



ISMAEL ROJAS OLVERA

No. DE CUENTA: 08953989-7

LICENCIATURA: DERECHO

OPCION DE TITULACION: TESIS

**NOMBRE DEL TRABAJO: ANALISIS JURIDICO DE DE LOS
ARTICULOS**

**71 BIS, 71 TER Y 71 QUATER DEL CODIGO
PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

NOMBRE DEL ASESOR: LIC. ROSA MARIA ORTIZ VILCHIS



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.

DEDICATORIAS Y AGRADECIMIENTOS

Jamás
seré un
obstáculo
para mi
mismo

Agripino

A mi madre

Siempre allí antes y aquí ahora, por darme tu amor, alegría, tu ejemplo de fortaleza, de disfrutar la vida y por tu hermoso optimismo. Entrego lo que he podido hacer para significar mi admiración y agradecimiento, nunca suficiente para lo que he recibido de ti.

A mis hijos: Jessie y Lesly

Un regalo de Dios, su alegría e inocencia de niños; su nobleza y bondad de jóvenes que me han llenado de orgullo y felicidad.

A Edith

Por esa ola maravillosa de amor, comprensión y apoyo. Por ese largo trecho que hemos marchado juntos y lo seguiremos haciendo en todos los años que vendrán.

A mi Alma Mater

Universidad Autónoma de México, campus Acatlán. Y a todos mis profesores que me dieron luz y me iluminaron el camino de la sabiduría. Por los valores y virtudes que forjaron en mí, que me han servido de armas para enfrentar la vida.

A mis hermanos: Rocío, Norma, y Antonio, a la memoria de mi padre. También a mi tía Gloria y a Héctor, por que siempre han creído en mí a pesar de la adversidad.

A mis amigos por supuesto y por esos gratos momentos de juventud.

Y muy en especial a Jesús Ruelas que me ha favorecido con su amistad, su atención, su consejo y solidaridad.

Expreso mi gratitud a todas aquellas personas que hicieron posible que este trabajo se lograra en las circunstancias en las que se realizó. Al Sr. Guillermo Valencia Arteaga por su apoyo, paciencia, constancia y esmero, a la Lic. María Rosas Ortiz Vilchis por su gran apoyo como asesora de tesis y a las autoridades de la Subsecretaría del Sistema Penitenciario y todo el personal que en alguna forma colaboro directa e indirectamente.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
-------------------	---

CAPITULO I

LA PRUEBA EN GENERAL

1.- Concepto de Prueba.....	7
2.- Principios Probatorios Generales.....	10
a.- Ingradualidad de las Pruebas de Certeza.....	11
b.- Originalidad y Oralidad.....	12
c.- Libertad Objetiva y Libertad Subjetiva de la Prueba.....	16
d.- Publicidad.....	17
3.- División Objetiva de la Prueba.....	19
a.- Prueba Directa.....	20
b.- Prueba Indirecta.....	20
4.- Elementos de la Prueba.....	21
a.- Medios de Prueba.....	22
b.- Órganos de Prueba.....	23
c.- Objetivo de la Prueba.....	24

CAPITULO II.

EVOLUCION HISTORICA DE LA CONFESION

1.- La Confesión en el Derecho Romano.....	27
2.- La Confesión en el Proceso Inquisitorio.....	29
3.- La Confesión posterior a la fórmula propuesta por Cesar Beccaria.....	29

4.- La Doctrina Moderna.....	31
5.- La Confesión en Nuestro Sistema Procesal.....	32
a.- La Confesión Lisa y Llana.....	34
b.- La Confesión Calificada Divisible.....	35

CAPITULO III

ASPECTOS CONSTITUCIONALES

1.- El Carácter Constitucional de la Garantía de Legalidad.....	37
2.- El Principio de Legalidad de los Delitos y las Penas.....	38
a.- La Reserva de Ley (Proceso Legislativo)	41
b.- Principio de Seguridad Jurídica	43
c.- Principio de no-retroactividad de la ley	45
d.- Prohibición de Analogía y por Mayoría de Razón	46
e.- Principio “non bis in Idem” (nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito).....	49
3.- Garantía Jurisdiccional.....	50

CAPITULO IV

ANALISIS DE LOS ARTICULOS 71-BIS, 71 TER Y 71 QUATER DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

1.- Estudio de la Exposición de Motivos del Decreto en el que el Poder Legislativo Adicionó los Artículos: 71 Bis, 71 Ter y 71 Quater al Código Penal para el Distrito Federal.....	54
2.- Naturaleza de los Artículos 71 Bis. 71 Ter y 71 Quater del Código Penal para el Distrito Federal.....	56

a.- Beneficios por cuestiones de política criminal.....	56
b.- Atenuantes.....	58
c.- Beneficios por cuestiones de política penitenciaria.....	60

3.- Análisis comparativo entre la Legislación del Distrito federal (específicamente los artículos 71 Ter y 71 Quater) y la Legislación del Estado de México..... 65

a.- Forma de definir los delitos graves	65
b.- Diferencia entre los artículos 58 del Código Penal para el Estado de México y los artículos en estudio.	66

4.- Análisis de las Reglas Generales para la Aplicación de las Penas Disminuidas por el

Reconocimiento de Participación en la Comisión de un Delito 70

a.- Disminución de la Pena en Delitos no Graves	70
b.- Disminución de la Pena en Delitos Graves	71
c.- Primodelincuentes	72
d.- Delitos Dolosos	73
e.- Excepción a la Aplicación de los Beneficios	77

5.- Análisis estadístico del orgamiento de los beneficios concedidos en los Juzgados de

Primera Instancia, adscritos al Reclusorio Norte 79

6.- Propuesta de reforma para que los artículos 71 bis, 71 ter y 71 quater, cubran de una manera mas eficiente con las expectativas previstas por el Legislador..... 81

CONCLUSIONES 84

BIBLIOGRAFIA 86

INTRODUCCIÓN

El propósito del presente trabajo es presentar un análisis respecto de los artículos 71BIS, 71 TER. Y 71 QUATER, del Código Penal para el Distrito Federal, así como su eficacia y aplicabilidad dentro del procedimiento penal.

Resulta de suma importancia dentro del campo del derecho penal, el tocar aspectos vinculados con la prueba de la confesión, obviamente sin dejar de lado la garantía contemplada en la fracción II del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dentro del apartado referente al inculpado, en torno a no ser compelido a declarar en su contra. En este mismo contexto, a partir de que la confesión ha adquirido un valor más real y justo dentro del derecho penal, pues para que la manifestación que realiza una persona admitiendo su comisión en un delito sea estimada como tal, debe reunir ciertos requisitos procesales contemplados en el artículo 249 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; tales como : Que sea hecha por persona no menor de 18 años; en pleno uso de sus facultades mentales; sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación; con pleno conocimiento de la acción perpetrada; y, sin que exista coacción ni violencia física o moral por parte de autoridad; que sea vertida ante el Ministerio Público, Juez o tribunal de la causa; que en el momento de confesar se encuentre asistido por su defensor o persona de su confianza estando el inculpado debidamente enterado del procedimiento que se sigue; que no vaya acompañada de otras pruebas o presunciones que la hagan inverosímil a juicio del Ministerio Público o del Juez.

Por otra parte, se tiene que tomar en cuenta el aspecto humanista, esto es, las razones que motivan a un individuo al aceptar el despliegue de un comportamiento penalmente relevante. En torno a ello, la adición de los ordinales materia de este estudio presenta la opción que expone el legislador para que un gobernado sujeto a proceso penal contribuya al esclarecimiento de los hechos, con la opción de ser candidato y si es procedente, un beneficio de disminución de la pena que se prevé para el delito cometido y que se encuentre tipificado dentro de los márgenes de punición establecidos por el Código Penal para el Distrito Federal, siempre

y cuando no se trate de determinados tipos penales descritos en un catálogo de excepción al beneficio en cuestión contenido en el artículo 71 ter. de la ley sustantiva penal.

Para la aplicación del beneficio de disminución de la pena por aceptación del inculpado en la comisión de un delito cometido, también se tienen que cumplir con determinados requisitos de la descripción legal, como son: Que se trate de primo delinciente por delitos dolosos consumados; que el reconocimiento que haga el sujeto activo de su participación en la comisión del delito se encuentre robustecido con otros elementos de prueba, teniendo plena concordancia con la norma constitucional.

Otra circunstancia importante materia del presente estudio, es el tocante a la aplicación de manera retroactiva de los ordenamientos penales adicionados, ya que todo individuo al que se le ha impuesto una pena privativa de libertad mediante sentencia, previo juicio, goza de la garantía individual a la aplicación retroactiva de la ley penal, si ésta le beneficia. Por tanto si cumple con las exigencias normativas, también le será disminuida la sanción impuesta por la confesión del delito que cometió.

Tales aspectos motivan que dentro del presente trabajo se realice un análisis profundo sobre la eficacia y aplicabilidad de los ordinales 71 bis., 71 ter. y 71 Quater del Código Penal para el Distrito Federal, derivando en una propuesta de reforma a fin de que puedan ser cubiertas de manera eficiente las expectativas previstas por el legislador ante su propuesta de adición de los referidos dispositivos, esto es, que realmente pueda tener funcionalidad la mencionada adición a esos preceptos del Código Penal para el Distrito Federal apegándose de manera estricta a lo contenido en nuestra Carta Magna.

CAPITULO I.

LAS PRUEBAS EN GENERAL.

Para iniciar el estudio de la prueba en general, es necesario el análisis de los sistemas probatorios para el ofrecimiento y valoración de la prueba y las que establecen las leyes procesales en forma enunciativa, ya que se concede en México la facultad de ofrecer cualquier prueba que se ajuste a derecho, aunque no sean de las establecidas expresamente.

En ese sentido, por lo tocante al procedimiento penal, éste gravita alrededor de las pruebas; así, el Ministerio Público al preparar el ejercicio de la acción penal, lo hace con los medios de prueba, y el resultado será ejercer o no esa facultad en contra de un probable responsable y una vez que se da la relación jurídico- procesal, el órgano jurisdiccional, al resolver el auto de término constitucional, incidentes de libertad como el desvanecimiento de datos y especialmente al dictar sentencia definitiva, debe basarse en los medios de prueba que se ofrecieron y se desahogaron.

Cabe señalar, que es necesario diferenciar entre los medios de prueba, el sujeto de la prueba, que es el portador de la misma (órgano de prueba), y en especial el objeto del elemento probatorio, que tiene como fin demostrar el hecho y convencer al juez de ello al momento de entrar a su estudio o valoración para así dictar sentencia, sea absoluta o condenatoria.

1. - Concepto de pruebas.

En el proceso penal se agita y se puntualiza un esfuerzo que lo estimula y lo impulsa incesantemente, desde los comienzos hasta la decisión última , el esfuerzo dirigido a comprobar la veracidad real respecto a determinado hecho , que se revela con características de delito, en relación con determinada persona, indicada y reconocida como autor o partícipe de aquel.¹

1 Florián, Eugenio, "De las pruebas Penales", tomo I, Ed. Temis Bogotá-Colombia 2002. p.12

Es este esfuerzo vigoroso y dominador, que somete así mismo toda la autoridad procesal, pues que la comprobación de la verdad real constituye a un mismo tiempo, no sólo un método para conducción del proceso y su fin inmediato y específico, al que converge el múltiple contenido procesal, sino el medio y el camino para conseguir un fin más alto y general, cual es la aplicación o la no aplicación de la ley penal al caso concreto.²

El supuesto de donde el juicio penal sea su primer impulso una simple hipótesis, luego entonces, se requiere una serie de múltiples y variadas investigaciones, encaminadas todas a recoger y a presentar los elementos que sirven para reconstruir la historia de los hechos, a fin de que la hipótesis de la imputación se concrete como hecho comprobado o se evapore y desaparezca en el vacío como hipótesis falsa. Aquí es como brota el concepto general de prueba, de las investigaciones y es connatural a ellas, De ahí la importancia de la prueba, pues ella impregna todo el proceso, le imprime movimiento y llega hasta convertirse en base la sentencia.³

El concepto de prueba es la síntesis de diversos aspectos, pues la figura de la prueba es poliédrica, inclusive un análisis sucinto nos muestra su complejo contenido, del cual debemos tener en cuenta los aspectos que más interés revisten para los fines prácticos del procedimiento penal.⁴

En su acepción genérica y puramente lógica, la prueba quiere decir, a un mismo tiempo "todo medio de produce un conocimiento cierto o probable acerca de cualquier cosa", y en su sentido más amplio y haciendo abstracción de las fuentes, significa el conjunto de motivos que nos suministran ese conocimiento. La primera es una concepción subjetiva y la segunda es objetiva.

En ese mismo sentido, probar significa; suministrar en el proceso el conocimiento de cualquier hecho de manera que se adquiera para sí o se engendre en otros la convicción de la existencia o verdad de ese hecho.

2 Carnelluti, "La prova civil", Roma 1915. p.12. Considera la prueba como un medio para la comprobación de la identidad(o de la diferencia) de la situación planteada por la norma con la situación en la causa; pero en realidad la es prueba fin o medio según el punto de vista desde donde se le considere.

3 Númerosos y eximios juristas se han levantado en todo tiempo para celebrar la grande importancia que tiene la prueba.

4 Así como por ejemplo, en este caso no tendría importancia jurídica su supuesta característica de control.

Es así, que en sus diversos sentidos una definición de la prueba será:

Definición: en su sentido etimológico, la voz prueba, deriva de *probandum*, cuya traducción es patentizar, hacer fe, criterio, derivado del viejo derecho español.

En su sentido gramatical, según Benjamín Iragorri Diez, es hacer examen y experiencia de las cualidades de las personas o cosas; también justificar, manifestar y hacer patente la verdad de una cosa, con razones, instrumentos o testigos. Procesalmente es suministrar en el proceso, el conocimiento de cualquier hecho.⁵

Framarino señala, que la prueba puede ser considerada por dos aspectos, ya sea en cuanto a su naturaleza y a su producción, ya en cuanto al efecto que origina en la mente de aquel ante quién ha sido producida. Por este segundo aspecto equivale a la certeza, a la probabilidad y a la credibilidad. Así como las facultades de percepción son las fuentes subjetivas de la certeza, así mismo las pruebas son el medio de aparición de las fuentes objetivas, es decir, la verdad, la prueba es, por este aspecto, el medio objetivo a través del cual la verdad logra penetrar el espíritu; y como éste puede llegar en relación con un objeto y por intermedio de las pruebas, sea a la simple credibilidad, sea a la probabilidad o a la certeza.⁶

Por su acepción más genérica y puramente lógica; prueba significa todo medio que produce un conocimiento cierto o probable acerca de cualquier cosa, y en su sentido más amplio y haciéndose abstracción de la fuente, significa el conjunto de motivos que suministren ese conocimiento, la primera es una concepción subjetiva y la segunda objetiva.

En una concepción clásica algunos autores como Bentham señalan que la prueba es en el más amplio sentido de esa palabra; y se entiende como un hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho.

⁵ Iragorri, Diez Benjamín, "Curso de pruebas penales" 1a. Ed. Temis Bogotá-Colombia 1983 p.43

⁶ Framarino, Dei Malatesta Nicola, "La Lógica de las pruebas en materia criminal" 4a. Ed. Temis, Bogotá-Colombia 1992 p.62

Ahora bien, son objeto de la prueba, la conducta o hecho, las personas (autor del delito, ofendido, testigos, peritos, etc.), las cosas y por último, los lugares porque de su inspección tal vez se colija algún aspecto o modalidad del delito.

En congruencia con lo anterior, en nuestro país el procedimiento penal comienza con una denuncia o una querrela, una y otra son los medios para llevar el delito a conocimiento del Ministerio Público. En esencia, un procedimiento penal es un conjunto de juicios que culminan con un juicio mayor recogido en la sentencia. Para llegar a ese resultado es preciso conocer los hechos sobre los que se juzga es decir la verdad acerca de los acontecimientos a los que se les asigna carácter delictuoso.

Para conocer la verdad histórica de los acontecimientos que antes mencionamos, se requiere la aplicación de ciertos medios de conocimiento que conduzcan a ella. Esos medios de conocimiento son las pruebas. Por lo tanto se puede decir que todo el proceso penal es un ejercicio probatorio. Así pues ya se menciona que dentro de nuestro sistema penal, se pueden ofrecer todo tipo de pruebas que se ajusten a derecho, inclusive las que no estén establecidas expresamente. Las pruebas más comunes son la testimonial, la documental, la pericial, etc., pero la que por mucho tiempo fue considerada "la reina de las pruebas" es la confesión y que en nuestro actual sistema penal es considerada como una prueba indiciaria. Sin embargo para el objetivo de nuestro estudio veremos que la prueba confesional puede ser de gran beneficio, para todas las partes que de alguna manera u otra tienen que ver con el sistema penal (indiciado, órganos jurisdiccionales, sistema penitenciario y en general la sociedad)

2. Principios probatorios generales.

La función de probar los hechos, la pretensión del Estado requiere de un procedimiento que considere y reglamente los medios probatorios necesarios para establecer claramente la infracción, a fin de poder atribuir a sus autores en juicio de valor sobre imputabilidad y culpabilidad. El proceso por lo tanto debe entenderse como un conjunto de pruebas en espera de una acertada valoración.

La prueba por regla general, ha de ser aportada por las partes y ellas han de practicarlas, pero no ocurre así cuando rige el principio inquisitivo y aún aplicándose el principio dispositivo se admite más frecuentemente la prueba de oficio.

Así pues, para que la prueba alcance su objeto, está cuenta con sus elementos y herramientas legales, tendientes a proporcionar garantías y eficacias en el descubrimiento de la verdad dentro del proceso.

En ese contexto, los actos de prueba deben cumplir con las exigencias que requieren directamente a la estructura de estos, más como el formalismo nunca puede ser fin por sí sólo. Esta serie de exigencias se vincula, en definitiva, a un criterio sustancial que lo es que la prueba resulte genuina, completa e imparcial, razón por la cual los requisitos intrínsecos se presentan como instrumentos de garantía de la prueba y estas precauciones externas sirven de garantía de la verdad histórica que ha de triunfar en el proceso. Estas consideraciones suministran también el criterio orientador que rige esta materia.⁷

a.- Ingradualidad de las pruebas de certeza.

Como ya referimos, la prueba debe de ser considerada por dos aspectos, ya sea en cuanto a su naturaleza y a su presentación, ya en cuanto al efecto que origina en la mente de aquel ante quién ha sido aducida, por este segundo aspecto equivale a la certeza, a la probabilidad y a la credibilidad. Por lo tanto, la prueba con relación a la certeza, es la única base para una condena judicial; y por este aspecto, la prueba es la relación concreta entre verdad objetiva y la certeza subjetiva, y así como la certeza se perfecciona con el convencimiento racional que es similar a la conciencia de la certeza admitida y segura, así mismo, puede decirse que la prueba es la relación particular y concreta que se establece entre la verdad y el conocimiento racional.⁸

En ese orden de ideas, al determinar la noción del convencimiento judicial, se dijo que no es susceptible de grados como la certeza, de lo cual se deriva que las pruebas, sin que en ello haya término medio,

⁷ Florián, obra citada, t. II, p.322

⁸ Barragán, Salvatierra Carlos, "Derecho Procesal Penal" Ed. Mc. Graw-Hill/interamericana Editores S.A. De C.V. México 1999. p.373

o bien originan convencimiento y tiene eficacia y verdadera naturaleza de prueba, o no logran producir convicción y no merecen el nombre de pruebas, ya que no tiene ni eficacia, ni su verdadera naturaleza persuasiva. Por lo tanto, debe ser rechazada en relación con la certeza, la ilógica graduación de la prueba que la considera plena o no plena, porque así como el convencimiento no pleno no es convencimiento, del mismo modo la prueba no plena, no lleva inherente la convicción de una verdad histórica de los hechos delictivos, no deriva en una certeza plena.

Así como no hay fracciones de certeza, tampoco pueden existir fracciones de prueba, o bien la prueba no logra que en la mente se origine la certeza y en ese caso tenemos prueba plena de certeza respecto del objeto probado.

El derecho moderno impone al Ministerio Público la obligación de probar los cargos; a este deber se asocia la clásica regla "toda persona es inocente hasta que se le demuestre lo contrario" (a partir de este año en nuestra Carta Magna lo consagra como una garantía individual) así pues, para que el juzgador emita su resolución en un sentido u otro acerca del hecho, debe tener certeza plena de lo probado. En concordancia con lo anterior, una de las pruebas que logran alcanzar la verdad de los hechos, es la emitida por el sujeto que declara su participación en el hecho delictuoso (confesión), robustecida con otros medios de prueba, por tal razón la confesión es eficaz ya que genera certeza plena, por lo tanto es necesario alentarla entre los individuos que participan en un hecho delictuoso y que es acertadamente el objetivo de la adición de los artículos de estudio (como veremos más adelante).

b.- Originalidad y Oralidad.

Filosóficamente se puede entender por originalidad algo eminentemente subjetivo y de proporción actual con innovaciones al concepto anterior. Es un concepto abstracto ya que parte de una idea y se materializa en el mundo fáctico.

Dentro de la materia del derecho, la originalidad va en consonancia con la costumbre y el pragmatismo de las leyes dentro de la sociedad, por lo tanto, la ley se va adaptando a las necesidades y costumbres de la sociedad y ésta se va erigiendo y modificando por el genio del jurista y el

legislador le da forma, lo cual entra dentro del concepto de originalidad propositiva de las leyes.

En la búsqueda de la verdad, que es necesaria en materia penal, para que se pueda dictar sentencia condenatoria, no basta la verdad formal, es menester que exista la verdad sustancial, es preciso buscar en materia penal las mejores pruebas, ya que ellas son las que mejor logran la conquista de la verdad sustancial.

Entre los requisitos intrínsecos de la prueba se tiene también el modo de la manifestación, esto es, si ha de ser oral o escrita.

La oralidad sirve para expresar el hecho, el acertó, la convicción que pasa fugazmente y que, una vez percibida por los jueces, no tendrá la necesidad de repetirse, ni tendrá ya ningún control. Desechando preferencias apriorísticas por la oralidad o escritura deben emplearse en cuanto a una y otra presten mejor servicio para efectiva manifestación de cada uno de los medios de prueba.

Con base a lo anterior, la prueba establecida en el proceso, para que sirva de base a la convicción, debe ser la mejor que sea posible conseguir en concreto, surge la consecuencia de que es preciso no contentarse con las pruebas no originales, cuando pueden lograrse las originales y de que no debe recurrirse a testimonios de oídas cuando pueden obtenerse la declaración original de los testigos de vista, es decir, que es menester exigir las que subjetivamente sean mejores, se impone la percepción de los sentidos a lo que es puramente de dicho o que el individuo escuchó del hecho de voz de otra persona.

Para lograr el objetivo del proceso penal, que es encontrar la verdad de los hechos, se puede echar mano de todos los medios necesarios para lograrlo, las pruebas son el medio idóneo para alcanzar dicho objetivo, pero aquí tenemos que decir que existen pruebas que logran una mayor eficacia debido a las circunstancias del hecho. Por ejemplo, en un homicidio por disparo de arma de fuego la prueba de la detección de pólvora en un individuo que se presume responsable del hecho, es una prueba de suma importancia para este caso y sería considerada como una prueba original, pero si a esto le agregamos que el individuo se confiesa responsable de los hechos, estamos ante una prueba original

que es la confesión, robustecida de otro medios de prueba que sería el encontrar rastros de pólvora en ciertas partes del cuerpo concretamente en las zonas de maceración del individuo responsable, lo que conllevaría a la certeza plena, de que ese sujeto cometió el hecho delictivo.

Por otra parte la oralidad es un acto mediante el cual la expresión de toda idea humana se ha de realizar a través del lenguaje hablado lo que a diferencia del lenguaje escrito, se logra una mejor comunicación entre los individuos, principalmente cuando se trata de discernir para lograr un acuerdo o dirimir alguna controversia, o también el final al que se quiera llegar en el que un grupo definido de masas logre captar un mensaje o idea determinada y pueda hacer uso del derecho de réplica y definir sus propios conceptos. En el derecho la oralidad consiste en la forma en que las partes pueden expresar sus manifestaciones libremente sin ningún tipo de presión para su defensa dentro de un juicio en el que se ventila alguna controversia jurídica, así mismo los testimonios de los testigos, peritos, víctimas, etc., pero sobre todo la confesión del individuo responsable del hecho son de forma oral lo cual puede hacer más expeditos los trámites de ese juicio, ya que en nuestro tiempo existe una gran carga de trabajo y ello conlleva a un rezago en las resoluciones judiciales y por medio de la oralidad se hace más eficiente.

Dentro de los cambios para modernizar nuestro sistema de justicia, se encuentran contemplados la implementación de juicios orales y esto implicaría modificar la figura del Ministerio Público, reeducar a la policía, cambiar las estructuras orgánicas y prácticamente las instituciones, así lo manifestó el Licenciado Eduardo García Salcedo, Juez Decimotercero de lo penal en el Distrito Federal, quién dictó una conferencia sobre el tema en la Facultad de Estudios Superiores Acatlán (U.N.A.M.).⁹ Expresó también que técnicamente, el juicio oral es un debate abierto donde están el juez, el jurado, la defensa, el Ministerio Público, los testigos y al final el juez emite su resolución. Sin embargo, no es tan sencillo, toda vez que exige un cambio total del sistema de procedimiento que se ha venido manejando.

9 Gaceta informativa de la Facultad de Estudios Superiores Acatlán, UNAM. 2007 p.26

Señaló que de concretarse, estos juicios serían un logro muy importante porque si en Chile (donde ya se usa esta figura), tiene una justicia de primer mundo, nuestro país también puede aspirar a ello, aprovechando este momento histórico en que la ciudadanía, los medios de comunicación, las estructuras de gobierno, los académicos y toda la sociedad en general voltean al sistema de justicia penal mexicano. De hecho, expresó que en nuestro país los juicios orales ya son una realidad y en estados como Chihuahua, Oaxaca, Nuevo León y el Estado de México, ya se han implementado, pero lo que se cuestiona es la idoneidad y viabilidad para establecer ese proyecto.

Precisó que llegar a una audiencia de juicio oral no es tan sencillo, porque implica un cambio total del sistema de procedimientos que se maneja actualmente. De manera recurrente se argumenta que esta práctica ha tenido resultados excelentes en Chile, pero que no se dice que hay notables diferencias entre el sistema procedimental mexicano y ese país latinoamericano.

Puntualizó que se necesita una policía a la que se le tenga absoluta confianza, profesionalizada, como en Chile. Además de que en esa nación se invirtieron 350 millones de dólares con una población 10 veces menor a la mexicana, lo que significa que aquí se tendrían que invertir 3mil 500 millones de dólares y tardaríamos no siete años, sino más tiempo para su implementación.

García Salcedo añadió que cuando en Chile se habla de que transitaron de un sistema procesal acusatorio, lo hicieron apropiadamente, pero se debió a que contaban con un sistema inquisitivo, no tenían la institución del Ministerio Público y cuando se crea se hace ex profeso para el funcionamiento de los juicios orales.

En México se tendría que modificar la estructura del Ministerio Público de tal manera que controlara a la policía, a fin de que trabajara para el juez como inicialmente se diseñó. Por lo anterior, hay notables diferencias y muchas carencias para contar con un sistema similar al chileno, subrayó.

c.- Libertad Objetiva y Libertad Subjetiva de la Prueba.

Para que la voz de las pruebas obren con su natural eficacia sobre el ánimo del juez, es preciso que éste no sea violentado en su conciencia por lo que al hablar de convencimiento, se ha llamado influjo legal para que el convencimiento tenga la calidad de natural, no basta que él sea original, es decir que la prueba sea percibida directamente.

Ahora bien, para poder establecer el concepto de libertad objetiva y subjetiva de las pruebas, podemos definir a la libertad como el derecho que tiene todo individuo para elegir y disponer tanto física como idealmente dentro de su entorno y con las limitaciones que la propia ley establece. La prueba es el medio de defensa que tiene todo individuo para demostrar su pretensión o su postura dentro de cualquier juicio en que se ventile alguna controversia, el ser y el deber ser es la diferencia entre una conducta en sentido objetivo y subjetivo dentro del mundo fáctico de la acción. El ser pertenece a la individualidad y el deber ser a la generalidad frente a una norma que lo contiene o limita, por lo tanto, una razón y su efecto en una acción puede expresarse en un sentido subjetivo y objetivo, lo primero puede entenderse a lo particular y lo segundo a lo general dentro de lo abstracto.

El Derecho tiene como fin, alcanzar una conducta humana para hacer posible la vida gregaria y se define como un conjunto de normas que rige la vida externa de los hombres en sociedad, y el Estado tiene el deber y el poder de imponerlos a sus gobernados mediante su facultad coercitiva.

El derecho objetivo es el conjunto de normas creadas por el Estado través de las leyes y el derecho subjetivo es el deber del Estado para determinar, imponer y ejecutar las leyes, constitucionalmente constriñe al Estado realizarlo por medio de un juicio en que las diferentes partes en controversia dirimen sus diferencias al ser escuchados en audiencia pública y se les permita ofrecer las pruebas que estimen convenientes a su defensa siendo un derecho adquirido, por lo tanto todo individuo sujeto a un juicio tiene la libertad de ofrecer las pruebas para su defensa como medio de convicción.

En ese sentido, tenemos que la prueba con relación a la certeza, es la única base para una condena judicial; y por este aspecto, la prueba es la

relación concreta entre la verdad objetiva y la certeza subjetiva, así como la certeza se perfecciona con el convencimiento racional que es similar a la conciencia de la certeza admitida y segura, así mismo puede decirse que la prueba es la relación particular y concreta entre la verdad y el convencimiento racional.¹⁰

El convencimiento del juez debe de ser natural y no artificial, lo que consiste en cómo llegar a conocimiento del juez sin ningún influjo extraño a su naturaleza. Una violación a la libertad subjetiva de las pruebas consiste en la alteración del ánimo de las personas que rinden un testimonio, así como cuando el individuo indiciado por un hecho delictuoso, bajo presión de algún tipo se confiesa responsable sin serlo.

En esas condiciones decimos que la confesión debe ser simple y llana, espontánea y robustecida de otros medios de prueba (con esto se asegura que quien pueda declararse confeso de un hecho, no basta su simple dicho para darlo por cierto).

La violación de la libertad subjetiva por sugestión de un testigo no siempre es ilícita. La sugestión ilícita puede ser de tres especies (insinuación de respuestas por temor), fraudulenta (por medio del error producido por el dolo de quien interroga), y culposa (valiéndose del error que se produce a causa de la negligencia de la persona que pregunta). Otras condiciones naturales de convencimiento del juez es su carácter social, lo que significa que no debe ser expresión de una creencia subjetiva del juez, sino que debe ser tal que los hechos y las pruebas que han sido sometidas a su criterio, si se pusieren en su consideración de cualquier otro ciudadano desinteresado y razonable, deberían dar por resultado la misma certeza que le produjeron al juez y es lo que se denomina el carácter social del convencimiento.

d.- La Publicidad.

La publicidad es la forma de expresión humana por medio de la cual se da a conocer un concepto determinado y por medio de su difusión se da la aceptación de quien lo requiera.

10 Barragán, obra citada, p.369

En ese sentido, la publicidad de la ley se hace necesaria al ser promulgada, para el conocimiento de los obligados a su cumplimiento o aplicación, la inserción en el Diario Oficial de cada Estado de la nueva ley, es el medio por el cual llega a los ciudadanos y es así como se vuelve obligatoria.¹¹

La publicidad en materia procesal, es de suma importancia porque da la posibilidad para las partes de tomar conocimiento de las actividades del proceso y para los terceros la de asistir a las audiencias.

La publicidad no puede considerarse en el proceso como un dogma, pues que en ella es simplemente una garantía para rectitud del proceso y por lo mismo no tiene sino una importancia relativa.

Ya enseñaba Romagnisi " la solemnidad de los juicios públicos es un gran freno contra los fraudes, contra la corrupción o contra una vil indulgencia".¹²

La publicidad para las personas no interesadas "es un medio de combatir la desconfianza del público hacia los tribunales, que encuentra aliento en el procedimiento escrito, sustraído, a la fiscalización del pueblo" Rosemberg. Según este procesalista si bien el público rara vez participa en las audiencias ante los tribunales civiles, todavía tiene valor político la posibilidad de acceso a las secciones judiciales.

La publicidad entendida en el más amplio sentido, tiene una influencia extraordinaria en cuanto se refiere a la moralización del proceso, toda vez que al ofrecer cualquier tipo de prueba ante el juez por las partes en el proceso, se entiende que las pueden conocer y hasta someter a análisis por parte de cualquier persona, que tenga interés en hacerlo, lo cual trae consigo que no se hace a escondidas o con otra intención que no sea la de impartir justicia.

11 De Pina, Rafael, "Diccionario de Derecho" 12a. Ed. Porrúa México 1984 p. 403

12 Rogmagnosi, "Se la pubblicità dei giudizi criminali, convenga alla nonarchia, in opere. Vol. IV, parte I, p.444

En concordancia con lo anterior, la confesión deja de ser "la prueba reina" para convertirse sólo en una prueba indiciaria, ya que hasta antes de la reforma del Código Penal en el año de 1994, la confesión se vio marcada por sin número de abusos para obtenerla, ya que la podía recoger cualquier funcionario público (policías, jefes policíacos, etc.), sin ninguna formalidad e incluso por escrito y a escondidas para presionar al detenido a confesarse responsable de los hechos mediante tortura, violando la garantía individual que consagra el artículo 20 fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que señala para el inculpado: No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio. Es por tal motivo, que en nuestro actual sistema penal queda exclusivamente recoger la confesión al Ministerio Público o juez de la causa y con las formalidades que el artículo 241 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal señala.

3. División objetiva de la prueba.

La prueba es la sistematización de un criterio obtenido de la parte especial. La prueba aporta un elemento de carácter subjetivo para que el juez emita un juicio de carácter objetivo al valorarla y analizar si cumple con los principios que regulan ese medio de probanza, para ser eficaz y demostrar la veracidad de la parte especial.

La parte especial la definiremos como el objeto de la controversia en juicio, que mediante un acto procesal será la prueba la columna vertebral para que el juez dirima esa controversia a favor de una u otra parte.

El criterio relativo a la pertinencia y a la relevancia que ha de tener la prueba exige en este caso una distinción importante, que surge precisamente cuando se considera el objeto de la prueba; es la vieja y nunca olvidada distinción entre las pruebas directas (naturales , no artificiales, inartificiales) y pruebas indirectas.

a.- Prueba directa.

La prueba directa será un medio sistemático que verifique un hecho de forma absoluta, precisa e indudable de la verdad que demuestra y jurídicamente se le denomina prueba plena ya que por sus características materiales tiene relación directa con un algo particular que solamente le pertenece como elemento propio. Así por ejemplo una huella digital, un vestigio orgánico que a través del ADN, demuestre ser de cierto individuo y que es exclusivo de una persona, un objeto específico, etc., demostraran de manera directa y plena un hecho o circunstancia, sin embargo, la prueba directa si necesita de otros elementos que verifiquen la verdad.

La prueba confesional igualmente se le puede considerar como prueba directa, siempre y cuando mediante otros medios de prueba demuestren precisa e indudablemente la verdad del hecho, de lo contrario la simple confesión quedaría como prueba indirecta (que definimos más adelante).

En este sentido, tenemos que las pruebas son directas en cuanto lo inmediatamente probado. Es decir, se distinguen claramente sin esfuerzo de razonamiento, de modo que se dice que es directo o intuitivo y así tenemos, que de este tipo existen por ejemplo la confesión, la prueba testimonial o sea el testimonio de la persona en forma real o posible de oralidad. Los hechos que se identifican con el objeto fundamental que ha de probarse (el hecho de muerte, de la difamación etc.). El testimonio cuando proviene de testigos accidentales de hecho (*in facto*), y tiene por materia cosas susceptibles por los hombres comunes y corrientes. Tenemos también a la prueba documental que es el testimonio de la persona cuando aparece en forma escrita o en otras formas materiales permanentes, la prueba material que es el testimonio de cosa directamente percibido en la materialidad de sus formas.

b.- Prueba indirecta.

La prueba indirecta será el medio que de manera aislada al hecho, al ser eslabonada con otros medios probatorios de igual forma, dará un conocimiento de lo que se busca probar de la parte especial.

Jurídicamente a esta prueba se le denomina indicaría o circunstancial ya que de manera sistemática verifica un hecho o circunstancia de forma aislada pero en relación indirecta pero proporcional a él. En nuestra concepción actual se le considera a este medio de prueba la más adecuada ya que en la mayoría de los sistemas jurídicos el principio de duda definirá una controversia a favor de una u otra parte, teniéndose que perfeccionar con elementos de prueba que auxilien a determinar el hecho o circunstancia, que demuestre su veracidad, además de que la prueba indirecta es imprescindible que coexista con la prueba directa para demostrar su certeza, ya que lo absoluto puede ser erróneo, esto en concordancia con el principio jurídico que expresa que " la ley no es absoluta ", si no interpretativa. La prueba indirecta aporta elementos o circunstancias de lo general a lo particular del hecho o circunstancia que verifica.

En ese orden de ideas, "las pruebas son indirectas si se refieren a lo que no ha sido probado inmediatamente, es decir, que se logra su apreciación mediante un trabajo de razonamiento en lo que se produce, de lo conocido a lo desconocido y como ejemplo tenemos a los indicios."¹³

Existe una indeterminación del concepto sobre la prueba directa e indirecta, ya que todas las pruebas son directas en cuanto a lo inmediatamente probado, y todas son indirectas si se refieren a lo que no ha sido probado inmediatamente, por lo cual existe confusión general de las pruebas en cuanto al objeto de la misma.

4. ELEMENTOS DE LA PRUEBA.

Entre los elementos que integran el concepto de prueba penal, el denominado medio de prueba suministra más que cualquier otro un criterio fecundo para la sistematización de la parte especial. El medio de prueba represente el momento en que el aporte de la prueba se manifiesta en su mayor eficiencia y a través de él se efectúa el contacto entre el objeto de la prueba y el juez, ya que por su intermedio el objeto de prueba se pone al alcance del conocimiento del juez y de los demás sujetos procesales. Ahora bien, la forma en cómo se verifica este contacto es decisiva, puesto que las diversas maneras en que se patentiza son de extrema importancia para la función de la prueba, para su distinción y su eficacia.

13 Barragán, obra citada, p.369

No es posible tomar como criterio de clasificación el objeto la prueba, pues éste no suministraría sino un elemento de carácter objetivo, y por ello las vinculaciones no serían sustanciales. Un mismo objeto de prueba puede ser revelado por los más diversos órganos de prueba y a un mismo objeto de prueba pueden converger los medios de prueba más diversos.

Florián, hace una distinción entre los medios de prueba al decir que existen medios de prueba que le sirven al juez para adquirir conocimiento del objeto de prueba en virtud de la información ajena y por otro lado dice que hay medios de prueba que le sirven al juez para adquirir conocimiento del objeto de prueba merced de su propia y directa percepción.¹⁴

Así pues, para que la prueba alcance su objeto, está cuenta con sus elementos que son herramientas legales tendientes a proporcionar garantías y eficacias en el descubrimiento de la verdad dentro del proceso.

a.- Medios de prueba.

El medio de prueba se puede decir que es ella misma, es un vínculo para alcanzar un fin. Esto significa que para su operancia debe existir un órgano que le imprima el dinamismo y así a través de uno o más actos determinados se actualice su conocimiento. En el mismo orden de ideas, el medio de prueba es el acto o modo usado por la persona física referida para proporcionar el citado conocimiento, consecuentemente, conocer es individualizar un objeto de la conciencia y el modo de conocerla es el medio de prueba.

El Código de Procedimientos penales para el Distrito Federal, en su artículo 135, reconoce como medios de prueba:

- I.- La confesión.
- II.- Los documentos públicos y privados.
- III.- Los dictámenes de peritos.
- IV.- La inspección ministerial y judicial.
- V.- Las declaraciones de los testigos.
- VI.- Las presunciones.

14 Florián, obra citada, t. II p.5

Se admitirá como prueba en términos del artículo 20, fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente a juicio del Ministerio Público, juez o tribunal. Cuando el Ministerio Público autoridad judicial lo estimen necesario, podrán por cualquier otro medio de prueba, establecer su autenticidad.

El artículo 20, fracción V Constitucional señala que se recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándose para obtener la comparecencia de las personas a cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso.

El artículo 20, fracción II, Constitucional señala que nadie podrá ser obligado a declarar. En este sentido la confesión de un individuo es el medio de prueba idóneo para alcanzar el fin que se busca en un proceso penal, pero que a su vez nuestra Carta Magna garantiza la libertad del individuo de declarar o no.

Así mismo el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal también regula la reconstrucción de hechos, los cateos y visitas domiciliarias, la interpretación, la confrontación y el careo; también el Código Federal de Procedimientos penales hace este señalamiento con excepción de los cateos y visitas domiciliarias.¹⁵

b.- Órganos de prueba.

Aquí tenemos que la persona quien proporciona el conocimiento por cualquier medio factible, se le denomina órgano de prueba, y así tenemos que de los sujetos en la relación procesal serán los órganos de prueba como ejemplo está el probable autor del delito, el ofendido, el legítimo representante, el defensor, los testigos, los peritos, etc., el Juez de la causa y el Ministerio Público no son órganos de prueba.

F. Sodi, señala que "el objeto de la prueba es el tema en el proceso o la verdad histórica concreta por conocerse, el órgano de la misma es la persona física que aporta el conocimiento".¹⁶

¹⁵ Barragán, obra citada, p.363

¹⁶ Franco, Sodi Carlos, "El procedimiento Penal Mexicano" 4a. Ed. Porrúa México 1957, p.86

De lo anterior se desprende, que el inculpado en el proceso penal será el órgano de prueba, porque de él se puede obtener el conocimiento es decir, de su declaración en cualquiera que sea su sentido (negar los hechos o confesar su participación), se integrara el conjunto de pruebas para lograr la verdad histórica del hecho. Pero por otro lado, el artículo 20, fracción II Constitucional, garantiza la libertad de declarar o no al inculpado de un hecho delictuoso.

La adición de los artículos 71bis, 71 ter. al Código Penal para el Distrito Federal, tiene la finalidad de alentar al órgano de prueba (inculpado), para que confiese su participación del hecho delictuoso, mediante la obtención de un beneficio (disminución de la pena), ya que de su aportación en el conocimiento de la verdad del hecho, se desprenderá una certeza plena, así como un ahorro en carga de trabajo para los órganos de justicia.

c.- Objetivo de la prueba.

Existen varios ángulos desde donde se puede concebir a la prueba y así tenemos que se le puede considerar como la actividad lógica y material orientada en el mismo sentido de la realidad que se trata de averiguar, esto es, como operación y esfuerzo amparados en una verdad, "es la prueba fin" pero también, pueden valorarse como el conjunto particular de recursos que pueden utilizarse para obtener aquella demostración "es la prueba medio".

Ahora bien, tenemos que es objeto de la prueba la conducta o hecho (aspecto interno y manifestación), las personas (probable autor del delito, ofendido, testigos, etc.), las cosas (en tanto que en éstas recae el daño o sirvieron de instrumento o medio para llevar a cabo el delito) y, por último los lugares por que de su inspección tal vez se colija algún aspecto o modalidad del delito.

El objeto de la prueba es fundamentalmente para la demostración del delito con sus circunstancias y modalidades (conducta o hecho, tipicidad, imputabilidad, culpabilidad, etc.), la personalidad del delincuente, el grado de responsabilidad y el daño producido.

En el caso concreto de la prueba confesional, el objeto de la prueba es llegar a la verdad de los hechos de manera rápida y eficaz, pero tenemos que tomar en cuenta que el legislador al adicionar los artículos de estudio, no sólo buscaba como objetivo de la confesión lograr la pronta solución del hecho, sino también va más allá, toda vez que como podemos ver en el análisis de la exposición de motivos más adelante, se busca que el individuo que confiesa ayude a la captura y desmantelación de grupos delictivos. En este sentido el objeto de la prueba va más allá del individuo y del hecho mismo.

Por otra parte, el objeto de la prueba puede recaer sobre otras cuestiones comprendidas en la parte general del derecho procesal (teoría de la ley penal, así como en el orden negativo como ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad y excusas absolutorias).

CAPITULO II.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA CONFESIÓN.

El probable autor del delito (acusado) tiene importancia para la investigación probatoria desde dos puntos de vista fundamentales, sea el primero, en cuanto puede suministrar informaciones sobre hechos de la causa o en general elementos de convicción, y en ese sentido se convierte en órgano de prueba; sea el segundo, en cuanto a su persona, puede ser observada por el juez o por el perito, y en ese sentido, se convierte en objeto (sujeto pasivo) de prueba.

Hasta aquí debemos considerar al acusado como órgano de prueba y sus declaraciones como medio de prueba. En esta forma se nos presenta en verdad fecunda e indispensable fuente de prueba y de convicción.

Así tenemos, que en las primeras fases del proceso penal el acusado es sin duda alguna el protagonista de la prueba. En el teatro de la lucha solo él se mide con el adversario y a él se refieren o tienden los elementos de prueba; en las ordalías, en los duelos judiciales, en los juicios de dios, en el juramento, se nos presenta en diversos aspectos pero siempre en su función de factor único de prueba. Hasta los testigos cuando se asoman tímidamente a la escena del proceso, tienen vida en él, parten de él y no son sino sus garantes.¹⁷

En estas primeras etapas el acusado no puede considerarse realmente como órgano de prueba, pues en ella no suministra elementos sustanciales de prueba sino simplemente hace afirmaciones u origina hechos o comportamientos judiciales que tienen carácter formal ya que la prueba incita a ciertas actitudes suyas.

En el periodo siguiente el acusado se convierte en órgano de prueba, según sus concepciones, modalidades y efectos vinculados a diversos factores procesales y especialmente al sistema acusatorio, al inquisitorio y a los diferentes métodos de apreciación de las pruebas.

17 Florián, Eugenio, "De las pruebas penales" t. II, Ed. Temis Bogotá-Colombia 2002 p.17

Ya para los tiempos modernos el acusado, una vez alcanzada una personalidad procesal propia y precisa, también puede asumir, en sus múltiples manifestaciones, la condición de órgano libre de prueba. Aquí el criterio dominante es el de darle valor o no darle valor a lo que se dice. Pero en este caso el valor probatorio del acusado, si disminuye como órgano de prueba, aumenta como objeto de la prueba, y hasta puede considerarse que este lo absorbe.

En conclusión tenemos que la función del acusado como factor de prueba sigue esta trayectoria de órgano de prueba, esto es, que el curso evolutivo parte de la pura valoración de lo que dice o manifiesta el acusado, para después dirigirse a la inspección y a la exploración de su individualidad.

En este sentido, abordaremos a continuación algunas de las manifestaciones de la evolución histórica del sujeto (acusado) como órgano de prueba, en específico a la confesión.

1.- La confesión en el Derecho Romano.

En el proceso germánico y en el proceso romano de las primeras épocas, la confesión se nos presenta con caracteres reflejados sobre ella por el sistema acusatorio; pero, qué gran diferencia. En el proceso germánico, la manifestación acusatoria de la confesión resulta complicada ya que era endurecida por el carácter formal de la prueba; en el proceso romano, la confesión aunque conserva su carácter formal, se suaviza al ser llevada también a la ágil esfera de libre convencimiento del juez.¹⁸ Es así como en el proceso penal romano la confesión necesariamente debía ser considerada como una prueba decisiva, de acuerdo a la estructura acusatoria de ese proceso, ya que a un pueblo jurídicamente evolucionado no puede ocurrírsele poner en duda la fuerza probatoria que surge en general de la confesión. Y en esta forma la confesión fue considerada como una prueba conforme al derecho, y tal era su eficacia que se le atribuía a la confesión, que en este caso valía también el principio de derecho civil según el cual "los confesos en juicio se tienen

¹⁸ Ídem, p.19

por juzgados" (*in jure confessi pro judicatis habentur*),¹⁹ por lo tanto el acusado confeso podía ser condenado sin necesidad de juicio ulterior, ya que la confesión interrumpía el procedimiento y hacia superflua y sin objeto la persecución de aquel. Sin embargo, es en este momento donde resplandece otra vez el grandioso genio jurídico de los romanos- la confesión nunca revestía carácter formal; para que ello pudiera tener dicha eficacia, se requería que fuera examinada, estudiada y controlada; era necesario, que fuera atendible- de ahí las enseñanzas de los jurisconsultos y emperadores que predicaban cautela en la aceptación de las confesiones de los reos y que aconsejaban repudiar las confesiones defectuosas no atendibles, aunque fueran pronunciadas entre las angustias de la *questio* (tormentos del proceso penal),²⁰ y que en la época de las persecuciones de los cristianos, se llegó hasta reprochar severamente a los jueces porque consideraban que era motivo suficiente para condenar, el haber hecho profesión de fe cristiana - ¡que sublime confesión!²¹ – sin adelantar otras investigaciones de control, necesarias en los casos ordinarios.

Naturalmente también el *confessus* tenía su defensor, y hasta en la retórica de esa época a la oración en defensa del confeso se le daba un nombre especial.²²

19 Ídem, p.20

20 Quaestioni fidem non semper, nec tamen num quam babendam, constitutiunibus, et quae varitatem fallat (en las constituciones se manifiesta que no siempre se ha de dar crédito a lo que se declara en el tormento , ni siempre se debe dejar de dar fe, pues el asunto es delicado y peligroso y puede burlarse la verdad. Eugenio Florián, "de las pruebas penales" tomo I, Ed. Temis, p.5

21 Florián tomo II p. 17

22 Dice al respecto Ciceron (De Inventione, lib, I cap XI) Deprecatio est cum et peccasse et consulto reus se confitetur et tamen, ut ignoscatur postulat, quot genos perraro potest accidere (por la deprecación o súplica el acusado, confesando haber delinquido u haberlo hecho intencionalmente, pide que se le perdone, pero este género de causa es sobremodo raro). El conocido pasaje de Quintiliano (immo ea natura est omnis confessionis, ut possit videri demens, qui de se confitetur. Furore impulsus est: alius ebrietate, alius errore, alius dolore, quidam quastione. Nemo contra se dicit, nisi aliquo cogente (la indole de toda confesión es tal que puede considerarse demente al que confiesa contra sí mismo. A la demencia son llevados unos por la ebriedad, otros por error, estos por el dolor, aquellos por el tormento. Nadie contra sí mismo confiesa sino es obligado por otro). En Declam 314, puede inducir a considerar que los romanos rechazaban la confesión como algo antinatural; pero dicho pasaje no tiene un alcance general, puesto que se refería a un caso en particular aducido como ejemplo por el preceptor de la retórica, esto es, un caso de confesión emitida en estado de demencia. Cfr. MITTERMATER, Prove p. 280. Nicolini, procedura, t II num.174.

2.-La confesión el proceso inquisitorio.

Durante esta etapa, la estructura inquisitoria del proceso penal la condición del acusado, desde el punto de vista de la prueba que de él puede emanar, cambia totalmente, con efecto el acusado pierde en ella su personalidad procesal, pero queda colocado en primer plano de la investigación probatoria, estando por completo en manos del juez, el acusado debía naturalmente convertirse en un instrumento de prueba.

La confesión ya no tiene valor como libre manifestación de la voluntad del acusado, sino que adquiere un significado muy importante como prueba, como prueba máxima. En la investigación que se le encomienda, si puede obtener la confesión el juez el apogeo de la prueba, y esto no ya por una virtud formal cualquiera, sino por la eficacia intrínseca que le atribuye y le señala la ley. Entonces tuvo plena aceptación práctica como principio axiomático la regla de que la confesión "es la reina de las de pruebas" ---*confessio regina probationum*--- y bien podía enseñarse: *confessione nulla major ripenatur probatio, nec probatione indegumus ubi confesionem habemus, quia confessio facit rem manifestum, inducit noturium, habet uim rei judicate* (no se encuentra una prueba mejor que la confesión y no necesitamos de prueba cuando tenemos la confesión, porque esta hace manifiesto del delito, demuestra la acusación y tiene fuerza de cosa juzgada). He aquí el empleo de la tortura para obtener una prueba tan perfecta, aunque, en el fondo, tampoco a la tortura hace siempre a la confesión plenamente atendible; además, su apreciación se complica con el sistema de las pruebas legales por lo cual fue necesario someterla a un minucioso estudio y a cuidadosa y severa apreciación previa.²³

3. La confesión posterior a la fórmula propuesta por Cesar Beccaria.

A medida que los estados adquieren mayor solidez, principia a hacerse una mayor distinción entre los delitos privados y públicos, según el hecho lesione de manera directa los intereses de los particulares o el orden público. Es entonces cuando aparece la etapa llamada "venganza publica" o "concepción política", los tribunales juzgan en nombre de la colectividad, para la supuesta salvaguarda de ésta se imponen penas

²³ Florián, obra citada, p.22

cada vez más crueles e inhumanas.²⁴ Con justicia Cuello Calón, afirma que en este periodo nada se respeta, ni siquiera la tranquilidad de las tumbas, pues se desenterraban los cadáveres y se les procesaba; los jueces y tribunales poseían facultades omnímodas y podían incriminar hechos no previstos como delitos en las leyes. De estos ilimitados derechos abusaron los juzgadores; no los pusieron al servicio de la justicia, sino de los déspotas y los tiranos depositarios de la autoridad y del mando. Este espíritu inspiró el Derecho Penal Europeo hasta el siglo XV.²⁵

Es así, que después de la excesiva crueldad siguió un movimiento humanizador de las penas y en general, de los sistemas penales, es lo que se le denominó "el periodo humanitario". Es una ley física que a toda acción corresponde una reacción de igual intensidad, pero en sentido contrario. La tendencia humanitaria de antecedentes muy remotos toma cuerpo hasta la segunda mitad del siglo XVIII con Cesar Bonnesana, Marqués de Beccaria. Su síntesis admirable vio la luz tímidamente en el año de 1764, publicándose anónimamente y fuera de Milán, ciudad natal y asiento de la vida y actividad del autor. En su obra " Dei delitto e delle pene", se une la crítica demoledora de los sistemas empleados hasta entonces, a la proposición creadora de nuevos conceptos y nuevas prácticas; se pugna por la exclusión de suplicios y crueldades innecesarios; se propone la certeza contra las atrocidades de las penas, suprimiendo los indultos y las gracias que siempre hacen esperar la impunidad a los delincuentes, orienta la represión hacia el porvenir, subrayando la utilidad de las penas sin desconocer su necesaria justificación; se preconiza la peligrosidad del delincuente como punto de mira para la determinación de las sanciones aplicables y se urge por una legalidad de los delitos y las penas, hasta el extremo de proscribir la interpretación de la ley, por el peligro de que pudiera servir de pretexto para su verdadera alteración.

Con relación a la confesión como ya lo vimos en el punto anterior, la confesión adquirió un significado muy importante como prueba, como prueba máxima y tuvo plena aceptación práctica como principio axiomático la regla de que la confesión "es la reina de las pruebas", por

24 Castellanos, Fernando, "lineamientos elementales de Derecho Penal" (parte general) Ed. Porrúa, México 1977. pp.33-34

25 Cuello, Calón Eugenio, "Derecho Penal" 18a. Ed. Bosh Casa Editorial, Barcelona 1980. p.53

tal motivo se adquiere el empleo de la tortura para obtener una prueba tan perfecta, aunque, en el fondo esta manera de obtener la confesión no siempre la hacía atendible, su apreciación se complica y en ese sentido Beccaria en su obra habla de que por cualquier aspecto que se quiera considerar la confesión de los reos siempre se encontrará que las leyes o no debieran buscarla o no deberían darle ningún valor probatorio.²⁶ En su obra Beccaria, destaca que los jueces, por no ser legisladores, carecen de la facultad de interpretar la ley.²⁷

Para Beccaria nada hay más peligroso que como el axioma común que proclama la necesidad de consultar el espíritu de la ley. Con un derecho penal renovado se inauguró la era humanista y romántica, con un espíritu más filantrópico y científico.

4. La doctrina moderna

En la segunda mitad del siglo XVIII, la reacción a la doctrina moderna que presencié el triunfo de los derechos humanos, los filósofos reformadores adelantaron su santa cruzada inclusive contra la confesión, la tortura y el juramento, especialmente en Italia, pues en Alemania, a decir verdad, aun se incluían entre los elementos del proceso común algunos sistemas de tortura.²⁸

Para este tiempo el acusado ya gozaba de la libertad de su propio comportamiento y elevado de nuevo a la condición de sujeto procesal, se manifestó una tendencia que exagerando en el sentido contrario, le negó al acusado la capacidad de llegar a ser fuente de prueba y concibió el interrogatorio como una institución de pura defensa.

La confesión ya no es más que un episodio eventual del interrogatorio y las más de las veces si las leyes se refieren a ella, lo hacen para proteger su espontaneidad, al prohibirle al juez que en cualquier forma emplee procedimientos coactivos para obtenerla.

26 Beccaria, Cesar "Tratado de los Delitos y las penas" Traducción Constancio Bernal de Quiroz, Puebla Cajuca, 1957 p.22

27 Castellanos, obra citada, p.36

28 Florián, obra citada, t. II p. 29

5. La confesión en nuestro Sistema Procesal.

La declaración del probable autor del delito ya sea en forma espontánea o en interrogatorio, puede ser indagatoria o preparatoria, la primera es la que se rinde en averiguación previa y la segunda es la que se rinde dentro del término constitucional ante el órgano jurisdiccional.

En el artículo 20, fracción II constitucional garantiza la libertad que tiene el inculpado al señalar que no podrá ser obligado a declarar en su contra. Queda también prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio.

La confesión en términos de Hernández Acero, es el reconocimiento que hace un sujeto imputable de haber realizado una conducta que resulta típica, es imputable alguien no menor de 18 años. Para que la confesión se integre debidamente, de manera formal deberá hacerse ante el Ministerio Público o juez de la causa, asistido de su defensor o en presencia de persona de su confianza, debe haber sido instruido previamente y de forma inmediata sobre el procedimiento que se le va a seguir y de las consecuencias legales y jurídicas que tendrá esta confesión.²⁹

El maestro Colín Sánchez, la define como un medio de prueba través del cual un indiciado, procesado o acusado, manifiesta haber tomado parte en alguna forma de intervención, en los hechos motivo de la investigación. El sujeto admite haber realizado una conducta (acción u omisión), o hecho sin auxilio de nadie o haber participado en la concepción, preparación y ejecución de los hechos, por concierto previo o posterior, pero la afirmación siempre debe estar corroborada con otros elementos de prueba.³⁰ Así pues la confesión que sea contra el confesante, conforme al criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es el reconocimiento que hace el acusado de su propia culpabilidad, hay quien admite ser el autor de una conducta o hecho, pero no por ello reconoce su culpabilidad, debido a que puede

29 Hernández, Acero Julio, "El procedimiento Penal Mexicano" Ediciones Especiales, México 1992 p.122

30 Colín, Sánchez Guillermo, "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales" 10a. Ed. Porrúa México 1997, p. 47

encontrarse dentro de alguna causa de justificación o de otra eximente. Por otro lado, lo manifestado por el confesante no alcanza el carácter de confesión hasta en tanto no esté corroborado por otros elementos.

El artículo 136 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, señala que la confesión es la declaración voluntaria hecha por persona no menor de 18 años, en pleno uso de sus facultades mentales, rendido ante ministerio público, el juez o tribunal de la causa, sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación, emitida con las formalidades señaladas por el artículo 20, fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Algunos autores como Jiménez Asenjo y Betham, hablan sobre la naturaleza jurídica de la confesión y la conciben como una forma de testimonio, otros como indicio; la confesión no debe ser para el juez más que un medio para formarse una convicción.

La naturaleza jurídica de la confesión no es un problema sencillo, es bastante complejo, pero en todos los casos implica una participación del sujeto en alguna forma en la comisión de un hecho delictuoso.

Otro tipo de declaración es la extrajudicial, misma que se realiza ante cualquier órgano distinto del jurisdiccional (policía judicial, Ministerio Público). Esta confesión debe de estar ratificada ante funcionario de la policía judicial para que tenga valor probatorio. La confesión ante notario público no tiene valor probatorio pleno, debido a que este no es funcionario público, pero por su carácter singular, su efectividad en el orden probatorio estará condicionada a muchos otros factores.

El valor probatorio de la confesión en el artículo 249 de Código de procedimientos Penales del Distrito Federal, le concede ese valor a la confesión siempre y cuando concurren los requisitos señalados en sus diversas fracciones.

La confesión no siempre es satisfactoria o conveniente, son innumerables los errores a que conduce, por lo que se ha perdido su primacía o que se le considerara la reina de las pruebas, así su eficacia debe quedar reducida a un simple atestado, cuya justipresación hará el

órgano jurisdiccional que goza de la más amplia libertad sin que se tome en forma aislada, ya que debe concatenarse con el resto de las pruebas.

El artículo 287 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece en su último párrafo "no podrá consignarse a ninguna persona si existe como única prueba la confesión". La policía judicial podrá rendir informes pero no obtener confesiones, si lo hacen estas careceran de todo valor probatorio.

En relación con los artículos de estudio 71bis y 71ter del Código Penal para el Distrito Federal, la confesión adquiere una gran relevancia, ya sea en cuanto a que por medio de ella el legislador busca disminuir la carga de trabajo de los órganos encargados de la impartición de justicia, así como el ahorro de recursos, pero también por otro lado busca disminuir la sobrepoblación en las cárceles (como veremos más adelante), pero sobre todo alienta al inculcado a optar por la confesión de su participación en el hecho delictivo a cambio de una disminución de la pena, beneficio que resulta muy atractivo pero deja fuera a gran sector de los indiciados al restringir su acceso a dicho beneficio, que para nosotros resulta discutible y hasta incongruente con la intención del legislador.

a.- La Confesión Lisa o Llana

Dentro de las modalidades de la confesión ya sea judicial o extrajudicial tenemos, la confesión denominada pura o simple (*confessio legitima o vituosa, libera o coactaa*), y se refiere a cuando el confesante llanamente manifiesta haber participado de alguna manera en los hechos que delictuosos.³¹

En la doctrina para que produzca convicción plena, se deben de satisfacer las condiciones fundamentales de ser verosímil, creíble, persistente y uniforme. En cuanto a su forma, que sea articulada en juicio ante juez de la instrucción debidamente instituido competente en la causa circunstanciada y emanada de libre voluntad del inculcado.

31 Barragán, obra citada, p. 385

Cabe destacar que cuando nos hallamos ante este tipo de confesión no existe ningún problema en cuanto a su apreciación (se dice que es una prueba directa), que se produce sin ningún influjo, toda vez que el inculpado manifiesta libremente su participación (libertad subjetiva) y además de que reúne las condiciones de credibilidad, esto aunado con otros medios que la robustezcan, la hace prueba plena de certeza, lo cual traerá consigo una exitosa impartición de justicia.

Aquí cabe señalar que en los artículos que analizamos, la confesión lisa y llana es la que se busca obtener por parte de los órganos judiciales, pero en nuestra opinión el problema se encuentra en que se debe de realizar ésta, ante el Ministerio Público primeramente y después ante el juez de la causa, dejando fuera a quien quisiera reconocer su culpabilidad ante el juez, pero que negó su participación ante el Ministerio Público y que por variadas razones (mala orientación por parte de su defensa, ignorancia de la ley, temor, etc.) no lo hizo, quedando también fuera cuando el inculpado se reserva su derecho a declarar ante el Ministerio Público, pues ya no se colmaría el requisito atinente a haber confesado ante la autoridad administrativa, aquí creemos que se debería reformar este punto, para darle mayor eficacia a la intención del legislador (disminuir la sobrepoblación en las cárceles).

2.- Confesión Calificada Divisible

La confesión calificada con circunstancias excluyentes o modificaciones de responsabilidad, es divisible si es inverosímil, sin confirmación comprobada o si se encuentra contradicho por otras pruebas fehacientes, en cuyos casos el sentenciado podrá tener por cierto sólo lo que le perjudica al inculpado y no lo que le beneficia.

Así pues, podemos decir que la apreciación del juez es libre y que esa apreciación puede considerarse en relación con el sujeto, el objeto y el contenido. En el caso ya examinado en cuanto al objeto, la confesión no puede referirse naturalmente si no a los hechos (*confessio facti*), pues las divisiones en cuanto a derecho, como es obvio, carecerían totalmente de cualquier trascendencia y no producirían ningún efecto jurídico, además para que haya confesión no es necesario que ella se refiera a la

culpabilidad. Por tal razón la confesión penal está libre de reglas que pesan en otras ramas como la civil, en cuanto a la divisibilidad o indivisibilidad de su contenido, pues la libertad que rige en materia de las pruebas penales de conformidad con los fines del proceso, faculta al juez tanto para admitir, como para repudiarla por completo o en parte. Desaparecen pues, todas las controversias que en el pasado se suscitaron en torno a la confesión calificada, sobre este punto se han dictado reglas y ello con razón, ya que cualquier regla constituiría un obstáculo, una traba para la verdadera y exacta estimación de la materia procesal.

Por lo tanto, cuando el acusado acepta y confiesa haber cometido un hecho en estado de embriaguez o en condición de legítima defensa, podrá el juez aceptar el hecho y rechazar la excusa, amparado de una adecuada y legal motivación.³²

Considerando que en la realidad, la mayoría de los indiciados en sus primeras declaraciones ante el Ministerio Público, al hacerle la imputación sobre los delitos por los cuales se le hace responsable, acepta en parte y niega otra (confesión calificada divisible), la cual no opera para considerarse suficiente para el beneficio, toda vez que el inculpado muchas de las veces al tener conciencia plena de la situación que le acontece, ya ha pasado pasado tiempo y por lo tanto a perdido oportunidades de ponerse en una mejor situación ante el proceso que se le seguirá.

³² ídem, p.383

CAPITULO III

ASPECTOS CONSTITUCIONALES

Este capítulo tiene por objetivo presentar un panorama general de lo que son las garantías individuales que consagra nuestra Carta Magna con relación a la legalidad de los actos de autoridad en materia penal; mostrar el origen y evolución en materia de legalidad de los delitos y las penas; los principios fundamentales que deben de imperar en el marco del Estado de Derecho en el orden penal; y las obligaciones concretas.

1.- El carácter Constitucional de la Garantía de Legalidad.

En las relaciones entre gobernantes como representantes del Estado y gobernados, se suceden múltiples actos, imputables a los primeros, que tienden a afectar la esfera jurídica de los segundos. El Estado, al desplegar su actividad al asumir su conducta autoritaria, imperativa y coercitiva necesariamente afecta la esfera o ámbito jurídico que se atribuye a cada sujeto como gobernado, bien sea en su aspecto persona física o de entidad moral. Todo acto de autoridad emanado por esencia del estado y desempeñado por los diferentes órganos autoritarios estatales creados por el orden de derecho, tiene como finalidad inherente, imbíbida de imponerse a alguien de diversas maneras y por distintas causas; es decir, todo acto de autoridad debe afectar a alguna persona moral o física en sus múltiples derechos: vida, propiedad, libertad, etc.³³

Dentro de un régimen jurídico, esto es, en un Estado de Derecho, cualquier afectación de diferente índole, de múltiples y variadas consecuencias sobre un gobernado por parte del Estado, debe obedecer a determinados principios previos, llenar ciertos requisitos, en síntesis, debe de estar sometida a un conjunto de modalidades jurídicas sin cuya observancia no sería válida desde el punto de vista del derecho. Ese conjunto modalidades jurídicas a que tiene que sujetarse un acto de cualquier autoridad para que sea válido, desde un punto de vista jurídico,

33 Burgoa, Orihuela Ignacio, "Las garantías individuales" 11a. Ed. Porrúa México 1978, p. 504

la afectación en la esfera del gobernado a los diversos derechos de este, que se traduce en una serie de requisitos, condiciones elementos, etc., es lo que constituye las garantías de seguridad jurídica. Éstas implican, el conjunto de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, sin observar dichos requisitos, condiciones, elementos o circunstancias previos, no será válido a luz del Derecho.³⁴

En ese sentido tenemos, el artículo 14 Constitucional, reviste una trascendental importancia dentro de nuestro orden constitucional, a tal grado, que a través de las garantías de seguridad jurídica que contiene, el gobernado encuentra una amplísima protección a los diversos bienes que integran su esfera de derecho. Así mismo, en la historia de nuestro Derecho Constitucional, el art. 14 ha implicado la materia de muy interesantes polémicas de diversos juristas renombrados como Vallarta, Lozano, Mejía, Vega entre otros.

El artículo 14 Constitucional es un precepto complejo, es decir, en él se implican cuatro fundamentales garantías individuales que son: La de irretroactividad de la ley, la de audiencia, la de legalidad en materia judicial civil y judicial administrativa y la de legalidad judicial penal.

2.- El Principio de Legalidad de los delitos y las penas.

A lo largo del tiempo, la función represiva se ha orientado hacia diversas rutas según los distintos pueblos. Los estudiosos de la materia, agrupando las tendencias, quedaron señalados cuatro periodos, a saber; el de la venganza privada; el de la venganza divina; el de la venganza pública y el periodo humanitario. Este último periodo se puede decir que es el correspondiente a los últimos tiempos y se le denomina también "Etapa científica", por considerar que presenta perfiles y caracteres propios.³⁵

34 Ídem, p.504

35 Castellanos, obra citada, p. 31

Es así que para la segunda mitad del siglo XVIII la tendencia humanitaria toma cuerpo y haciendo una crítica demoledora de los sistemas empleados hasta entonces, a la proposición creadora de nuevos conceptos y nuevas prácticas; se pugna por la exclusión de suplicios y crueldades innecesarios; se propone la certeza, contra las atrocidades de las penas, se orienta a la represión hacia el porvenir, subrayando la utilidad de las penas sin desconocer su necesaria justificación; se preconiza la peligrosidad del delincuente como punto de mira para la determinación de las sanciones aplicables y se urge por una legalidad de los delitos y de las penas, hasta el extremo de proscribir la interpretación de la ley, por el peligro de que pudiera servir de pretexto para su verdadera alteración.³⁶

De acuerdo con nuestra Constitución Federal el artículo 14, nadie puede ser privado de la vida, la libertad, o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. El mismo precepto establece, en materia criminal, la prohibición de imponer pena alguna por simple analogía o aún por mayoría de razón, sino está decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate.

El principio de legalidad, plenamente reconocido y garantizado en el precepto citado, se complementa con la legalidad en la ejecución de las sanciones impuestas a los delincuentes por los jueces y tribunales.

El origen de la garantía de legalidad, según los tratadistas, se conquistó por primera vez en Inglaterra con la carta Magna expedida por Juan sin Tierra en 1215, en donde se prohibió la imposición de penas sin previo juicio legal. Mucho tiempo después Cesar Bonessana, Marqués de Beccaria, escribió que sólo las leyes pueden decretar las penas para los delitos y éstos deben de ser establecidos por el legislador. A pesar de ello, fue en la declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789, a raíz de la Revolución Francesa, donde quedó plasmado definitivamente el principio de legalidad, estableciéndose que nadie debía de ser castigado sino en virtud de una ley anterior al delito, la cual se

³⁶ Ídem, p.35

aplicaría según el procedimiento legal; nadie podía ser acusado, arrestado ni preso, sino en los casos previstos por las leyes.³⁷ Desde entonces estos principios han sido casi universalmente aceptados.

El derecho a castigar del Estado se encuentra limitado por la ley penal, que es la fuente única del Derecho represivo, verdadera garantía para el delincuente, quién no puede verse sancionado por actos que la ley, de manera expresa, no haya previsto como delictuosos.³⁸

Existen diversos principios que se han establecido en torno a la garantía de legalidad y entre ellos están; el clásico y más importante "nullum crimen, nulla poena sine lege", (no hay crimen sin ley y tampoco hay pena sin ley); de esto se deriva que la pena sólo puede aplicarse a consecuencia del delito y aquélla y éste únicamente encuentran su origen en la ley. Además del principio anterior existen otros, como "nemo iudex sine lege", (para significar que ningún juez puede tener autoridad o jurisdicción no derivadas de la ley)|; "non bis in ídem", (nadie debe ser juzgado dos veces por el mismo delito).

El párrafo tercero del artículo 14 constitucional contiene principio más importante del derecho penal. Suele expresarse diciendo que no hay delito sin ley, ni pena sin ley (nullum crimen, nulla poena sine lege). Es decir, no hay mas hechos delictuosos que aquellos que las leyes penales definen y castigan. Ni más penas que las mismas leyes establecen.³⁹

"Nadie podrá ser castigado sino por los hechos que la ley haya definido como delictuosos, ni con otras penas que las establecidas legalmente".

Así que en esta máxima se contiene una doble garantía individual: no ser penado más que por los hechos previamente definidos por la ley como delitos, garantía criminal (nullum crimen sine praevia lege poenali), no ser penado con penas ni en clase ni en medida diversas de las establecidas previamente por la ley para el hecho en cuestión, garantía penal (nulla poena sine praevia lege poenali).⁴⁰

37 Ídem, p.81

38 Ídem, p.81

39 García, Maynez Eduardo "Introducción al estudio del Derecho" Ed. Porrúa, México p.379

40 Cuello, Calon, obra citada, p.166

La misma idea se puede expresar diciendo que la ley es la única fuente del derecho penal, o que la ley penal carece de lagunas. De aquí que se prohíba la aplicación de penas por simple analogía y aún por mayoría de razón, tema que abordaremos más adelante.

La ley penal debe aplicarse exactamente; pero ello no quiere decir, por supuesto, que no sea posible interpretarla, La ley es siempre una forma de expresión del derecho, lo cual demuestra que, en todo caso, exige ser interpretada.⁴¹

En ese sentido, la interpretación de la ley es entendida, limitar su contenido, desentrañar su sentido. En las leyes penales como en otras, puede ocurrir que el texto no se encuentre expresado con claridad entonces será preciso limitar y determinar su alcance. Aún siendo clara la ley, será urgente entender su contenido para poder adecuarla al caso concreto.⁴²

A continuación definiremos algunos de los más importantes principios de seguridad jurídica materia penal.

a.- La reserva de ley (proceso legislativo).

Es la determinación por la Constitución de aquellas materias que sólo pueden ser reguladas por ley, excluyendo, por tanto, a las normas restantes que integran el ordenamiento jurídico, singularmente los reglamentos, emanados del poder ejecutivo. En su origen, la reserva de ley nace como un ámbito en el que el Rey debía contar con el concurso del Parlamento- la representación del pueblo- para legislar. Se configura así su contenido típico: libertad y propiedad, normas que afectan a los derechos fundamentales y a la tributación. El establecimiento de un listado de las materias reservadas a la ley aún no se tiene bien definido, pero se remite en numerosas ocasiones a la misma determinadas cuestiones, señaladamente y con carácter general, la regulación que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, del ejercicio de los

41 García Máynez, obra citada, p. 380

42 Villalobos, Ignacio, "Derecho Penal Mexicano" parte general), 2a Ed. Porrúa México 1960, p. 40

derechos y libertades, así como el establecimiento de los delitos y las penas y de Tributos. Además, se reservan a la ley orgánica (cuya aprobación requiere mayoría absoluta del Congreso de los Diputados) ciertas materias.

En ese sentido, tenemos que en nuestro orden legal el principio general de derecho y de interpretación de la ley llamado "principio de reserva de ley", establece que cuando el legislador, ya sea en su carácter de constituyente o de legislador ordinario, hace referencia a la regulación que se hace en otra ley, se entiende que se refiere a una ley en el sentido formal y material, es decir, a un ordenamiento jurídico con las características de generalidad, abstracción e impersonalidad, pero que además haya sido expedido a través del proceso legislativo establecido en la Constitución Mexicana. Es de hacer notar que el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que las garantías individuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Por tanto, la reserva de ley puede entenderse como la remisión que hace normalmente la Constitución y de forma excepcional la ley, para que sea una ley y no la otra norma jurídica la que regule una determinada materia. En otras palabras, se está frente a una reserva de ley cuando, por decisión del Constituyente o por decisión del legislador, tiene que ser una Ley en el sentido formal la que regule un sector concreto del ordenamiento jurídico.

En México de acuerdo al párrafo tercero del artículo 14 Constitucional, sólo la ley puede disponer que conductas pueden ser catalogadas como de tipo penal y cuáles pueden ser las consecuencias jurídicas mayormente en forma de privaciones de la libertad, que amerita cada una de ellas. La Reserva de ley en materia penal es la más clásica manifestación de lo que significa en los Estados liberales la propia institución de la reserva; se trata de que solamente los representantes populares pueden fijar las conductas consideradas delictivas y las penas que deben imponerse a quienes las lleven a cabo, ya Juan Jacobo Rousseau y Beccaria, ya sostenían "que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social". Es importante subrayar que la Reserva de Ley en materia penal

solamente abarca el campo de la determinación de conductas punibles y el establecimiento de sus respectivas consecuencias jurídicas, ya que fuera de esos dos temas la ley puede remitir al reglamento otras cuestiones que también tienen que ver con materia penal.

b.- Principio de seguridad jurídica

Las garantías individuales de las que todo ciudadano goza en nuestro país, denotan esencialmente el *principio de seguridad jurídica* inherente a todo régimen democrático. Dicho principio no es sino el de *juridicidad* que implica la obligación ineludible de todas las autoridades del Estado en el sentido de someter sus actos al derecho. Siguiendo esta idea, puede afirmarse que las garantías individuales de las cuales gozamos, son la expresión fundamental y suprema del principio de seguridad jurídica, sin cuya consagración se propicia y estimula la entronización de la autocracia, de la dictadura o de la tiranía. No es posible, en efecto, concebir siquiera ningún sistema jurídico sin la seguridad que entrañan las garantías a favor de todo gobernado, por lo que su institución es el elemento indispensable para implantar y mantener el orden jurídico en cualquier país, con prescindencia de la estructura socioeconómica y política que cada uno de los pueblos del orbe adopte. La abolición o la no-consagración de las mencionadas garantías significarían la destrucción de todo Derecho, fenómenos que, a su vez, atentan contra la libertad y la justicia, como aspiraciones permanentes de todas las naciones del mundo.⁴³

En ese sentido, diremos que la autoridad de un Estado (el cual constituye la forma de organización política jurídica de una sociedad humana, pueblo o nación), implica un poder, o sea, un conjunto de facultades y actos tendientes a garantizar el orden de derecho mediante su idónea aplicación contra posibles contravenciones por parte de los individuos de la comunidad, asegurando así el orden social (aún cuando su atribución indebida en muchas hipótesis, históricamente dadas, sirva de medio a la arbitrariedad despótica).

43 Burgoa, obra citada, p. 505

La soberanía es un atributo del poder del Estado, de esa actuación suprema desarrollada por y dentro de la sociedad, que se supedita todo lo que en ella existe, que subordina todos los demás poderes y actividades que se desplieguen en su seno. A su vez, la soberanía implica una característica propia que es la *autolimitación* que no es otra cosa que una restricción a la actividad del estado introducida por el orden jurídico. Ahora bien como el Estado carece de sustantividad psicofísica, no estando dotado, por tanto, de una voluntad biológica, necesariamente tiene que actuar mediante representantes o agentes que se llaman autoridades, establecidas por la norma jurídica y cuyo conjunto integra el gobierno estatal. Las autoridades pues, representan al Estado; son los órganos de desempeño de su actividad: por ende, una autoridad, cualesquiera que sean sus atribuciones, independientemente de la índole de sus funciones, nunca obra "motu proprio", sino siempre en representación del Estado como persona jurídica y del pueblo como realidad social o en ejercicio debido o indebido de una función estatal. En consecuencia, ninguna entidad autoritaria es depositaria o titular del poder soberano; a ella sólo le corresponde su ejercicio de acuerdo con el ámbito de competencia que la ley le impute.

En ese sentido, se dice que el propio Estado se auto limita en cuanto al poder que le es inherente para cumplir sus fines, evidentemente que esta autolimitación se traduce en una serie de restricciones jurídicas impuestas a la actividad de las autoridades estatales. Por tal motivo, la soberanía, por lo que ve al Estado, implica una autolimitación en los términos ya indicados, y por lo que concierne a las autoridades, una limitación a su actividad desplegada en ejercicio del poder estatal.

En conclusión, podemos decir que la autoridad como representante del Estado, la ley faculta su actuar, pero a su vez limita su función en torno al principio de estricta legalidad, que se traduce en fundar y motivar todo acto que de la misma emane y para el ciudadano se garantiza el principio de seguridad jurídica que le brinda el orden jurídico nacional y consagrado en nuestra constitución.

c.- Principio de no-retroactividad

Este principio es de suma importancia para nuestro orden jurídico nacional, es igualmente de gran importancia con relación a los ordinales en estudio, toda vez que todos aquellos sentenciados con anterioridad a la adición que analizamos, que cumplan con los requisitos necesarios para el otorgamiento del beneficio de la disminución de la pena por confesar su participación en el hecho delictuoso, son candidatos idóneos para obtenerlo. Aquí es importante detenernos a considerar que los sentenciados confesos por delitos graves con anterioridad a la adición y que no apliquen por ser responsables por delitos en el que no opera el beneficio, creemos que aquí existe un punto hasta cierto punto discutible, toda vez que el artículo 71TER del Código Penal para el Distrito Federal da un listado de delitos que quedan fuera del beneficio, pero no debemos olvidar el principio que establece que “ la ley es retroactiva si beneficia al reo”, entonces se debe de aplicar el beneficio a quien haya cometido un delito cualquiera que sea del orden común, ya que si bien es cierto que el delito cometido no es operable para el beneficio en este momento, también es cierto que si el delito fue realizado con anterioridad a la reforma, si es procedente, aplicando el principio de que sólo será retroactivo el artículo 71TER en lo que beneficia al reo y no en lo que le perjudica del mismo y por tanto no se debería negar el beneficio a quien estuviera en este supuesto.

En congruencia con lo anterior, se dice que una ley es retroactiva si obra en el pasado; cuando actúa sobre situaciones anteriores a la iniciación de su vigencia. Nuestra Constitución Federal, en el artículo 14, establece que a ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna; el mismo ordenamiento consagra la garantía de legalidad al disponer que nadie podrá 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 procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Como la Constitución es el ordenamiento supremo y fundamental, las otras leyes deben de sujetarse a los lineamientos por ella señalados; por

eso, en materia de retroactividad, debe estarse a lo mandado por el artículo 14 constitucional. Del análisis del precepto se desprende que cuando se cause perjuicio a persona alguna, no pueden retraerse los efectos de la ley, pero nada se opone, constitucionalmente hablando, a la aplicación retroactiva de un precepto si dicha aplicación beneficia; lo que la constitución prohíbe es la retroactividad perjudicial.⁴⁴

En ese sentido, en materia penal por ejemplo. Cuando entre la perpetración del delito y la sentencia irrevocable que de él se pronuncie, se promulgaren una o más leyes que disminuyan la sanción establecida en la otra ley vigente al cometerse el delito o la sustituyan con otra menor, se aplicara la nueva ley. Cuando pronunciada una sentencia irrevocable en que se hubiere impuesto una sanción corporal se dictare una ley que dejando subsistente la sanción señalada al delito, sólo disminuya su duración, el reo lo pidiere y se hallare en el caso de la nueva ley, se reducirá la sanción impuesta, en la misma proporción en que estén el mínimo de la señalada en la anterior y el de la sentencia señalada en la posterior.

Desde esa perspectiva, queda obligado el juzgador a aplicar retroactivamente las nuevas leyes, siempre y cuando sean más benignas con relación a las que regían al tiempo de la comisión del hecho delictuoso.

La regla de la no-retroactividad constituye en nuestro derecho, una garantía individual. En estas circunstancias es indiscutible que no vale sólo para los jueces, sino también para el legislador ordinario

El principio general de que ninguna ley debe producir efectos retroactivos en perjuicio de persona alguna, llegase a la conclusión de que la retroactividad es lícita cuando lejos de perjudicar, beneficia a los particulares, por esa razón suele admitirse que en materia penal, las leyes que reducen una pena deben tener siempre efectos retroactivos, ya que tales efectos resultan benéficos para el condenado.⁴⁵

⁴⁴ Castellanos, obra citada, p. 107

⁴⁵ Díaz de León Marco Antonio "Código Penal Federal con Comentarios" tomo I, Ed. Porrúa, México 2001, p. 688

d.- Prohibición de Analogía y por mayoría de razón

Para asegurar la garantía de la exacta aplicación de la ley en materia penal, el párrafo tercero del artículo 14 constitucional prohíbe en los juicios de orden criminal, imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

El párrafo tercero del artículo 14 constitucional no es propiamente hablando, regla de interpretación, sino norma que prohíbe la aplicación analógica de las penas, relativamente a hechos no considerados como delictuosos.⁴⁶

El principio formulado en ese párrafo, es el postulado más importante del derecho penal. Suele expresarse diciendo que no hay delito sin ley (nullum crimen, nulla sine lege). Es decir, no hay más hechos delictuosos que aquellos que las leyes penales definen y castigan. Ni más penas que las mismas leyes establecen.⁴⁷

Nadie podrá ser castigado sino por los hechos que la ley haya definido como delictuosos, no con otras penas que las establecidas legalmente.

Así, podemos encontrar que ésta máxima contiene una doble garantía individual: no ser penados más que por los hechos previamente definidos por la ley como delitos, garantía criminal (nullum crimen sine previa lege poenali), no ser penado con penas ni en clase ni en medida diversas de las establecidas previamente por la ley para el hecho en cuestión, garantía pena (nulla poena sine praevia lege poenali).

La misma idea se puede expresar diciendo que la ley es la única fuente del derecho penal, o que la ley carece de lagunas. De aquí que se prohíba la aplicación de penas por simple analogía, y aun por mayoría de razón.⁴⁸

46 García Máynez, obra citada, p. 379

47 Ídem, p. 379-380

48 García Máynez, obra citada, p. 380

La ley penal debe aplicarse exactamente; pero ello no quiere decir, por supuesto, que no sea posible interpretarla. La ley es siempre una forma de expresión de derecho, lo cual demuestra que, en todo caso, exige ser interpretada. Lo que el artículo 14 constitucional prohíbe no es la interpretación, sino la integración de la ley penal, ya que esta, por definición, carece de lagunas.⁴⁹

La ley penal en esas circunstancias, se puede decir que la analogía consiste en atribuir a situaciones parcialmente idénticas (una prevista y otra no prevista en la ley), las consecuencias jurídicas que señala la regla al caso no previsto. Ello equivale a formular una nueva norma cuyo supuesto expresa en abstracto las características del caso no previsto, y atribuir a éste las que produciría la realización del previsto, si bien entre uno y otro sólo hay una identidad parcial. Así pues, el razonamiento jurídico por analogía, supone un previo juicio de valor sobre dos situaciones de hecho, la prevista y la imprevista. Lo que justifica la aplicación de la disposición de una ley a un caso no previsto en su supuesto no es la simple analogía de situaciones, sino la existencia de razones iguales para resolver uno y otro del mismo modo.

Casi todos los códigos modernos disponen que, aquellos casos en que no es posible resolver una situación jurídica de acuerdo a la analogía, debe de recurrirse a los principios generales del derecho. Tanto el artículo 14 constitucional como el diverso numeral 19 del Código Civil hacen de tales principios el último de los recursos de que el juzgador puede valerse para resolver las cuestiones sometidas a su conocimiento, dejando claro que de ningún modo debe de aplicarse la analogía como recurso de interpretación o aplicación para una pena.

La imposición por analogía de una pena implica la aplicación, también por analogía, de una ley que contenga una determinada sanción penal, a un hecho que no está expresamente castigado por ésta y que ofrece semejanza substancial, por discrepancia en cuanto a los accidentes naturales, con el delito legalmente penado. Dicha imposición y aplicación analógica constituye una oposición flagrante al principio de *nulla poene sine lege*, involucrado en el párrafo tercero constitucional. En efecto, según tal postulado, no se debe aplicar ninguna pena que no esté

49 Ídem

expresamente decretada por una ley para un determinado delito. Pues bien, la aplicación por analogía de una sanción penal supone la ausencia de una disposición legal exactamente al hecho de que se trate, por lo que habría que recurrir a una norma que, imponiendo cierta penalidad a un delito que presente semejanza bajo cualquier aspecto esencial con el mencionado hecho, pudiera hacerse extensiva a éste. Entonces, la pena que se pretendiese imponer al hecho no penado en la ley, no tendría una existencia legal previa, por lo que se violaría el aludido principio.⁵⁰

A fin de evitar que la aplicación de la ley sea puramente mecánica, casi todos los códigos modernos aceptan la institución del arbitrio judicial, que permite al juez moverse dentro de cierto margen de libertad y tomar en cuenta las circunstancias especiales de cada hecho delictuoso.

Además de la prohibición del argumento analógico, suele considerarse que la aplicación de las leyes penales se encuentra sujeta a otros dos principios, a saber: En caso de oscuridad de la ley, es decir, cuando haya duda acerca de su sentido, debe de interpretarse en la forma más favorable al acusado; La interpretación extensiva solo es lícita a favor del reo.⁵¹

e.- Principio non bis in ídem (nadie puede ser juzgado dos veces
por el mismo delito)

Como ya abordamos en anteriores capítulos, los principios de estricta legalidad tienen remotos antecedentes, pero no fue hasta la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789, cuando definitivamente quedaran plasmados el principio de legalidad y otros entre ellos el que ahora abordamos y fue que desde entonces estos principios han sido casi universalmente aceptados.

En nuestro orden jurídico nacional, en el artículo 23 constitucional encontramos como garantía de seguridad jurídica concebido de la siguiente manera: Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene (non bis in ídem). En ese sentido, esta garantía individual nos dice que sólo cuando

50 Burgoa, obra citada, p. 577

51 García Máynez, obra citada, p.381

se haya pronunciado en un juicio penal una sentencia ejecutoriada en los términos establecidos por los ordenamientos penales procesales, o una resolución que tenga la misma eficacia jurídica (auto de sobreseimiento de la causa), no puede ser nuevamente enjuiciado por el delito que haya motivado el acto jurisdiccional executorio definitivo.⁵²

La imposibilidad de un nuevo enjuiciamiento contra una misma persona y por el mismo delito no surge cuando el tribunal que haya dictado la ejecutoria respectiva hubiese sido incompetente por razón del fuero de que se trate. En otras palabras, si dicha ejecutoria emana de un órgano judicial local y el proceso en que haya recaído debió haberse substanciado ante algún tribunal federal, éste puede abocarse al conocimiento del mismo proceso, sin que sea obstáculo la garantía constitucional que comentamos.⁵³

Cuando se habla de un juicio válido, la Suprema Corte de la Justicia de la Nación ha expresado que si bien nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito como la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos señala, se debe de aplicar rotundamente esté principio, pero

Cuando el juicio es anticonstitucional y nulo, en este caso hay que volver las cosas al estado que guardaban antes de la violación constitucional, quedando expedita la jurisdicción del juez competente para hacer la reposición del proceso.

3.-Garantía jurisdiccional

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dentro las garantías individuales que contiene, tenemos a la garantía de igualdad y en específico, la que estriba en que nadie puede ser juzgado por tribunales especiales y que se encuentra contenida en el artículo 13 nuestra Carta Magna, y que se refiere a que todos los órganos jurisdiccionales y, en general, todas las autoridades estatales tienen fijada su competencia legalmente, esto es, por una disposición general, abstracta e impersonal. Todas las facultades de una autoridad, bien sea judicial, administrativa o legislativa, que integran su competencia, deben de estar consignadas en una norma legal. Por ende, autoridad

52 Burgoa, obra citada, p.688

53 Ídem

competente es aquélla que está facultada expresamente por la ley para dictar o ejercitar cualquier acto, idea que ha sido constantemente reiterada por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La competencia de una autoridad es, pues, sinónimo de capacidad jurídica.⁵⁴

En ese sentido, se puede decir que toda autoridad, dentro de su competencia, es capaz para conocer de todos aquellos casos concretos, que se presenten y que encuadren dentro de la hipótesis o situación jurídica abstracta en relación con la cual la ley le atribuye ciertas facultades decisorias o ejecutivas ejercidas y ejercitables conjunta o separadamente.

En cuanto a los antecedentes históricos de la garantía específica de igualdad consistente en que nadie puede ser juzgado por tribunales especiales, podemos decir que aquellos son relativamente recientes. En efecto, la historia de casi todos los pueblos del mundo está preñada de casos en los que se juzgaba a un individuo por comisiones ex profesamente nombrados para ello. Don José María Lozano afirma que en Inglaterra y España no han faltado ejemplos de tribunales especiales.

Sobre todo en la primera, en donde las comisiones creadas para juzgar a los pares, comisiones que cubrieron de sangre el parlamento, forman uno de los rasgos más sombríos que caracterizan en la historia el célebre reinado de Enrique VIII.⁵⁵ Sin embargo, y no obstante ese caso que se refiere el licenciado Lozano, en Inglaterra, en materia de justicia común al menos, estaban proscritos los tribunales especiales, desde el momento en que la Carta Magna de Juan Sin Tierra establecía que nadie podía ser privado de la vida o de la libertad, sino en virtud de un juicio de los pares del individuo, o sea, mediante un procedimiento previo seguido ante los órganos jurisdiccionales legítimos del acusado.

En México, la garantía de que nadie puede ser juzgado por tribunales especiales se ha venido consagrando expresamente en casi todos los ordenamientos constitucionales que estuvieron vigentes desde que nuestro país consumó su independencia política.

⁵⁴ Burgoa, obra citada, p. 567

Por otra parte, la autoridad tiene, dentro de su competencia legal que se establece con relación a varios factores (territorio, materia, grado, etc.), una capacidad permanente de conocer de casos concretos en número ilimitado. Por consiguiente, cualquier asunto o negocio particular que se pueda subsumir dentro de la situación general que origina la competencia de una autoridad, puede ser tratado por ésta bajo diversas maneras o funciones que procedan (legislativa, judicial o administrativa). Por lo que corresponde a los tribunales, éstos están capacitados para conocer, dentro de su competencia diversa, de todos aquellos asuntos concretos que se presenten. La capacidad jurídica de su competencia es lo que caracteriza a las autoridades estatales o tribunales con relación al caso concreto, la permanencia de sus funciones ejecutivas y decisorias y la posibilidad de tener injerencia válidamente en un número indeterminado de negocios singulares que encajen dentro de la situación determinada abstracta constitutiva de su ámbito competencial.

Con respecto a los mencionados tribunales especiales, éstos no son creados por la ley que establece los órganos jurisdiccionales ordinarios o generales, sino instituidos mediante un acto sui generis (decreto, decisión administrativa o legislativa formalmente hablando, etc.), en el cual se consignan sus finalidades específicas de conocimiento o injerencia (juicios por comisión). Precisamente en esta delimitación de estas finalidades, un tribunal especial sólo ésta capacitada para conocer de uno o varios casos concretos determinados, objetivo para cuya consecución fue expresamente establecido. Por consiguiente, cuando en conocimiento de estos negocios singulares y determinados en cuanto a su número concluye cabalmente, el tribunal especial deja de tener capacidad para seguir funcionando. La Suprema Corte ha sustentado que " por tribunales especiales se entienden aquellos que se crean exclusivamente para conocer, un tiempo dado, de ciertos delitos o respecto de determinados delincuentes".⁵⁶ En ese orden de ideas, y habiendo dado las características de lo que son los tribunales especiales, la garantía individual que prohíbe que una persona pueda ser juzgada por ellos, entonces es pues imputable directamente al Estado y consiste en que el poder de éste no debe de enjuiciar a una persona, civil o penalmente, mediante órganos jurisdiccionales que establezca ex profesamente para conocer de determinados casos concretos numéricamente demarcados.

55 Burgoa, obra citada, p. 289-290

56Burgoa, obra citada, p.280

La obligación que nace de dicha garantía individual en el artículo 13 constitucional es referible directamente al Estado, por que impone la prohibición de que se instituyan autoridades judiciales especiales; y como entidad estatal no puede por sí misma externar su voluntad hacia esa institución, la aludida prohibición debe considerarse extensiva al órgano legislativo o administrativo a través de cuyos actos (leyes, decretos, resoluciones, etc.), se establezcan tales autoridades.⁵⁷

De lo anterior, podemos llegar a la conclusión de que la garantía de jurisdicción es la imposibilidad jurídica de que existan autoridades especiales en general, es así, que una autoridad estatal de esta naturaleza conoce exclusivamente de determinados casos numéricamente prefijados. Por tal razón no sería posible que las autoridades crearan organismos especiales para conocer de muy diversos negocios o asuntos, toda vez que quitarían competencia y autoridad legal respectiva a las autoridades generales ordinarias. De tal suerte, tanto las disposiciones constitucionales como las legales sobre competencia de autoridades se verían constantemente infringidas por todos aquellos actos que crearan o establecieran organismos autoritarios especiales. Por estas razones el artículo 13 constitucional, en la garantía individual que referimos, menciona expresamente a los tribunales especiales como objeto de prohibición en que aquélla se traduce, las disposiciones de dicho precepto sobre ese particular pueden hacerse extensivas a cualquier autoridad del Estado, si se toman en cuenta las consideraciones las que hemos tratado.

57 Idem, p. 288

CAPITULO IV

ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 71 BIS, 71 TER Y 71 QUATER DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

1.-Estudio de la exposición de motivos del decreto en el que el poder legislativo, adicionó los artículos 71bis, 71 ter y 71 Quater al Código Penal para el Distrito Federal.

Dentro de la exposición de motivos que la Comisión de Administración y Programación de Justicia de la H. Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en su III Legislatura; dentro de los Considerandos CUATRO, CINCO y SEIS, son los referentes a la adición de los artículos 71 BIS., 71 TER. , 71 QUATER.; del Código Penal para el Distrito Federal.

El legislador al exponer sus consideraciones sobre los numerales afectos a la adición mencionados, manifiesta en primer lugar, que con el beneficio de reducción de la pena al individuo que acepte su participación en el delito cometido, abre la posibilidad de obtener mayor información respecto a la identidad de otros participantes en un hecho delictivo y de los integrantes del grupo que delinque al que pertenecen, ya que ello incrementa las posibilidades de lograr la detención de quienes infringen la ley penal y así lograr una reducción de la criminalidad.

En segundo lugar, la Comisión Dictaminada de la H. Asamblea Legislativa del Distrito Federal, considera que esta medida para lograr el reconocimiento de la participación en la comisión de un delito va a permitir reducir los tiempos de los procesos judiciales aminorando cargas de trabajo de los juzgados, evitándose apelaciones innecesarias lejos de corresponder a reclamos de justicia; propiciando todo ello a un importante ahorro de recursos económicos.

En tercer lugar, el legislador considera que con el hecho de que un individuo reconozca su participación en una conducta delictiva permite la construcción de una percepción diferente del funcionamiento del aparato

de justicia penal, ya que el inculpado se asume como transgresor de la norma jurídico-penal.

De este modo podemos apreciar claramente que con la adición de los artículos 71 BIS. y 71 TER., el legislador, no pretende con el beneficio de disminuir las penas por aceptación en la comisión de un delito por parte del sujeto activo del mismo, premiarle o compensarle por asumir su responsabilidad por su conducta, más bien, el objetivo de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, es lograr con la detención del individuo y la admisión de su culpa, crear las bases para la identificación de grupos delictivos con el fin de obtener mayor información para abatir la criminalidad y su incidencia en la sociedad, además de que al adicionarse el artículo 307 bis. del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se establece que se seguirá procedimiento sumario al individuo que reconozca su participación en el delito cometido y conjuntamente con su defensor renuncien a plazos probatorios y reducir así el periodo de instrucción y sentenciarle en un menor lapso de tiempo, evitando así apelaciones innecesarias y un ahorro de recursos económicos y de carga de trabajo en el sistema judicial.

Sin duda alguna, no se puede menoscabar que esta medida adoptada en nuestro sistema penal le da mayor certeza jurídica a la sociedad y modernidad a las leyes, ya que hasta ahora no existía materialmente ninguna figura operable a favor del inculpado que le otorgara algún beneficio para disminuir la pena al momento de aceptar o confesar su participación en un hecho criminal, siendo primo delincuente y así construirse una percepción diferente dentro del sistema judicial, instrumentar una diferente dinámica al Derecho Penitenciario, analizando con mayor precisión las razones que hacen a un individuo delinquir en la actualidad y lograr estructurar programas y tratamientos más dinámicos de conducta para el transgresor, además de que siendo menor la pena impuesta al primo delincuente accederá más fácilmente a beneficios de libertad anticipada que le ayudara a evitar que se contamine en reclusión con individuos reincidentes de delitos, ya que si se observa, el ámbito de aplicación de los artículos 71 BIS. , 71 TER. y 71 QUATER, esta reducido a delitos de menor impacto hacia la sociedad, aún siendo graves y dolosos o como en el caso del primer numeral los culposos, no así los tipos penales de homicidio, secuestro, desaparición forzada de personas, violación, pornografía infantil, robo y tortura, así como delincuencia organizada; por lo tanto aunque es una ley excluyente y de aplicación

especial, no deja de ser innovadora en nuestro sistema penal ya que le permite al individuo transgresor de la ley una mayor oportunidad de reintegrarse a la sociedad prontamente y al mismo tiempo como ya se ha manifestado, crear un beneficio para quién asume la responsabilidad de su conducta al aceptar o confesar un hecho delictivo cometido por única vez, lo cual no estaba contemplado en nuestro Derecho Penal como hasta ahora.

Entre los requisitos de aplicación para penas disminuidas por aceptación del delito que dispone el artículo 71 QUATER, además de que el beneficio aludido solamente debe de concederse a primo delincuente. También se señala que la procedencia de este beneficio es por la comisión de delitos dolosos consumados, excluyendo los delitos en grado de tentativa, ya que las penas quedarían disminuidas en forma considerable evitándose de esta forma los fines de la prevención para los que fueron creadas las sanciones penales, lo cual hace de la mencionada adición de los numerales 71 BIS. , 71 TER. Y 71 QUATER una ley que guarda cierto equilibrio y equidad.

2.-Naturaleza de los artículos 71BIS, 71TER y 71 QUATER

a.- Beneficios por cuestiones de política criminal.

La Política Criminal la podemos considerar como parte integrante de la Ciencia del Derecho Penal, en ese sentido podemos decir que la Política Criminal es el contenido sistemático de principios garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena, según los cuales el Estado dirige la lucha contra el delito por medio de la pena y de sus formas de ejecución. Hoy en día la Política Criminal se nutre de la voz de las Universidades tanto como de la del pueblo, hasta llegar a las Cámaras legislativas para inspirarles nuevas orientaciones en la lucha contra la delincuencia. El mundo penal moderno está invadido por los métodos aconsejados por la Política Criminal, que van inspirando nuevas códigos y proyectos, y consolidando importantes conquistas.⁵⁸

58 Carrancá y Trujillo, "Derecho Penal Mexicano" (parte general), de. Porrúa, México 1977. p. 55

En México la Política Criminal ha vivido a la deriva, sin un plan reflexivo; leyes y medidas pragmáticas momentáneamente puestas en vigor y rectificadas a poco de ser aplicadas; constantemente hacer para deshacer. Por lo tanto es de gran trascendencia la reforma penal, pero es más importante aplicar su contenido y lograr con su objetivo.

De manera constante los estudiosos del derecho en México han señalado la necesidad de atender ya, preferentemente y urgentemente, al problema de la prevención de la delincuencia y al de la organización penitenciaria, dos importantes capítulos en Política Criminal, sin los que el Derecho Penal no tiene verdadera eficacia como instrumento jurídico de represión del crimen.

Desde esa perspectiva, es importante señalar que hasta antes de la reforma penitenciaria que diseñó el Dr. Sergio García Ramírez, existía la postura de que la prisión era un castigo para el delincuente y como tal, las condiciones a que estaba sometido un individuo eran inhumanas y degradantes, sin embargo, cambió esa concepción y se implementó un sistema científico a través de la criminología para encontrar las causas y las razones que impulsan a un individuo a delinquir y así poder elaborar programas y tratamientos de conducta para readaptar a la sociedad a ese individuo transgresor de las leyes, cambiando el ámbito de la política criminal de una óptica de castigo a una concepción humanitaria, en que la persona se le recluye privándola de la libertad con el fin de curarlo y encausarlo por una enfermedad en su conducta para que una vez que se considere recuperado y readaptado, obtenga su libertad anticipadamente a la sanción que se le impuso y así reintegrarse a la sociedad.

En el caso de la reducción de una sanción penal por aceptación en la comisión de un delito, planteada respectivamente en los artículos 71bis, 71ter y 71quater del Código Penal para el Distrito Federal, el legislador plasmó como un precepto legal de beneficio para el inculcado en el momento de atenderse a la individualización de la pena, atendiendo a la dinámica de la política criminal actual, razón por la cual dentro de esos ordenamientos se tienen que cumplir una serie de requisitos o descripciones legales para que opere a favor del inculcado, ya que aunque hace la distinción entre delitos culposos y delitos dolosos o graves, en los segundos, no se puede aplicar a todos los tipos penales consignados en la ley, ya que por cuestiones de orden público existen delitos considerados de alto impacto a la sociedad y este beneficio de

disminución de la pena por aceptación en los hechos delictivos, es inoperante su aplicación ya que en este aspecto la prevención general en cuanto los fines de una sanción penal, si se sobrepone a que la privación de la libertad sea por un lapso mayor y en los términos absolutos de la punición establecida por la ley para ese tipo de delitos; por lo tanto los dispositivos legales contemplados en los artículos 71bis, 71ter y 71 Quater, van estrechamente ligados a la política criminal actual plasmada en la exposición de motivos que tuvo el legislador y que ya fue motivo de análisis en el tema anterior.

Así las cosas, creemos que el propósito de todo gobierno, y en específico la intención del legislador es el logro de una política criminal certera y respondiendo a las directrices científicas en México como en todos los países, la legislación penal sustantiva, procesal y penitenciaria, que ha sido sometida a revisión y actualización tratando de que dicha legislación pueda seguir el ritmo del cambio de las condiciones socioeconómicas y las realidades políticas y satisfaga las exigencias ético sociales actuales.

En la actualidad, se presencia un verdadero reajuste de valores, en virtud de las nuevas exigencias y cambios de las ideas, y hace cada vez más perceptible la desconexión que existe entre el Derecho y las realidades sociales que hoy vive el mundo. Se advierte que los preceptos jurídicos están notoriamente retrasados respecto de las exigencias de una sociedad moderna y que las elaboraciones teóricas continúan tejidas en torno de principios y supuestos propios de otra época.⁵⁹

Los profundos cambios que se han operado en la realidad social mexicana, hacen necesarios cambios en el ordenamiento jurídico penal, pues éste, como las otras leyes se encuentra rezagado frente al fenómeno delincencial. Es decir, es necesario una mejor orientación de los pasos legislativos futuros, los que estarían acordes a los cambios y las necesidades de nuestro país, si se entiende que el Derecho es una creación continua que sigue (o debe seguir) los cambios sociales.

59 "Leyes Penales Mexicanas", Instituto Nacional de Ciencias Penales, tomo I México 1979. p 6

b.- Atenuantes

Son aquellas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal o modalidades de la conducta, factores que atenúan la responsabilidad del autor del delito incidiendo en la medición cuantitativa de la pena.

De los diferentes sistemas legislativos que existen para la configuración de estas circunstancias, en el sistema mexicano que se puede decir es un sistema mixto, según éste, se enumeran en nuestra legislación penal una serie de circunstancias concretas genéricamente aplicables a cualquier tipo penal, éste o no en el código, en que así lo permita la estructura de la acción, además de que los jueces y tribunales pueden apreciar causas de atenuación semejantes y no contempladas determinadamente (atenuantes por analogía). Además, tales atenuantes por analogía proporcionan, a pesar de las dificultades existentes para dilucidarlas, un medio para salvar la deficiente conexión existente entre ordenamientos como el nuestro entre las individualizaciones legal y judicial de las penas.

De acuerdo con lo anterior, podemos decir que existen circunstancias atenuantes llamadas: Las atenuantes propias, que son aquellas que cumplen las condiciones esenciales o requisitos. A estas se pueden añadir la circunstancia mixta de parentesco, cuando tenga efecto atenuatorio, y las que en el Derecho Militar Penal se definen, y; Las impropias o eximentes incompletas, es decir, que, en el caso de que concurriendo los elementos esenciales de éstas no lo hagan todos aquellos requisitos que, aunque secundarios, son precisos para determinar la exención de responsabilidad criminal.

A su vez podemos clasificar las atenuantes propias en: Las que afectan a la culpabilidad del agente; son la de menor de edad penal, el arrebatado u obcecación y el estado pasional motivado por provocación; Las que afectan a la culpabilidad en sentido estricto. Son todas las demás.

Las eximentes incompletas serían: Ser culpable mayor de diecisiete años y menor de dieciocho; La de actuar el culpable por causa de su grave adicción al alcohol o a las drogas; En nuestro vigente Código Penal para el Distrito Federal y en El Código penal para el Estado de México (materia de nuestro trabajo de tesis), *la confesión* de la infracción o la participación en el hecho delictuoso, junto con los requisitos que la sustenten; se entiende que *la confesión*, propiamente dicha, no lleva

implícita una atenuante penal, ya que en cuanto a su naturaleza estamos más bien frente a una excusa absolutoria genérica y de efecto parcial, más que frente a una verdadera atenuante puesto que la culpabilidad del sujeto, ya cristalizada en el hecho cometido, no queda afectada por la confesión posterior al delito. Por otro lado, la atenuante obedece, como las demás excusas absolutorias, a una mera razón de utilidad; Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.

El juzgador logra imponer una sanción justa y adecuada al caso concreto, cuando del análisis detallado de la pequeña, regular o enorme gravedad del hecho producido. Así vemos que las circunstancias atenuantes son las que contienen una pequeña dosis de peligrosidad en el agente del delito, lo que mide su responsabilidad penal y origina a su vez una disminución en la pena con respecto al delito simple.

En congruencia con lo anterior, podemos decir que la confesión es un acto de arrepentimiento, más que una excusa absolutoria o una atenuante ya que estas últimas son circunstancias accidentales del delito y que inciden en la responsabilidad criminal del individuo; en cambio la confesión en el actual Código Penal para el Distrito Federal y en específico los artículos en estudio, ésta sólo es una herramienta para facilitar el desarrollo del proceso, aminorando la carga de trabajo que tiene el órgano judicial, así como consecuencia, un ahorro en recursos humanos y económicos. Por lo tanto aunque la confesión no se considera una atenuante en nuestra legislación penal, si se cumple con los requisitos necesarios que exige el artículo 71 Quater del Código Penal para el Distrito Federal, se atenúa O disminuye la pena, más no exime de la responsabilidad de su acto al individuo transgresor de la ley ya que sólo hay circunstancias propias en el hecho que, son las que la atenúan.

c.- Beneficios por cuestiones de política penitenciaria.

La libertad es un elemento esencial para la vida del hombre en sociedad. El sistema político que nos rige se finca en la preservación e incremento de las libertades individuales y sociales, que hagan posible la plenitud del hombre y el desarrollo de la comunidad.

Del catálogo de penas por la comisión de delitos, la que más repercusión tiene, es la de prisión (privación de la libertad mediante la reclusión en establecimientos especiales y con un régimen especial de

tratamiento y disciplina), de la cual se ha llegado al abuso, y como único recurso ante la falta de opciones alternativas, la prisión es la medida cautelar de mayor grado para cumplir sanciones penales impuestas dejando de ser eficiente desde hace mucho tiempo.

Las prisiones de hoy, o mejor dicho todo el sistema penitenciario enfrentan cada día el problema de la enorme sobrepoblación que hace deficiente los objetivos de cualquier centro penitenciario, reclusorio, CE.RE.SO (centro de readaptación social), etc.; al mismo tiempo aumenta el porcentaje del fenómeno de la criminalidad. Una serie de datos sobre analfabetismo, desintegración familiar, explosión demográfica, falta de empleos, drogadicción, alcoholismo y la falta de valores hacen que una enorme población de indefensos morales y sociales, sea carne fácil de las cárceles y penitenciarías. Pero el problema se agrava, la sobrepoblación y la insuficiencia de recursos, la corrupción, la falta de profesionalismo de las personas que laboran en áreas estratégicas de las prisiones y de las instituciones encargadas del manejo y planeación de las mismas, se traduce en miles de presos y pocos establecimientos carcelarios, aparte del enorme trabajo que cuesta llevar la teoría, al terreno de la realidad.

No es posible en consecuencia, sumas fantásticas en la edificación de prisiones; además resultaría contraproducente porque a mayor número de cárceles siempre correspondería igual número de criminales (la población criminal crece en razón directa y proporcional de la población no criminal), además de que sería palpable el fracaso del Estado ante la criminalidad pues es un fenómeno de enorme complejidad que se traduce simplemente en la anarquía de un núcleo de individuos que va en aumento frente a la sociedad, ya sea por una pobreza y necesidad extrema debido al fracaso en los programas económicos, o a una codicia excesiva que no respeta al orden público establecido por la ley. La solución se ve sin embargo, en una política criminal a lo que muchos especialistas llaman "discriminalización", o sea, prevenir el delito y combatir sus causas. Para la prisión, desde luego han de quedar los casos extremos.

Así, como se buscan formulas para "discriminalizar", hay también formulas legales para despoblar las cárceles. Se trata, en efecto de una despoblación legal de las cárceles, ya que el papel de la prisión en el presente y en el futuro próximo se halla seriamente comprometido. La

prisión, en consecuencia no es hasta hoy sinónimo de readaptación social sino todo lo contrario.

Con el fin de generar alternativas de solución a la problemática actual que se presenta en los centros de reclusión, se llevo a cabo "El Primer Foro del Sistema Penitenciario Actual" (el 10 de septiembre del 2007), por parte de la Subsecretaria de Gobierno del Distrito Federal, a través de la Dirección General de Prevención y Readaptación Social, con el tema "EL SISTEMA PENITENCIARIO ACTUAL Y ALTERNATIVAS PARA EL CAMBIO"⁶⁰ con la participación de destacados especialistas en la materia.

Con ello se busca solicitar en el ámbito de la competencia de la Asamblea Legislativa, se impulsen las reformas necesarias para mejorar el sistema penitenciario en su conjunto.⁵⁹ Es de gran trascendencia jurídica dicho foro y por lo tanto citamos sus conclusiones:

- Generar políticas de excarcelación para aquellos que han cometido delitos menores.
- Generar condiciones que permitan proyectar que a un plazo no mayor de cinco años la prisión se use cada vez menos, para que el sistema de justicia y la política criminal avancen también por un cambio.
- Generar mecanismos jurídicos alternativos para solucionar conflictos de carácter personal en delitos no graves, como la mediación previa, la reparación del daño y el perdón del ofendido.
- Legislar en materia de justicia alternativa, la mediación en fase de ejecución de sentencias como se ha hecho en otros estados.
- Proponer las reformas legislativas correspondientes para que internos inimputables que de acuerdo a la ley de la materia, sean debidamente atendidos por las instituciones de salud y principalmente por institución de salud federal.

60 Primer foro del Sistema Penitenciario Actual, Periódico La Prensa, México 2007. p. 49

- Establecer los mecanismos legislativos necesarios para que la prisión llegue pronto a ser sólo un instrumento aplicado a aquellos que no pueden vivir en libertad sin violentar los derechos del otro, al margen de simulaciones tecnológicas y reparaciones innecesarias e inútiles para los fines del derecho.
- Crear un grupo de vigilancia de la ejecución en el exterior, para aquellos individuos que por sus características pueden ser tratados en el exterior.
- Generar la infraestructura necesaria en la Ley de Ejecución de Sanciones para promover alternativas de ejecución penal.
- El sistema de justicia penal debe establecer una amplia gama de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio, hasta la fase posterior a la sentencia, para evitar que una persona ingrese a prisión durante el proceso penal y una vez concluido el mismo.
- En los casos en los que se vaya a imponer una pena privativa de la libertad, la prisión preventiva tiene que utilizarse como dicen los instrumentos internacionales, como último recurso y no debe durar más tiempo del necesario.
- Implementar el uso de brazaletes electrónicos en los casos de las personas procesadas por delitos menores, esto para evitar su ingreso a reclusión.
- Urge implementar un mecanismo de inteligencia de prevención del delito y un instituto de prevención del delito, con autonomía tanto de procuradurías como de Poder Judicial y cuya función sea encargarse de los programas de política criminal, reformas de leyes y el seguimiento a todo tipo de sujeto.
- Llevar a cabo acciones a corto y mediano plazos para abatir la sobrepoblación, la cual se ha agravado notablemente, lo que pone de manifiesto que las medidas que se han adoptado en relación a la disminución en las posibilidades de libertad anticipada, ante el recrudecimiento de las penas de prisión, aunadas al incremento de

las conductas delictivas y falta de acciones coordinadas de prevención social e incluso aquellas dirigidas a la comunidad en general, no han logrado una política criminológica que garantice una significativa disminución de la delincuencia.

- Es necesaria una reforma integral al Reglamento de los Centros de reclusión del Distrito Federal, donde además de aprovechar las experiencias que han tenido a lo largo de su historia el sistema penitenciario y de retomar los principios sobre el penitenciarismo, donde este ordenamiento reglamentario se adecue a las normas y condiciones actuales, tanto sociales como culturales, políticas y económicas, y así los reclusorios logren una mejor operatividad y funcionamiento, pues no debemos olvidar que el Reglamento de los Centros de reclusión es el instrumento jurídico con el que se gobiernan y administran reclusorios.
- Se estima fundamental la creación de una ley del sistema penitenciario que, además de considerar los instrumentos internacionales suscritos por el Estado Mexicano en relación al tratamiento y readaptación de reclusos, se plasmen y normen las condiciones actuales del sistema para que los reclusorios logren una función adecuada, se garantice la equidad normativa para la administración de las prisiones, dotando de mejores facultades a las autoridades encargadas de la prevención y la readaptación social en el Distrito federal.

De lo anterior podemos concluir que las medidas que se deben tomar en política penitenciaria son de gran importancia y sería un gran logro que sean consideradas por el legislador.

Por otra parte, la adición de los ordinales de estudio en nuestra tesis, si busca de alguna manera, evitar en algunos casos que el inculpado que confiese su participación en la comisión de un delito, con la disminución de la pena permanezca en prisión más tiempo. Por una parte podría acceder al beneficio de la sustitución de la pena y por otra si tuviera que permanecer en prisión sería con una pena disminuida.

De lo anterior, podemos decir que es una buena medida el beneficio de la disminución de la pena, pero con las reglas que establece para acceder a mencionado beneficio restringe su aplicación y eficacia, debido a que lo

limita en cuanto a los sujetos (sólo primo delincuentes) y en cuanto a delitos (da un listado de delitos que no tienen acceso al mismo) y por último la confesión se debe dar desde la averiguación previa, por lo que si alguien decide darla ante el juez, no operara toda vez que no la dio ante el Ministerio Público primero.

3.-Análisis comparativo entre la legislación del Distrito Federal (específicamente los artículos 71 ter y 71 Quarter) y la legislación del Estado de México.

a.- Forma de definir los delitos graves.

El artículo 6° Código Penal para el Estado de México señala, "delito es la conducta típica, antijurídica, culpable y punible. Y el artículo 7° del mismo código señala: los delitos pueden ser realizados por acción y por omisión. Y en el artículo 8° del mismo código nos da la clasificación de los delitos en cuanto a que serán; dolosos, culposos, instantáneos, permanentes y continuados.

Para la definición de los delitos graves, el Código Penal para el Estado de México dedica en su totalidad el capítulo II y hace además un listado de todos los delitos que se consideran graves y que a continuación transcribimos.

Artículo 9. -Se califican como delitos graves para todos los efectos legales: El cometido por conductores de vehículos de motor, indicado en el artículo 61 segundo párrafo, fracciones I, II, III y V; el de rebelión, previsto en los artículos 107 último párrafo, 108 primer párrafo y tercer párrafos y 110; el de sedición, señalado en el artículo 113 segundo párrafo; el de cohecho previsto en los artículos 129 y 130 en términos del párrafo segundo del artículo 131, si es cometido por elementos de cuerpos policiacos o servidores de seguridad pública; el de abuso de autoridad, contenido en los artículos 136 fracciones V, X y 137 fracción II; peculado señalado en el artículo 140 fracción II; el de prestación ilícita del servicio público de transporte de pasajeros señalado en el artículo 148 párrafo segundo; el de encubrimiento previsto en el artículo 152 párrafo segundo; el de falso testimonio contenido en las fracciones III y IV del artículo 156; el de evasión al que se refiere el artículo 160; el delito de falsificación de documentos previsto en el artículo 170 fracción II; el que

se refiere a la falsificación y utilización indebida de títulos al portador, documentos de crédito público y documentos relativos al crédito señalado en el artículo 174; el delito de usurpación de funciones públicas o de profesiones prevista en el artículo 176 penúltimo párrafo el de delincuencia organizada, previsto en el artículo 178; los delitos cometidos por funcionarios, señalados en el artículo 189; el de ataque a las vías de comunicación y de transporte, contenido en los artículos 193 tercer párrafo y 195; el de corrupción de menores, señalado en el artículo 205 primero y segundo párrafos, el de pornografía de menores e incapaces contenido en el artículo 206 párrafos V y VI y 208; el de lenocinio y trata de personas, previstos en los artículos 209 y 210; el tráfico de menores, contemplado en el artículo 219; el de cremación de cadáver señalado en el artículo 225; el cometido en contra de los productos de los montes y bosques, señalados en los párrafos segundo y tercero, fracciones I, II y III del artículo 229; el deterioro de área natural protegida, previsto en el artículo 230; el de lesiones señalado en el artículo 238 fracción V; el de homicidio, contenido en el artículo 241; el de secuestro, señalado por el artículo 259; el de privación de la libertad de infante, previsto en el artículo 262 primer párrafo; el de extorsión previsto en el último párrafo del artículo 266; el de violación, señalado por los artículos 273 y 274; el de robo contenido en los artículos 290 fracción I en su tercer párrafo, II, III, IV, V y VI y 292; el de abigeato, señalado en los artículos 297 fracciones II y III, 298 fracción II, y 299 fracciones I y IV; el de despojo a que se refiere el artículo 308, en su fracción III, párrafos III y IV; y el daño en los bienes, señalado en el artículo 311; y, en su caso, su comisión en grado de tentativa como lo establece este Código, y los previstos en las leyes especiales cuando la pena máxima exceda de diez años de prisión.

b.- Diferencia entre el artículo 58 del Código Penal para el Estado de México y los artículos de estudio.

Del estudio comparativo entre los artículos 71 BIS., 71 TER. y 71 QUATER del Código Penal para el Distrito Federal y el artículo 58 del Código Penal del Estado de México, tenemos que transcribir lo que citan esos ordenamientos legales:

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Artículo 71 Bis. (De la disminución de la pena en delitos no graves). Cuando el sujeto activo confiese su participación de un delito no grave ante el Ministerio Público y la ratifique ante el juez ante la declaración preparatoria, se disminuirá la pena en una mitad, según el delito que se trate.

Artículo 71 Ter. (De la disminución de la pena en delitos graves). Cuando el sujeto activo confiese su participación en la comisión de un delito grave ante el Ministerio Público y la ratifique ante el juez en la declaración preparatoria se disminuirá la pena en una tercera parte, según el delito que se trate, excepto cuando estén relacionados con delincuencia organizada en cuyo caso se aplicará la ley de la materia. Este beneficio no es aplicable para los delitos de homicidio, previsto en el artículo 123 con relación al 18, párrafo segundo; secuestro contenido en los artículos 163, 163 bis. , 164, 165, 166 y 166 bis, con excepción de lo previsto en el último párrafo del artículo 164; desaparición forzada de personas previsto en el artículo 168; violación, previsto en los artículos 174 y 175; pornografía infantil, a que se refiere el artículo 187; robo, delincuencia organizada.

Artículo 71 Quater. (Reglas generales para aplicación de las penas disminuidas por reconocimiento de participación en la comisión del delito). El otorgamiento de la pena disminuida sólo será aplicable tratándose de primo delincuentes por delitos dolosos consumados y se requerirá que el reconocimiento que haga el sujeto activo de su participación en la comisión del delito se encuentre robustecido con otros elementos de prueba, para cuyo efecto se observarán las reglas previstas en los tres últimos párrafos del artículo 71 de éste código.

CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO.

Artículo 58. Si se trata de un delincuente primario de escaso desarrollo intelectual, de indigente situación económica y de mínima peligrosidad, podrá el órgano jurisdiccional en el momento de dictar sentencia, reducir hasta la mitad de la pena que le correspondería conforme a este código.

Si el inculpado al rendir su declaración preparatoria confiesa espontánea, lisa y llanamente los hechos que se le imputan, o en el

mismo acto ratifica la rendida en indagatoria, el juzgador reducirá en un tercio la pena que le corresponda conforme a este código.

Si el inculpado de un delito patrimonial, paga espontáneamente la reparación del daño antes o en la celebración de la primera audiencia de ofrecimiento de pruebas, el órgano jurisdiccional podrá reducir la pena hasta en una mitad.

La sentencia que reduzca la pena en términos del primero y segundo párrafo deberá de ser confirmada por el tribunal de alzada correspondiente, para que surta sus efectos. Entre tanto, la pena se entenderá impuesta sin la reducción autorizada por este artículo.

La reducción a la que se refiere este artículo no se concederá en delitos de secuestro, homicidio doloso con modificativas que lo califiquen o lo agraven, violación y robo que ocasione la muerte.

Como se puede observar ambos preceptos penales tienen algunas diferencias en cuanto a la descripción legal que tiene que cumplirse para su aplicación, en la legislación para el Distrito Federal se hace claramente la distinción entre delitos no graves y graves ya que respectivamente el artículo 71 Bis. regula una reducción de una mitad de la pena que le corresponda al delito que se trate al momento que el sujeto activo confiese su participación en el mismo ante el Ministerio Público y la ratifique ante el juez al momento de rendir su declaración preparatoria. El artículo 71 Ter., dispone con las mismas condiciones para aplicarse, el hecho de que si se trata de delitos graves la reducción será de una tercera parte de la sanción penal que se imponga al sujeto activo por el delito cometido; y el Código Penal del Estado de México, solamente dispone de un solo numeral en que se describen los beneficios para reducción de penas; es así que en el primer párrafo del artículo 58 del Código Punitivo del Estado de México se señala que si el individuo transgresor de la ley que sea primo delincuente, de escaso desarrollo intelectual, de indigente situación económica y de mínima peligrosidad, sin que se mencione que el delito que cometa no sea grave, el juez podrá disminuir la pena que le corresponda en una mitad. El segundo párrafo menciona que si el sujeto activo del delito confiesa de manera lisa y llana su participación en los hechos, ratificando su declaración de la indagatoria ante el órgano jurisdiccional la reducción de la pena será de un tercio de la sanción que corresponda al delito que se trate; sin

embargo no se hace distinción alguna si para la aplicación de este beneficio se trate de delitos no graves o graves, pero a diferencia de los ordenamientos legales del Distrito Federal, el del Estado de México si condiciona a que una vez impuesta la mencionada reducción de la pena por parte del juez instructor, ésta debe de ser confirmada por el tribunal de alzada ya que de lo contrario se entenderá que la pena impuesta se encuentra aplicada sin que sea tomado en cuenta al aplicarse. Así que si nos remitimos a la parte considerativa de esta obra, referente a la exposición de motivos que tuvo la Asamblea Legislativa del Distrito Federal sobre los artículos 71 Bis., 71 Ter. y 71 Quater del Código Penal, en éste aspecto se habla que con dicha medida se trata de evitar apelaciones innecesarias y así reducir la carga de trabajo de los órganos judiciales, cuestión que no es considerada por la legislación del Estado de México.

Así mismo, el párrafo tercero del artículo 58 del Código Penal del Estado de México dispone una reducción hasta de una mitad de la pena correspondiente al delito de tipo patrimonial que se cometa, si el sujeto activo paga espontáneamente la reparación del daño durante el lapso comprendido anterior a la celebración de la primera audiencia de desahogo de pruebas; lo que en el Código Penal para el Distrito Federal dentro del capítulo de Penas Pecuniarias no existe nada referente al respecto, ni mucho menos en los artículos 71 Bis., 71 Ter. y 71 Quater.

Lo que sin duda es un aspecto importante, es lo correspondiente a los delitos por los que queda restringida la aplicación del beneficio de disminución de penas por aceptación o confesión del sujeto activo del delito en su participación; ya que dentro de la ley sustantiva del Distrito Federal se enumera una lista muy específica de los delitos y ciertas calificativas y agravantes relacionadas a los mismos, por lo que de no actualizarse éstas hipótesis sería procedente la aplicación del beneficio aludido; por otra parte el precepto legal del Código Penal del Estado de México señala muy claramente que no se concederá la reducción de la pena por los delitos de secuestro, homicidio doloso con modificativas que lo califiquen o lo agraven, violación y robo que ocasione la muerte; tipología penal muy específica y que amplía el ámbito de aplicación, sin que se señale, a diferencia de la legislación para el Distrito Federal, que no procederá esta disposición si se trata de Delincuencia Organizada.

En resumen, aun existiendo las diferencias analizadas a las dos legislaciones (Código Penal para el Distrito Federal y Código Penal del Estado de México); el beneficio de reducción de la pena por aceptación del sujeto activo del delito en su participación, es muy similar y está condicionado principalmente a primo delincuentes y a que por tipos penales descriptivos de gran impacto para la sociedad y que son considerados como un grave problema que afecta al orden público no será concedido, por lo que continuará siendo esta regulación penal limitativa y de carácter especial.

4.-Análisis de las reglas generales para la aplicación de las penas disminuidas por el reconocimiento de participación en la comisión de un delito.

a.- Disminución de la pena en delitos graves

El artículo 71 ter. del Código Penal para el Distrito Federal señala (de la disminución de la pena en delitos graves). Cuando el sujeto activo confiese su participación en la comisión de delito grave ante el Ministerio Público y la ratifique ante el Juez en la declaración preparatoria se disminuirá la pena una tercera parte, según el delito que se trate, excepto cuando estén relacionados con delincuencia organizada, en cuyo caso se aplicará la Ley de la Materia. Y da un listado de delitos que en los cuales no opera el beneficio, por considerarlos de alto impacto hacia la sociedad.

De lo anterior, se desprende que es necesario que la confesión se dé ante el Ministerio Público y ante el juez para que opere dicho beneficio, pero no queda claro qué pasa cuando el inculpado es detenido mucho tiempo después del hecho y se le lleva directamente al reclusorio, donde solamente da su declaración preparatoria. Aquí cabe señalar que en la práctica se ha visto que dicho beneficio no opera por no cubrir el requisito de la primera declaración, aunque se aplique el principio de la inmediatez procesal, lo cual resulta discutible.

En el mismo sentido, se tiene acceso al beneficio tratándose de delitos graves, lo cual es una buena medida para alentar la confesión del hecho y es un avance en política criminal, pero también quedan fuera de obtener la disminución de la pena al reconocer la participación en el

hecho delictuoso, los reincidentes y es aquí en donde la ley no es congruente, toda vez que sólo opera para primo delincuentes.

Cabe destacar que en la reforma de 1994, la figura de la reincidencia quedo derogada de nuestro Código Penal para el Distrito Federal, y ahora con esta adición se vuelve a invocar lo cual demuestra que se olvidan las razones por las cuales se derogó la figura de la reincidencia y entre esas razones tenemos que al momento de individualizar la pena, el juez debe de tomar en cuenta los criterios para la individualización de la pena y medidas de seguridad, señaladas en el artículo 72 del Código Penal para el Distrito Federal, en el cual hace un listado de circunstancias que debe de tomar en consideración para la aplicación de las penas y medidas de seguridad, pero dentro de éstas nunca menciona nada sobre los antecedentes penales del autor de hecho. Motivo por el cual creemos que aquí existe un problema de concordancia entre una reforma pasada y la adición de los artículos en estudio, pues en nuestro país el Derecho Penal es a acto, no de autor, esto es se sanciona el hecho delictivo propiamente.

Por otra parte, la regla para que opere la disminución de la pena, es que la confesión que haga el sujeto activo de su participación, se robustezca con otros elementos de prueba. Lo cual creemos que es una medida acertada, toda vez que como vimos en el capítulo II de este trabajo a lo largo de la historia se obtuvo la confesión de manera ilegal, hasta con tortura ya que con la simple confesión sin ninguna otra prueba que la fortaleciera o indicara que se conduce con la verdad, era suficiente para poder tomarla como cierta.

b.- Disminución de la pena en delitos no graves

El artículo 71bis. del Código Penal para el Distrito federal señala (de la disminución de la pena en delitos no graves). Cuando el sujeto activo confiese su participación en la comisión de delito no grave ante el Ministerio Público y la ratifique ante el juez en la declaración preparatoria, se disminuirá la pena en una mitad, según el delito que se trate.

Este ordinal es de suma importancia, tomando en consideración que al reunir los requisitos para que opere la disminución de la pena, se obtiene una sentencia menor hasta en una mitad, cabe señalar que por tratarse de delitos no graves la pena sería muy baja, haciendo que los sustitutivos

de prisión fuesen en menor proporción, lo cual sería más sencillo cubrir (multa, fianza, jornadas de trabajo, etc.). Desde esa perspectiva, es muy acertada la adición del artículo en análisis ya que al otorgar este beneficio, los centros de reclusión se encuentran plagados de delincuentes por delitos menores por ejemplo: los delitos patrimoniales, cuya cuantía sea prevé, en la mayoría de los casos, en la fracción II del artículo 220 del Código Penal para el Distrito Federal. Toda vez, que en muchos de los casos por no tener recursos económicos esos responsables por delitos menores engrosan las filas dentro de los reclusorios y permanecen en éstos largas temporadas, lo cual trae consigo sobrepoblación en las cárceles y todas las consecuencias que se generan.

Con relación a las reglas para acceder al beneficio, es necesario ser primo delincuente (lo cual reduce sustancialmente su ámbito de aplicación), que la confesión se dé ante Ministerio Público y se ratifique ante el Juez además de ir robustecida la confesión de otros medios de prueba que la hagan verosímil.

c.- Primodelincuentes

El primodelincuente es aquella persona que por primera vez ha incurrido en un delito, aparentemente esta noción es demasiado genérica, sin embargo, en dos de sus componentes -persona y delito- encontramos el marco de referencia para derivar la esencia delictiva en el ser humano, es decir la compleja relación entre individuo, sociedad, cultura y orden jurídico.

Desde esa perspectiva, la adición de los artículos 71bis, 71ter y 71 Quater, del Código Penal para el Distrito Federal, fueron diseñados para beneficiar solamente a los individuos que delinquen por primera vez. Dentro de las reglas generales para la aplicación de las penas disminuidas por reconocimiento de participación en la comisión de un delito, el artículo 71 Quater, señala que sólo será aplicable tratándose de primo delincuentes por delitos dolosos consumados; en ese sentido, podemos apreciar que el acceso al beneficio de disminución de la pena por reconocimiento de participación en la comisión del delito, se limita a primo delincuentes y es por esta razón que resulta incongruente esta disposición, toda vez que en las reformas de 1994 al Código Penal para el Distrito Federal quedó totalmente derogada la figura de la reincidencia y es ahora con la adición de los ordinales de estudio que esta figura se

vuelve a invocar, ya que al mencionarse que el beneficio sólo operará para primo delincuentes, tajantemente deja fuera a quien tenga algún antecedente delincencial.

Desde nuestro punto de vista, resulta esta excepción a dichos beneficios un tanto contradictoria con la reforma de 1994, que eliminó la figura de la reincidencia con la intención de darle otra concepción al derecho penal mexicano más humanista con leyes modernas que respondieran a las necesidades de la sociedad. En tales circunstancias la figura de la reincidencia se dejó atrás por considerar que al individuo que delinque se le debe sancionar por el hecho mismo y no por su pasado.

Además resulta ineficaz en política penitenciaria que busca disminuir la sobrepoblación en las cárceles, ya que al negar el beneficio al reincidente como consecuencia éste permanecerá por más tiempo en prisión, lo que traerá consigo tener mucha gente en las cárceles y la mayoría por delitos no graves y delincuentes de baja peligrosidad, condenándoles a contaminarse en prisión, así como generar un problema para la manutención de la población en las prisiones y realmente sin ninguna readaptación social.

d.- Delitos dolosos

Primeramente conceptualizaremos lo que es el delito desde el punto de vista jurídico, así tenemos que el delito "es toda conducta que el legislador sanciona con una pena". Esto es una consecuencia del principio *nullum crimen sine lege*, que rige el moderno Derecho Penal y que impide considerar delito toda conducta que no caiga en los marcos de la ley penal.⁶¹

Del origen de la palabra delito, está deriva del verbo latino *delinquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

61Munoz, Conde Francisco "Teoría General del Delito" Ed. Temis Bogotá-Colombia, 1990. p.51

El concepto de delito como conducta castigada por la ley con una pena es, sin embargo, un concepto puramente formal que nada dice sobre los elementos que debe contener esa conducta para ser castigada por la ley con una pena.

Desde esa perspectiva, para el derecho penal positivo considera como delito; no sólo de la definición general del delito contenida en los códigos, sino también de los preceptos legales que se refieren al delito, deduciendo las características generales comunes a todo delito, así pues, tenemos que el delito es la acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible.⁶²

Francisco Carrara, principal exponente de la escuela clásica, define al delito "como la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso. Para Carrara el delito no es un ente de hecho sino un ente jurídico, porque su esencia debe consistir necesariamente en la violación del derecho. Llama al delito infracción a la ley, en virtud de que un acto se convierte en delito únicamente cuando choca contra ella; pero para no confundirlo con el vicio, o sea, el abandono de la ley moral, ni con el pecado (violación a la ley divina), aplica su carácter de infracción a la ley del Estado.

Para Jiménez Asúa, "el delito es el acto típicamente antijurídico, culpable y sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad imputable a un hombre y sometido a una sanción penal". De acuerdo con la definición anterior vemos que incluye elementos del delito a la acción, la tipicidad, la antijurídica, la imputabilidad, la culpabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de penalidad.⁶³

Con base en lo anterior, debemos de considerar que es posible que un hecho aparentemente delictuoso no constituya, sin embargo, un delito, o que cierta persona no pueda ser incriminada como responsable de él, aunque haya ocasionado el resultado típico. Las razones de exclusión son diversas, sea que se localice en el rubro de la culpabilidad, sea que se

62 Idem, p.56

63 Jiménez, Asúa Luis "La Ley y el delito" 11a. Sudamericana, BA. 1980 p. 128

considere, como lo hace la doctrina de la acción finalista, en la sede misma de la acción o la omisión, pues éstas tienen siempre, cuando se trata de delito doloso, una finalidad que les confiere sentido y las somete al imperio del derecho penal.

Tradicionalmente se consideró que la culpabilidad, elemento del delito, era un género al que correspondían dos especies: el dolo y la culpa. Algunas legislaciones añadieron una más, la preterintencional. Muchos tratadistas miran las cosas de otro modo. Si al juicio de desvalor sobre el hecho se le llama injusto jurídico o antijuridicidad, y refleja la desaprobación del acto por el legislador; al juicio de desvalor sobre el autor del hecho se le llama culpabilidad, que supone atribución al autor del acto previamente desaprobado, para hacerle responsable del mismo.⁶⁴

En ese orden de ideas, aludiremos enseguida al dolo en los delitos, por reforma hecha mediante Decreto de 23 de diciembre de 1993, publicado en el Diario oficial de 10 de enero de 1994, desaparece del Código Penal para el Distrito federal la posibilidad de que las acciones delictivas puedan cometerse en forma preterintencional.

El concepto de dolo, como instituto que ha hecho avanzar a la ciencia del Derecho Penal, encuentra su génesis en Italia. Primeramente se le concibe en el antiguo Derecho Romano, para después desarrollarse con el ingenio de los juristas italianos del Medievo. Tal avance no se dio en esas épocas respecto del derecho penal germano, donde se aplicaba teniendo en cuenta sólo los resultados del hecho punible. Jeschek (tratado de Derecho Penal. Ed. Bosh, Barcelona, 1981. Tomo I, pág., 397), con actitud doctrinaria sana en este sentido el mérito de los italianos: "El concepto de dolo que maneja el Derecho Penal moderno se remonta al Derecho Romano tardío y constituyó una de sus grandes aportaciones.

En principio, la adecuación típica de los delitos dolosos se caracteriza por que la hipótesis abstracta, general y permanente descrita en el tipo penal, presenta una coincidencia entre la voluntad del autor o partícipe y la ejecución de la conducta; es decir, la acción registra en su concreción

64 Así sucedió en los artículos 8o y 9o del Código Penal de la Federación, entonces también del Distrito Federal, a partir de la Reforma de 1983 se suprimió la forma Preterintencional y sólo quedó la doble posibilidad tradicional: dolo y culpa. Algunos Códigos Estatales conservan la preterintencional. Sergio García Ramírez, "Justicia y Reformas Legales" Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 1985 p. 63

elementos objetivos (exteriores) y subjetivos; estos últimos por su esencia psíquica transcurren en la conciencia del autor, constituyendo lo que la Doctrina Penal ha llamado tipo subjetivo.

La intencionalidad contenida en la primera parte del artículo 18 del Código Penal para el Distrito Federal, se refiere al dolo; en las conductas de tal índole, éste, normalmente, es necesario para la realización del tipo subjetivo, del cual aquí es su elemento nuclear.

El dolo es el conocimiento y la voluntad de realizar el tipo objetivo, o sea, que equivale a conocer y querer los elementos objetivos del tipo. Por lo tanto, actúa con dolo quien conoce o sabe lo que hace y, además, hace lo que quiere.

La ley dispone que las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente (artículo 18 Código de Penal para el Distrito Federal), es decir, si no hay dolo o culpa no hay delito; por lo mismo, no se planteará el asunto de la responsabilidad penal, aunque pueda suscitarse el de la responsabilidad administrativa o civil, que marcha por cuenta separada.

La falta de dolo o error de tipo invencible eliminan la posibilidad de un delito doloso; sin embargo, bajo ciertas condiciones estas conductas, no obstante no ser dolosas, pueden aludir a los delitos culposos, en los cuales pese a que la voluntad del agente no está dirigida a la realización del tipo objetivo, de todas maneras se cumplen las consecuencias perjudiciales derivadas de la concreción de este tipo objetivo.

Por lo tanto, en el delito doloso es reprochable la conducta del agente que dirige su voluntad a la realización del tipo objetivo.

En México no fue hasta antes de la reforma penal de 1983, que introdujo cambios notables en diversas instituciones jurídicas penales y modificó el rumbo de nuestro derecho punitivo, por ello ha sido la reforma penal más importante entre 1931 y la actualidad, se presumió que los delitos se cometían dolosamente (la forma más grave de realización del delito), salvo prueba en contrario, prueba que, por otra parte, resultaba ineficaz en diversos supuestos. Esta manera de regular el tema persistió más de cien años: desde 1871 hasta 1983. En este último

año se suprimió la presunción de dolo y se aportaron nuevas denominaciones y sendas descripciones del dolo y la culpa. El texto anterior de la ley penal mexicana hablaba de delitos intencionales y no intencionales o por imprudencia, división que se conservo con estas designaciones aun bajo la notable reforma de 1983, que desde luego modificó la descripción de las citadas categorías. Ahora se dice delitos dolosos y culposos.

En ese sentido, corresponde al Ministerio Público (investigador, actor penal, acusador, desde el punto de vista del artículo 21 constitucional), acreditar en cada caso la existencia de dolo o de culpa, sin que opere la presunción alguna que alivie esa carga. Esto es así, en virtud de que el dolo o la culpa con que actúa el agente se recogen en la imputación delictuosa y ejercen una dominante influencia sobre la resolución judicial.

Entonces, un delito doloso será como se define a continuación: "obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley" (artículo 18 segundo párrafo Código Penal para el Distrito Federal). Se trata, pues, de una conducta desplegada con el deliberado propósito de ocasionar un resultado típico, o bien, a sabiendas de que se produciría ese resultado y admitiendo que así sea. Por ejemplo, quien acciona un revolver, quiere privar de la vida a otra persona, esto es, desea el resultado de muerte. Esto no significa que el agente quiere cometer un delito de homicidio u otro delito. Simplemente implica que se propone obtener cierto resultado integrado en un tipo penal. Con ello basta para que se diga que el sujeto actúa con dolo.⁶⁵

Para la aplicación de los beneficios de disminución de la pena por reconocimiento de participación en el delito que señalan los artículos 71bis y 71 ter, sólo será aplicable a delitos dolosos y consumados, en este sentido quedan fuera los delitos culposos dado que a éstos se les atenúa la pena por las circunstancias propias del hecho.

65 García, Ramírez Sergio, "La responsabilidad Penal del Médico" de. Porrúa México 2002. p. 203

e.- Excepción a la aplicación de los beneficios

El artículo 71QUATER del Código Penal para el Distrito federal, señala las reglas para tener acceso al beneficio de disminución de la pena en delitos no graves (art. 71BIS), y en delitos graves (art. 71TER), ambos de la misma ley sustantiva. A continuación señalamos:

- El otorgamiento de la pena disminuida sólo será aplicable tratándose de primo delincuentes
- Para delitos dolosos consumados
- Se requerirá que el reconocimiento que haga el sujeto activo de su participación en la comisión del delito se encuentre robustecida con otros elementos de prueba.

Con respecto a la excepción de obtener el beneficio de la pena disminuida, para quien tiene algún antecedente delictuoso, consideramos que es muy limitante debido a que deja fuera a quienes hayan cometido un hecho delictivo anteriormente y se les haya dictado sentencia ejecutoriada. Como ya mencionamos nos parece incongruente está excepción por que en nada ayuda a reducir la sobrepoblación en las cárceles, niega el beneficio a quien ha tenido algún antecedente delincuencial sin tomar en consideración si la anterior infracción fue por un delito menor o dejando de analizar el hecho concreto que cometió, esto es, sino hay una grave afrenta a la sociedad, si desea reparar el daño causado, a los cuales creemos se les podría dar acceso al beneficio.

En el segundo punto se habla de delitos dolosos consumados, por lo que quien comete un delito culposo queda fuera del beneficio, así también en las tentativas no ópera la disminución de la pena (por ya estar atenuadas previamente ambas conductas).

En el tercer punto, es necesario que la confesión se apoye de otros elementos de prueba que la hagan verosímil. En este sentido, los mencionados elementos pueden ser cualquier indicio, testimonio o aporte de peritos que ayuden a dar por verdadera la declaración del inculcado.

En conclusión, la excepción al acceso para el beneficio de la pena disminuida es la parte más discutible de la adición de los ordinales en estudio, toda vez que por un lado la intención de crear alternativas jurídicas en las cuales se busca que la prisión sea el último recurso para la aplicación de una pena y en el caso de que se tenga que aplicar la privación de la libertad no dure más tiempo del que sea necesario. Por el lado de la Política Criminal y Penitenciaria, la excepción al beneficio lo hace ineficaz y de poca aplicabilidad, porque es muy restrictivo el acceso al mismo, siendo muy poco el ámbito de aplicación y muy grande el problema de la delincuencia y la sobrepoblación en las prisiones.

5.-Análisis estadístico del otorgamiento de los beneficios concedidos en los juzgados de primera instancia adscritos al Reclusorio Norte

De los informes solicitados a diferentes juzgados penales adscritos al Reclusorio Norte del Distrito Federal, con relación a la aplicación del beneficio de disminución de la pena por aceptar o confesar la participación del hecho delictuoso por parte del inculcado y que llegaron a esos juzgados a partir de la iniciación de la vigencia de los artículos en estudio a partir de julio del 2006. Se obtuvieron los siguientes datos:

Que de cada averiguación previa consignada a esos juzgados en materia penal del Reclusorio Norte del Distrito federal, el porcentaje aproximado de los indiciados que en sus primeras declaraciones ante el Ministerio Público, el 66% niegan los hechos que se les imputaban; otro grupo de aproximadamente el 21% acepta en parte su participación en los hechos delictuosos y niega otra parte (confesión calificada divisible); el restante grupo de aproximadamente un 13% una parte de los indiciados fue capturado en flagrancia del delito y acepta los hechos que se le imputan y otro grupo de manera espontánea, lisa y llanamente confiesa haber realizado los hechos criminales.

Como podemos apreciar, en la mayoría de los casos el presunto responsable de los hechos llega negado ante el Juez de la Instrucción, por lo que podemos advertir que de este mayor porcentaje de inicio queda fuera para acogerse al beneficio de disminución de la pena, toda vez que el requisito de los ordinales en estudio establece que se debe de llegar confeso desde la averiguación previa y ser ratificada en la declaración preparatoria, lo que ocasiona que si en determinado

momento el inculpado recibe asesoría e información sobre los beneficios que puede recibir por asumir su responsabilidad, ya no estaría en posibilidad de obtenerlo por que negó su participación en los hechos que se le imputaban desde la averiguación previa.

Con relación al porcentaje 21% de indiciados que llegan ante el Juez penal, en su declaración ante el Ministerio Público aceptan la imputación de los hechos en parte y niegan otra, por lo que estamos ante una confesión calificada divisible y que no opera para aplicar para el beneficio de disminución de la pena, toda vez que es necesario que su dicho se robustezca con otros elementos de prueba y aceptar los hechos que se le imputan en su totalidad. En ese sentido, es discutible el hecho de que el inculpado tenga que aceptar la imputación que se le hace en la averiguación previa en su totalidad, ya que si bien el inculpado reconoce haber participado en los hechos, no tiene por que aceptar otros de los cuales o no participo o desconoce.

El 13% restante de los indiciados asumieron su responsabilidad en los hechos que se les imputan, al parecer sería un porcentaje considerable que valdría la pena para pensar en la eficacia de la adición de los ordinales en estudio. Sin embargo, es menester señalar que de este porcentaje de indiciados confesos, más de la mitad son reincidentes de delitos anteriores, por lo que no opera el beneficio; por otro lado una parte de este porcentaje el delito que se les imputa son de los que contempla el catalogo de delitos en los cuales no opera el beneficio; y por último tenemos un porcentaje menor que cubre los requisitos para acceder al beneficio y el cual el Juez, al individualizar la pena aplica dicha disminución.

En conclusión como podemos apreciar, que el número de casos en los que se aplica el beneficio realmente es insignificante, debido a la ignorancia de la ley por parte de los sujetos indiciados mismos que no se les hace saber de los beneficios a los que puede acceder si asume su responsabilidad y que no es obligación del Ministerio Público o el Juez hacer del conocimiento del inculpado sobre beneficio, lo que creemos sería buena medida que el Ministerio Público o el Juez consideren hacer saber al indiciado esta información y de los beneficios que puede obtener al confesar su participación en el delito que se les imputa. También debemos considerar que la serie de requisitos que marca la ley para acceder al beneficio, limita sustancialmente la eficacia y aplicabilidad del

beneficio, ya que un gran número de indiciados son reincidentes de delitos no graves, así como también tenemos a los que llegan confesos pero que el delito que se les imputa no opera el multimencionado beneficio, lo cual en términos generales hace de estos artículos que se limiten entre sí, sin lograr el fin para lo cual fueron creados.

6.-Propuesta de reforma para los artículos 71bis, 71ter y 71quater del Código Penal para el Distrito Federal, cubran de una manera más eficiente con las expectativas previstas por el legislador.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Es de todos conocido que el sistema penitenciario en el Distrito Federal es visto por la sociedad como sinónimo de corrupción, maltrato, abuso de autoridad, hacinamiento y sobrepoblación. Cambiar esta concepción es una exigencia social que debemos escuchar y comprometernos a mejorar.

Por lo cual es necesario tomar el compromiso de reformar el sistema de readaptación social en el Distrito Federal y en vista que los actuales programas han resultado poco eficientes para lidiar con el problema de los centros penitenciarios de esta ciudad, que entre otras causas, se debe al índice de reincidencia sobre la base de los datos del mismo Gobierno del Distrito Federal, como la creación de más cárceles que sólo implica aceptar la derrota contra la delincuencia; combatirla, significa un esfuerzo mayor y otras estrategias, máxime que los recursos para crear nuevos centros de readaptación son mínimos y las necesidades son máximas.

La sociedad no cree en la existencia de una verdadera readaptación, las autoridades luchan con bajo presupuesto para lograr éste fin, el índice de la sobrepoblación es tan elevado que de acuerdo a las autoridades, la población llegó a ser 10 mil o 12 mil internos, en algunos centros de readaptación, penitenciarias, reclusorios o centros de ejecución de sanciones penales, cuando el cupo máximo es para 2,500 a 3000 presos.

Lo anterior se ve reflejado dentro de cada una de las celdas donde cohabitan de manera por demás insalubre de 25 o 30 reos, cuando la celda está diseñada para 4 o 6 reos.

Así, sabemos que existen personas privadas de la libertad, por delitos de cuello blanco (fraude, administración fraudulenta e insolvencia fraudulenta) en perjuicio de acreedores, así como una infinidad de delitos como ejemplo los robos cuya sanción se establece en la mayoría de los casos en la fracción II de artículo 220 del Código Penal para el Distrito Federal y que desde nuestro punto de vista los responsables son personas que no representan un alto grado de peligrosidad por violencia física para la sociedad en caso de que estas personas pagaran su pena o cumplan con la misma fuera de los reclusorios, puesto que el daño en el caso de los delitos de cuello blanco (patrimoniales), en algunas ocasiones puede ser fácilmente subsanables, máxime que la sanción para eliminar el grado de peligrosidad por delitos patrimoniales se encuentra regulada ya por las Leyes Mercantiles, al impedirles a éstos ejercer el comercio debido a su actuar y a efecto de que no vuelvan a cometer el mismo daño a la sociedad. En cuanto a los delitos menores que por lo general son personas de baja peligrosidad y en la mayoría de los casos personas que por primera vez cometen un ilícito y hasta por circunstancias ajenas a ellos (chivos expiatorios), representan un amplio porcentaje de la población en las prisiones(en proceso y sentenciados) y que por falta de recursos económicos para pagar una multa, permanecen en los reclusorios ocupando espacios y son parte de la sobrepoblación, además de los casos en los que hablamos, al convivir con los demás presos pasan a engrosar las filas de delincuentes que por su entorno se vuelven violentos, por ello la propuesta que hacemos es la liberación de dichos delincuentes poco peligrosos, con el propósito de reducir el hacinamiento de las prisiones y así evitar que estos delincuentes se contaminen con otros presos de alta peligrosidad y con integrantes de grupos de delincuencia organizada, que está siempre a la espera de recibir más integrantes, así como es bien conocido que muchos de los nuevos reos son presa fácil de caer en el flagelo de las drogas que es un elemento distintivo de vida en las prisiones.

Con esta propuesta de reforma se busca, que a los inculcados por delitos graves o no graves se les permita obtener un beneficio por aceptación de la participación en un delito, pues los artículos de estudio como ya vimos tienen ciertas restricciones que no ayudan en mucho con los fines para los cuales fueron creados, haciéndolos ineficaces e inaplicables. En tales circunstancias sugerimos, se amplié su ámbito de aplicación a individuos que hayan delinquirido anteriormente; que la

confesión pueda aceptarse también como válida al vertir la en declaración preparatoria, y no se limite a que necesariamente se dé ante el Ministerio Público, pudiendo incluso ser válida aunque ante esta autoridad haya negado los hechos, siempre y cuando se robustezca con otros elementos de prueba; que se amplíe el ámbito de aplicación a más delitos graves, ya que el artículo 71ter del Código Penal para el Distrito Federal hace un listado muy extenso de delitos que origina su inaplicabilidad, considerando que al extender el beneficio a más delitos podría cumplirse cabalmente con la finalidad para lo que fueron adicionados los artículos 71bis y 71ter en estudio, máxime que al declararse confesos los inculpados dejan en evidencia su voluntad de acelerar el proceso de investigación de los hechos y llegar a su esclarecimiento sin tantos obstáculos, amén de que tal comportamiento puede ser considerado como síntoma de readaptación. Incluso, podrían obtenerse resultados favorables si se establece la obligación de las autoridades (Ministerio Público y Juez) de hacer saber al indiciado los beneficios contemplados en los artículos 71bis y 71ter del Código Penal para el Distrito Federal. Además en el caso de delitos graves las sentencias son más altas y la reducción para el beneficio es menor, así que se beneficiarían tanto el inculpadado por obtener una menor pena y las autoridades por tener menor tiempo en prisión a los sentenciados, con la opción para autoridades que de ellas depende el otorgamiento de libertades anticipadas.

Quedando como sigue:

Artículo único: se reforman los artículos 71 bis, 71 ter y 71 Quarter. Todos del Código Penal para el Distrito Federal.

Artículo 71bis.-

Para la disminución de las penas en delitos no graves. Cuando el sujeto activo confiese su participación en la comisión de delito no grave ante el Ministerio Público o ante Juez de la causa (independientemente del que si negó los hechos en la averiguación previa), se disminuirá la pena hasta en una mitad, según el delito de que se trate.

Artículo 71ter.-

Para la disminución de la pena en delitos graves, cuando el sujeto activo confiese su participación en la comisión de delito grave ante Ministerio

Publico o Juez de la causa (independientemente que si negó los hechos en la averiguación previa), se disminuirá la pena hasta en una tercera parte, según el delito de que se trate. , excepto cuando estén relacionados con delincuencia organizada, en cuyo caso se aplicara la Ley de la materia.

Artículo 71quater. –

Reglas para la aplicación de las penas disminuidas por reconocimiento de participación en la comisión de un delito. Será aplicable tratándose de delitos dolosos consumados y se requiere el reconocimiento que haga el sujeto activo de su participación en la comisión del delito se encuentre robustecido con otros elementos de prueba, para cuyo efecto se observaran las reglas previstas en los tres últimos párrafos del artículo 71 de este Código.

CONCLUSIONES

En los últimos lustros ha habido progresos en el régimen del delito, el delincuente y las penas. Los progresos en la legislación ha avanzado sobre todo en el catalogo de los programas, los deberes y las esperanzas mucho más que en el mundo de los hechos.

La reforma de la ley es necesaria, en la medida en que resulte verdaderamente útil, pero es necesario sobre todo que la ley se aplique puntualmente sin obstáculos que por falta de técnica legislativa, las mismas normas se limitan entre sí. Es así, como fue la intención del presente trabajo presentar un panorama general de lo que es la adicción de los artículos 71bis, 71ter y 71quater del Código Penal para el Distrito Federal, desde el punto de vista funcional para el que fueron elaborados y que en el mundo real presentan restricciones que los hacen de estos artículos que carezcan de eficacia y de poca aplicabilidad, comparado con el creciente incremento de la delincuencia y las consecuencias que trae consigo la falta de instrumentos jurídicos que logren hacer que la justicia sea pronta y expedita, así como lograr que la prisión sea el último de los medios utilizados para las sanciones.

En ese contexto, nos encontramos ante una ley excluyente y de aplicación especial, toda vez que limita su acceso con un catalogo de delitos en los cuales no es operable el beneficio de disminución de la pena, así como una serie de requisitos que hace todavía más difícil es acceso al mismo, razón por la cual es necesario se tome en consideración nuestra propuesta de reforma, que aunque sólo parecería son pequeños ajustes en los requisitos, podría crear las bases para ampliar su ámbito de aplicabilidad y como consecuencia hacerla eficaz logrando se cumpla el objetivo para la que fueron creados los ordinales de estudio.

Es necesario, tomar la experiencia de otras legislaciones como es el caso del Código Penal para el Estado de México, que cuenta con la figura de la disminución de la pena cuando el indiciado confiesa su participación en el hecho delictivo, la cual es una ley con mayor flexibilidad, por lo tanto con mayor acceso, mismo que ya presentamos en el presente trabajo.

Es indispensable, pues, la reforma de la realidad y de suma necesidad que después de las oleadas de reformas y adicciones, la realidad sea la base para una verdadera revolución de justicia, ya que es aquí y no en otro sitio, donde urgen la imaginación, el trabajo, la voluntad de las autoridades y los particulares, asistidos por los juristas. El conjunto de normas que ha sufrido nuestra legislación penal es de las más variadas especies: buenas, regulares y malas; necesarias e innecesarias. En este sentido, la adicción de los artículos 71BIS, 71TER y 71QUATER del Código Penal para el Distrito Federal, es una buena medida tendiente a favorecer tanto al sujeto transgresor de la norma jurídico-penal como al aparato judicial y en consecuencia la sociedad, avanzando en su conjunto hacia mejores instrumentos jurídicos más apegados a la realidad.

En ese orden de ideas, es de reconocerse que la multicitada adición, ofrece tanto su objetivo primordial para la que fue creada, así como su promisoria proyección hacia el futuro, toda vez que este tipo de mecanismos jurídicos dan respuesta a las exigencias de la sociedad que avanza y crecen también sus problemas. Es menester seguir impulsando la reforma para mantenerse siempre al día, para mantener vigente la ley penal con auténticas fuentes reales de derecho.

Las adecuaciones a la ley son indispensables, para combatir el delito, para mejorar la administración de justicia, ya que si en cada período de tiempo se modifican la realidad social, no es concebible que todos los factores de ayer tengan validez hoy, ni que los de hoy la conserven mañana. Por tanto, cuando la ley no tiene contacto con la realidad social y al desconocer su verdadero alcance, de antemano quedan condenados a la arbitrariedad de su aplicación o al desuso por su inaplicación. En congruencia con lo anterior, las leyes deben ser dialécticas, basadas en la teoría, pero también sondeadas en su factibilidad.

Las empresas reformadoras actuales tendrán que crearse al trasluz de la experiencia legislativa, pues tal experiencia servirá de criterio rector para futuras incursiones en este campo, al ponerse de manifiesto los defectos de la técnica legislativa, surgirá la necesidad de renovación de la legislación penal, ya que nada interesa más a una nación que el tener buenas leyes criminales, porque de ellas depende su libertad civil y en gran medida la buena constitución y seguridad del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- Acero, Julio, “El Procedimiento Penal Mexicano” Ediciones Especiales, México 1997.
- Barragán, Salvatierra Carlos, “Derecho Procesal Penal” Ed. Mc. Graw Hill/Interamericana editores, S.A. de C. México 1999.
- Beccaria, Cesar, “Tratado de los delitos y de las penas” Traducción Constancio Bernaldo de Quiróz, Puebla Cajica. 1957.
- Bentham, Jeremias, “Tratado de las pruebas judiciales” 1a. Ediciones Jurídicas Europa-América BA: 1971
- Burgoa, Orihuela Ignacio, “Las garantías individuales”, Ed. Porrúa México, 1992.
- Carrancá y Trujillo, “Derecho Penal Mexicano” (parte general) Ed. Porrúa. México 1977.
- Castellanos, Fernando, “lineamientos elementales del derecho penal”, (parte general) 3ª. Ed. Jurídica Mexicana, México 1965.
- Colín Sánchez Guillermo “Derecho Mexicano de Procedimientos Penales”, décima Edición, Ed. Porrúa México 1986.
- Cuello, Calon, Eugenio, “Derecho Penal”, 18ª. Ed. Bosch. Casa Editorial, Barcelona 1980.
- De pina, Rafael, “Diccionario de derecho”, décima segunda edición, Ed. Porrúa, México 1984.
- Díaz de León Marco Antonio, “Código Penal Federal con comentarios” tomo II, Ed. Porrúa, México 2001.
- Florián, Eugenio, “De las pruebas penales”, Tomo I y II, Ed. Temis Bogotá - Colombia 2002.
- Framarino dei Malatesta, Nicola, “La lógica de las pruebas en materia criminal” tomo I, Ed. Temis Bogotá – Colombia 1992.

- Franco Sodi, Carlos “El procedimiento Penal Mexicano” primera edición, Ed. Temis Bogotá - Colombia, 1983.
- García, Máynez Eduardo, “Introducción al estudio del derecho” Ed. Porrúa, México 1989.
- García, Ramírez Sergio, “Derecho procesal penal” Primera edición, Ed. Porrúa, México 1974.
- García, Ramírez Sergio, “La responsabilidad penal del médico” Ed. Porrúa, México 2001.
- García, Ramírez Sergio, “Justicia y reformas legales” Instituto Nacional de Ciencias penales, México 1985
- Jiménez, de Asúa Luis, “La Ley y el delito”, principios de Derecho Penal, 11a. Ed. Sudamericana, BA. 1980.
- “Leyes Penales Mexicanas”, Instituto de ciencias penales, tomo I, México 1979.
- Muñoz, Conde Francisco, “Teoría General del Delito” Ed. Temis Bogotá-Colombia 1990.
- Villalobos, Ignacio, “Derecho Penal Mexicano” 2a. Ed. Porrúa, México 1960.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal
- Código Federal de Procedimientos Penales
- Código Penal Federal
- Código Penal para el Distrito Federal
- Código Penal para el Estado de México
- Código de Procedimientos Penales para el Estado de México
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

- Ley de Amparo

Diccionarios, Enciclopedias y Revistas Consultadas

- Diccionario Jurídico Espasa. Espasa Calpe, S.A. Madrid, 2006..
- Enciclopedia Jurídica Omeba, Driskill, Buenos Aires 1979.
- Gaceta Informativa de la Facultad de Estudios Superiores Acatlán, UNAM 2007.
- Primer Foro del Sistema Penitenciario Actual. Periódico La Prensa, México septiembre 10 de 2007. p.49