempo, y su fundamento se coloca, habitualmente, en la necesidad jurídica, como medio de pacificación social y, aunque tal aspecto se apoya en sólidos argumentos, no pueden desdeñarse las razones prácticas de justicia que exigen la determinación definitiva de los asuntos judiciales y la intervención de un mecanismo que impida un replanteamiento permanente en las cosas debatidas y resueltas.

A ello se unen razones de inexcusable lógica jurídica, pues si la sentencia justifica su autoridad por la certeza que impone respecto de los hechos acontecidos, objeto de debate, y las consecuencias jurídicas que establece, sobre los sujetos implicados en los mismos mal podría mantenerse aquélla si se posibilitara un debate judicial indefinido, la cosa juzgada proyecta o irradia decisiva influencia fuera del proceso que la origina, es

la llamada cosa juzgada material, impidiendo que pueda seguirse, eficazmente, un nuevo proceso cuyo objeto coincida con el decidido.

Cosa juzgada en sentido material será, pues, el estado jurídico que revista una cuestión sobre la que se hubiera pronunciado una resolución declarada irrevocable, es decir, con autoridad de cosa juzgada formal; es el efecto que se atribuye a la resolución firme para vincular en procesos distintos, a cualesquiera otros órganos jurisdiccionales, respecto de su contenido.

“Marco Antonio Díaz de León sostiene, que la cosa juzgada material, que tiene como necesario antecedente la cosa juzgada formal y que por ello impide a las otras partes o al Ministerio Público la incoación de un nuevo proceso sobre lo mismo, significa obligación para el resto del mundo de reconocer que el pronunciamiento de la sentencia contiene el derecho que debe regir entre las partes, o sea, que en este caso la cosa juzgada vale para todas las personas”.²⁷⁵

De acuerdo con lo anteriormente expuesto toda resolución que pasa por la autoridad de cosa juzgada materialmente, presupone a la cosa juzgada en sentido formal, porque ésta representa el agotamiento de los medios legales que pudieran conducir a su modificación o revocación.

En cambio no toda cosa juzgada en sentido formal adquiere necesariamente el carácter de cosa juzgada material, razón por la cual no tiene sentido contraponer como opuestas la cosa juzgada formal y material, porque el vínculo que existe entre ambas determina que solamente las sentencias que son firmes, producen el efecto de cosa juzgada.

²⁷⁵ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Diccionario de Derecho Procesal Penal y de Términos Usuales en el Proceso Penal*, Tomo I, Editorial Porrúa, México 1986, p. 503.

Concluyendo existe cosa juzgada formal si la resolución, aún sin permitir la interposición en su contra de ningún recurso, puede modificarse sin embargo, en un procedimiento posterior; al paso que la cosa juzgada material, adosa a la inimpugnabilidad, la inmodificabilidad por autoridad alguna ni a través de algún procedimiento ulterior, por la imposibilidad que existe para decidir de manera distinta a la que se siguió en el fallo precedente, pues ella, al resolver en el fondo, crea una situación de seguridad y estabilidad que no permite discusión posterior alguna en un nuevo proceso en el que, naturalmente, se den los mismos presupuestos de identidad sobre las cosas y las personas, en las distintas calidades con las que hayan intervenido.

Y en ese sentido se inclina el criterio de nuestros Tribunales Federales:

COSA JUZGADA, AUTORIDAD DE LA.- El artículo 23 constitucional contiene tres partes: 1.- Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. 2.- Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio de le absuelva o se le condene. 3.- Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia. En cuanto a la primera y última de las partes del precepto citado, cabe expresar que teniendo antecedentes en el Derecho Constitucional Mexicano anterior a la legislación de 1857, pues tanto en las constituciones de 1836 y de 1843, como en el Estatuto Provisional de Comonfort de 1856, ya se encuentran establecidos esos principios como derechos del acusado y que son, en lo que respecta a su origen, de descendencia española, no sucede lo mismo con la otra parte del invocado artículo 23, que aparece por vez primera, en la Constitución de 1857 (texto 24), al que pueden señalarse fuentes directas tanto de la constitución Francesa de 1791 que prescribió: "Todo hombre absuelto por un jurado legal, no puede ser perseguido ni acusado por razón del mismo hecho", como en cierto modo, la enmienda V (Bill of Rights 1791) de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica que, en lo conducente dice: "...Nadie será sometido, por el mismo delito, dos veces a un juicio que puede causarle la pérdida de la vida a de algún miembro... ", ya que como explica Edward S. Corwin, (La Constitución Norteamericana y su actual significado, página 189), la expresión "vida o algún

miembro” viene a significar pérdida de la vida o de libertad. Es cierto que el dispositivo constitucional que reza: “Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva a se le condene”, tiene su apoyo en el principio del Derecho Romano del non bis in idem, o bien en la cosa juzgada y en ello, prudente resulta agregar, están acordes los glosadores del artículo 24 de la Constitución de 1857, representada ad pedem litterae, por el artículo 23 del actual (José María Lozano, Tratados del Derechos del Hombre, página 213; Eduardo Ruiz, Derecho Constitucional Mexicano, página 112 y Gonzalo Espinosa, Principios de Derecho Constitucional, página 468 y 478); pero no es menos cierto que la institución de la cosa juzgada, en materia criminal, por derivarse de un precepto constitucional, debe entenderse de acuerdo con el régimen estatal consagrado por la constitución, y como ésta prescribe el sistema federativo, lo que significa el establecimientos de dos jurisdicciones, la federal y la local, es inconcuso que la autoridad de la cosa juzgada sólo pueda darse en lo que respecta a la Jurisdicción Federal, cuando tratándose de delitos federales, los Tribunales de la Federación, en ejercicio de sus facultades constitucionales (artículo 104 fracción I), dictan una resolución que adquiere el carácter de irrevocable, conforme a la Ley Procesal Penal aplicable (artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Penales).

SEMENARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, SEXTA ÉPOCA, PRIMERA SALA, TOMO LXIII.

COSA JUZGADA. CASO EN EL QUE OPERA A FAVOR DEL ACUSADO.- La diversa sentencia absolutoria pronunciada a favor de los acusados del quejoso, ciertamente constituye cosa juzgada merced a su confirmación por el tribunal de alzada al resolver la apelación; sin embargo, la autoridad y fuerza que la ley otorga a dicha sentencia ejecutoria se limita exclusivamente a la cosa juzgada respecto de aquellos sujetos en favor de quienes se pronuncio el fallo absolutorio, lo cual es congruente con lo dispuesto por el artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de que “... Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito...” pero en manera alguna genera efectos reflejos sustantivos o materiales que inciden eficazmente en la sentencia condenatoria emitida en contra del quejoso, ya que no es

lógico ni jurídico impedir al órgano sentenciador ejercer su función jurisdiccional y se abstenga a analizar y valorar los elementos de convicción en que se funda el juicio de reproche instituido en contra del citado quejoso, por la simple razón de que tales elementos de prueba ya fueron valorados en una sentencia anterior como equivocadamente se pretende en los conceptos de violación, en virtud de que esta cuestión sólo implica cosa juzgada de naturaleza eminentemente formal o adjetiva, cuya autoridad y fuerza no trascienden a otra sentencia, pues de ser así se llegaría al absurdo de que bastaría el pronunciamiento de una sentencia condenatoria en contra de un individuo, para que, con base en ella y sin tomar en cuenta los elementos de convicción relativos, también se condena posteriormente a otro en una sentencia diversa. **SEMENARIO, JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, OCTAVA ÉPOCA, TOMO IX, FEBRERO 1992. TRIBUNALES COLEGIADOS. PÁG. 16.**

COSA JUZGADA MATERIAL Y FORMAL, EN SEDE DE AMPARO.- En sede, de amparo la cosa juzgada material no es la sentencia misma sino el juzgamiento y la decisión sobre la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de los actos reclamados. Su ratio es poner la seguridad jurídica, la paz social, el es todo de certidumbre, creando o estableciendo situaciones jurídicas definitivas y concretas, es clausurar, en forma definitiva, toda discusión a la posibilidad de reabrirla o reiniciarla mediante acto irrevocable (cosa juzgada formal o irrecorribilidad) del acto de autoridad judicial federal que haga indiscutible (cosa juzgada material, indiscutibilidad o *non bis in idem*) la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de los actos específicamente reclamados a través de los límites de: a) Identidad subjetiva de sujetos o partes: mismo agraviado, misma autoridad responsable, en su caso, mismo tercero perjudicado; y b) identidad objetiva del mismo acto, reclamado. **SEMENARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, OCTAVA ÉPOCA TRIBUNALES COLEGIADOS, TOMO XII, PÁG. 411.**

Concretando las resoluciones anteriores, diríamos que la cosa juzgada representa la consecuencia procesal de la sentencia firme, en la medida que por elementales razones

de seguridad jurídica impide que lo resuelto en ella sea atacado dentro del mismo proceso (cosa juzgada formal) o en el otro diferente (cosa juzgada material).

Cosa Juzgada en sentido formal es el efecto de irrevocabilidad e invariabilidad de una sentencia penal, es por ello que el artículo 101 del Código Federal de Procedimientos Penales y el 78 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no permiten al órgano jurisdiccional modificar o variar sus resoluciones después de formuladas o firmadas ni después de votados, tratándose de tribunales colegiados, naturalmente sin perjuicio de la aclaración de sentencia, cuando contenga el fallo conceptos oscuros, ambiguos, deficientes o contradictorios que deben aclararse.

La cosa juzgada material es, en cambio, un efecto que se manifiesta fuera del proceso penal y de cara al futuro, impidiendo la existencia de un enjuiciamiento ulterior sobre los mismos hechos.

Sin embargo en materia penal, sostenemos que la inmutabilidad de la sentencia que pasa en autoridad de cosa juzgada no es absoluta, es nada más una cualidad de ella, pero no corresponde a su esencia, o sea que puede haber sentencias definitivas firmes, revisables en ciertas circunstancias, porque su inmutabilidad es una cuestión de política legislativa basada en la conveniencia o no de la institución, razón que permite, en nuestro sistema procesal, excluirla respecto de determinadas instituciones, lo que significa que la cosa juzgada debe organizarse sobre bases compatibles con los demás derechos y garantías constitucionales.

Siendo necesario subrayar que la sentencia penal solo tiene el efecto negativo de impedir un proceso nuevo y, consecuentemente, otra cadena sobre las que ya han sido juzgados, ello en obsequio al principio *non bis in idem*, al paso que la sentencia pronunciada en el proceso civil produce tanto efectos negativos (la exclusión del segundo proceso) como positivos (determina el contenido de la segunda sentencia).

También hay que aclarar que tratándose de la cosa juzgada en materia penal, no se requiere la existencia de las tres identidades legal tradicionalmente reconocidas en el proceso civil -de sujeto activo, pasivo y de los hechos- pues basta que se produzca, la identidad del sujeto pasivo y en los hechos, sin que tengan influencia las partes acusadoras -la víctima, el ofendido- por su carácter de sujetos no indispensables del proceso penal su participación instrumental y muchas veces eventual en el enjuiciamiento.

Con esto no se pretende que se impida la iniciación de otro proceso frente a persona diferente, salvo que se hubiese estimado en la primera sentencia, que el hecho no se produjo.

Como en el primer procesamiento se extingue la acción penal, para apreciar la identidad sobre los hechos, deberá estarse a los puntos básicos que se declararon acreditados en el primer fallo y que determinaron la absolución o condena, un tema que no ha sido cabalmente entendido por todos es el relativo a la distinción entre la cosa juzgada que es propia y exclusiva de las resoluciones, como el auto de **sobreseimiento**, y el efecto que deriva de resoluciones, su naturaleza administrativa dictadas por el poder ejecutivo, en ejercicio de sus atribuciones sancionadoras, que no pasa por autoridad de cosa juzgada.

Ciertamente la cosa juzgada importa la prohibición de nuevo juzgamiento y nueva sanción pero por autoridad jurisdiccional, o sea, cuando se pronuncia una sentencia absolutoria en un proceso penal, no puede haber otro procesamiento contra la misma persona, por los mismos hechos delictivos que motivaron el anterior, pero esto no descarta la posibilidad de la práctica de actuaciones de carácter administrativo en averiguación de la existencia de infracciones o faltas de esa naturaleza, sancionadas por el derecho fiscal o administrativo, que impiden la imposición de sanciones por un órgano judicial.

Significa lo anterior, que la circunstancia de que en sentencia definitiva se haya declarado por el juez, la inexistencia de un delito, no significa ni prejuzga sobre la existencia o no de una infracción de tipo administrativo, habida consideración de que reclaman ambos procesos su propia independencia, de manera que no está subordinado uno al otro, pudiendo por ello, inclusive, concluir ambos con criterios dispares si se tiene presente el diverso enfoque legal de los hechos que le imprime cada autoridad. Ejemplo: contrabando.

Así pues ante el cúmulo de teorías que buscan la explicación de la naturaleza de cosa juzgada, estimamos más certeza la corriente de ideas que sostiene que como la autoridad de cosa juzgada sucede al dictado de la sentencia firme conforme a nuestro régimen jurídico, la inimpugnabilidad constituye un aspecto extrínseco del fallo cuyo fundamento radica en la imposibilidad legal de que se le recurra.

La autoridad de cosa juzgada, en cambio constituye algo intrínseco a la sentencia firme, por lo que siendo conceptos distintos, nada impide que puedan existir separados.

De aquí puede obtenerse que el error que llegará a contener la sentencia, no invalidará su naturaleza jurídica, y pronunciada, produciría sus efectos legales, lo que equivale a afirmar que para la existencia de la sentencia no es requisito *sine qua non* que contenga la verdad objetiva.

La posibilidad de error puede subsanarse a través de los recursos, lo que lleva a considerar que no es exacto que la verdad legal sea consecuencia de la sentencia porque por efecto de los recursos, hechos intrínsecos de una sentencia, no puede convertirse el error en cierto.

En otros términos, si concebimos la cosa juzgada como la permanencia de la eficacia procesal de una resolución jurisdiccional, ello produce necesariamente certeza y seguridad jurídica, pues el ordenamiento legal cumple su finalidad de que permanezcan en el tiempo las decisiones, de los jueces acerca de los derechos de los ciudadanos, con lo cual se logra una declaración judicial que por su estabilidad, no podrá atacarse ni contradecirse por una decisión posterior de otro órgano jurisdiccional.

La cosa juzgada (*res indicata*) en materia penal, esta reglamentada aunque indirectamente por la legislación mexicana en el artículo 23 constitucional, consigna el principio *non bis in idem* cuando dispone que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que se le absuelva o se le condene.

Este principio prescribe la múltiple persecución judicial por el mismo hecho y tiene jerarquía de “garantía política”, derivando su importancia y elaboración jurídica, de su elevación al rango de garantía de seguridad individual propia de un derecho liberal en un Estado de derecho.

A nuestro parecer la disposición constitucional pudiera restringir la garantía individual que consagra en tanto prohíbe el doble juzgamiento “por el mismo delito”, cuando debería vedarse ese doble juzgamiento más bien “por los mismos hechos” delictivos, con la cual se ampliaría la potestad garantizadora pues de atenernos exclusivamente a la expresión del delito”, se corre el riesgo de permitir la persecución *ex novo* del mismo hecho, bajo otra calificación jurídica.

La vigencia del principio que examinamos, efecto característico de la sentencia, hace imposible que se juzgue dos veces la misma cuestión, en el entendido de que dicha imposibilidad, desde un ángulo negativo se manifiesta por la inviabilidad de un planteamiento del mismo problema debatido entre las partes en anterior proceso para obtener una decisión, y desde el ámbito positivo, se pone de manifiesto cuando el juez

posterior tenga que partir necesariamente de la anterior decisión, al juzgar y decidir sobre una pretensión de la que sea elemento prejudicial lo ya juzgado, siendo impuesta esa prejudicialidad, no por la lógica, sino por razones estrictamente jurídicas, lo que surge cuando la acción sobre la que no se ha juzgado, reconoce la base jurídico-fáctica que le presta la acción ya juzgada, existiendo, además, completa identidad entre los sujetos pasivos de ambas.

Por eso se afirma que la cosa juzgada solamente tiene naturaleza procesal, al tratarse de una vinculación que se refiere directamente al juez, para el que resulta imposible volver a juzgar lo ya juzgado previamente por otro juez.

Esta vinculación impuesta al órgano jurisdiccional, tiene su origen y naturaleza públicos y se da por la necesidad de conseguir la certeza y la seguridad jurídica.

Ahora bien, sin dejar de considerar el riesgo natural que implica desconocer la inmutabilidad de una sentencia, porque ello llevaría a la existencia de juicios inacabables que imposibilitarían la armónica convivencia social, en ocasiones –como verdadera excepción- es necesario revisar algunas sentencias.

En efecto, los errores jurídicos o fácticos del juez plasmados en un fallo, agotados los recursos que otorga la ley, es clara que no lo invalidan, pero frecuentemente sería atentatorio estimar esa sentencia inmutable, cuando ha sido producto del engaño o malicia, puestos en juego para lesionar derechos fundamentales, ya que la cosa juzgada no puede ser una mascarada que encubre artificios que no derivan de procesos regulares exentos de trampas.

Tal sucedería en un juicio seguido, por ejemplo a espaldas del afectado, por haberse realizado notificaciones fraudulentas o bien en un caso en el que se le hubiera privado

del derecho a la defensa por supuestos vicios de procedimiento o se hubiese fundado el veredicto en pruebas declaradas falsas con posterioridad por sentencia judicial.

En tales supuestos, la autoridad de la cosa juzgada consideramos que no se vulnera sino más bien se reafirma, al salvaguardarse la justicia que suspira a todo fallo, sin cuya preservación prioritaria pierde sentido y se vuelve inconcebible el valor ético de la cosa juzgada.

Penalmente, la vía procesal, idónea tendrá que ser en su caso, a la luz del Código Federal de Procedimientos Penales y del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el reconocimiento de inocencia del sentenciado, dejándose como supuestos de revisión de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, los siguientes: cuando la sentencia se funde en pruebas que posteriormente se declaren falsas; cuando después de la sentencia aparezcan documentos públicos que invaliden la prueba en que se haya fundado aquella o las presentadas al jurado y que sirvieron de base a la acusación y al veredicto; cuando condenada una persona por el homicidio de otra, se presentare esta o alguna prueba irrefutable de que vive; cuando hayan sido condenados por el mismo delito y se demuestre la imposibilidad de que ambos pudieran haberlo cometido; cuando el sentenciado hubiere sido condenado por los mismos hechos en juicios diversos, prevaleciendo en este caso, la sentencia mas benigna.

Creemos que todavía quedarían fuera de la lista anterior, algunas cosas en que pudiera revisarse la sentencia que adquirió la fuerza de cosa juzgada, que no por raros pudieran dejar de ocurrir, como cuando se acreditara que una sentencia penal de condena, por ejemplo, fue dictada como resultado de la violencia física o moral ejercida sobre el juez o magistrado que la pronunció.

La revisión de una sentencia que causó estado, debe realizarse a través de un recurso extraordinario que tenga las características de un juicio diverso a aquel en el que se

pronunció el fallo, iniciándose por el ejercicio de una acción autónoma en una demanda que principie el juicio, en el que habrá una audiencia de pruebas, alegatos y sentencia, en acatamiento al principio de debido proceso, pues la cosa juzgada estimamos que sólo así podrá destruirse, si no se pierde de vista que ella surge de una contienda promovida por la afectación de un derecho o de un interés legítimo, contienda que debe regirse por un procedimiento regular en el que se hayan otorgado las garantías de audiencia, defensa, pruebas y alegaciones.

La sentencia irrevocable, nuestra legislación procesal penal en términos generales rehuye hablar de la cosa juzgada y mas bien alude a que cause estado la resolución , o bien consigne las expresiones sentencia irrevocable o sentencia ejecutoria en sus disposiciones, por eso la jurisprudencia se encarga de dar sentido a la garantía que evita un doble juzgamiento.

ARTÍCULO 23 CONSTITUCIONAL.- Este artículo consagra la garantía de que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito **SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA FEDERACIÓN, QUINTA ÉPOCA, TOMO XIX, PÁG 88.**

Así pues, de acuerdo por ejemplo, con el artículo 102 Código Federal de Procedimientos Penales, causa estado una resolución judicial cuando notificadas las partes de la misma, manifiesten expresamente su conformidad no interpongan los recursos que procedan dentro de los plazos señalados por la ley o, también, cuando se resuelvan los recursos planteados contra las mismas.

El artículo 360 del mismo ordenamiento, establece que son irrevocables y causan ejecutoria las sentencias pronunciadas en primera instancia cuando se hayan consentido expresamente o cuando, concluido el término que la ley señala para interponer algún recurso, no se haya interpuesto; y, las sentencias contra las cuales no dé la ley recurso alguno.

Por su lado el artículo 79 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, dispone que no se entenderán consentidas las resoluciones judiciales “...sino cuando notificada la parte, conteste expresamente de conformidad o deje pasar el término señalado para interponer el recurso que proceda...”.

También el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en los artículos 410 y 411, sobre el caso, dicen que no procederá ningún recurso cuando la parte agraviada se hubiere conformado expresamente con una resolución o procedimiento, o cuando no interponga el recurso dentro de los términos que la ley señale o se interponga por persona que no este expresamente facultada por la ley para interponerlo; y el 443 estatuye que son irrevocables y por lo tanto causan ejecutoria las sentencias pronunciadas en primera instancia, cuando se hayan consentido expresamente, o cuando expirado el término que la ley fija para interponer algún recurso alguno.

Debe decirse que nuestras leyes adjetivas solamente admiten la renuncia al derecho de impugnación cuando se aceptan expresamente los términos en que esta dictada la resolución, sin que pueda decidirse que a través de un consentimiento tácito puede surgir la cosa juzgada, supuesto que claramente alude la legislación mexicana a la circunstancia de que no se deberá entender consentido el fallo sino por expresa constituye un acto procesal de renuncia al derecho de impugnación que no autoriza la ley a presumir, en tanto que la aceptación implícita se revela en la realización de actos que son incompatibles con la voluntad de impugnar, como podría ser, por ejemplo, el exhibir la póliza de fianza garante de beneficio de la suspensión condicional concedido al reo sin que antes hubiere causado estado el fallo condenatorio.

Tampoco será válida jurídicamente esa renuncia a impugnar, si es expresada antes de que se dicte la resolución puesto que no puede abdicarse de un derecho que todavía no nace, que no se ha actualizado. Lo contrario equivaldría a introducir al proceso reglas

convencionales o dispositivas en agravio de las normas del orden público que lo regulen.

Necesaria consecuencia de lo expuesto, es que tampoco se pueda considerar consentida una resolución cuando se realicen actos equívocos aquellos que, como se sabe, tienen varios significados o excepciones que no autoricen a colegir de ellos una renuncia, máxime que en la legislación del Distrito Federal, como en muchas de los Estados, expresamente se indica que por la sola inconformidad mostrada contra resolución notificada, se entenderá interpuesto el recurso que proceda, también la jurisprudencia ha mostrado esa pauta, según lo refiere la siguiente ejecutoria.

APELACION EN MATERIA PENAL, CASO EN QUE DEBE ADMITIRSE EL RECURSO DE, SIN QUE SE INTERPONGA ESPRESAMENTE.- El artículo 364 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Tabasco, equipara la inconformidad del acusado con una resolución, a la interposición del recurso que proceda, sin que importe lo legal y fundada de aquella o lo ineficaz o intrascendente de éste. Luego, si al notificarse la sentencia condenatoria al reo, éste manifestó que “se reserva sus derechos” y su defensor expreso que no estaba conforme con ella, por no encontrarse apegada a derecho, pero por torpeza omitió decir expresamente que oponía el recurso de apelación, ello no resulta óbice para que se trámite, pues de lo contrario se dejaría en total estado de indefensión al acusado en aras de una interpretación letrista de la ley, que no siempre resulta afortunada y sí lesiva de los intereses del reo, sin que ello signifique regresar al sistema de la revisión de oficio, ya abrogado por nuestras leyes procesales, sino un actuar más armónico con la Constitución Federal, cuya pretensión radica en que todo acusado disfrute de la más amplia libertad para su defensa, a fin de evitar que sea condenado injustamente. **SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO, SÉPTIMA ÉPOCA, T. 205-216 PARTE, PÁGINA 566.**

El criterio anterior no opera cuando quien se muestra inconforme con la resolución judicial, pero no interpone expresamente el recurso, es el Ministerio Público.

APELACIÓN INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE, POR EL MINISTERIO PÚBLICO.- Aún cuando existe un artículo en las reglas generales de los recursos, el 328, que establece la regla que ha dado lugar a la práctica judicial de que la inconformidad manifestada al notificarse la resolución deberá entenderse como interposición del recurso que proceda, es de notarse que dicho precepto se refiere exclusivamente al acusado y no al Ministerio Público. ***SEMENARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN PRIMERA SALA, SEXTA ÉPOCA, TOMO XCII, SEGUNDA PARTE, PÁGINA 25.***

Sin embargo, es posible que una resolución quede firme sólo en una de sus partes, la que se haya consentido expresamente por ejemplo, y que no constituya cosa juzgada respecto del resto del fallo, como se reconoce en el siguiente precedente:

APELACIÓN EN MATERIA PENAL.- Cuando una sentencia tienen diversos fundamentos y sólo se ataca uno de ellos, los restantes quedan firmes aún en el supuesto de que prospere la tesis contra aquél. Y ante esta absolución que causa estado por imposibilidad de revisarla de oficio o de suplir los agravios del Ministerio Público para quien rige el principio procesal *tantum devolutum quantum appellatum*, el tribunal de alzada no tiene otro camino que declarar, esto devolviendo los autos para ejecutar la absolución fundada en razones que no dieron materia al recurso. ***SEMENARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN QUINTA ÉPOCA, PRIMERA SALA, TOMO CXXXII, PÁGINA 392.***

Como en la práctica existe confusión sobre el particular, debe decirse que la garantía de no ser juzgado dos veces por el mismo delito, se refiere precisamente a que los hechos que se atribuyen a alguien hayan sido examinados en sentencia definitiva, pues si sólo lo fueron en una resolución distinta que por su precariedad no implique un

juzgamiento, como ocurre por ejemplo tratándose de un auto de libertad por falta de elementos para procesar, aquella garantía individual no es operante, como resulta confirmado en los siguientes criterios interpretativos de tribunales federales.

ARTICULO 23 CONSTITUCIONAL.- *Analizado este artículo, en concordancia con las disposiciones del Código Penal del Distrito y de las relativas del Código Federal de Procedimientos Penales, se infiere que la garantía concedido por el primero de dichos preceptos implica que fenecido un juicio por sentencia ejecutoria, no se podrá intentar de nuevo la acción criminal por el mismo delito y contra la misma persona, ya sea que el fallo correspondiente absuelva o condena al reo; de modo que sólo existe la trasgresión del repetido artículo 23 constitucional, en el caso que se haya dictado sentencia irrevocable; pero si tal sentencia no se dictó, nada impide que se abra nuevo proceso, en donde se dicte resolución firme. SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN QUINTA ÉPOCA, PRIMERA SALA, TOMO XXVII, PÁG. 504.*

ARTÍCULO 23 CONSTITUCIONAL.- Preceptúa el párrafo segundo del artículo 23 constitucional, que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito. Para fijar el sentido y alcance demandante es necesario definir lo que ha de entenderse como cosa juzgada, cuando se ha pronunciado sentencia irrevocable en el proceso que se le hubiere instruido; pero una sentencia tiene el carácter de irrevocable: primero, cuando la ley no establece recurso alguno por el que pueda ser modificada, confirmada o revocada; y segundo, cuando admitiendo algún recurso, se le haya consentido expresamente, o haya sido expirado el término que fija la ley para interponerlo, sin haberlo interpuesto. Si en estas condiciones, es decir, si tanto el reo como el Ministerio Público, se han conformado con la sentencia de primera instancia debe sostenerse que el reo ha sido juzgado; y si a pretexto de que la legislación local establece la revisión de oficio, se lleva nuevamente el proceso ante el tribunal de alzada, seguramente que se viola, en contra del reo, la garantía que le viola el artículo 23 constitucional, ya que la revisión de oficio esta en pugna con lo mandado por el artículo 21 Constitucional

**SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, QUINTA
ÉPOCA, PRIMERA SALA, TOMO XXIX, PÁGINA 1746.**

Los límites de la Cosa Juzgada, en relación a esto se habla de los límites objetivos de la cosa juzgada entendiéndolos en una doble vertiente, el primero de orden esencialmente procesal, relativo a las partes de la sentencia que adquiera la fuerza de cosa juzgada y el otro, concerniente a las cuestiones litigiosas que son amparadas por esa fuerza. Los límites subjetivos a su turno, permiten que la cosa juzgada alcance solamente aquellos que han sido partes o bien que, en los términos de ley, han participado voluntariamente en el proceso y que sea afectado en su esfera de derechos por la sentencia

Con relación al aspecto objetivo, se discute si la cosa juzgada interesa a la sentencia como una unidad jurídica, es decir, si se refiere tanto a su parte considerativa como a la dispositiva, o solo a esta última.

Quienes piensan que la fuerza de la cosa juzgada abarca también los motivos en que se basa el pronunciamiento, sostienen que de otra manera, no podría comprenderse el pensamiento del órgano jurisdiccional y malamente podría admitirse o desecharse la excepción de cosa juzgada, como ocurriría cuando el inculpado que ha expresado distintos agravios contra la sentencia absolutoria, es absuelto en los resolutivos de la sentencia de segundo grado, sin saber cuál de sus argumentos fue el que declaró procedente y cuales otros fueron desestimados completando esta concepción, se dice que no son las consideraciones subjetivas que a manera de móviles influyen en el ánimo del Juez, las que deben alcanzar la fuerza de cosa juzgada, sino solo los motivos objetivos que se contienen en las consideraciones de la resolución.

En cambio, se asegura por otra parte de la doctrina, que la autoridad de cosa juzgada solo se refiere a la parte dispositiva del fallo, aduciendo que el órgano judicial representa al Estado cuando decide, no cuando expresa razonamientos en su sentencia.

Parece, dentro de estos planteamientos, que ambas tesis no son antagónicas, sino que pueden complementarse, porque si bien la cosa juzgada se limita a los puntos resolutive del fallo, ello no impide la consideración de sus fundamentos como elementos de interpretación de la sentencia, porque deben investigarse a través de ellos, la extensión y el objeto de la cosa juzgada.

Por otra parte, en lo que mira a las cuestiones que ampara la cosa juzgada, debe decirse que la regla general es que abarca todas las cuestiones debatidas en el proceso y resueltas por la sentencia.

Por último, respecto a los límites subjetivos, la cosa juzgada solo alcanza a quienes participan en el proceso y les paró perjuicio la resolución, por lo que no puede beneficiar ni agravar a todo aquel que ha sido ajeno a dicho proceso.

En relación con la naturaleza de la resolución recurrida, el problema replantea de esta manera; cuál es la condición jurídica que guarda una resolución judicial desde el momento en que ha sido pronunciada y notificada a las partes, pero no ha causado estado al estar corriendo el término para ser recurrida, o bien: qué condición guarda esa resolución mientras se resuelve la impugnación hecha valer en su contra.

La doctrina no es uniforme en cuanto al tratamiento del tema y ha expresado varias soluciones, como veremos a continuación.

Hay quienes pretenden encontrar la respuesta en el Derecho Privado, argumentando que se trata de una resolución sometida a condición suspensiva o a condición resolutoria, susceptible, por tanto, debe ser anulada o nulificada.

Lo primero, cuando inicialmente produzca sus efectos legales, aunque después, al cumplirse el hecho que previene la ley, desaparezcan, o lo segundo, cuando inicialmente no produzca efectos jurídicos, hasta en tanto surja el acto que purgue el vicio si esto es posible.

En ese sentido, Carnelutti afirma que si se trata de una sentencia, aunque sujeta a la condición de que se confirme por el Tribunal de Segunda Instancia.²⁷⁶

Parece que es necesario distinguir las dos situaciones claras que presenta el asunto. Una, como hemos dicho, cuando se dicta la resolución y está pendiente de que transcurra el plazo legal para que se interponga el recurso contra ella; la otra, cuando ha sido recurrida y se halla en trámite el recurso.

Cortés Domínguez y coautores, siguiendo a Carnelutti, sostienen que en el primer caso, la sentencia queda en estado de pendencia, sin que se produzcan sus efectos jurídicos durante un tiempo perentorio y riguroso, pasado el cual adquiere toda su eficacia jurídica.

En el otro caso, produce todos sus efectos típicos, pues se trata de una sentencia que tiene una apariencia jurídica a la que se unen esos efectos jurídicos, no obstante, el estado de pendencia en esta hipótesis, no surge con el dictado de la sentencia, sino cuando se impugna, continuando la pendencia hasta que la impugnación es resuelta, pero concluyen, en ambos casos la provisionalidad de la sentencia es la misma.²⁷⁷

Como quiera que sea, lo cierto es que la resolución dictada y notificada constituye un acto procesal con plena validez, supuesto que contiene todos los elementos para producir sus efectos legales y la posibilidad de que sea impugnada o, en su caso, pueda ser modificada, solamente tiene como consecuencia la paralización provisional de sus efectos, mientras adquiere el carácter de irrevocable, en su caso, o bien mientras no se modifique o revoque por una resolución posterior.

En sentido contrario, se afirma que no puede considerarse a la sentencia mientras esté sujeta a impugnación, como un acto jurídico bajo condición suspensiva y mucho menos

²⁷⁶ CARNELUTTI, Francesco, *Diritto e Processo Civile e Penale*, Traducción y Compilación: Enrique Figueroa Alfonso, Comité Editorial Colección Clásicos del Derecho, México 1994, p.149.

²⁷⁷ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, GIMENO SENDRA, Vicente y MORENO CATENA, Victor, op. cit., p.338.

bajo condición resolutive, porque la sentencia sometida a recurso no existe como declaración del derecho, sino solo como elemento de una posible declaración.

Es un acto de autoridad, pero puesto que éste no puede tener jurídicamente una voluntad autónoma, sino la voluntad de formular lo que la ley quiere, esta voluntad no puede tener efecto ninguno en tanto sea posible, como cosa normal, que el mismo juez u otro, por medio de un acto posterior, formulen de nuevo, y quizá de distinta manera, la voluntad de la ley.

La sentencia en tales condiciones, es solo un elemento que, con el concurso de otro, podrá llegar a ser la declaración del derecho, por lo que antes, la sentencia solamente puede considerarse como una situación jurídica, un simple proyecto de fallo, ya que la sentencia bajo impugnación, “no existiendo aún como declaración del derecho, no puede producir efectos tales, sino cuando taxativamente la ley lo diga; y en particular no puede producir ninguna presunción jurídicamente valorable a favor del vencedor. La sentencia no firme, pues, no es aún “la sentencia” de la causa, sino un acto que puede llegar a ser sentencia, si no se interpone recurso. La ley llama a este acto “sentencia” y es natural que así lo haga, pues no sería aconsejable introducir un término especial para indicar este especial momento en el devenir de la sentencia.”²⁷⁸

Gómez de Liaño considera que “la revocabilidad parte de la validez del acto, en cuanto cumple con todos sus requisitos, pero puede verse afectado en cuanto a la justicia de dicho acto. Es el recurso un acto de parte, con el cual se pretende la variación de la resolución impugnada en el mismo proceso en que fue dictada. Es decir, se pretende por una parte la modificación de la resolución dictada, queriéndose que se anule o que se deje sin efecto, que puede ser sobre toda la resolución o sobre parte de ella, ya sea por el mismo órgano jurisdiccional que la dictó u otro superior, pero a la vez se solicita la realización de otra resolución que venga a sustituir a la anterior, es decir, con el recurso se solicitan dos actividades distintas en una sola, ya que la resolución que resuelve el recurso deberá en el caso que proceda a dejar sin efecto la resolución

²⁷⁸ CHIOVENDA Giuseppe, *Curso de Derecho Procesal Civil*, Editorial Pedagógica Iberoamericana, Obra compilada y editada, Colección Clásicos del Derecho, Traducción y Compilación, Enrique Figueroa Alfonso, México, 1995, p.509.

anterior y producir unos nuevos. Ahora bien, esto lo realizará de tal forma que se revoque aquélla y se sustituya por otra.²⁷⁹

Finalmente, don Eduardo Pallares después de calificar de ociosas estas discusiones, afirma: “En nuestra legislación, es inconcuso que los fallos pendientes de un recurso son auténticos fallos, no sólo porque el Código les da ese nombre, sino también porque les hace producir los efectos propios de una entidad de esa categoría. Si no tuviera tal naturaleza, no se explicaría que contra ellos se admitiese, como se admite, la interposición de los recursos legales, ya en el escrito de expresión de agravios, el recurrente afirma que la resolución le produce determinados daños y perjuicios al lesionar sus derechos.

La lesión misma supone algo que la produzca, y ese algo no puede ser otra cosa que una auténtica sentencia. Por otra parte, cabe duda de que si el fallo no es recurrido, dé nacimiento a las consecuencias legales que son propias y exclusivas de un fallo e incluso puede causar ejecutoria y tener la autoridad de cosa juzgada.”

Admitiendo lo anterior, cabe preguntar: ¿acaso la interposición de un recurso le hace perder su naturaleza jurídica hasta el extremo de dejar de ser lo que fue antes? ¿no es cierto que la lógica exige que los recursos presuponen la existencia de una resolución judicial contra la que se hacen valer?²⁸⁰

Sobre el tema, la interpretación jurisprudencial, aunque no lo aborda centralmente, sí reconoce de manera oblicua que una sentencia de primera instancia, por más que esté recurrida, ello no la hace inexistente.

**LIBERTAD CAUCIONAL, CUANDO SE HA
PRODUCIDO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.-**
*Si en la sentencia de primera instancia se impone al
acusado la pena de seis años, que fija la ley para el
delito de homicidio en riña por el provocado y se*

²⁷⁹ GÓMEZ LIAÑO, Polo J. Cuarles. *Los Recursos en la Instrucción Penal*, Editorial Formu, 1997, p.68.

²⁸⁰ PALLARES, Eduardo. *Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa, México, 1986, p. 472.

*interpone el recurso de apelación, su admisión en ambos efectos hace que el tribunal de alzada se sustituya al Juez con las mismas facultades, en el conocimiento del negocio, y suspende la ejecución de la sentencia, en tanto se pronuncia el fallo de apelación; pero no puede desconocerse la existencia del fallo de primera instancia, que, entre otras cosas, determina el monto de la pena, que desde el momento sirve de norma fijar el límite de cinco años que fija el artículo 20 Constitucional, en su fracción I, para que pueda conceder la libertad caucional; y si la pena impuesta en primera instancia excede de aquél límite, el acusado no tiene derecho a libertad caucional, si es violatoria de garantías la resolución del Juez que la niega. **SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, PRIMERA SALA, TOMO LVIII, PÁGINA 1727.***

Jueces Penales, Responsabilidad Oficial de los (Legislación de Sinaloa).- En los términos del artículo 197 fracción I, del Código Penal vigente en el estado, son dos los elementos esenciales del delito de responsabilidad oficial: que se trata una sentencia definitiva injusta y que el funcionario que la dictó hubiese obrado por motivos inmorales; y solo puede ser calificada como injusta aquella sentencia que ha causado ejecutoria por no haberse recurrido, o bien porque el tribunal de apelación la revoque o modifique, pero no cuando la misma se encuentra sub-judice, caso en que la calificación de injusticia prejuzgaría del resultado del recurso, pues precisamente y como dentro del sistema del doble grado, existe un órgano jurisdiccional jerárquicamente superior para conocer en apelación de la cuestión juzgada por el tribunal de primer grado, los efectos obligatorios de la sentencia dictada por éste, no vinculan ni a los órganos jurisdiccionales jerárquicamente superiores, quienes a virtud de un nuevo examen pueden revocarla y sustituirla por una nueva y diversa, ni a las partes mismas. De aquí un estado de pendencia de la sentencia de primer grado y de sus efectos jurídicos, frente a los órganos jurisdiccionales de segundo grado, ésta continúa existiendo y desplegando sus efectos jurídicos; y si se reforma deja de existir o de desplegar dichos efectos ya que el Juez de apelación puede revocarla cuando los motivos de hecho y de derecho en que se funda no se conforma con la verdad o con la recta aplicación del

derecho. En consecuencia, y aún cuando la sentencia de primer grado es un asunto jurídico perfecto con fuerza obligatoria propia y debe tenerse en cuenta, atenta la existencia de los dos grados de jurisdicción, que sus efectos son limitados y parciales dada la posibilidad de otra diversa declaración del derecho (sentencia de segundo grado), ya que los órganos jurisdiccionales competentes para conocer en segunda instancia, tienen facultad para revocar el acto de declaración de los órganos inferiores, sometido a su revisión, y de pronunciar una nueva y diversa declaración mediante otra sentencia, de lo que se concluye que la atribuida al ahora quejoso y recurrida en apelación por el Ministerio Público, siendo como es, susceptible de modificación o revocación por parte de los órganos jurisdiccionales jerárquicamente superiores y competentes para conocer en segunda instancia, carece de definitividad y es estas condiciones, no puede ser calificada a priori de injusta, por un órgano administrativo, como lo es el Ministerio Público que carece de competencia legal para ese efecto, al ejercicio de la acción penal. **SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. QUINTA ÉPOCA, PRIMERA SALA, TOMO CVII, PÁG. 232.**

5.1 DERECHO A INTERPONER ALGÚN RECURSO COMO GARANTÍA INDIVIDUAL.

La trascendencia que reviste el tema, deriva en general de que las más importantes exigencias procesales que deben normar un justo proceso, se hallan incorporadas, a manera de garantías individuales en nuestra constitución política, lo que nos consolida como un estado democrático de derecho, al tiempo que se otorga la más amplia protección dentro del enjuiciamiento penal, a todas aquellas que de una manera u otra están involucradas en él.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece una serie de garantías en materia Penal a favor del gobernado, particularmente en los artículos del 13 al 23, vincula directamente con la libertad personal, la igualdad, la vida, la inviolabilidad del domicilio, la propiedad la posesión etcétera.

Sin embargo, nuestro Código político no conserva de manera expresa la garantía individual de interponer un recurso ordinario como la apelación, por lo que se solicite la revisión de un proceso, y el dictado de una nueva resolución, no existe reconocida literalmente, en la ley magna, la facultad de apelar las resoluciones judiciales que irroguen perjuicios a nuestra esfera de derechos, como si existe consagrada de manera expresa en muchos países cultos, cuyas constituciones nos han sido dictadas con posterioridad a la segunda guerra mundial, influido de manera directa por los distintos convenios y pactos internacionales que versan sobre los derechos y las libertades fundamentales, a los que mas adelante haremos alusión.

Esta situación ha permitido –y permite- que el otorgamiento de la doble instancia sea un acto potestativo del legislador secundario a cuya conveniencia o autoritarismo queda reservada su concesión o negativa, ello pasando por alto los instrumentos internacionales que sobre el particular ha suscrito nuestro país, en los cuales se ha comprometido, a garantizar el derecho a un recurso sencillo y rápido ante una autoridad judicial distinta, que revise la resolución que afecte sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o la ley. Un ejemplo de lo anterior, lo constituye el Código Federal de Procedimientos Penales que sujeta a única instancia ciertas resoluciones judiciales, si bien dictadas en procesos de poca monta, y la mas reciente reforma al Código de Procedimientos Penales Distrital, aprobada por la asamblea legislativa del Distrito Federal, en la que se restablece la doble instancia como obligatoria, inclusive para los procedimientos sumarios, entre los que se encuentran los segundos para los Juzgados de Paz, que por capricho del anterior legislador se tramitaban como juicios uniinstanciales.

La instancia única ofrece graves peligros en el terreno penal que deben eliminarse, pues como algún autor, afirma, una cosa es estudiar una pretensión desde la perspectiva de una previa sentencia sometida a censura y otra distinta enfrentarse con aquella exnovo y de manera única y definitiva, además de que una forma inequívoca

de favorecer la arbitrariedad y acoso la corrupción, deriva de conceder la facultad omnímoda para resolver un conflicto de interés, sin sujeción al control de nadie.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación de algún modo ha contribuido a evitar la instauración de la garantía de doble instancia, al afirmar en la jurisprudencia firme y reiterada, lo siguiente:

APELACIÓN.- LA IMPOSIBILIDAD LEGAL DE INTERPONERLA NO ENTRAÑA VIOLACIÓN DE GARANTÍA.- *La imposibilidad legal de apelar el fallo reclamado de ninguna manera entraña violación de garantías constitucionales en agravio del peticionario ni resulta contrario a la Constitución Federal, pues un juicio uniinstancial, el demandado disfruta plenamente de las garantías de legalidad, de audiencia, de debido procesamiento y de acceso a los tribunales, a ser oído y vencido conforme a derecho; y del negocio del que emanen los actos reclamados se comprueba con el examen de las constancias relativas, que el juicio de que se trata se tramita con riguroso apego a las normas que lo regulan, y en cabal cumplimiento de las normas, sin que la falta de la segunda instancia implique restricción o limitación a las garantías constitucionales aludidas, pues lo que nuestra ley fundamental consagra al respecto es que nadie puede ser privado de la vida, de la libertad de sus propiedades, posesiones o derechos sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho; pero ningún artículo de la Constitución Federal, establece como garantía del individuo que, cuando el juicio uniinstancial debe abrirse necesaria e inexorablemente una segunda instancia mediante el recurso de apelación para que los litigantes sean oídos y vencidos nuevamente en la alzada, y que la garantía de audiencia, de legalidad y de debido procedimiento, se cumplen internamente en el juicio uniinstancial llevado ante el juez del fuero común, dentro del cual las partes son oídas respecto de las pretensiones que en tiempo y forma deduzcan, disfrutando ampliamente el derecho de ofrecer pruebas*

de los hechos fundatorios de sus acciones y de sus excepciones y defensas, para la debida preservación de sus legítimos intereses. SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, ÉPOCA OCTAVA, TOMO VII, MARZO, PÁGINA 110.

De hecho encontramos en la constitución del país múltiples disposiciones con relación al procesamiento, que integran un verdadero régimen penal.

“...Don Sergio García Ramírez enseña que esencialmente son seis las series de preceptos incorporados de la Constitución.

La primera establece el principio de legalidad penal, procesal y ejecutiva, ejemplificando con los artículos 13, 14 y 17; luego, una más compuesta, entre otros, por los artículos 21, 20 fracciones VI y IX, 94 y siguientes, que alude al llamado triángulo procesal; juzgamiento acusación y defensa.

Una tercera serie refiérese a algunos principios rectores del proceso, como la publicidad reconocida en las fracciones III y VI del artículo 20; la cuarta, a medidas cautelares, como la detención y la retención del artículo 16; la prisión preventiva del primer párrafo del 18 y la libertad provisional del 20 fracción I, a las que –por nuestra parte- quizás agregaríamos el arraigo del artículo 21.

En quinto lugar coloca las estipulaciones acerca de algunos procedimientos penales o para penales especiales, en función de la edad del sujeto, el cargo que desempeña, su profesión, la naturaleza de la conducta desarrollada, referidas en los artículos 13 que habla de la substanciación del fuero castrense para las faltas y delitos de carácter militar; el 18 párrafo cuarto que alude a las instituciones especiales para menores; el 21 que prevé la justicia por faltas a los ordenamientos de policía y de buen gobierno; y el título cuarto de la constitución que instituye las responsabilidades políticas, penales y

administrativas de los servidores públicos y el sistema orgánico y procesal para exigir las.

La sexta serie de normas constitucionales de contenido procesal penal, se refiere a la impugnación y al número de instancias que limita el artículo 23.

A pesar de lo anterior, trataremos de evidenciar que bajo las normas de la propia constitución que nos rige, subyace el derecho a apelar tratándose de elevarse como una verdadera garantía individual, teniendo en cuenta que la constitución, en el conjunto de artículos referentes a la materia penal, consagra un sistema integral de Justicia penal. Las garantías constitucionales están instauradas no como principios aislados unos de otros, sino como principios estrictamente organizados en un todo armonioso y coherente... ”.²⁸¹

5.2 PLANTEAMIENTO

Postulamos que la facultad de interponer un medio de defensa, concretamente la apelación, contra resoluciones injustas o contrarias a derecho si bien no de manera categórica, pudiera estimarse que se filtra de manera oblicua, -entre otras- a través de las garantías de audiencia y justo proceso legal, de legalidad, del derecho a la justicia, del derecho a una defensa adecuada y de la garantía que limita el número de instancias en el proceso penal, contenido en los artículos 14, 16, 17, 20 fracción IX y 23 constitucionales apoyadas por la interpretación jurisprudencial sobre el caso y confirmada si constitucionalización con los distintos instrumentos internacionales suscritos por nuestro país, hasta hoy incumplidos cabalmente por nuestro gobierno no obstante el compromiso internacional adquirido en el sentido de dar a toda persona cuyos derechos o libertades haya sido conculcados, un recurso sencillo, efectivo y breve.

²⁸¹ ISLAS, Olga y RAMÍREZ, Elpidio. *El Sistema Procesal Penal en la Constitución*, Editorial Porrúa, México, 1979, p.23.

Ciertamente el artículo 14 constitucional, al consagrar la garantía de audiencia, establece literalmente en el párrafo segundo que *“Nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimientos y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”*.

Esta garantía ha sido acogida desde siempre por los países del mundo que rigen de procesos de desarrollo democrático y por supuesto la han reconocido todas las constituciones que ha tenido nuestro país en su época independiente desde la de Apatzingán, sancionada el 22 de octubre de 1814, hasta la actual promulgada el 5 de febrero de 1917.

En la doctrina constitucional, es uniforme la posición que enseña que la garantía de audiencia se integra con estas cuatro garantías de seguridad jurídica:

a) La concerniente a la que se siga juicio en su acepción de proceso judicial –que comprende también al administrativo– a todo individuo a quien se pretenda afectar su esfera de derecho por alguno de los actos autoritarios de privación señalados por la norma constitucional.

Ignacio Burgoa define el concepto de juicio, diciendo que se traduce en “un procedimiento en el que se realice una función judicial tendiente, como el término lo indica, a la dicción del derecho de un positivo y real conflicto jurídico (resolución judicial, fallo o sentencia)”, o en el que se otorgue a se haya otorgado ocasión para que tal conflicto surja o hubiere surgido”.

“...El juicio a que nos referimos, tendrá que ser previo al acto autoritario de privación, en tanto la expresión “mediante” utilizada por la disposición constitucional, debe interpretarse como “por medio de” siendo claro que por una prelación lógica el “medio” está antes que el fin, representado por el acto privativo de la autoridad...”²⁸²

b) La segunda subgarantía consiste en que el juicio debe tramitarse ante tribunales previamente establecidos, expresión que debe tomarse en su connotación amplia, o sea, no solo referida a los tribunales del poder judicial, sino a todos aquellos que tengan la facultad de dirimir conflictos de modo imparcial, como los tribunales de lo contencioso administrativo o los agrarios, que son formalmente jurisdiccionales.

c) La siguiente garantía de Seguridad se refiere a que en el juicio se cumplan las finalidades esenciales del procedimiento.

Es precisamente esta parte de la disposición en examen la que suscita -a nuestro modo de ver- un probable reconocimiento constitucional del derecho a recurrir en apelación supuesto que el cumplimiento de las formalidades del procedimientos, involucra el que deberá proporcionarse una oportunidad de defensa a los doctrinarios del acto de privación proveniente de la autoridad.

Comprenderse así la llamada garantía de debido proceso en sus ángulos procesales y el derecho de defensa que resultará conculcado si se priva a las partes de la posibilidad de defenderse porque no se les hicieron saber los hechos; por que no se les autorizó a ser asistidos en materia penal por un defensor; por que no se les permitió declarar, ofrecer y desahogar pruebas, o por que no se les otorgó la potestad de interponer los recursos correspondientes.

²⁸² BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *Las Garantías Individuales*, Editorial Porrúa, México, 1994, p. 549.

Cualquier ordenamiento procesal civil penal administrativo o laboral, para cumplir con el mandato constitucional establecido en esa parte del artículo 14, deberán consagrar necesariamente diversos actos entre los que figura como principales, la notificación o emplazamiento al presunto afectado para que este en aptitud de contestar el cargo y la facultad probatoria que se traduce en la oportunidad de demostrar su dicho, es decir, de acreditar los hechos en los que se finque su defensa, formalidades éstas que revisten carácter de esenciales pues carece de sentido sin ellas, la función judicial.

Concretamente en materia penal, la Ley de Amparo en la fracción VII del artículo 160, considera como privación de defensa en perjuicio del quejoso con la consiguiente, violación a las leyes del procedimiento, el hecho de que le deseche los recursos que tuviere conforme a la ley, respecto de providencias que afecta partes substanciales del procedimiento y produzcan indefensión, de acuerdo con las demás fracciones del mismo artículo.

Como se advierte, el debido proceso legal necesariamente incluye el derecho a la apelación para evitar la indefensión entendida ésta no solo como la instrucción a las leyes procesales que rigen todo enjuiciamiento, sino como la obstrucción o impedimento opuestos al derecho de defensa de quien ha sido afectado por una resolución jurídica.

Por ello es que la carencia del derecho a recurrir en apelación constituye una indefensión que pugna con las garantías constitucionales de audiencia y debido proceso legal que tutela nuestra Constitución, porque iniciado un proceso, es consustancial la disponibilidad legal de los medios de impugnación, para la defensa de los intereses legítimos vertidos en el enjuiciamiento.

Es menester además, que el acceso al recurso de apelación implique condiciones mínimas establecidas en la ley para el recurrente, o bien que se fijen, en su caso,

limitaciones o restricciones para acceder al medio de impugnación que no vuelvan imposible su ejercicio por que de otra suerte resultaría infringido el precepto de la Ley de Amparo que señalamos renglones arriba, en el concepto de que no hablamos de que derogan las formalidades indispensables para que el afectado acuda al medio de defensa, quien quedaría descalificado si, por ejemplo, no se hace valer el recurso en el término legal o cuando realice omisiones o actos negligentes que le sean atribuibles, tal como lo expresa el siguiente precedente de la Suprema Corte de Justicia:

RECURSOS FRÍVOLOS O IMPROCEDENTES, FACULTAD DE DESECHARLOS, NO VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA (Legislación del Estado de Nuevo León).- *La garantía de audiencia consagrada en el artículo 14 de la Constitución Política debe interpretarse en armonía con lo establecido en el artículo 17. De acuerdo con ello, en un procedimiento se respeta la garantía de audiencia cuando en la legislación procesal se establecen los diversos medios de defensa a los que pueden acudir los interesados cuando se les afecta en sus derechos y si esto ocurre, en nada se altera la garantía de audiencia en un precepto... los recursos frívolos e improcedentes, pues con el no se impide que el particular se defienda utilizando todos los recursos previstos, sino solamente se evita el entorpecimiento de un proceso, interponiéndose medios de defensa no previstos o que notoriamente sólo tienen como propósito obstaculizar o impedir que pueda continuarse con el trámite del negocio hasta su solución final.*
SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, OCTAVA ÉPOCA TOMO I, PÁGINA 335.

En el mismo sentido que acogemos, está la ejecutoria que se transcribe y que se explica por si sola:

SUPLENCIA DE AGRAVIOS DE LA APELACIÓN. REQUIERE QUE SE HAYA INTERPUESTO EL RECURSO.- *Para que opere la obligación del tribunal de alzada de suplir la deficiencia y aún la ausencia de agravios del acusado o su defensor, es requisito sine qua non que hayan interpuesto el recurso de apelación, pues*

en forma alguna nuestra legislación procesal penal obliga a suplir la falta del recurso que, por el contrario, implica el consentimiento tácito del fallo impugnado. SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, OCTAVA ÉPOCA, TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO, TOMO XII, NOVIEMBRE, PÁGINA 439.

La conclusión a la que nos lleva lo expuesto, es que el derecho a apelar está involucrado en las garantías de audiencia y de debido proceso legal que permiten al individuo no solamente ser escuchado en defensa y a aportar las pruebas que justifiquen su dicho, sino también ser enjuiciado a través de un sistema de normas que le garantice una tutela judicial efectiva entre las que indudablemente figura, el derecho al recurso, por que como asegura Jaime Suau Morey, "...atado el Estado Social y democrático de derecho, le es exigible la vigencia del derecho a que las resoluciones judiciales y primo delincente, las sentencias sean sometidas a un órgano jurisdiccional distinto y superior al que las dictó...".

También la Suprema Corte de Justicia de la Nación parece orientar su criterio en el señalado sentido, cuando expresa:

AUDIENCIA, GARANTÍA DE OBLIGACIÓN DE PODER LEGISLATIVO FRENTE A LOS PARTICULARES.- La autoridad legislativa respeta la Garantía de audiencia al establecer en la ley respectiva un recurso, mediante el cual los particulares afectados pueden impugnar los actos de las autoridades aplicadoras. **TESIS DE JURISPRUDENCIAL NÚMERO 20 Y SUS RELACIONADAS, APÉNDICE AL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. 1917-1975.**

AUDIENCIA, VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DE.- No existe violación a la garantía de audiencia prevista en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, si la ley de la que emana el acto reclamado, prevé la interposición de recursos ordinarios en los que se da al quejosos la oportunidad de ser oído y aportar las

pruebas en el procesamiento administrativo instaurado en su contra. **DIRECTO 134/84, TOMO III, SEGUNDA PARTE, PÁGINA 152.**

d) La última garantía de seguridad jurídica que contiene el párrafo segundo del artículo 14 que examinamos, exige que la decisión jurisdiccional se apoye en leyes vigentes con autoridad a la causa que origine el juicio.

Veamos ahora de qué manera la garantía de legalidad acoge el derecho a interponer la apelación.

El artículo 16 constitucional consagra esta garantía de legalidad, que es la que es la que mayor amplitud protectora implica para los gobernados, supuesto que tutela su esfera jurídica, de la molestia que pudiera cualquier acto arbitrario de la autoridad, infringirle contrario a la Ley Suprema o bien a algún otro ordenamiento.

El constitucionalista mexicano Ignacio Burgoa, a propósito de esta disposición dice: "...el alcance ampliamente protector del artículo 16 constitucional, difícilmente se descubre en ningún sistema o régimen jurídico extranjero, a tal punto que no es dable aseverar que en ningún otro país el gobernado encuentre su esfera de derecho tan liberalmente preservada como en México, cuyo orden jurídico total, desde la Ley Suprema hasta el más mínimo reglamento administrativo, registra su más eficaz tutela en las disposiciones implicadas en dicho precepto."²⁸³

El primer párrafo del citado artículo 16 establece: *"Nadie podrá ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento"*.

La garantía individual que consagra este precepto, asegura la legalidad de los actos de la autoridad que pudieran afectar derechos de los particulares, cuestión que ha

²⁸³ Op. cit., p.589.

constituido la base fundamental del Estado de derecho, porque al obligar a la autoridad a que funde y motive la causa legal del procedimiento, está exigiendo, en primer término, que se establezcan las disposiciones legales fundatorias de su actuación y además de que se precisen las razones, los argumentos objetivos con base en los cuales se emitió el acto de molestia, porque solo así se permitirá al afectado impugnar tanto el apoyo legal que se invoque por la autoridad, como la motivación que originó el dictado del acto y adicionalmente permitirá al órgano que resuelva la impugnación, ponderar la procedencia de los motivos de inconformidad.

La norma constitucional establece, igualmente, que todo acto de molestia que dicten los órganos del Estado, deberá emanar precisamente de una autoridad competente, o sea, que actúe dentro de sus expresas atribuciones atenta a la división de funciones establecidas en el mismo código político, y deberá estar fundado y motivado, lo que implica la obligación de invocar las normas legales que regulen el caso concreto, con los argumentos que le sirven de sustento.

La exigencia de que un acto de autoridad esté fundado, implica conforme al texto constitucional, el deber de expresar, en el mandamiento escrito, los preceptos legales que lo rijan y las consecuencias legales que se proponga imponer, como lo ha sostenido nuestro máximo Tribunal:

FUNDAMENTACIÓN, CARACTERÍSTICA DEL ACTO DE AUTORIDAD CORRECTAMENTE FUNDADO. Formalidad esencial del acto es el carácter con que la autoridad respectiva lo suscribe y el dispositivo, acuerdo o decreto que le otorgue tal legitimación.- Para poder considerar un acto autoritario como correctamente fundado, es necesario que se citen a) Los cuerpos legales y preceptos que se están aplicando al caso concreto, es decir, los supuestos normativos en que encuadre la conducta del gobernado, que serán señalados con toda exactitud, precisándose los mismos, subincisos y fracciones; b) Los cuerpos legales y preceptos que otorgan competencia o facultades a las autoridades para emitir el acto en agravio del gobernado. Ahora bien, siguiendo una secuencia lógica, este Tribunal considera que la citación de los artículos que otorgan

competencia, debe realizarse también con toda exactitud, señalándose el inciso, subinciso y fracción o fracciones que establezcan las facultades que en el caso concreto la autoridad está ejercitando al emitir el acto de poder en perjuicio del gobernado. En efecto, la garantía de fundamentación consagrada en el artículo 16 constitucional lleva implícita la idea de exactitud y precisión en la citación de los cuerpos legales, preceptos, incisos, subincisos y fracciones de los mismos que se están aplicando al particular en el caso concreto, y no es posible abrigar en la garantía individual comentada, ninguna clase de ambigüedad o imprecisión, puesto que el objetivo de la misma, primordialmente se constituye por una exacta individualización del acto autoritario, se acuerdo a la conducta realizada por el particular, la aplicación de las leyes a la misma y desde luego, la exacta citación de los preceptos competenciales que permiten a las autoridades la emisión del acto de poder. **SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, TOMO 175-180, SEXTA PARTE, PÁGINA 98.**

El imperativo de que esté motivado impone el deber de expresar las razones por las que la autoridad estima que los hechos en que se apoya están probados y están aludidos en la norma jurídica que afirma aplicar.

De esta suerte, ambos requisitos, fundamentación y motivación, se corresponden mutuamente ya que la cita de una disposición jurídica supone el hecho de que se trate y los argumentos que acrediten la aplicabilidad de las disposiciones invocadas, con los hechos esgrimidos.

En el plazo jurisdiccional para cumplir con el mandamiento constitucional es menester que la resolución contenga la mención del derecho abstracto aplicable al caso concreto y la exposición de los argumentos que permitan hacerlo aplicable a los puntos materia de la decisión, de donde el órgano judicial extrae su convicción.

Significa esto que si bien las causas por las que pueda impugnarse una resolución judicial son múltiples, y pueden enderezarse las inconformidades contra la impropia aplicación en ellas de las normas procesales o bien contra los argumentos de fondo que

sostiene, no podría negarse que el más importante agravio que pueden originar es el de estar inmotivados y casi podríamos afirmar que el camino más corto para llegar a la indefensión es el de inmotivados y casi podríamos afirmar que el camino más corto para llegar a la indefensión es el de la inmotivación de un acto jurisdiccional que naturalmente pugna contra un Estado de derecho democrático como el nuestro.

“La motivación de los actos de autoridad es una exigencia esencial para tratar de establecer sobre las bases objetivas la racionalidad y la legalidad de aquéllos; para procurar el inicio, en la medida de lo posible, la subjetividad y la arbitrariedad de las decisiones de autoridad; para permitir a los afectados impugnar los razonamientos de éstos y al órgano que debe resolver la impugnación y determinar si son fundados los motivos de inconformidad.”²⁸⁴

La garantía de obtener una resolución judicial motivada y fundada que analizamos, encuentra antecedentes también desde el artículo 28 del Decreto Constitucional para la Libertad de América Mexicana, promulgada en Apatzingán, el 22 de octubre de 1914, y forma parte del derecho a un proceso legal y a la Tutela Judicial efectiva referida en el artículo 17 constitucional.

Gracias a ella, se abre la trascendente posibilidad de impugnar tanto las resoluciones que carezcan de fundamentación y motivación, como las que estén insuficientemente fundadas y motivadas o que se apoyen en una motivación meramente formal o por remisión, lo que pone en evidencia el indisoluble vínculo entre la garantía que examinamos y el derecho a apelar de las resoluciones que se abstiene de invocar la norma aplicable y no dan explicación de las causas y las razones por las que se ponen en crisis los derechos fundamentales de los individuos que deben ser merecedores de explicaciones apoyadas en la ley, pues en contra de la omnipotencia que el poder público ha asumido en épocas superadas debe proclamarse que no son los ciudadanos quienes están al servicio de los Jueces y Tribunales, sino a la inversa.

²⁸⁴ OVALLE FAVELA José, *Comentario a la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Editorial Porrúa, México, 1997, p. 158.

Por otro lado, en lo que corresponde al derecho a la justicia, tutelado en el artículo 17 constitucional, implica la garantía de acudir a los Tribunales en busca de una justicia real y no meramente formal y tiene una íntima vinculación con la garantía de audiencia, de igualdad de los individuos frente a la ley y con la garantía de debido, justo y pronto proceso y de la defensa adecuada, entre otras, como veremos a continuación.

Establece dicha disposición: “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por Tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando en consecuencia prohibidas las costas judiciales. Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los Tribunales y la plena emisión de sus resoluciones. Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter meramente civil.”

Como la obligación correlativa del derecho a la justicia esta representada por el deber del estado de proveer dicho servicio de la justicia ésta abarcará la creencia de que los organismos que la administren, pero también el establecimiento de los mecanismos garantes de una justicia gratuita, pronta, y el aseguramiento de la eficacia y calidad de quienes la administren.

Es muy importante asegurar el disfrute de este derecho a la justicia, otorgando la debida independencia a los tribunales, que propicie la imparcialidad de los jueces e inmovilidad, sin dejar de lado la exigencia de la responsabilidad de las autoridades ocupadas de administrar justicia, mediante la reparación del daño que causen en el inapropiado desempeño de sus labores, pudiendo llegar a exigírseles penalmente esa responsabilidad.

La imparcialidad de las autoridades en las resoluciones judiciales que pronuncien, camina del brazo con el derecho a recurrir, es decir con el establecimiento de medios

de los que puedan valerse los afectados, para combatirlos legalmente y obtener, en cambio, otro acto que se ajuste a la norma legal.

Por que no podría explicarse la garantía individual de que hablamos, o sea, no habría manera de alcanzar el beneficio de la impartición de la justicia en los plazos y los términos que fijen las leyes, ni el de obtener resoluciones de manera pronta, completa e imparcial, ayuno de recursos que se otorgan a las partes para ese efecto.

El derecho a recurrir respecto de la impartición de justicia parece involucrarlo la disposición constitucional, en la expresión en los plazos y términos que fijen las leyes, por que en lo que hace a los plazos, la propia norma constitucional se ocupa de señalarlos cuando alude a la materia penal (artículo 20 fracción VIII) y los términos legales deben entenderse como la proscripción justicia tomando por propia mano y el establecimiento, por ello, de mecanismos jurídicos encaminados a la resolución de los conflictos entre los seres humanos, estimándonos a todos iguales frente a la ley.

De la misma manera, el acceso a resoluciones judiciales completas e imparciales, constituye una garantía cuya eficacia no podría entenderse, en ausencia del derecho a recurrir en apelación.

Algo similar ocurre con la garantía de defensa estatuida por distintas fracciones del artículo 20 constitucional, conforme a las cuales en todo proceso penal, tendrá el inculpado derecho a un enjuiciamiento que mediante el conocimiento de la verdad histórica, se dirija a la salvaguarda de sus derechos humanos.

En este orden de ideas, la fracción II señala que el acusado no podrá ser obligado a declarar en su contra, prohibiendo al canto la incomunicación, intimidación, tortura y

aclarando que la confesión ante autoridad distinta del Ministerio Público o el juez ante éstos sin la asistencia del defensor, carece de valor.

La fracción IV establece como integrante de la garantía de defensa, la posibilidad para el inculpado, siempre que lo solicite, de ser careado en presencia del juez, con quienes depongan en su contra; conforme a la fracción V, deberán recibírsele los testigos y demás pruebas que ofrezca; la fracción VI, imperativamente obliga al juzgamiento en audiencia pública por un juez o en su caso, por un jurado de ciudadanos; y también en relación con la prueba, la fracción VII dispone que le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que figuren en el proceso, aludiendo la fracción VIII a la garantía del pronto proceso penal, al señalar como término para el juzgamiento, el de cuatro meses o un año, según que la pena máxima correspondiente al delito sea de dos años de prisión o superior, salvo que el inculpado solicite mayor plazo para su defensa.

La fracción IX del artículo 20 constitucional que comentamos, hace referencia al defensor y al derecho del inculpado para ser informado de las garantías constitucionales que le asisten, entre las que figuran el “derecho a una defensa adecuada”.

De esta forma, no es suficiente con que se reconozca al inculpado la potestad de defenderse por sí o de ser patrocinado en su defensa por una persona de su confianza, por un defensor particular o por uno de oficio, sino que la Constitución exige una “defensa adecuada” que deberá prestársele desde el inicio del proceso y aún en la averiguación previa, que es aquella etapa en la que el Ministerio Público prepara el ejercicio de la acción penal que, en su caso, deducirá ante el juez.

Esta defensa adecuada -no necesariamente defensa coronada por el éxito- implica que el defensor del inculpado se encuentre presente en todos los actos del procesamiento para los que fuere requerido; que ofrezca y concurra al desahogo de las pruebas

correspondientes; formule las alegaciones convenientes; preste asesoría al inculpado a quien le serán facilitados los datos que solicite para su defensa y consulten en el proceso; que solicite la libertad provisional del imputado y que interponga y no abandone injustificadamente los recursos que sean conducentes.

Estimamos que la totalidad de las garantías examinadas, integrantes de la defensa, presuponen y reconocen el derecho a la apelación, por que la justicia en el enjuiciamiento lo implica y por que la subjetividad que con las o menos frecuencia tiñe las decisiones judiciales de arbitrariedad, no podría ser corregida sin permitir a los afectados impugnar las irregularidades, y tampoco podría darse en plenitud una defensa adecuada en los términos exigidos por la constitución si se negara al defensor la posibilidad de apelar las resoluciones judiciales que importa trasgresión a las garantías y a los derechos del inculpado.

Por otra parte, también permite concluir en la probable existencia de un derecho al recurso de apelación, el texto del artículo 23 constitucional cuando expresa así la garantía de seguridad jurídica que preserva “Ningún juicio del orden criminal deberá tener más de tres instancias...”.

Una instancia puede afirmarse que es un juicio que se inicia con el ejercicio de una acción y termina con el dictado de una resolución que dirime la controversia planteada por las partes. Debe entonces entenderse que la sentencia es el acto procesal con el que termina una instancia.

“Pues bien -explica Ignacio Burgoa- Cuando dicha resolución jurisdiccional es impugnada mediante algún recurso ordinario, que generalmente es la apelación, se abre un mero procedimiento, una nueva instancia, que comienza con el acto de interposición del medio procesal de la impugnación y termina con la decisión que emite el órgano ante el cual este se interpone confirmando, modificando o revocando la

sentencia atacada ...La segunda o tercera instancia en sus correspondientes casos, no son juicios nuevos, distintos del procedimiento o primera instancia, estadios de un solo proceso el cual conserva en estos sus elementos subjetivos (actor y demandado) y teológicos esenciales (solución del debate o litis planteada originalmente)".²⁸⁵

El artículo 23 constitucional reconoce implícitamente el derecho a recurrir, es decir, a solicitar la revisión de una resolución judicial ante otra autoridad, buscando que sea modificada o revocada, impide a la vez la existencia de una cuarta instancia en el proceso penal, con el propósito de no hacer interminables los juicios sin que se esclarezca en definitiva la culpabilidad o inocencia del indiciado, debiendo expresarse que a la fecha, en nuestro medio nacional, los procesos se tramitan uniinstancialmente, o cuando mucho en dos instancias, por lo que en ninguna legislación del país existe una tercera instancia y si bien puede interponerse el amparo contra las sentencias que causen estado, bien sea en única o en segunda instancia éste, como hemos aclarado en lugar aparte, no da nacimiento a una nueva instancia sino a un juicio completamente distinto e independiente, cuyos objetivos y teleología son diferentes tal y como queda esclarecido en la tesis de jurisprudencia por contradicción número 7/95 , visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Novena Época, Primera Sala, Tomo I, Mayo de 1995, Tesis IJ7/95, página 124, que explica:

RETROACTIVIDAD APLICACIÓN DE LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE DEBE HACERSE EL PROCESO PENAL POR LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL ORDENADORA COMPETENTE Y NO EN EL JUICIO DE GARANTIAS.- *El juicio de amparo es un medio de protección del orden constitucional contra todo acto de autoridad que agravie a cualquier gobernado; la teleología que persigue es la de proteger y preservar el régimen constitucional. Jurídicamente la acción constitucional del amparo no es un derecho de acción procesal ordinaria penal, civil, laboral o administrativa, sino que es puramente constitucional, nace directamente de la Constitución (artículo 103 y 107), va encaminada a controlar el*

²⁸⁵ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, op cit., p. 665.

acto de autoridad que se estime violatorio de garantía y no la ley común; no tutela los intereses que en acto jurisdiccional ordinario se han dejado a los tribunales comunes, sino va dirigida a hacer respetar la Ley Suprema cuando la autoridad ha rebasado los límites. Con el Amparo judicial los Tribunales de la Federación, al conocer de los respectivos juicios, amplían su esfera de competencia hasta el grado de convertirse en revisores de los actos de todas las autoridades ordinarias judiciales sin que ello implique que puedan sustituirse en funciones propias de estas últimas sino solo hasta el límite de analizar las violaciones de procedimiento o de fondo que en su caso ellas hubieran cometido por lo que propiamente debe estudiar el problema jurídico planteado ante este tipo de autoridades de acuerdo con las normas que rijan la materia y resulten ser las aplicables en el tiempo y en el espacio, estableciendo así el consiguiente control constitucional previsto en los artículos 14 y 16 constitucionales; por ende, el juicio de amparo, además de ser un medio de impugnación constitucional (*lato sensu*), es también un medio de control de legalidad. Así las cosas, atendiendo a su naturaleza, las sentencias de amparo sólo deben decidir sobre la constitucionalidad del acto que se reclama y nunca sobre cuestiones cuya decisión compete a los tribunales ordinarios, sean del fuero común o del fuero federal. Así, cuando un órgano jurisdiccional de amparo conoce de un acto reclamado que proviene de un proceso penal, no puede sustituirse en funciones propias de la autoridad responsable, a saber en determinar de manera directa si una conducta es constitutiva del delito o no, declarar sobre la responsabilidad o irresponsabilidad del acusado o imponer las penas y medidas de seguridad establecidas en las leyes respectivas, pues lo único que debe de analizarse es la legalidad y consecuente constitucionalidad del acto reclamado en cuanto a la aplicación exacta y puntual de las leyes adjetiva y sustantivo correspondientes por las razones de materia, ámbito territorial y tiempo, en relación con las garantías de seguridad jurídica y legalidad previstas en los artículos 14, 16, 19 y 20 de la carta Magna. Luego, como el juicio de garantías no es

una instancia más en el proceso penal y como al juzgador constitucional de amparo no corresponde calificar ni sancionar en su caso la conducta del acusado, procesado o sentenciado, él no debe, al estudiar la constitucionalidad del acto reclamado, aplicar una ley diferente en la que estuvo en vigor al emitir dicho acto, pues de esta manera ya no estará juzgando la conducta de la autoridad responsable, que se estima violatoria de garantías, sino sustituyéndose en funciones específicas de ésta y, por ende, creando una instancia más dentro del proceso penal, con el consecuente quebrantamiento del orden jurídico y la tergiversación de la esencia y los fines del juicio de amparo, No obsta a lo anterior, el que, en términos del artículo 14 constitucional y de diversas leyes sustantivas, esté permitida la aplicación retroactiva de la ley penal cuando esta beneficie al quejoso y no se lesionen derechos de tercero, pues la aplicación de tal ley debe hacerse siempre por autoridad competente y dentro del proceso penal, o el procedimiento de ejecución, según corresponda, pero nunca en el juicio de garantías, lo cual no implica dejar en estado de indefensión al interesado; por que en caso de que hubiera concluido la segunda instancia, la autoridad competente de la ejecución de las penas y medidas de seguridad, aun de oficio, deberá aplicar la ley más favorable.

En el plano internacional destaca también la preponderancia, del tema que abordamos si se tiene presente que nuestra legislación no puede sustraerse al tratamiento normativo que muestre la conciencia jurídica internacional, lo cual se pone de manifiesto en los diversos instrumentos internacionales suscritos por México, y en los principios y preceptos que recoge nuestra carta fundamental, constituidos en imprescindibles garantías que enfrentan todo tipo de posibles actuaciones contrarios a ellos.

Estimamos también a la expresa constitucionalización del derecho al recurso de apelación en nuestro medio, tendrá que derivar de la suscripción por México de los

diversos pactos internacionales de Derechos Humanos y Convenios sobre derechos políticos y civiles entre los que debe citarse preferentemente la declaración Universal de Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 217-A (111) del 10 de diciembre de 1948.

En el preámbulo de dicho documento, los estados miembros reiteraron el compromiso de asegurar su cooperación con la Organización de las Naciones Unidas para el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades fundamentales del hombre.

En tal virtud, en el artículo 8 del instrumento se establece:

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales uniinstanciales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en vigor el 23 de marzo de 1976, estableció en el artículo 23 correspondiente a la parte II:

Cada uno de los estados el presente pacto se compromete a garantizar que:

- a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente pacto hayan sido violados podrá interponerse un recurso efectivo, hubiere sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.
- b) La autoridad competente judicial administrativa o legislativa o cualquier otra autoridad competente prevista por el sistema legal del estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirá toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

En el artículo 143 del instrumento que se analiza, se establece:

Durante el proceso toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

d) Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo previsto por la ley.

Conviene hacer presentes también las salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte, adoptados el 25 de mayo de 1984, en cuyos artículos 6 y 8 queda pactado.

Artículo 6°.- Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a apelar ante un tribunal de jurisdicción superior, y deberán tomarse medidas para garantizar que esa apelaciones sean obligatorias.

Artículo 8°.- No se ejecutará la pena capital mientras este pendiente algún procedimiento de apelación u otros procedimientos de recurso o relacionados con el indulto o la conmutación de la pena.

De la misma manera, en la declaración Americana de los Derechos y deberes del hombre aprobada en la novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en 1948 en Bogotá, Colombia, luego de considerarse, que los pueblos americanos han

dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas rectoras de la vida en sociedad tienen como fin esencial la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y materialmente, y alcanzar la felicidad y también después de estimar que la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísimo del derecho americano, en su artículo XVIII que lleva el subtítulo Derecho de Justicia, que establece:

Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Así mismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos denominada Pacto de San José, firmada en la Ciudad de San José, Costa Rica el 22 de Noviembre de 1969, en su capítulo II, alusivo a los derechos Civiles y Políticos, establece en el artículo 82 de las Garantías Judiciales:

Toda persona inculpada tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca su culpabilidad durante el proceso, toda persona tiene de derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Si tomamos en cuenta el contenido de los anteriores instrumentos internacionales suscritos por nuestro país, cuya fuerza legal deriva del mismo artículo 133 constitucional tendremos que convenir que entre las formalidades esenciales del procedimiento, que deben proceder al dictado de un acto de privación de las señalados

en el artículo 14 constitucional y que garantizan una defensa adecuada, debe encontrarse el derecho a interponer la apelación junto con los otros derechos que genéricamente quedan traducidos en la notificación del comienzo del procedimiento y de sus consecuencias; el derecho a ser oído en defensa; la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas que apoyen su defensa; y la garantía de que se dicte una resolución que dirima la cuestión debatida, ya que de otra suerte se haría nugatoria la garantía de audiencia única forma de impedir la indefensión del individuo.

Conforme lo expresado, el contenido del propio artículo 114 constitucional y los artículos 16 de la misma Ley Suprema, que tutela la garantía de fundamentación y motivación legal; 17 que garantiza el derecho a la administración de justicia por tribunales expeditos para ello en los plazos y términos que fijan las leyes y emitiendo sus resoluciones, de manera pronta, completa e imparcial; y 20 que consagra la garantía individual de una defensa adecuada y un pronto proceso penal.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos promulgada en 1917, calificada por propios y extraños como progresista y visionaria, represento un prototipo al rebasar las expectativas de una Constitución que se ocupara de organizar política, económica y socialmente al país, haciendo adopción de los adelantos del pensamiento democrático de su momento; y al enarbolar toda una gama de garantías, subordinando la potestad juzgatoria, como corresponde a un estado de derecho, a la observancia y acatamiento de los derechos fundamentales de los justiciables, estableció, como ha quedado expresado la posibilidad de la existencia de un recurso para la efectiva tutela judicial, posibilidad que se reafirma a través de los instrumentos internacionales suscritos en el mundo de las naciones civilizadas y cuyo rango legal establece la propia Constitución, y que obligan al otorgamiento de un medio de impugnación como la apelación, en aquellos casos en que una resolución judicial provoque la vulneración de los derechos reconocidos por la propia ley suprema o por la ley secundaria en el ámbito penal.

Reconocemos sin duda la potestad que el legislador ordinario posee para establecer en los procesos el régimen de recursos que deberán normarlos, el cual se sujetará a razones de política legislativa; pero esa libertad está restringida dentro del proceso penal, por las normas de derecho internacional adoptadas por nuestro país en los diferentes instrumentos que se han examinado, conforme a los cuales, quien haya sido declarado culpable de un delito, tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto se sometan a un tribunal superior para su revisión.

Es cierto también que los convenios y protocolos suscritos en el concierto de las naciones por nuestro gobierno, no son aptos por sí para crear recursos que no se establezcan en la ley, pero esa circunstancia urge a considerar la elevación de la apelación al rango de garantía individual, para lograr la congruencia y armonía entre las otras garantías establecidas esencialmente las que corresponden al procesado, entendidos que el juicio de amparo, con todas las bondades que implica, no puede sustituir al expresado recurso ordinario que preserva y asegura cabalmente el derecho al debido proceso penal, esencialmente porque se trata de un recurso de carácter extraordinario que no está a disposición de todas las partes, no por lo menos, a la del Ministerio Público.

La conciliación entre la legislación vigente y los deberes asumidos en el plano internacional por nuestro país, relacionados con la tutela judicial efectiva, resultaría insatisfactoria si se pretendiera su cumplimiento solamente por la vía del juicio de amparo, ello además por estas atendibles razones:

En primer término, porque el derecho a una doble instancia forma parte, como hemos visto, de la garantía de debido proceso que solamente con la apelación en cuanto a instrumento para abrir la segunda instancia, se colmaría, ya que el amparo, con todas las ventajas que representa en lo jurídico, no garantiza, en cambio dicho derecho, esencialmente porque como recurso extraordinario, queda sometido a especiales formalidades procedimentales y limita su procedencia al análisis de la constitucionalidad

de la resolución judicial, sin realizar un nuevo examen del caso en los hechos y en el derecho.

Por otra parte el amparo es un recurso *lato sensu* tasado, sujeto a requisitos especiales y a determinadas exigencias que no cualquier recurrente puede satisfacer, cuya finalidad, hay que insistir, es la tutela de la Constitución, de la legislación ordinaria y la salvaguarda de los derechos políticos subjetivos de los gobernados, ello a partir del acto autoritario que habrá de enjuiciarse a la luz de la norma constitucional, a diferencia de la apelación en que se logra un examen nuevo del asunto, tanto en las cuestiones de hecho, como en las de derecho, que conlleva al sometimiento del fallo penal, a una instancia superior.

También debe de considerarse que a través del recurso de apelación, se abre la posibilidad de que la sentencia condenatoria se impugne por ante un segundo juez que la resolución del juez inferior no solamente en lo que concierne a la aplicación de la norma jurídica, sino también en lo que corresponde a la fijación de los hechos fundatorios del juicio jurídico de dicha sentencia.

Parece una obligada conclusión, que nuestra legislación procesal no se ajusta en lo que mira a los recursos, a los Pactos internacionales suscritos por nuestro país, en casos por no otorgar la posibilidad de recurrir ante un tribunal superior, al decretar el juicio de única instancia y en otros, por dejār sólo el camino del juicio constitucional para recurrir el fallo penal, camino que no podrá seguir el Ministerio Público y por el cual no podrá entrarse al conocimiento, aplicación e interpretación de las normas ordinarias ni a la determinación de los hechos normativos, habida cuenta de las limitaciones no traspasables del amparo, debidas a su elevada misión constitucional que desde luego no permite su aplicación.

Creemos que una interpretación hermenéutica de los diferentes Tratados internacionales que hemos adoptado como país, conduce a considerar que la sentencia penal debe someterse, en todo caso, a una segunda instancia. "...si tomamos como

punto de partida la existencia de un derecho del condenado a que su causa sea reconsiderada en toda su extensión, esto implica la necesidad de que quepa siempre la posibilidad de una revisión y valoración de la actividad probatoria judicial de instancia²⁸⁶ lo que no ocurre en el juicio constitucional al no constituir la vía idónea para realizar un nuevo examen de los hechos.

Postulamos como corolario las ideas expuestas, la urgencia de que expresamente se adicione la Constitución, admitiendo con el rango de garantía individual la revisión en grado de apelación de las resoluciones judiciales, por un órgano jurisdiccional distinto y superior al que emitió la resolución judicial que agravie la esfera jurídica de los gobernados, porque este recurso que abre la segunda instancia, es el medio que por su carácter ordinario ofrece mayores garantías de justicia a las partes. Quizás la propuesta concreta sería adicionar el artículo 23 constitucional para quedar de esta manera:

“Ningún juicio criminal deberá tener menos de dos, ni más de tres instancias...”.

Pese a los argumentos anteriores, muy recientemente la Suprema Corte pronunció la tesis 1/2001, en la que insiste en no abandonar el criterio tradicionalmente adoptado. La tesis en cuestión dice:

APELACIÓN EL ARTÍCULO 199 FRACCIÓN I DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE MORELOS QUE IMPOSIBILITA SU INTERPOSICIÓN CONTRA SENTENCIAS EN LAS QUE EL JUEZ AUTORIZA LA SUSTITUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD, NO VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA.- EL TRIBUNAL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN LA TESIS NÚMERO P. LII/89 de rubro “APELACIÓN EL ARTÍCULO 425 FRACCIÓN I DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. NO VIOLA LAS FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO Y, EN ESE ASPECTO. LA GARANTIA DE AUDIENCIA”, publicada en la página 11 del Tomo IV, Primera Parte, correspondiente a

²⁸⁶ ARANGÜENA FANEGO, Carol, op. cit., p.22.

los meses de julio a diciembre de 1989, Octava Época, del Semanario Judicial de la Federación, estimó que para determinar si una disposición procesal respeta o no la garantía de audiencia, debe comprobarse si, dentro del sistema procesal que adopta, establece o no la oportunidad para que el particular pueda ser oído en su defensa y rendir pruebas antes de que sea dictado su interés jurídico, y que para cumplir con tal garantía establecida en el artículo 14 constitucional no se requiere que la legislación procesal estatuya recurso que introduzcan dos o más instancia, pues el número de los medios de impugnación no es parte de las formalidades esenciales del procedimiento. En congruencia con tal criterio, se concluye que el artículo 199 fracción I del Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos, no conculca la garantía constitucional de referencia, por el hecho de disponer que no serán apelables las sentencias en las que el juez autorice la sustitución de la pena privativa de la libertad, puesto que existen diversos artículos dentro de dicho ordenamiento que otorgan la oportunidad al procesado de ser oído en su defensa y de adoptar pruebas antes de que se dicte la sentencia respectiva.

A lo expuesto, habrá que agregar que las ideas expresadas se han ampliado más todavía por el generoso pensamiento de algunos eminentes estudiosos del tema, quienes pugnan por el otorgamiento de la apelación contra sentencia condenatoria, solamente como un derecho del reo.

Maier; por ejemplo, en la tarea de examinar el alcance de las Convenciones Internacionales a que hemos hecho referencia, señala:

El recurso contra la sentencia ya no puede ser concebido como una facultad de todos los intervinientes en el procedimiento, que corresponde también a los acusadores, en especial al acusador público (fiscal), para remover cualquier motivo de injusticia de la sentencia, conforme a las pretensiones de los otros intervinientes distintos del condenado penalmente, deberá perder, así, su carácter bilateral —el de ser facultad de todos los participantes—. para transformarse en un derecho exclusivo del condenado a requerir la doble conformidad con la condena, condición de la ejecución de una pena estatal; ello equivale a decir que sólo la condena penal dictada por un tribunal, de juicio

es recurrible y sólo lo es por el condenado; la absolución –salvo el caso de aplicación de una medida de seguridad y corrección- y la condena no recurrida a favor del imputado, quedan firmes por su sólo pronunciamiento y cualquier persecución penal posterior debe ser considerada un *bis in idem*.²⁸⁷

La doble sentencia conforme el propio autor sostiene que la garantía procesal señalada, debe conducir, necesariamente, a la exigencia de que para ejecutar la pena contra una persona, se necesita una doble conformidad judicial, si el condenado la requiere; lo que equivale, en otras palabras, a la prueba de exactitud de una operación matemática que, sólo en caso de coincidir total o parcialmente con el tribunal a quo, daría fundamento regular a la condena.

El procesalista en consulta, agrega que el principio no es propio del Derecho penal, ni siquiera del Derecho penal garantista; en Italia, se le reconoce con origen en el Derecho Estatutario y se advierte, más allá la exigencia de la triple sentencia conforme, procedente del Derecho judicial germano anterior a la revolución liberal.²⁸⁸

Pero no se detiene ahí su reflexión, añade que si se quiere ser consecuente con el “derecho al recurso” contra la sentencia de condena, que conduce a la *doble conforme*, en el caso de concederse al Ministerio Público el derecho a impugnar la sentencia absolutoria, o bien, a recurrirla, sólo en aquella parte que no le conceda alguna de sus pretensiones, ello significaría, sin duda, una nueva instancia de persecución que, en caso de transformar la absolución originaria en una condena, será sin duda una condena de primera instancia, es decir, la primera condena para el inculpado.

Contra esa condena, naturalmente entra en funcionamiento el derecho al recurso del inculpado, con la posibilidad de reclamar la prueba de la doble conforme, lo que

²⁸⁷ MAIER B., J. Julio, “*Revista del Derecho Procesal Penal*”, segundo número, Rubinzal-Culzoni, Editores Buenos Aires, p. 243.

²⁸⁸ En su obra *La herencia Procesal Española*, UNAM, 1994, páginas 45-46, Juan Montero Aroca, informa que estas ideas ya se manejaban en la ley de partidas. Textualmente hace esta referencia: “Sin mucha claridad en torno a sus respectivas naturalezas, el proemio del título, XXIII, de la partida III, establece cuatro sistemas de “quebrantar” la sentencia: Alzada o Apelación. “Querrela que alguna de las partes del juicio que fuese dado contra ella, llamando e recorriéndose a enmienda de mayor juez”. Las alzadas posibles eran dos normalmente; pero era posible una tercera; en efecto, si la sentencia de primera instancia era confirmada en el primer recurso, cabía una segunda alzada, y si en ella se volvía a dictar sentencia confirmatoria se acababan los recursos. Ahora bien, si el juez de la segunda alzada revocaba la sentencia impugnada, entonces cabía un nuevo recurso.”

implicaría la existencia de una tercera instancia –prevista en nuestro medio por el artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos- ante un tribunal “más” superior aún, con otras consecuencias prácticas posteriores, cuyo tratamiento en esta oportunidad dejaremos pendiente, pero que fundan, en este capítulo, el Derecho criminal de los Estados Unidos de Norteamérica, al que recientemente ha acudido el legislador Mexicano, lamentablemente para tomar sólo cuestiones que en verdad chocan con nuestras tradiciones jurídicas que abrevan en el Derecho Romano.

Quedan ahí por ahora, pues, estas preocupaciones planteadas con la firme esperanza de volver a ellas en diversas ocasiones, sin descartar tampoco la posibilidad, ello en aras de la pesada carga de trabajo de los tribunales federales, de ponderar la improcedencia del amparo directo, cuando las dos sentencias de instancia fueren conformes.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En la presente investigación podemos concluir que el sobreseimiento penal, debe ser considerado como un instituto jurídico procesal, que surge en la época contemporánea, pues en las legislaciones pasadas era desconocido por el tipo de régimen político y sistema de enjuiciamiento prevalecientes.

SEGUNDA.- Asimismo es importante señalar que antes de las reformas del primero de febrero del año de 1991 al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 1931, el instituto procesal del sobreseimiento se encontraba regulado en varios artículos de manera sistemática.

TERCERA.- Importante es establecer que la doctrina procesal penal mexicana tradicional, asociaba la idea del sobreseimiento con las conclusiones inacusatorias del Ministerio Público, debido a que los únicos artículos del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que se referían al sobreseimiento eran el 323 y 324, ambos con relación a dichas conclusiones.

CUARTA.- Es a partir de las reformas del uno de febrero de 1991, al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 1931, en donde aparece regulado el sobreseimiento en un capítulo, siendo el VIII del título séptimo: Organización y Competencia

QUINTA.- En nuestra opinión el capítulo relativo a la figura del sobreseimiento debe de estar ubicada dentro del capítulo relativo al juicio, puesto que es en esta etapa en donde procede el sobreseimiento penal, destacando que la institución del sobreseimiento está ubicada en un título inadecuado.

SEXTA.- Entendido el instituto procesal del sobreseimiento, como un verdadero fenómeno jurídico que repercute igual en cuanto se refiere a la imposibilidad de calificación legal de determinados hechos, que en, cuanto a la capacidad de ejecutar sanciones legalmente impuestas, nos queda aún sin resolver la cuestión relativa a la naturaleza jurídica del instituto del sobreseimiento. No cabe la menor duda posible en lo que se contrae a los efectos que produce el fenómeno del sobreseimiento extinguiendo facultades que son propias y exclusivas del Estado, pero lo que no está plenamente precisado es el lugar en que debe ubicarse el sobreseimiento dentro del proceso penal.

SÉPTIMA.- Se ha dicho que el sobreseimiento presenta parecida diversidad de opiniones entre los autores, que las observadas en lo que respecta a los fundamentos del instituto. Esta afirmación corresponde a la realidad doctrinaria imperante, tanto más que el sobreseimiento no ha merecido hasta la fecha la atención especial de los autores, muchos de los cuales lo tratan sin adentrarse en sus cuestiones de fondo, que solamente pueden ser tratados en estudios monográficos como el presente.

OCTAVA.- Es relevante analizar el significado de la institución del sobreseimiento, mismo que proviene del latín *suspendere*, super-encima *sedere*. *Sentense*, que significa reforzar, el aplastamiento de un proceso, darle carpetazo a un asunto impedir su continuación; terminar temporal o definitivamente, siendo un manera anormal de terminar con el procedimiento.

NOVENA.- El sobreseimiento siendo una forma anormal y extraordinaria de suspender el procedimiento penal; sólo procede en primera instancia, desde la averiguación previa hasta antes del período del juicio.

DÉCIMA.- Las formas de sobreseimiento existentes en nuestra legislación penal procesal son dos: sobreseimiento administrativo y sobreseimiento jurisdiccional.

DÉCIMO PRIMERA.- El sobreseimiento administrativo es decretado en la fase de averiguación previa, y se denomina así dada la calidad del órgano titular del ejercicio de la acción penal dependiente del poder Ejecutivo.

DÉCIMO SEGUNDA.- El sobreseimiento jurisdiccional, es decretado dentro del proceso penal, hasta antes del período de juicio, siempre y cuando hayan sido formuladas conclusiones por el Ministerio Público, excepto en los casos que establece el numeral 665 en sus fracciones I, II, V, y VIII.

DÉCIMO TERCERA.- Las causas de procedencia del sobreseimiento jurisdiccional están contenidas dentro de nuestro Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en los artículos 323, 324, 551 y 660.

DÉCIMO CUARTA.- Las formas en que procede el sobreseimiento son de oficio y a petición de parte, así como lo establece el numeral 663 de nuestro ordenamiento Procesal vigente para el Distrito Federal.

DÉCIMO QUINTA.- El trámite del sobreseimiento es el mismo para todos los incidentes y específicamente se rige por las reglas de los incidentes no especificados.

DÉCIMO SEXTA.- El sobreseimiento no resuelve acerca de la libertad o condena, existencia del cuerpo del delito o probable responsabilidad; es decir, sobre el fondo controvertido, sino específicamente la conclusión o suspensión del procedimiento por lo tanto no es una sentencia propiamente dicha, sólo se trata de una resolución homóloga a tal proveído.

DÉCIMO SÉPTIMA.- De lo anterior es importante señalar que el sobreseimiento tiene su origen en principios constitucionales y como fundamento el artículo 23 de nuestra Carta Magna: No absolver de la instancia, no juzgar dos veces por los mismos hechos.

CONSIDERACIONES PERSONALES

Concluida la presente investigación y después de haber realizado una indagación exhaustiva de la figura jurídica del sobreseimiento penal, se puede determinar que esta figura no puede tener efectos de una sentencia absolutoria, puesto que la sentencia es una resolución definitiva que concluye el procedimiento penal requiriendo de una serie de requisitos de fondo y de forma que establece la ley, teniendo además una serie de efectos que el sobreseimiento no puede tener, aclarando que la resolución que resuelve el sobreseimiento no es una sentencia, sino un auto, entendiéndose por éste la resolución judicial dictada en el curso del proceso y que no es de mero trámite ni esta destinada a resolver sobre el fondo del asunto, no contando con las mismas características de la sentencia definitiva, ni conteniendo los requisitos de forma y fondo que esta última requiere; es por ello que no es dable establecer que el auto que decreta el sobreseimiento pueda o deba tener efectos de una sentencia absolutoria y compartiendo nuestro punto de vista con la de muchos estudiosos del Derecho Procesal penal. El sobreseimiento se resuelve en un auto y los efectos que tiene éste, es de dar el carácter de cosa juzgada, es decir, no podrá admitir medio de impugnación o recurso alguno que lo pueda modificar, confirmar o revocar, pues al decretarse el sobreseimiento éste debe causar estado y dársele inmediatamente la calidad de cosa juzgada, y por lo tanto la finalidad de la presente investigación es que se haga una reforma al artículo 667 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal el cual establece:

Artículo 667.- El auto de sobreseimiento que haya causado estado, surtirá los efectos de una sentencia absolutoria con valor de cosa juzgada.

Debiendo quedar:

Artículo 667.- El auto que decrete el sobreseimiento causará estado, teniendo el carácter de cosa juzgada.

Reforma que en nuestra opinión, es necesaria con la finalidad de no dejar en un estado de incertidumbre a la persona a favor de la cual haya operado la figura del sobreseimiento y no vulnerar derechos públicos del gobernado.

En otro orden de ideas no debemos pasar por inadvertido que la figura del sobreseimiento dentro de nuestra legislación procesal común se encuentra ubicada en el Capítulo VIII del Título Sexto denominado Organización y Competencia, lo cual es incorrecto y tomando en consideración que el sobreseimiento se tramita dentro del proceso penal, es acertado señalar que este tópico debe estar ubicado dentro de nuestra legislación ordinaria común, en el Título Tercero, que se denomina Juicio, ello por los razonamientos lógico jurídicos antes señalados.

Debe existir la armonía entre condición jurídica y sociedad, ya que así, el derecho se nutre y se restaura como finalidad carismático en la sociedad, por su misma magnitud jurídica que tiene un carácter funcional por reducir “a todo un mundo “a una convivencia de la sensibilidad humana. Sin ese estilo y sin esa singularidad funcional, el derecho no podría realizar el orden y la estabilidad “objetiviza” en la ley para lograr su propósito y alcanzar sus fines.

Si el derecho, soberana expresión de fuerza y de grandeza se actualiza y toma vida en un sistema jurídico, debe mantener el equilibrio entre la diversidad de corrientes sociales y robustecer su autoridad con base en la observación, en la experiencia y en la moral, para evitar los desahogos volcánicos que rompen el orden y lo que pudiera llamarse postilla jurídica.

De otra manera, no se entendería la sentencia o afirmación de directa impartición de justicia.

Ahora bien, a medida que la convivencia social sea más efectiva, por lo menos en un grupo cada vez más numeroso, la “funcionalidad” del derecho se irá “objetivizando” de manera gradual y dejará la rigidez propia de la delimitación.

De este modo, la norma jurídica tendrá más flexibilidad y dejará una excelente expresión de igualdad de ánimo en la honradez de la persona.

De no ser así, no sería posible una fuerte y bondadosa mentalidad del mundo como no se podría concebir a Grecia sin Homero y Platón, ni a Roma sin Virgilio y Cicerón. Y lo que es más, al universo sin Dios.

La totalidad de la ley no es totalidad de unidad jurídica; justicia y derecho no es autonomía. Tampoco es paradoja.

Ni se diferencian con reciprocidad de privilegio, hasta llegar a lo incompatible. La filosofía se encarga de la noble y difícil tarea de descifrar el contenido verbal y penetrar hasta el fondo conceptual de la norma.

Si el procedimiento analítico divide la tarea propia de la entidad del hombre en distintas formas en relación a la justicia, este comportamiento se justifica por tratarse de una distinción verdadera y real.

Si cedemos a una tentación filosófica con demasiada intensidad, llegaremos a caracterizar el derecho solamente en su más íntimo orden, graduación y participación del ser.

Pero esta aspiración que “busca” la mayor claridad lógica, siempre “busca” también el origen de la realidad jurídica de intensa unilateralidad como consecuencia de conflictos.

Esta es la razón por la que el hombre tiene, como suprema urgencia, la inaplazable necesidad del derecho para no ser ya el lupus y convertirse en el *frater* y dejar sin efecto la pasividad miserable del *homini* transformado y rebajado a la categoría de lupus. Y como el lupus es bestia, nadie tiene aspiraciones a ser ese cuadrúpedo feroz.

Así la órbita y el ámbito de la justicia se restringen en una “concentricidad”, increíble por los mandatos jurídicos de formula legislativa, en tanto que la dimensión de la justicia, implica la espontánea y admirable obligación que siempre late a iniciativa propia y que corresponde no solamente a la iniciativa libre, sino a la prudencia de la caridad particular.

De acuerdo con estos prolegómenos, el derecho queda reducido a una ley, o a un código, o a una constitución que no puede tener vigencia más que para un momento o época determinada y aquí, ni el jurista, ni el filósofo verán en la totalidad de la ley, la “totalidad” de la realidad jurídica. Si esto fuere así, la justicia queda reducida y estrecha con excesiva insignificancia.

Y la trinchera debería ser la misma sin artificiales distinciones para evitar un “reducir” en el campo de la ley y un “respeto” en el ámbito de la misma, por que ambos son prácticamente en virtud y ambos comienzan y terminan, abstracta y concretamente, en la esfera de las tareas vitales, profundas y eficientes, por la integridad del hombre que dirige la morada así la lejanía, abismada en una placida contemplación del infinito.

El derecho quiere, desea, aspira y anhela convertirse en lo justo, a la progresiva aproximación del hombre con el hombre, para ser por conversión auténtico derecho con justa y proporcional analogía. Las exigencias eternas de la razón y las necesidades culturales justifican la pasión especulativa para seguir con interés las transformaciones jurídicas que no serán nunca eternamente idénticas, o las mismas, sino conceptualmente entrelazadas y concatenadas para establecer sistemas y mejorar doctrinas, como certeramente sostiene Max Ernest Mayer “el movimiento del derecho no es la obra de un particular sino del gremio de juristas”. Se puso en marcha desde el momento que el procurador imperial de Berlín pronunció en 1947 su conferencia sobre “la carencia del valor científico de la jurisprudencia; en la que lanzó aquella frase célebre que ahora tomamos: **“TRES PALABRAS DEL LEGISLADOR BASTAN PARA INUTILIZAR BIBLIOTECAS ENTERAS.”**

BIBLIOGRAFIA GENERAL

- 1.- ACERO, Julio. *Procedimiento Penal*. Editorial Cajica Jr., S. A., 7ª Edición, Puebla, 1999.

- 2.- ACERO, Julio. *Procedimiento Penal. Ensayo Doctrinal y Comentarista sobre las Leyes del Ramo, del Distrito Federal y del Estado de Jalisco*, Editorial José M. Cajica Jr. S. A., Puebla, México, 1968.

- 3.- ALCALÁ ZAMORA, Niceto. *Panorama del Derecho Penal Mexicano, Síntesis del Derecho Procesal Instituciones de Derecho Comparado*, UNAM. México 1998.

- 4.- ALMAGRO NOSETE, José. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 1998.

- 5.- ANNICCHIARICO V. Ciro. *El Sobreseimiento Provisional*. Editorial Universidad, S. R. L., Buenos Aires, 1983.

- 6.- ARILLA BAS, Fernando *El Procedimiento Penal en México*. Editorial Porrúa S. A., 19ª Edición. México, 1999.

- 7.- BELING, Ernest. *Derecho Procesal Penal*. Traducción de Miguel Fenech, Editorial Labor, S. A., 1943.
- 8.- BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*. Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 1977.
- 9.- BERISTÁIN, Antonio. *Medidas Penales en Derecho Contemporáneo*, Editorial Reus, Madrid, 1974.
- 10.- BORJA OSORNO, Guillermo. *Derecho Procesal Penal*. Editorial José M. Cajica Jr., S. A., Puebla, 1999.
- 11.- BRICEÑO SIERRA, Humberto. *El Enjuiciamiento Penal Mexicano*. Editorial Trillas S. A., 3ª Edición, México, 1991.
- 12.- BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *Las Garantías Individuales*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1994.
- 13.- CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *Apelación de Sentencias en el Procedimiento Penal*, Editorial Camares, S. L., Granada, España, 1996.

14.- CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo Civile e Penale*, Traducción y Compilación: Enrique Figueroa Alfonso, Comité Editorial Colección Clásicos del Derecho, México, 1994.

15.- CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*. Editorial Alfa, Buenos Aires, 1989.

16.- CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Editorial Edial, Buenos Aires, Argentina, 1985.

17.- CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *El Procedimiento Penal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985.

18.- COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. Editorial Porrúa, S. A., México, 1989.

19.- COQUIBUS, Juan Emilio. *Teoría y Práctica del Derecho Procesal Penal*, Tomo III, Editorial Bibliográfica Argentina, 1952.

20.- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil*, Editorial Reus, 1988.

21.- DE PINA VARA, Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA, José, *Instituciones de Derecho Procesal*, Editorial América, México, 1987.

22.- DE PINA VARA, Rafael. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Porrúa S. A., 18ª edición, México, 2002.

23.- DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Teoría de la Acción Penal*, Edición de Textos Universitarios, México, 1974.

24.- DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Tratado sobre las Pruebas Penales*. Editorial Hispano Americana, 11ª Edición, México, 2000.

25.- DURÁN GÓMEZ, Ignacio. *Fundamentos del Derecho Procesal Penal*, Editorial Depalma, 3ª Edición, Buenos Aires, 1998.

26.- ESTEVES, José Luis. *Procedimiento y Forma*. Editorial Jurídica, 1º Edición, México 2001.

27.- FLORIÁN, Eugenio. *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Editorial Bosch, Barcelona, 1946.

28.- FRANCO SODI, Carlos. *El Procedimiento Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S. A., 22ª Edición, México, 1999.

29.- FRANCO SODI, Carlos. *Código de Procedimientos Penales Comentado*. Editorial Porrúa, S. A., 18ª Edición, México, 1998.

30.- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Curso de Derecho del Proceso Penal*. Editorial Porrúa, S. A., 5ª Edición, México, 1999.

31.- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El Sistema Penal Mexicano*, Editorial Fondo de Cultura Económica, 3ª Edición, México, 1999.

32.- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*. Editorial Porrúa, S. A., 5ª Edición, México, 1999.

33.- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ADATO DE IBARRA, Victoria. *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S. A., 2ª Edición, México, 2002.

34.- GÓMEZ LIAÑO, Polo J. Cuarles. *Los Recursos en la Instrucción Penal*, Editorial Formu, 1997.

35.- GONZÁLEZ BLANCO, Alberto. *El Procedimiento Penal Mexicano*. Editorial Porrúa S. A., México, 1995.

36.- GONZÁLEZ BLANCO, Alberto. *El Procedimiento Penal Mexicano en la Doctrina y el Derecho Positivo*, Editorial Porrúa, México, 1975.

37.- GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S. A., 7ª Edición, México, 1983.

38.- GUARNIERI, José. *Las partes en el Proceso Penal*, Editorial Cajica, Puebla, 1998.

39.- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*, Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, México, 5ª Edición, 1974.

40.- HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón. *El Procedimiento Penal en el Fuero Común*. Editorial Porrúa. S. A., 3ª Edición, México 2000.

41.- HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A. *El Programa del Derecho Procesal Penal*. Editorial Porrúa, S. A., México, 2000.

42.- HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A. *Los Recursos Ordinarios en el Proceso Penal*, Editorial Porrúa, S. A., México, 2000.

43.- ISLAS, Olga y RAMÍREZ, Elpidio. *El Sistema Procesal Penal en la Constitución*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1979.

44.- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Los Principios Fundamentales del Proceso Penal*. Editorial Paunedille, Buenos Aires, 1970.

45.- LEONE, Giovanni. *Tratado del Derecho Procesal Penal, Desarrollo del Proceso Penal, el proceso de Primera Instancia*, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1963,

46.- LEÓN ORANTES, Romeo. *El Juicio de Amparo*, Talleres Tipográficos Modelo, S.A., México, 1998.

47.- MANZINI, Vincenzo. *Derecho Procesal Penal*, Editorial Egea, Buenos Aires, 1989.

48.- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Editorial Egea, Buenos Aires, Argentina, 1951.

49.- MOMMSEN, Teodoro. *Derecho Penal Romano*. Editorial Temis, Bogotá, Colombia 1991.

50.- MARTÍN DEL CAMPO, Alfredo. *Nueva Práctica Forense en el Procedimiento Penal*, Editorial Informática Jurídica, 1ª Edición, México, 2002.

51.- MERKEL, Adolfo. *Derecho Penal*, tomo I, edición de La España Moderna.

52.- MESA VELÁSQUEZ, Luis Eduardo. *Derecho Procesal Penal*, Editorial Universidad Antioquia, Medellín, Colombia, 1980.

53.- MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949.

54.- MORENO, Cora. *Tratado de pruebas Judiciales*, Editorial Porrúa, S. A., 3ª Edición, México, 1998.

55.- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1975.

56.- OROÑOZ SANTANA, Carlos. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Editorial Limusa, S. A., 9ª Edición, México, 1999.

57.- OVALLE FAVELA José, *Comentario a la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Editorial Porrúa, S. A., México, 1997.

58.- PALLARES, Eduardo. *Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1986.

59.- PALLARES, Eduardo. *Prontuario de Proceso Penal*. Editorial Porrúa, S. A., 12ª Edición, México, 1999.

60.- PÉREZ PALMA, Rafael. *Guía de Derecho Procesal Penal*, Cárdenas Editores, 22ª Edición, México, 1999.

61.- PIÑA Y PALACIOS, Javier. *Los Recursos en el Proceso Penal*, Biblioteca Mexicana de Prevención y Readaptación Social, México, 1976.

62.- PIÑA Y PALACIOS, Javier. *Derecho Procesal Penal*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1948.

- 63.- PIÑA Y PALACIOS, Javier. *Recursos e Incidentes en Materia Procesal Penal y la Legislación Mexicana*, Editorial Porrúa, S. A., 4ª Edición, México, 1985.
- 64.- PRIETO CASTRO, Leonardo. *Derecho Procesal*, Cárdenas Editor y Distribuidores, 4ª Edición, México, 1999.
- 65.- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Compendio de Derecho Penal*, Volúmen I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
- 66.- RANIERI, Silvio. *Manual de Derecho Penal*, Tomo I, Parte General, Editorial Temis, Bogotá, 1975.
- 67.- REINHART, Maurach. *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.
- 68.- RIQUELME, Víctor. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1ª Edición, México, 1999.
- 69.- RIVERA SILVA, Manuel. *El Procedimiento Penal*, Editorial Porrúa, S. A., 19ª Edición, México, 1990.

70.- RODRÍGUEZ, Ricardo. *El Proceso Penal en México*, Editorial Porrúa, S. A., 12ª Edición, México, 1999.

71.- RUBIONES, Carlos J. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Tomo IV, Editorial De Palma, 2ª Edición, México, 1998.

72.- SALAS VIVALDI, Julio E. *De los Incidentes y en especial el de la Nulidad Procesal*, Librotec Ltda., Editores Concepción, Chile, 1966.

73.- SALÉ RIERA, Jaime. *El Recurso de Apelación*. Editorial Bosch, 5ª Edición, Barcelona, 1998.

74.- SAUER, Guillermo, *Derecho Penal, Parte General*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1956.

75.- SELENE RIERA, Jaune. *El Recurso de Apelación*. Editorial Bosch, 5ª Edición, Barcelona, 1998.

76.- SILVA SILVA, Jorge Alberto. *Derecho Procesal Penal*, Editorial Harla, México, 1990.

77.- SILVA SILVA, Jorge Alberto. *Colección de Leyes Comentadas*, Editorial Harla, México, 1999.

78.- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Manual del Juicio de Amparo*. Editorial Themis, 2ª Edición, México, 1994.

79.- TRUEBA OLIVEROS, Alfonso. *La Suplencia de la Deficiencia de la Queja en el Juicio de Amparo*. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1997.

80.- VECOVI, Enrique. *Elementos para una Teoría General del Proceso Civil*, Latinoamericana, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1978.

81.- VÉLEZ MERCADO, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Ediciones Lemer, S.A., 2ª Edición, Buenos Aires, 1986.

82.- V. CASTRO, Juventino. *El Ministerio Público en México*, Editorial Porrúa, S. A., 6ª Edición, México, 1985.

83.- WELZEL, Hans. *Derecho Penal, Parte General*, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1956.

LEGISLACIÓN

1.- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Editorial Porrúa, 141ª Edición, México, 2002.

2.- *Agenda Penal del Distrito Federal*, Ediciones Fiscales Isef. S.A. 9ª Edición, México, 2004.

3.- *Código Federal de Procedimientos Penales Anotado*, Cárdenas Editor y Distribuidores, México, 1986.

4.- *Código de Organización y Competencia y Procedimientos en Materia Penal para el Distrito Federal y Territorios* del 15 de diciembre de 1929.

5.- *Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal*, Ediciones Delma, S. A., 3ª Edición, México, 2003.

6.- *Colección Penal 2003*, Ediciones Depalma, S. A., México, 2003.

JURISPRUDENCIA

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. *Informe del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.*

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. Tomo XV, Quinta Época.

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. Tomo XVI, Sexta Época.

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. Tesis 93 de la Segunda Parte de la Compilación 1917-2003 del Apéndice al Tomo XCVII.

DICCIONARIOS

- 1.- DE PINA VARA, Rafael. *Diccionario de Derecho*, Editorial Porrúa, S. A., 18ª Edición, México, 1992.

- 2.- DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Diccionario de Derecho Procesal Penal y de Términos usuales en el Proceso Penal*, Tomo I, Editorial Porrúa, México, 1986.

- 3.- *DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO*, Editorial Porrúa, S. A., 4ª Edición, México, 1999.

- 4.- *DICCIONARIO JURÍDICO*, Editorial Espasa Calpe, Siglo XXI, México, 1998.

- 5.- ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, 1981.

- 6.- GOLDSTEIN, Raúl. *Diccionario de Derecho Penal*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, Argentina, 1962.

- 7.- PALOMAR DE MIGUEL, Juan José. *Diccionario para Juristas*, Mayo Ediciones, México, 1981.

REVISTAS

1.- "Anotaciones en torno a la cosa juzgada penal", en *Revista de Derecho Procesal*, número 4, México, 1970.

2.- "La acción penal y el auto de formal prisión", en *Revista Mexicana de Derecho Penal*, Quinta Época, número 1, enero-marzo, 1977.

3.- "La perención de la instancia en el Proceso Penal", en *Revista Criminalia*, año XLI, números 1-6, enero-junio, 1975

4.- "La prescripción de la acción persecutoria tratándose de delitos perseguibles por querrela de parte", publicado en la *Revista Procesal*, año 2, número 2, 1973, pp. 31 a 48.

5.- "Prescripción de la acción penal", en *Revista de Derecho Procesal*, año I, Segunda Parte, Buenos Aires, Argentina, 1965.

ACUERDOS

Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal **Acuerdo A/003/99**