



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL

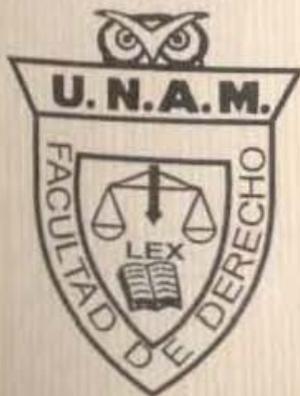
EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA SENTENCIA
CONDENATORIA PENAL EN EL DISTRITO FEDERAL

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:
JUAN CARLOS ALFARO ROMERO

ASESOR:
LIC. MIRIAM ITZEL CHÁVEZ GÓMEZ



MÉXICO, D.F.

2009



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL
OFICIO No. 119 /SDPP/09

**DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA UNAM
PRESENTE.**

El alumno **ALFARO ROMERO JUAN CARLOS** con número de cuenta **094329311**, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección de la Licenciada **MIRIAM ITZSEL CHÁVEZ GÓMEZ**, la tesis profesional titulada **"EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA SENTENCIA CONDENATORIA PENAL EN EL DISTRITO FEDERAL"**, que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

La Licenciada **MIRIAM ITZSEL CHÁVEZ GÓMEZ** en calidad de asesora, nos informa que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos y que la aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis **"EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA SENTENCIA CONDENATORIA PENAL EN EL DISTRITO FEDERAL"**, puede imprimirse, para ser sometido a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno **ALFARO ROMERO JUAN CARLOS**.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquel en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad".

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPÍRITU"
CIUDAD UNIVERSITARIA, D. F. A 08 DE OCTUBRE DE 2009.

LIC. MARGARITA MARÍA GUERRA Y TEJADA
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL



SEMINARIO DE
DERECHO PROCESAL

c.c.p. Archivo Seminario
c.c.p. Alumno
c.c.p. Minutario

**A MIS PADRES. JUAN ALFARO BUSTOS Y ALEJANDRA
ROMERO GARCIA.**

"CON TODA GRATITUD Y RESPETO".

A MI ABUELA. REMEDIOS BUSTOS RAMÍREZ.

*"CON AGRADECIMIENTO A SU PROFUNDO AMOR
DESINTERESADO."*

IN MEMORIAM. JUAN Y CAMILO ALFARO SEGURA.

*"EL MEJOR DE MIS RECUERDOS Y GRAN EJEMPLO
DE LOS VALORES."*

A MIS PROFESORES.

*"CON MI RECONOCIMIENTO A LA NOBLE PRÁCTICA
DE LA DOCENCIA."*

A NORMA GEORGINA GARCÍA GALLEGOS.

*"EL AMOR DE MI VIDA, QUIEN ES EL MOTOR
DE MI EXISTENCIA..."*

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN.....	I
-------------------	---

CAPÍTULO 1

LA SENTENCIA PENAL.

1.1 CONCEPTO.....	1
1.2 NATURALEZA JURÍDICA.....	4
1.3 OBJETO Y CONTENIDO.....	6
1.4 REQUISITOS DE FONDO Y DE FORMA.....	7
1.5 FINALIDAD.....	11
1.6 CLASIFICACIÓN.....	12
1.7 EFECTOS DE LA SENTENCIA.....	15
1.7.1 SENTENCIA CONDENATORIA.....	19
1.7.2 SENTENCIA ABSOLUTORIA.....	22
1.8 SENTENCIA EJECUTORIADA.....	23

CAPÍTULO 2

LA PENA.

2.1 CONCEPTO.....	30
2.2 NATURALEZA JURÍDICA.....	33
2.3 FUNDAMENTO.....	35
2.4 FINALIDAD.....	42
2.5 CARACTERÍSTICAS.....	46
2.6 CLASIFICACIÓN.....	47

2.7 LAS PENAS EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	50
2.8 LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.....	52

CAPÍTULO 3

SUSTITUTIVOS PENALES.

3.1 CONCEPTO.....	59
3.2 MARCO JURÍDICO.....	66
3.3 PROCEDENCIA.....	72
3.4 REVOCACIÓN.....	73
3.5 FIGURAS AFINES.....	73
3.5.1 LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN.....	74
3.5.1.1 ANTECEDENTES.....	75
3.5.1.2 PROCEDENCIA.....	78
3.5.1.3 REVOCACIÓN.....	84
3.5.2 LIBERTAD BAJO PROTESTA.....	86

CAPÍTULO 4

RECURSO DE APELACIÓN.

4.1 LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN Y LOS RECURSOS.....	92
4.1.1 CONCEPTO.....	93
4.2 LOS RECURSOS EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	95
4.3 RECURSO APELACIÓN.....	99
4.3.1 CONCEPTO.....	100
4.4 OBJETO Y FIN DE LA APELACIÓN.....	102

4.5 RESOLUCIONES APELABLES.....	106
4.6 QUIENES PUEDEN APELAR.....	108
4.7 ADMISIÓN DEL RECURSO.....	110
4.7.1 EFECTO DEVOLUTIVO.....	112
4.7.2 EFECTO SUSPENSIVO.....	116
4.8 EXPRESIÓN DE AGRAVIOS.....	118
4.8.1 CONCEPTO DE AGRAVIO.....	118
4.8.2 AGRAVIOS DE LA DEFENSA.....	123
4.8.3 AGRAVIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO.....	124
4.9 AUDIENCIA DE VISTA.....	126
4.10 RESOLUCIÓN DE LA APELACIÓN Y SUS EFECTOS.....	128

CAPÍTULO 5.

PROPUESTA DE EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA SENTENCIA CONDENATORIA PENAL.

5.1 JUSTIFICACIÓN.....	132
5.2 PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO FUNDAMENTO.....	136
5.3 PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 419 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	140
5.4 PROCEDIMIENTO PARA SU APLICACIÓN.....	142
5.5 CASOS EN QUE PROCEDE.....	144
5.6 BENEFICIOS.....	144

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

De todas las decisiones judiciales, sin lugar a dudas la que tiene mayor importancia es la sentencia; siendo ésta en la que el Juez valora todas las pruebas ofrecidas por las partes y desahogadas durante el curso del proceso en forma definitiva dice el Derecho, es decir, en materia penal declara procedente la acusación del Agente del Ministerio Público (sentencia condenatoria), o en su defecto, los medios de prueba no son los idóneos para acreditar la existencia del delito materia de la acusación por lo que se dictará sentencia absolutoria. La sentencia constituye el punto de partida de éste trabajo de recepción; pues es el fundamento del recurso de apelación que interponen las partes en contra de una Sentencia definitiva.

Para los efectos del presente, reviste de singular importancia el tipo de resolución judicial que condena al imputado, pero a la vez otorga beneficios para sustituir la pena de prisión impuesta; por lo mismo y en grado a la importancia de la pena de prisión se pretende realizar un estudio en referencia a las penas, utilizando para este tema el capítulo segundo, en el cual se describen cuáles son los tipos de pena que se reconocen en nuestra legislación, así como algunas que se han utilizado a través del tiempo.

Al considerarse en nuestro Derecho la pena de prisión como la sanción más grave impuesta a un condenado, se han considerado medios para sustituirla, es por esto, que en el tercer capítulo se entra al estudio de la sustitución de las penas, así como de las medidas de seguridad, tal y como se dispone en la ley Adjetiva Penal. De igual forma se hace mención a la libertad provisional bajo caución como figura afín (sólo por el hecho de que sustituye la prisión cautelar a la que se encuentra sujeto el imputado), y siendo este el punto de partida o sustento

de la ejecución provisional de la sentencia condenatoria penal que le otorga beneficios al reo.

Por otra parte, el capítulo cuarto entra al estudio del tema medular de la propuesta, consistente en el recurso de apelación, mismo que es un medio de impugnación del que se dota a las partes para inconformarse con la resolución dictada por el Juez; ya que al ser interpuesto crea una serie de efectos (devolutivo y suspensivo) para el procedimiento, revistiendo de gran importancia, pues el tipo de resolución que nos interesa consiste en la sentencia condenatoria que le otorga beneficios al reo y al ser ésta admitida en ambos efectos, en acatamiento a lo dispuesto por la ley Adjetiva Penal, impide ejecutar una sentencia condenatoria sino hasta que haya sido determinada como cosa juzgada y sea firme, lo anterior, se considera con el propósito de proteger al reo y evitar que se le ocasionen daños de imposible reparación.

Asimismo, se estima que la determinación de condenar al reo y otorgarle beneficios para obtener su libertad como medio de sustitución de la pena privativa de libertad a que fue condenado, se le ocasiona un daño de hecho al sujetar al sentenciado a prisión preventiva hasta en tanto no se resuelve en forma definitiva su situación jurídica e inhibiéndolo a interponer el recurso de apelación a través de la posibilidad de obtener en forma más pronta su libertad.

Por último, el capítulo quinto trata en forma concreta de la propuesta de la posibilidad de que se ejecute provisionalmente la sentencia condenatoria penal que le otorga beneficios al reo, proponiendo una reforma a lo preceptuado por el artículo 419 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, teniendo como fundamento la presunción de inocencia de que goza el reo, al principio *in dubio pro reo* y a legislación procesal del Estado de Coahuila.

Se considera que es de gran importancia lograr un justo equilibrio procesal entre el imputado y el órgano de acusación, es por lo mismo que la Carta Magna contempla los principios a que debe sujetarse el proceso penal y los derechos de todo imputado; en lo cual la propuesta trata en forma primordial en salvaguardar la garantía de libertad y garantía de defensa de que debe gozar todo imputado con la finalidad de garantizar el debido proceso legal.

JUAN CARLOS ALFARO ROMERO.

CAPÍTULO I.

LA SENTENCIA PENAL.

1.1 CONCEPTO.

La sentencia etimológicamente hablando, según la mayoría de los autores proviene del latín **sententia**, que significa dictamen o parecer, **sentien**, **sentientis**, participio activo, **sentire**, sentir por eso generalmente se dice: la sentencia, es una decisión judicial sobre alguna controversia o disputa. Porque el Juez, partiendo del proceso declara “lo que siente”¹.

Gramaticalmente la sentencia significa según la Real Academia Española de la Lengua: “Dictamen, parecer, juicio; dicho o frase grave y suscita que encierra doctrina o moralidad. Declaración del juicio y resolución del Juez en una causa. Decisión de la persona a quien se ha hecho árbitro en una disputa extrajudicial. Sentencia definitiva. Aquélla en que el Juez concluido el proceso, resuelve finalmente sobre el asunto principal. La que termina el asunto o impide la continuación del juicio aunque contra ella sea admisible recurso extraordinario. Sentencia firme. La que por no ser apelable o por haberla consentido las partes, cause ejecutoria.”²

El maestro Eduardo Pallares en su Diccionario de Derecho Procesal Civil, argumenta: “Las siete Partidas nos legaron la siguiente definición: “la decisión legítima del Juez sobre la causa controvertida en su tribunal. (Ley 1ª Tít. Partida 3ª) Escriche comenta la definición y dice que se llama así porque la palabra sentencia procede del vocablo latino **sentiendo**, ya que el Juez declara lo que siente, según lo que resulta del proceso”. De igual forma la define como:

¹ Cfr. Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 19ª ed. Porrúa, México, 2004. p.573.

² Diccionario Enciclopédico Ilustrado de la Lengua Española, Tomo 3 p-z, 3ª ed. Ramón Sopena, Barcelona 1956, p. 701.

“Sentencia es el acto jurisdiccional por medio del cual el Juez resuelve las cuestiones principales materia del juicio o las incidentales que hayan surgido durante el proceso.”³

Para Guillermo Colín Sánchez “la sentencia penal, es la resolución del Estado por conducto del Juez, fundada en los elementos del injusto punible y en las circunstancias objetivas, subjetivas y normativas condicionantes del delito y en la cual se define la pretensión punitiva estatal, individualizando el derecho y poniendo con ello fin a la instancia.”⁴

Para Manuel Rivera Silva, “la sentencia es el momento culminante de la actividad jurisdiccional. En ella el órgano encargado de aplicar el Derecho, resuelve sobre cuál es la consecuencia que el Estado señala para el caso concreto sometido a su conocimiento”⁵. Distingue tres momentos en la actividad jurisdiccional: uno de conocimiento, otro de juicio o clasificación y otro de **voluntad o decisión**, siendo este último el más importante de los actos de actividad del juzgador pues en este momento el Juez valora los otros dos elementos que enumera según las constancias ofrecidas durante el proceso y declara lo que siente.

El maestro Carlos Barragán Salvatierra, define a la sentencia penal como “la decisión del órgano jurisdiccional que declara de manera imperativa en las formas establecidas por la ley, el derecho sustantivo, para resolver el conflicto de derechos subjetivos que se agitan en la pretensión jurídica, deducida en el proceso y que agota definitivamente el fin de la jurisdicción, en relación con la fase procesal en la cual se pronuncia.”⁶

³ Pallares, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Porrúa, México 1952, p 465.

⁴ Colín Sánchez, op. cit. p. 574.

⁵ Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal. 26° ed. Porrúa. México. 1997. p. 304

⁶ Barragán Salvatierra, Carlos. Derecho Procesal Penal. Mcgraw-Hill, México. 2004. p.499

Fernando Arilla Bas, define a la sentencia, como “el acto decisorio del Juez, mediante el cual afirma o niega la actualización del la conminación penal establecida por la ley.”⁷

Carnelutti, piensa que la decisión es, imperativa e irrevocable: el Juez cuando ha decidido ha agotado su potestad. Por lo tanto, el acto de resolver la situación jurídica de un procesado es un acto irrevocable por el Juez que lo dicta.⁸

De las definiciones antes expuestas, se pueden encontrar elementos comunes de cada una ellas. Elementos que se pueden catalogar de la siguiente forma:

1. Es un acto de decisión; Carnelutti establece respecto de la decisión que: “denota la última fase del procedimiento jurisdiccional, es realmente una palabra justa, sin comparación más justa que sentencia, la cual no significando, en el fondo, otra cosa que juicio, denota solamente la primera parte del **iter**, en el que se resuelve la última fase, en suma no se puede decidir sin juzgar.”⁹

2. Es un acto jurisdiccional; “etimológicamente la palabra jurisdicción significa decir o declarar el derecho. Desde el punto de vista más general, la jurisdicción hace referencia al poder del Estado de impartir justicia por medio de los tribunales. Escriche define la jurisdicción como el poder o autoridad que tiene alguno para gobernar y poner en ejecución las leyes; y especialmente, la potestad de que se hayan revestidos los Jueces para administrar justicia, o sea para conocer de los asuntos civiles o criminales o así de unos como de otros, y decidirlos o sentenciarlos con arreglo a las leyes”¹⁰

⁷ Arilla Bas, Fernando. El Procedimiento Penal en México. 17º ed. Porrúa 1997. p. 202

⁸ Cfr. Carnelutti, op. cit., p.167.

⁹ Carnelutti, Francesco. Derecho Procesal Penal, Volumen 2. Harla, México, 1997 p.143

¹⁰ Eduardo Pallares, op. cit. p. 315.

3. Es un acto imperativo del Estado; Como lo sostiene Alfredo Rocco, que niega la voluntad del Juez en la sentencia, pues no hace falta la voluntad del Juez así que “el mandamiento se encuentra ya contenido en la norma jurídica que el Juez aplica, sin añadir ninguna voluntad propia, sino sólo asumiendo como premisa mayor la norma jurídica, como menor el caso concreto, y deduciendo de estas dos premisas la norma de conducta que se habrá de seguir”.¹¹ La sentencia no es un acto de voluntad del Juez, porque la voluntad declarada es la voluntad del Estado y no la del Juez. Lo único que éste hace es formular su propio juicio sobre la voluntad del Estado y por tanto la sentencia no contiene la voluntad del juzgador sino la del Estado.

Por lo anterior, y tomando en consideración las diferentes definiciones expuestas por connotados autores y esgrimiendo de los mismos elementos comunes; se puede a manera de definición establecer que:

La sentencia es un acto de decisión por medio del cual el Estado impone a través del juzgador el Derecho, poniendo con ello fin a la instancia.

1.2 NATURALEZA JURÍDICA.

Barragán Salvatierra, dice respecto de la naturaleza jurídica de la sentencia que “es un acto jurídico procesal sujeto a la voluntad del Juez, cuya eficacia jurídica plena dependerá de la correcta aplicación de la ley”;¹² definición que encuentra coincidencia con la manifestada anteriormente, pues al ser un acto sujeto a la voluntad del Juez en relación con la correcta aplicación de la ley; esto quiere decir, que el Juez actúa bajo el imperio de la ley, que es dictada bajo el proceso legislativo por el Estado, que dicta la reglamentación a seguir de la cual el juzgador aplica las disposiciones dictadas por el órgano legislativo.

¹¹idem

¹² Barragán Salvatierra, op. cit. p. 499.

De igual manera el maestro Colín Sánchez, opina que la naturaleza jurídica de la sentencia “que es un acto jurisdiccional distinguiéndolo del hecho jurídico. Manifestando que es un acto procesal correspondiente a la potestad del Juez, y por ende, sujeto a su voluntad y cuya eficacia plena habrá de depender de la correcta aplicación de lo dispuesto por el legislador. La determinación de la naturaleza jurídica de la sentencia, es discutible; sin embargo, el procedimiento penal, es un acto procesal a cargo del Juez, servidor público que, en cumplimiento de sus atribuciones hace manifiesta su función intelectual, individualizando el Derecho.”¹³

Pero existen teorías que sostienen que la naturaleza jurídica de la sentencia se encuentra sujeto al imperio del Estado imprimiéndole la voluntad del Juez como por ejemplo la de Eugenio Florian; “la sentencia es uno de los actos jurídicos procesales penales, un acto del Juez. Pero como éste es un órgano que encarna la autoridad del Estado, hace falta saber cual sea el elemento característico de la misma si el lógico o el volitivo; es decir, hay que averiguar si la sentencia es un juicio lógico o un acto de voluntad, un mandato del Estado. En realidad se puede decir que el elemento lógico como el autoritario, existen en la sentencia. En ella hay un sustrato lógico indispensable, representado por un silogismo con su premisa mayor- la norma jurídica- una menor- el hecho y una conclusión en la que ambas concuerdan o discrepan. El juicio final. De otra parte no puede negarse que la autoridad del Estado, el imperio, del cual el Juez es el órgano imprime a la sentencia una fuerza particular y la austera solemnidad de acto público eminente.”¹⁴

De otro modo, Eduardo Pallares dice respecto del carácter de la sentencia “que si es un acto jurídico voluntario, el cual se entiende que dimana de la voluntad de una persona, y es eficaz para producir determinados efectos

¹³Colín Sánchez, op. cit. p. 575.

¹⁴ Florian, Eugenio. Derecho Procesal Penal. Librería Bosh, Barcelona, 1934. p. 399.

jurídicos, de acuerdo con las normas también jurídicas, es evidente que el pronunciamiento de la sentencia tiene ese carácter,”¹⁵

De lo anteriormente anotado se puede decir, que la sentencia tiene una dualidad, por lo que hace al acto impositivo de imperio por parte del Estado y al mismo tiempo un acto volitivo del juzgador; pues éste al momento de dictar resolución definitiva, en materia penal, se debe ajustar exactamente al mandamiento de la ley, es decir, al mandamiento del Estado, por lo que hace a la tipicidad pero al momento de individualizar la pena, la ley fija los parámetros de su actuación dejando a su arbitrio determinados actos; con lo cual se sujeta a la voluntad del juzgador, conforme a las reglas que el propio ordenamiento legal determina, tal y como lo señalan los artículos 70 y 72 del Código Penal para el Distrito Federal; mismos artículos que establecen las bases en las que se debe apoyar el juzgador al momento de individualizar la sanción impuesta al procesado, en caso de dictar sentencia condenatoria.

1.3 OBJETO Y CONTENIDO.

Dice Colín Sánchez que el objeto de la sentencia “en sentido amplio abarca diversos aspectos: la pretensión punitiva estatal, la pretensión del acusado a la declaración de inocencia o el encuadramiento de su conducta dentro de una especie o modalidad del tipo y la pretensión de la víctima u ofendido a ser resarcidos del daño.

En sentido estricto, el objeto de la sentencia se reduce a los hechos motivadores del ejercicio de la acción penal, mismos que se tomará en consideración el órgano jurisdiccional relacionándolos con todas las diligencias practicadas durante el procedimiento, para así resolver la situación jurídica del sujeto a quien se atribuyen.”¹⁶

¹⁵ Pallares, Eduardo, op. cit. p. 468.

¹⁶ Colín Sánchez, op. cit. p. 586.

Se considera que el objeto de la sentencia lo constituye los intereses o pretensiones de las partes, esto es, al juzgador quien resuelve la situación jurídica del acusado con base en la ley y como representante del Estado por lo que hace a la pretensión punitiva; al acusado y su defensor cuyo interés o pretensión es demostrar su inocencia, el encuadramiento de su conducta a una especie o modalidad del tipo cuyo interés o pretensión corresponde al agente del Ministerio Público y a la víctima u ofendido cuyo afán es que sea reparado el daño causado.

Es pues, el objeto principal de la sentencia penal determinar el delito y su base lo constituyen todas las diligencias practicadas durante la averiguación previa y la instrucción que conllevan a determinar la culpabilidad o inculpabilidad del sentenciado; poniendo con la decisión pronunciada fin a la instancia de manera definitiva.

1.4 REQUISITOS DE FONDO Y DE FORMA.

Acerca del contenido de fondo de la Sentencia Hernández Pliego dice que se integra fundamentalmente “por la demostración de la existencia de los elementos integrantes del delito que se le ha imputado a su autor o su inprobación, lo que será factor determinante del sentido condenatorio o absolutorio; el otro dato de fondo de la sentencia, lo constituye la demostración de la responsabilidad penal del sentenciado o bien su irresponsabilidad, conforme al caso.”¹⁷

Rivera Silva, dice que los requisitos de fondo de la sentencia “emanan de los momentos que animan a la función jurisdiccional y son los siguientes:

- I. Determinación de la existencia o inexistencia de un delito jurídico.

¹⁷Hernández Pliego, Julio Antonio. Programa de Derecho Procesal Penal. Porrúa. México, 2006, p. 269.

- II. Determinación de la forma en que un sujeto debe jurídicamente responder ante la sociedad, de la comisión de un acto; y
- III. Determinación de la relación jurídica que existe entre un hecho y una consecuencia comprendida en el derecho.”¹⁸

Al momento de que el juzgador determina la existencia o inexistencia de un delito; su decisión se traduce en una sentencia de absolución o condenación al reo. Para dictar sentencia condenatoria es necesario comprobar los siguientes elementos: la tipicidad del acto, es decir, que la conducta desplegada se ajuste a la descripción legal del tipo de que se trate; la imputabilidad el sujeto, que en forma genérica se dice que imputar un hecho a un individuo es atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias, es decir, para hacerle responsable de él;¹⁹ la culpabilidad con que actúo (dolo o imprudencia), en sentido amplio, la culpabilidad es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica; la ausencia de causas de justificación, entendiéndose éstas según Jiménez de Asúa como “las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquéllos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos de contrario al Derecho, que es el elemento más importante del crimen”²⁰; y por último la ausencia de excusas absolutorias.

Reunidos los elementos anteriores queda justificada la procedencia de la acción penal, o lo que es lo mismo, la existencia del derecho del Estado para que se le castigue al sentenciado en un caso concreto.

Por otro lado, determinar la forma en que un sujeto debe jurídicamente responder ante la sociedad de la comisión de un acto, esto se traduce, en la penalidad a imponer al sentenciado que se debe ajustar dentro de los límites

¹⁸ Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal. 26° ed. Porrúa. México. 1997, p. 306.

¹⁹ Cfr. Jiménez De Asúa, Luís. La ley y el Delito. 2ª ed. Hermes, Buenos Aires, 1954, p. 350

²⁰ *Ibidem*, p. 306

mínimo y máximo del delito de que se trate, multa, reparación del daño, medidas de seguridad.

La determinación de la relación jurídica que existe entre un hecho (delito) y una consecuencia comprendida en el Derecho (sanción).

En un orden general, el contenido de la sentencia lo constituyen todos los actos procedimentales, desde un punto de vista estricto: la decisión del Juez traducida en puntos concretos.

Esos puntos concretos se traducen en requisitos de forma, los cuales Barragán Salvatierra, los divide en:

“Prefacio: En él se expresan aquéllos datos necesarios para singularizarlos, esto es, requisitos como fecha y lugar donde se dicte, tribunal que la pronuncia, número de expediente, nombre y apellidos del acusado y sobrenombre si lo tuviere, lugar de nacimiento, nacionalidad, edad, estado civil, en su caso, grupo étnico indígena al que pertenece, idioma, residencia o domicilio, ocupación, oficio o profesión.

Los resultandos: Son formas adoptadas para hacer historia de los actos procedimentales; las consideraciones de los hechos lo que implica el estudio y valoración de las pruebas, la interpretación de la ley, las referencias doctrinales y jurisprudenciales.

Los considerandos: Aquí se califican y razonan los acontecimientos; como son las consideraciones y fundamentos legales de la sentencia.

La parte decisoria: Donde se expresan los puntos concretos a que se llegan; esto es, las consideraciones del delito que cometió, la responsabilidad o no del acusado, la sanción y su duración, las medidas de seguridad, la reparación del

daño, multa, confiscación de bienes u objetos, amonestación y lugar donde se cumpla (parte decisoria).”²¹

Según Eugenio Florian, el objeto de la sentencia puede ser triple y afectar por tanto a: A) la relación jurídica procesal (formal), o sea al procedimiento; B) la relación jurídica concreta de Derecho Penal deducida en el proceso y las relaciones accesorias de la misma; y C) relaciones jurídicas propias de procedimientos especiales.

Acercas del primer punto referido puede ser por ejemplo una cuestión de competencia o los presupuestos procesales y en forma especial las condiciones de procedibilidad del delito de que se trate. Por lo que hace al segundo elemento, el objeto fundamental de la sentencia, es declarar la existencia o inexistencia de la relación sustantiva, es decir, deberá afirmar o negar el derecho del Estado a aplicar la ley penal en el caso concreto.

Pero al lado de esto, hay que tener en cuenta que el objeto principal se divide: a) en cuanto supone el delito, la responsabilidad y la pena, b) en cuanto supone el delito, o el hecho previsto como tal, la peligrosidad y la medida de seguridad.

En caso de negación de la existencia de la relación jurídica principal, el objeto de la sentencia es la absolución.²²

Los requisitos de fondo y de forma de la sentencia condenatoria penal se encuentran establecidos en el artículo 72 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que en lo conducente establece:

“Artículo 72. Toda resolución expresará la fecha en que se pronuncie

²¹ Barragán Salvatierra, op. cit., p. 502

²² Florian, op cit. p. 404

Las sentencias contendrán:

- I. El lugar en que se pronuncien;
 - II. Los nombres y apellidos del acusado, su sobrenombre si lo tuviere, el lugar de su nacimiento, nacionalidad, edad, estado civil, en su caso, el grupo étnico indígena al que pertenezca, idioma, residencia o domicilio, ocupación oficio o profesión;
 - III. Un extracto de los hechos exclusivamente conducentes a los puntos resolutive del auto o de la sentencia en su caso, evitando la reproducción innecesaria de constancias;
 - IV. Las consideraciones y los fundamentos legales de la sentencia; y
- La condenación o absolución correspondiente y los demás puntos resolutive.

Los requisitos mencionados en las fracciones I, II forman *el encabezado* de la sentencia; los mencionados en el III *los resultandos*, los mencionados en el IV *los considerandos*, y los mencionados en el V *los puntos resolutive*.

1.5 FINALIDAD.

El fin de la sentencia dice Barragán “es la aceptación o negación de la pretensión punitiva y para ello será necesario que el Juez, mediante la valoración procedente, determine la tipicidad o atipicidad de la conducta, la suficiencia o insuficiencia de la prueba, la existencia o inexistencia del nexo causal entre la conducta y resultado y la capacidad de querer o entender del sujeto, para así establecer la culpabilidad o la inculpabilidad, la operancia o no de la prescripción o de alguna otra causa extintiva de la acción penal.”²³

Para el juzgador, la finalidad en el acto de decisión definitiva de la causa que se pone a su consideración es la de aplicar el Derecho sustantivo, es decir, determinar la existencia del delito y la responsabilidad del agente; como

²³ Barragán Salvatierra, op. cit. p. 502

atribución que le otorga el Estado en ejercicio de su derecho a castigar los delitos (*ius punendi*).

Por lo tanto, el fin último de la sentencia consiste en que el Juez valora el acervo probatorio aportado por el Agente del Ministerio Público y la defensa, conforme a lo dispuesto por el artículo 246 del Código de Procedimientos penales Para el Distrito Federal; el cual establece:

“ARTÍCULO 246. El Ministerio Público y la autoridad judicial apreciarán las pruebas, con sujeción a las reglas de este capítulo.”

De este modo, la autoridad jurisdiccional, resuelve en forma definitiva sobre los elementos de la conducta del agente, llegando al momento culminante de su función jurisdiccional. El acto de decisión.

La sentencia penal, constituye el punto de partida del problema planteado, pues el Juez resuelve la situación jurídica del procesado en diversos apartados, que más adelante serán estudiados; pero existe uno en particular que es de llamarse la atención, El apartado que impone una condena y el que otorga beneficios al sentenciado, los cuales para su obtención, es necesario que la sentencia pase a la autoridad de cosa juzgada.

1.6 CLASIFICACIÓN.

Colín Sánchez, clasifica a las sentencia con diversos criterios como son: “con base al momento procesal en que se dictan: interlocutorias y definitivas; por sus efectos: declarativas, constitutivas y de condena, y, por sus resultados: de condena y absolutorias.”²⁴

²⁴ Colín Sánchez, op. cit. p. 582.

Con base al primer criterio de clasificación encontramos la sentencia interlocutoria; a lo que referimos que la palabra interlocutoria proviene de *inter* y *locutio*, que significa decisión intermedia, según Cervantes, porque las sentencias interlocutorias se pronuncian entre el principio y fin del juicio.²⁵

En contrapunto la sentencia definitiva es aquella que resuelve el juicio en lo principal.

Respecto al segundo criterio de la clasificación antes mencionada, Ovalle Favela dice que quedando señalado “que los procesos de conocimiento pueden concluir de tres maneras: 1) con una sentencia que se limite a reconocer una relación o situación jurídica ya existente (*sentencia meramente declarativa*); 2) con una sentencia que constituya o modifique una situación o relación jurídica (*sentencia constitutiva*); o 3) con una sentencia que ordene una determinada conducta a alguna de las partes (*sentencia de condena*).”²⁶ En la materia que nos ocupa la sentencia de condena, es la resolución judicial que, sustentada en los fines específicos del proceso penal, afirma la existencia del delito y, tomando en cuenta el grado de responsabilidad de su autor, lo declara culpable, imponiéndole por ello una pena o una medida de seguridad.

Esta clasificación de las sentencias en meramente declarativas, constitutivas y de condena atiende a la *finalidad* perseguida con la sentencia. Las sentencias meramente declarativas tienen por objeto la pura declaración de la existencia de un derecho; entre este tipo de sentencias suele mencionarse a la sentencia absolutoria pues se limita a negar el derecho.

Las sentencias constitutivas son aquellas que crean, modifican o extinguen un estado jurídico.

²⁵ Citado por: Pallares, op. cit. p. 472

²⁶ Ovalle Favela, José. Derecho Procesal Civil. 2ª ed. Harla. México 1985.p. 173

Por lo que hace al tercer criterio de clasificación, debido a su importancia para el presente trabajo, lo trataremos en el siguiente punto.

Eduardo Pallares, da un criterio diverso a la clasificación de las sentencias, que a su juicio pueden ser:

“Definitivas, Las que resuelven el juicio en lo principal;

Interlocutorias, las que resuelven un incidente;

Firmes o ejecutorias, aquellas que no pueden ser modificadas por ningún recurso;

Sentencias Ordenatorias, las que resuelven alguna cuestión procesal (Carnelutti);

Decisorias, las que componen el litigio (Carnelutti);

Puramente declarativas, aquéllas en cuyo contenido se agota en una mera declaración;

Constitutivas, las que dan nacimiento a un nuevo estado de derecho;

De condena, las que imponen una obligación;

Condicionales, las que sujetan la condenación que pronuncian al cumplimiento de una condición, Carnelutti sostiene que la doctrina es uniforme en el sentido de negar la posibilidad jurídica de sentencias propiamente condicionales. Niega que tengan ese carácter las que constituyen o acierten una relación, independientemente de un evento futuro e incierto, contiene una disposición alternativa. La sentencia es condicional en el caso de que sus efectos se produzcan si la condición se realiza;

Sentencia parcial, las que no resuelven todas las cuestiones litigiosas aunque sean definitivas;

Declarativas, las que declaran un derecho o una relación jurídica preexistente a la sentencia;

Determinativas, es una especie de las constitutivas y también se llaman dispositivas. Chiovenda dice de ellas: una categoría de sentencias (Kisch) en aquéllas sentencias que no se limitan a declarar el deber de una prestación ya

existente y ni siquiera constituyen una nueva relación. Solamente fijan el contenido de una relación ya existente, por lo cual se les llama también sentencias determinativas o dispositivas. Tal cosa tiene lugar cuando la ley confía al arbitrio y decisión del Juez, inmediatamente o en sustitución de un tercero;

Sentencias resolutivas, las que declaran la nulidad de un acto jurídico. Chiovenda las considera como una especie de las constitutivas;

Sentencias de fondo, las que resuelven las cuestiones controvertidas;

Sentencias de forma, las concernientes al procedimiento.

Sentencias finales, las que concluyen el proceso, y lo pueden hacer de dos maneras: o bien, decidiendo la cuestión controvertida o una cuestión procesal material que haga imposible la continuación del proceso.”²⁷

1.7 EFECTOS DE LA SENTENCIA.

Los efectos sustanciales que produce la sentencia son la condenación o la absolución, a lo que conlleva efectos formales.

El efecto sustancial de la sentencia condenatoria según Colín Sánchez, repercute en el procedimiento y también en los sujetos de la relación procesal. En relación al procedimiento es lo siguiente. Termina la primera instancia e inicia la segunda, previa interposición del “recurso” correspondiente; en cuanto a los sujetos de la relación procesal se traduce en deberes para el Juez, derechos y obligaciones para el sentenciado y el defensor, derechos para el ofendido y deberes para los sujetos secundarios o auxiliares.

Para el Juez son deberes ineludibles: notificar la sentencia, conceder la libertad bajo caución cuando proceda, amonestar al autor del delito, y proveer todo lo necesario para el debido cumplimiento de lo resuelto.

²⁷ Pallares, op. cit. p. 465.

La notificación es un deber para el Juez y un derecho para el sentenciado, para el defensor y para el querellante. El Juez debe en este acto informar a las partes, sobre todo al autor del delito, del derecho a inconformarse con lo resuelto, en este aspecto el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, exige que las notificaciones se hagan personalmente al sentenciado.

“ARTÍCULO 87. Todas las notificaciones se harán personalmente al interesado, excepto en los casos expresamente consignados en este capítulo.”

La publicación especial de la sentencia, misma que es una especie de notificación pero que contrasta con ella, pues ésta únicamente se hace a las partes y a algunos terceros, y en la publicación especial de la sentencia, cuyo objeto es hacer del conocimiento de la generalidad de las personas el resultado del proceso.

Por otra parte, la sustitución de penas; constituye un derecho a favor del sentenciado y a la vez un imperativo para el Juez; en caso de que proceda. Estos requisitos para la sustitución se encuentran contemplados en los artículos 84 y 86 del Código Penal Para el Distrito Federal, mismos que disponen:

“ARTÍCULO 84. El Juez considerando lo dispuesto por el artículo 72 de éste Código, podrá sustituir la pena de prisión, en los términos siguientes:

- I. Por multa o trabajo en beneficio de la víctima o a favor de la comunidad, cuando no exceda de tres años; y
 - II. Por tratamiento en libertad o semilibertad, cuando no exceda de cinco años
- La equivalencia de la multa sustitutiva de la pena de prisión, será en razón de un día multa por uno de prisión, de acuerdo con las posibilidades económicas del sentenciado.”

Las condiciones para la procedencia de la sustitución, que constituyen un deber para el Juez y un derecho para el sentenciado, se encuentran contempladas en el artículo 86 del mismo ordenamiento, que dispone:

“ARTÍCULO 86. La sustitución de la sanción privativa de la libertad procederá, cuando se cubra la reparación del daño, pudiendo el juez fijar plazos para ello, de acuerdo a la situación económica del sentenciado.

La sustitución de la pena de prisión no podrá aplicarse por el juzgador, cuando se trate de un sujeto al que anteriormente se le hubiere condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio y cuando no proceda en los términos de las leyes respectivas, tratándose en una trasgresión en perjuicio de la hacienda pública.”

La amonestación; es un deber para el Juez y para el sentenciado. Consiste en hacer saber al sujeto de la gravedad y consecuencia del acto cometido, excitándolo a la enmienda y conminándolo a que no reincida, porque de ser así podría aplicársele una sanción mayor.

El Juez debe proveer los aspectos necesarios para el cumplimiento de la sentencia, como sucede cuando, informado el responsable sobre la pena del pago de multa, manifiesta el deseo inmediato de cubrir su importe, para cuyo fin el Juez librará oficio a Tesorería o según la competencia de que se trate, para que la dependencia correspondiente reciba el pago.

Los efectos sustanciales de la sentencia absolutoria se producen cuanto al procedimiento y en los sujetos de la relación procesal, mismos que entrañan deberes y derechos correlativos para el Juez, para las partes y para algunos terceros.

En cuanto al procedimiento los deberes son los siguientes: a) la negativa de la pretensión punitiva estatal, en obediencia a: 1) falta de prueba, b) deficiencia de éstas, c) existencia de las mismas, pero que impriman duda en el ánimo del juzgador, d) porque conduzcan a la plena comprobación de la inocencia del procesado y; b) termina la primera instancia e inicia la segunda, siempre sujeta a la impugnación de las partes.

La sentencia, en cuanto afirma una verdad formal, tiene efectos formales, pero sí esta verdad responde a la verdad real, se presume como tal; por eso, la sentencia como documento tiene carácter público, con sus naturales repercusiones cuando haya alcanzado el carácter de cosa juzgada.

El efecto más importante de la sentencia para con el procedimiento consiste en el fin de la instancia y con su conclusión deja a las partes en aptitud de interponer el recurso de apelación en contra de la resolución dictada por el juzgado, o en su caso, se eleva a la categoría de cosa juzgada al no interponer las partes recurso dentro del plazo expresado por la legislación adjetiva procesal.

De igual manera, impone efectos para las partes:

1. Al sentenciado. Al momento en que se dicta la resolución tiene la posibilidad de interponer el recurso de apelación en caso de ser afectados sus derechos, o bien, tener el carácter de “sentenciado”, al momento en que no se interpone recurso en tiempo y forma, y asimismo adquiere la seguridad jurídica que le otorga la sentencia al momento en que es protegido por el artículo 23 de La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece:

“ARTÍCULO 23. Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea

que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.”

Este artículo integra el principio **non bis in ídem**, que proscribe que alguien sea juzgado dos veces por un mismo hecho y que subyace en el artículo 23 de la Constitución Federal, o bien, la máxima de absolver en caso de duda, que a pesar de no estar reglamentado en la Constitución, se encuentra acogido en nuestra normatividad.

En ese sentido, non bis in ídem, es una frase latina que significa literalmente que no se debe repetir dos veces la misma cosa, y de acuerdo con el diccionario del Maestro Rafael de Pina Vara, el principio non bis in ídem, es la “expresión latina que niega la posibilidad legal de promover un nuevo juicio sobre una cuestión ya resuelta en otra anterior, o de sancionar dos veces una misma infracción de cualquier género”.²⁸

2. A la víctima. Cuando se le dicta sentencia condenatoria al reo, se encuentra en aptitud de que le sea reparado el daño causado.

1.7.1 SENTENCIA CONDENATORIA

Para que el Juez pueda dictar una sentencia condenatoria, dice Rivera Silva²⁹, se necesita comprobar previamente los siguientes elementos:”la tipicidad del acto, la imputabilidad del sujeto, la culpabilidad con que actúo (dolo o imprudencia), la ausencia de causas de justificación y la ausencia de excusas absolutorias.

²⁸ De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 23ª Ed. Porrúa, México 1996, p. 382.

²⁹ Rivera Silva, op. cit. p. 306.

Reunidos los elementos anteriores queda justificada la procedencia de la acción penal, o lo que es lo mismo, la existencia del derecho del Estado para que castigue al delincuente en un caso concreto.

Si las conclusiones del Ministerio Público señalan camino y límite para la condena, huelga decir que la sentencia condenatoria no puede ser por delito distinto al que se refieren las conclusiones, ni puede extenderse en la penalidad de los límites invocados también en las propias conclusiones.

En la sentencia condenatoria se presenta el capítulo de la reparación del daño, que tiene en nuestro Derecho el carácter de pena pública, cuando es exigida al delincuente.”

El artículo 42 del Código Penal Para el Distrito Federal, dispone:

“ARTÍCULO 42. La reparación del daño comprende, según la naturaleza del delito de que se trate.

I. El restablecimiento de las cosas en el estado en que se encontraban antes de cometerse el delito;

II. La restitución de la cosa obtenida por el delito, incluyendo sus frutos y accesorios y, si no fuese posible, el pago de su valor actualizado, si se trata de bienes fungibles, el juez podrá condenar a la entrega de un objeto igual al que fuese materia de delito sin necesidad de recurrir a prueba pericial;

III. La reparación del daño moral sufrido por la víctima o las personas con derecho a la reparación, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima,

IV. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados; y

V. El pago de salarios o percepciones correspondientes, cuando por lesiones se

cause incapacidad para trabajar en oficio, arte o profesión.”

La sentencia condenatoria es aquella que declara procedente una acción de condena, es decir, los dos conceptos, el de sentencia de condena y el de acción de condena son correlativos y no se puede entender uno sin comprender el otro. La acción de condena consiste en la determinación de una sanción al procesado como resultado de la autoría del delito por el que ha sido juzgado y la sentencia de condena consiste en la resolución formal del mismo concepto, es decir, la consideración del autor del delito por el que se ha juzgado al imputado.

La sentencia condenatoria constituye particular importancia para el presente trabajo, y en forma concreta la resolución condenatoria que impone una sanción privativa de libertad y que en otro apartado otorga al procesado sustitutivos penales.

Para que el Juez, se encuentre en aptitud de dictar sentencia condenatoria debe acreditar los extremos contemplados por el artículo 16 Constitucional, consistente en la procedencia del delito imputado al sujeto activo.

En concepto de Jiménez de Asúa, “el delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”.³⁰

Encontramos en la definición antes expuesta los elementos que se consideran en mayoría de los autores del delito, que son una conducta típica, antijurídica, culpable y punible.

³⁰Jiménez de Asúa, op. cit. p. 217.

1.7.2 SENTENCIA ABSOLUTORIA.

Para dictar sentencia absolutoria, dice Rivera Silva se debe dictar en los siguientes casos:

- I. “ Cuando hay plenitud probatoria, de que el hecho no constituye un ilícito penal;
- II. Cuando hay plenitud probatoria de que al sujeto no se le pueda imputar el hecho;
- III. Cuando hay plenitud probatoria de que el sujeto no es culpable;
- IV. Cuando está acreditada la existencia de un caso de justificación o de una excusa absolutoria;
- V. Cuando falta la comprobación de un elemento constitutivo del cuerpo del delito o pruebas suficientes que acrediten la plena responsabilidad.
- VI. En caso de duda.”³¹

En los cuatro primeros casos, no hay carencia de prueba, sino pruebas suficientes a la atipicidad del acto, de la inimputabilidad, de la falta de culpabilidad o de la presencia de una causa de justificación o excusa absolutoria.

En el quinto caso hay carencia de prueba: las aportadas no son suficientes para acreditar plenamente el cuerpo del delito o los elementos necesarios para la existencia de la responsabilidad; y en el caso de duda; por ejemplo cuando se tiene igual número de elementos para negar o afirmar, es cuando se presenta la duda, en cuanto que no se puede inclinar el juzgador hacia los elementos de negación o los de afirmación. Por tanto, el juzgador deberá absolver al acusado conforme a lo dispuesto por el artículo 247 de la ley adjetiva penal para el Distrito Federal, que a la letra establece:

³¹ Rivera Silva, op. cit. p. 308

“ARTÍCULO 247. En caso de duda debe absolverse.”

La sentencia absolutoria esencialmente es la falta de procedencia de la acción penal. En estos casos, hubo acción procesal penal porque el Ministerio Público estimó que podría existir acción penal (derecho de castigar en concreto) y la sentencia absolutoria, lo único que determina, es que tal derecho, o no existe, o no está debidamente acreditado.

Dentro de las sentencias absolutorias no se contemplan en nuestro derecho, la que absuelve de la instancia, por estar prohibido, según se establece por el artículo 23 de La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que impone:

“ARTÍCULO 23. Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.”

En la absolución de la instancia ni se absolvía ni se condenaba, quedando abierta la posibilidad de la iniciación de un nuevo procedimiento.

1.8 SENTENCIA EJECUTORIADA.

García Ramírez, dice que la firmeza de la resolución judicial deriva del valor de cosa juzgada; la cosa juzgada tiende a evitar la incertidumbre y a conservar, con ello, la seguridad jurídica, valor fundamental del orden normativo. En rigor, hay cosa juzgada porque se presume la existencia de una “verdad legal”, inacabable, indiscutible, contenida en el pronunciamiento judicial; una vez que éste queda sustraído de la posibilidad de impugnación: Así la última determinación de fondo de la escala jurisdiccional contiene dicha verdad legal.

Una sentencia es formalmente firme cuando no puede ser objeto de impugnaciones con los recursos ordinarios. En este sentido, los efectos son ejecutivos y preclusivos. La cosa juzgada formal significa la imposibilidad de impugnación de la sentencia recaída en un proceso, bien porque no exista recurso contra ella, bien porque se haya dejado transcurrir el término señalado para interponerlo. (Preclusión). Por lo que toca a la cosa juzgada material, trasciende a un proceso posterior sobre el mismo objeto de disputa. Aquí la función de la sentencia es negativa (*ne bis in idem*). Desde luego, esta trascendencia se haya vinculada a una serie de identidades entre el proceso cerrado por sentencia y el que, de nueva cuenta se pretende abrir. En cuanto a la identidad de hechos, lo que en un proceso ha sido objeto de comprobación en el aspecto objetivo, después de la conclusión del proceso por sentencia firme, no puede ser objeto de pronunciamiento en otro proceso. Procesalmente, la condena firme comprende el hecho en su totalidad, en todas sus formas de apariciones jurídicas y objetivas.

Cuenta la cosa juzgada con límites en orden al objeto y a los sujetos. Los límites atinentes al objeto u objetivos se traducen en obstáculo para la aparición de nuevos procesos sobre el mismo tema fallado en el juicio donde la cosa juzgada se produjo. En la norma penal las sentencias poseen eficacia frente a todos, estos, es *erga omnes*.

Habida cuenta de la definición de cosa juzgada en sentido material, cabría preguntarse si se presenta en materia penal. Al respecto, conviene considerar que según el artículo 22 fracción segunda de la Ley de Amparo: puede interponerse en cualquier tiempo la demanda de amparo; (contrariamente al plazo señalado, como regla por el artículo 21), cuando se trate de actos que importen privación de la vida, ataques a la libertad personal, deportación, destierro, cualquiera de los prohibidos por el artículo 22 Constitucional. En sentido de lo anterior, en materia penal siempre queda abierta la posibilidad de

la interposición del juicio de amparo en contra de la sentencia condenatoria penal.³²

Arilla Bas, piensa que hay cosa juzgada cuando la sentencia causa ejecutoria, es decir, adquiere aptitud para ser ejecutada.³³

La cosa juzgada alcanza el rango de garantía de seguridad jurídica, consagrada en el artículo 23 Constitucional. Hay que diferenciar la sentencia definitiva de la ejecutoriada, La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en una resolución publicada en la página 285 del tomo XXXIV del Semanario Judicial de la Federación, ha establecido que “por sentencia definitiva en materia penal, debe entenderse la que resuelve el proceso y la ejecutoriada, es aquella que no admite recurso alguno, sin embargo el artículo 46 de la Ley de amparo dispone:

“ARTÍCULO 46. Para los efectos del artículo 44, se entenderán por sentencias definitivas las que decidan el juicio en lo principal, y respecto de las cuales las leyes comunes no concedan ningún recurso ordinario por virtud del cual puedan ser modificadas o revocadas.”

Por lo que, la ley de amparo parece confundir la sentencia definitiva con la ejecutoriada.

El Código de Procedimientos Penales Para el Distrito Federal, establece respecto de la sentencia ejecutoriada lo siguiente:

“ARTÍCULO 443. Son irrevocables y por tanto causan ejecutoria:

I. Las sentencias pronunciadas en primera instancia, cuando se hayan consentido expresamente, o cuando expirado el término

³²Cfr. García Ramírez, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. Porrúa. México, 1989. p. 514.

³³ Arilla Bas, op. cit. p. 205.

que la ley fija para interponer algún recurso, no se haya interpuesto; y
 II. Las sentencias de segunda instancia y aquéllas contra las cuales no concede la ley recurso alguno.”

De la redacción del artículo anterior, se deviene una dificultad para el problema planteado, lo que es, el consentimiento. ¿El sentenciado al acogerse a los beneficios que otorga una sentencia condenatoria penal, estará otorgando su consentimiento de manera expresa a lo dictado por la resolución?; a lo que se sostiene que NO; el motivo, es porque la resolución que le está imponiendo una sanción privativa de libertad y que le ofrece medios para obtener su libertad personal; esto le ocasiona una alternativa al sentenciado de obtener su libertad, Y COMO LA LIBERTAD PERSONAL CONSTITUYE UN BIEN JURÍDICO DE ALTÍSIMO VALOR, el sentenciado se acoge a los beneficios, sin que esto quiera decir que el ajusticiado acepte su culpabilidad en la comisión del delito por el que se le sentenció.

Por su parte, La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el criterio siguiente:

“AMPARO DIRECTO EN MATERIA PENAL. CUANDO EL QUEJOSO MANIFIESTA SU VOLUNTAD DE ACOGERSE A LOS BENEFICIOS DE LA CONDENA CONDICIONAL O SUSTITUCIÓN O CONMUTACIÓN O SUSPENSIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD IMPUESTA EN LA SENTENCIA DEFINITIVA, IMPLICA SU CONSENTIMIENTO EXPRESO PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO.

Cuando el quejoso se acoge a los beneficios de la condena condicional o sustitución o conmutación o suspensión de la pena privativa de libertad, ya sea que se hayan concedido de oficio, o que así los haya solicitado, ello se traduce en el consentimiento expreso de la

sentencia reclamada, y, en consecuencia, se actualiza la causa de improcedencia prevista en el artículo 73, fracción XI, de la Ley de Amparo. De esta manera, se evita que el quejoso acuda al juicio de garantías desconociendo los efectos derivados de la aceptación que exteriorizó libre y espontáneamente con arreglo a la sentencia reclamada.

1a./J. 181/2005

Contradicción de tesis 110/2005-PS. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito y Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito. 16 de noviembre de 2005. Mayoría de tres votos. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz.

Tesis de jurisprudencia 181/2005. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha treinta de noviembre de dos mil cinco.

Instancia: Primera Sala. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXIII, Enero de 2006. Pág. 73. **Tesis de Jurisprudencia.”**

A lo cual se insiste que de ninguna manera se puede decir que el sentenciado puede exteriorizar su voluntad de manera libre, por lo tanto, no se otorga el consentimiento de forma expresa, ya que se encuentra coaccionado por la propia resolución, en cierta manera conminado a aceptar su responsabilidad para poder acogerse a los beneficios que le otorga la resolución y así obtener su libertad; se encuentra ante la interrogante de que sería lo más importante; obtener su libertad de manera pronta o ejercer su derecho de defensa hasta la última instancia posible en el procedimiento que es acudir al juicio de Amparo. Se considera que debe prevalecer el segundo supuesto, pues se trata de una garantía Constitucional la adecuada defensa.

Ahora bien, la forma de exteriorizar la voluntad, es decir el consentimiento, se divide en consentimiento expreso y tácito³⁴, pero en materia penal no se puede dar el consentimiento tácito, y menos tratándose de una sentencia condenatoria penal, no se puede aceptar tácitamente una resolución condenatoria al momento de acogerse a los beneficios otorgados, pues se trata de la libertad personal; y por lo tanto, se debe poder atacar otra parte de la resolución, como es la sanción, esto es, la procedencia de recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva.

Por su parte, nuestro máximo tribunal en materia de consentimiento (por lo que hace al tácito del sentenciado), sostiene lo siguiente:

“AMPARO DIRECTO EN MATERIA PENAL. CUANDO EL DEFENSOR SOCIAL DEL SENTENCIADO SOLICITA LOS BENEFICIOS DE LA CONMUTACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD IMPUESTA EN LA SENTENCIA DEFINITIVA Y ÉSTE NO SE OPONE, ELLO IMPLICA SU CONSENTIMIENTO TÁCITO PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DE AQUÉL.

Conforme a la fracción XI del artículo 73 de la Ley de Amparo, el juicio de garantías es improcedente contra actos consentidos expresamente o por manifestaciones de voluntad que entrañen ese consentimiento; de ahí que si el defensor social del sentenciado solicita los beneficios de la conmutación de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia definitiva a su defenso -quejoso- y éste no se opone a tal conmutación, sino que externa hechos o actos que impliquen su consentimiento, ello se traduce en la aceptación de dicha sentencia y, por tanto, se actualiza la causal de improcedencia referida,

³⁴ El Código Civil para el Distrito Federal, nos da una división de la forma de exteriorizar la voluntad, el cual dispone: “ARTÍCULO 1803.- El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo....”

pues independientemente de que el beneficio lo haya solicitado su defensor, es evidente que el no expresar su inconformidad constituye su consentimiento tácito.

1a./J. 34/2008

Contradicción de tesis 130/2007-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Segundo, ambos en Materia Penal del Sexto Circuito. 12 de marzo de 2008. Mayoría de tres votos. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretario: Gustavo Ruiz Padilla.

Tesis de jurisprudencia 34/2008. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintiséis de marzo de dos mil ocho.

Instancia: Primera Sala. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXVIII, Julio de 2008. Pág. 48. **Tesis de Jurisprudencia.”**

Con independencia (aunado a que existen diversos), mismos que serán tratados en el capítulo cuatro) del criterio de la corte, se considera que el sentenciado al momento de solicitar los beneficios que le fueron impuestos como medio de sustitución de la pena privativa de libertad, de ninguna manera expresa su consentimiento (expreso o tácito), pues se encuentra privado de la libertad de manera cautelar y por lo tanto su consentimiento se encuentra viciado pues no es expresado de manera libre.

CAPÍTULO 2

LA PENA

2.1 CONCEPTO.

La pena constituye el medio por el cual el Estado castiga los delitos (determinados por la norma jurídica) cometidos por los gobernados; dice Malo Camacho que “el concepto de pena guarda relación con las características del *ius punendi*, del Estado, en cuanto facultad derivada de su soberanía, la cual fundamenta y da sentido a la coercibilidad del Derecho y cuyos límites aparecen definidos en la Constitución.

Por coerción se entiende la acción de contener, de reprimir, implica el ejercicio del poder.

Por coerción jurídico penal se entiende la característica que singulariza al Derecho Penal como una de las manifestaciones de la potestad punitiva del Estado.”¹

La manifestación más típica del orden jurídico es precisamente la “coercibilidad” de la norma jurídica y, en el caso del Derecho Penal, implica, “punibilidad”. La punibilidad penal, así, es la característica fundamental de la norma jurídica penal y, precisamente, la facultad punitiva del Estado o *ius punendi* que constituye una de las manifestaciones más claras y evidentes de la soberanía del Estado.

Para Carrara, la pena es “un mal inflingido por los Magistrados, conforme a la Ley del Estado, a aquéllos que han sido reconocidos, en debida forma, culpables de un delito”. Para Mezger “la pena es retribución, esto es, una

¹ Malo Camacho, Gustavo. Derecho Penal Mexicano, Porrúa, México 1997. p. 586.

privación de bienes jurídicos que recae sobre el autor con arreglo al acto culpable”. Lo llama también “imposición de un mal adecuado al acto”. Lo esencial de estas definiciones es señalar que la pena, es consecuencia jurídica del delito, es un mal, un sufrimiento que debe soportar el culpable. Para los positivistas “la pena es el tratamiento al cual somete el Estado a los que han cometido un delito y resultan socialmente peligrosos. Dentro de este orden de ideas, resultaría frecuentemente que por la naturaleza misma de las cosas, la pena sería aflictiva para el delincuente que la sufre, pero esta aflictividad de la pena no es un requisito esencial e indispensable de ella, pues que no lo exige la defensa y la prevención para las que debe servir la pena.”²

Por su parte, Maggiore, considera que el principio de retribución es el que mejor expresa el contenido y la función de la pena, por lo cual esta puede definirse como “un mal conminado o infligido al reo, dentro de las formas legales, como retribución del mal del delito, para reintegrar el orden jurídico injuriado.”³

Derecho Penal y retribución son términos inseparables, lo que no lleva los signos característicos de la retribución, no es pena, ni debe ser llamado pena.

De la definición de pena se pueden deducir sus caracteres fundamentales. Debe ser pues:

1) Un mal, es decir, un sufrimiento, un dolor para el reo; mal positivo: un dolor; mal negativo: privación de un goce. La pena debe ser *aflictiva*; si no lo fuera, no habría diferencia entre premio y castigo. Aquí se ve clara la diferencia de la teoría correctiva, que, al señalarle a la pena una función pedagógica, se dirige a despojarla de todo carácter aflictivo. La pena debe herir, no curar al

² Citados por: Abarca, Ricardo. El Derecho Penal en México, ed. Ius, México 1941. p.381

³ Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal, Volumen II El Delito, La Pena, Medidas de Seguridad y Sanciones Civiles. 2ª. Ed. Temis, Bogotá 1989, p.263.

condenado; es propio del resarcimiento el sanar una herida sin causar otra. La pena no es curación, sino coacción contra el culpable.

2) Un mal conminado o infligido. Un mal solamente conminado, sin ser infligido, no es pena. Por otro lado, la conminación debe ser eficaz. Para ello es preciso que la pena sea cierta e irredimible.

3) Un mal infligido a título de retribución. El mal no debe ser ejercido por capricho, por crueldad o por venganza, sino como justa compensación de otro mal injusto que se ha causado. Sin retribución no hay pena. Esto implica que la pena sea proporcionada al delito; toda deficiencia es debilidad, y es crueldad todo exceso; la uno y lo otro, tomados separadamente, son injusticia. Las penas excesivas son tan maléficas como las penas no idóneas.

4) Retribución del mal de un delito. Es decir, es necesario un delito que retribuir, y por lo tanto, debe existir un nexo causal entre la pena y el delito. Dicho delito debe ser ya realizado, no futuro, inminente o presente, sino pasado; *punitur quia peccatum est* (porque pecó se le castiga), si faltare este elemento, podrá haber reacción defensiva, pero no retributiva; habrá prevención *punitur ne peccetur* (se le castiga para que no peque). Pero no represión ni pena. La prevención es ciertamente una defensa contra el delito, pero no tiene que ver con la pena, que es sólo represiva, no preventiva. Todo lo que tiene que ver con la defensa, la prevención, la intimidación, pertenece al derecho administrativo, no al Derecho Penal propiamente dicho.

5) Un mal infligido por el ordenamiento jurídico dentro de las normas legales. Esto es, que la pena no sólo debe ser establecida por las leyes, sino que sin ser confiada al arbitrio, deben infligirla órganos jurisdiccionales expresamente delegados por la ley.

6) La pena debe reintegrar el orden jurídico injuriado. Este efecto debe ser alcanzado, no sólo con la acción de la pena sobre la conciencia del reo, sino

en el mundo exterior, con la ejemplaridad y la publicidad del castigo; de modo que ante la conciencia colectiva aparezca reintegrado el ordenamiento injuriado.

De los caracteres positivos de la pena se deducen, por contraste, sus caracteres negativos. No es ni debe ser la pena:

1) Un simple medio de corrección y de educación moral. La pena hiere y castiga, no tiene el fin único de mejorar y enmendar al delincuente. No se niega que pueda conseguir este efecto, pero es un efecto indirecto y secundario, más la pena se propone un solo fin: que el reo expíe su delito. Si se corrige tanto mejor; pero la corrección no debe ser nunca el motivo principal del castigo.

2) Un medio de prevención. Sin duda hay que prevenir la delincuencia; pero la pena siempre llega demasiado tarde para ello. A este fin se encaminan las medidas de policía y las medidas administrativas de seguridad. Tales medidas miran solo al mañana, y se preocupan de la delincuencia futura; las penas contemplan el ayer y quieren que el reo sufra tanto como ha pecado.

3) Un resarcimiento del daño: La pena hiere y no siempre sana, al devolver mal por mal; el resarcimiento sana y repara; no produce un nuevo mal, sino que anula o alivia el ya producido. La pena tiene un fin público y corresponde al Estado; el resarcimiento tiene un fin privado, y corresponde a la persona privada.⁴

2.2 NATURALEZA JURÍDICA.

La palabra “pena” (del latín *poena* y del griego *poiné*) denota el dolor físico y moral que se impone al trasgresor de una ley. Esta noción puede precisarse más, pero ya contiene lo necesario para definir la pena desde el punto de vista jurídico, es decir, el elemento de la “sanción”.

⁴ *Ibidem*, p. 267.

Jurídicamente, la pena no es sino la sanción característica de aquélla trasgresión llamada delito.

La sanción por su parte, en sentido estricto, es el mal que sigue a la inobservancia de una norma; en general, el concepto de sanción es correlativo al de acción, y de acción voluntaria es una reacción del orden jurídico, cumplido o violado, que se enfrenta a la acción, y por esto va unida al presupuesto del mérito y la culpa.

Todas las sanciones jurídicas implican una cierta coerción, pero la pena es la forma de coerción más intensa que la ley conmina por su violación, cuando todas las demás sanciones serían insuficientes.

Obra la pena en dos momentos; el de conminación y el de la ejecución. La ley conmina en abstracto “erga omnes” y el Juez inflige en concreto. Solo al ser inflingida produce todos sus efectos, que consisten en ocasionar algún sufrimiento al reo, a causa de su infracción del orden jurídico y para restauración de este.

En sentido jurídico dice Maggiore “la pena es una sanción personalmente coercitiva, que se conmina y se inflige al autor de un delito.”⁵

En esta tesitura, la pena es la sanción impuesta por el Estado a través de los Jueces al culpable de un delito, con arreglo a la legislación vigente al tiempo de su comisión.

⁵ *Ibidem.* p. 229.

2.3 FUNDAMENTO.

Tiene como sustento legal lo dispuesto por el artículo primer párrafo del artículo 21 Constitucional, mismo que establece:

“ARTÍCULO 21. La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de ésta función.

El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial.

La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial...”

La determinación constitucional limita el derecho subjetivo del Estado a castigar (*ius punendi*) a la autoridad judicial.

De manera teórica, la pena se fundamenta según la teoría de la cual se origina, Maggiore los divide en:

Teorías escépticas. Son las teorías que impugnan la legitimidad del derecho de castigar. Esta teoría niega el derecho del Estado a condenar a los delincuentes; proviene no de criminalistas ni de juristas, sino de filósofos, sociólogos y artistas.

Teoría de la defensa. Esta teoría conduce directamente a la teoría de la responsabilidad social o legal. Cuando se trata de defenderse, es inútil indagar si tenemos delante un responsable o un irresponsable. Todos los seres son iguales ante el derecho de defensa, y la defensa preventiva vale lo mismo que la represiva, como una reacción material contra una acción material. El Estado castiga al delincuente, no porque tenga que defenderse de éste, sino porque el

delincuente, con su acción criminosa, desobedece a las leyes del Estado, lo hiere en su dignidad y autoridad, y falta al deber de serle fiel.

Teoría de la enmienda. Entre las teorías espiritualistas se cuenta la teoría correccional o de la enmienda, que ve en la pena un medio para reeducar y redimir moralmente al delincuente pervertido por el delito. Del jurisconsulto PAULO es la máxima *poena constituitur in emendationem hominum* (la pena se ha constituido para la enmienda de los hombres). Carrara por su parte opina que la enmienda del reo es el único fundamento de la pena “no castigar, sino corregir,”⁶ rechazando las teorías de la expiación y de la venganza.

Teoría de la retribución. En su manifestación más común, se expresa con la fórmula “al bien, le sigue el bien y al mal, el mal.” Esa doctrina se presenta de las siguientes formas: como retribución divina, como retribución moral y finalmente como retribución jurídica. Esta finalmente liga el fenómeno de la pena al orden universal y expresa el punto de contacto entre la justicia humana y la divina; considera bajo una apreciación ética al derecho punitivo y establece la máxima “no hay pena sin culpa”; toma el origen psicológico de este derecho como resentimiento y reacción de la conciencia humana ante el delito, resentimiento que lleva a recompensar mal por mal, desde las formas primitivas de la venganza individual hasta las formas progresivas de la retribución que en el orden social se hace válida; permite que la pena se distinga de todas las demás medidas de preservación contra el delito, de carácter no penal; es una fórmula que contiene a todas las otras, sin estar contenida en ninguna. La retribución o expiación, en cuanto hace que retornen al hombre las consecuencias de su delito, lo reduce y redime (teoría de la corrección); en cuanto niega el delito con la retribución de un mal igual, reafirma, y por lo mismo ampara del mejor modo posible, el orden social y jurídico (teoría de la defensa). La pena debe aplicarse, en cada caso concreto, según la ley del talión, no como igualdad material, sino como equivalencia de fuerza moral entre delito y castigo.

⁶ Cfr. Carrara, Francesco. Derecho Penal. Harla. México 1993. p. 63.

“Se puede afirmar que la concepción absoluta de la pena más clásica es la formulada por Kant a los 73 años en *Metaphysik der Sitten* (1797), obra publicada al tiempo que abandonaba la cátedra por su avanzada edad. Para contextualizar correctamente la posición de Kant hay que tener en cuenta que en esta obra sobre la moralidad se refería a un estado ideal atemporal –una república moral-. En ese ámbito entiende que la pena debería ser igual al delito (*ius talionis*), para ser justa. El delincuente se merece el mismo mal que ha causado. El talión representa la idea de retribución circunscrita al mismo mal que se ha causado.

Como punto de partida de su argumentación, Kant considera que la pena no puede ser entendida en una línea utilitarista como un medio para promover otro bien, sea éste que el autor no vuelva a delinquir (prevención especial), o que sean otros miembros de la sociedad los que no vuelvan a delinquir (prevención general). Es necesario siempre que la pena se imponga al delincuente sólo por una razón: porque ha delinquido y por eso se merece la pena. Si el hombre es manipulado como un simple medio para otros fines, se le estará tratando como una cosa. El hombre es un fin en sí mismo que no puede ser utilizado para otros fines. Esta es la diferencia esencial entre personas y cosas.”⁷

Carrara trata el origen histórico de la pena que es la venganza del ofendido; más tarde se invoca a la divinidad como si fuera en su contra todo delito y entonces la pena toma el carácter de venganza divina; finalmente la humanidad adquiere el concepto de Estado, en cuyo nombre se impone la pena, como venganza pública: La pena es un hecho social que aparece desde el principio de la humanidad y desde entonces han tratado de justificarla los pensadores levantándola del concepto de venganza. Los positivistas encontraron el origen en la necesidad de la defensa social; la pena es una reacción natural de la

⁷ Citado por: Feijoo Sánchez, Bernardo. *Retribución y Prevención General*. B de f, Buenos Aires. 2007. p. 71

sociedad contra el delincuente. La técnica moderna fundamenta la pena por la necesidad de ella para la conservación del orden jurídico.⁸

En el derecho, la pena se fundamenta según Malo Camacho, en los principios constitucionales que delimitan la facultad punitiva del Estado y los agrupa en:

Principio de legalidad. Esto es, *nullum crimen, nulla poena sine lege* (no hay crimen, no hay pena sin ley), principio que trasciende al campo de la pena, en el similar sentido de que no hay pena sin ley que la prevenga.

El alcance del principio de legalidad aparece establecido en el artículo 14 constitucional, específicamente en el párrafo tercero que expresamente refiere “en los juicios del orden criminal queda prohibido 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.”

Tal disposición se complementa con lo establecido en el título Tercero, Capítulo I, del Código Penal para el Distrito Federal, relativo a las penas y medidas de seguridad. Los capítulos I a XIII del propio Título Tercero, en los artículos 30 al 69, regulan el contenido de cada una de las penas y medidas de seguridad contempladas por el Código Penal para el Distrito Federal.

Principio de la necesidad de la pena. Determinada la legalidad de la punibilidad ante la presencia de sus presupuestos, y en función de ello, conformado el merecimiento de la pena, queda por determinar la necesidad de la pena y, como parte fundamental de su contenido, los principios de la *extrema ratio* y de la proporcionalidad de la pena.

⁸ Abarca, op. cit. p. 382

En relación con el principio *extrema ratio*, como apuntado, se observa que el Derecho Penal debe intervenir solo cuando resulte ser indispensable y no exista otra forma de regulación jurídica que resulte ser suficientemente eficaz para atender la situación de conflicto y, por lo mismo se afirma que el Derecho Penal es el extremo último de intervención a que debe de recurrir el Estado en la fijación de las bases de la convivencia. En el mismo sentido, es necesario también que la salvaguarda de los bienes jurídicos, que exige de su protección a través de la pena, siendo insuficientes otro tipo de respuestas sociales.

El principio de la necesidad de la pena, permite, así, el entendimiento de un sistema punitivo, que lo mismo implica discrecionalidad para el juzgador, en la fijación de la pena, dentro de los límites mínimo y máximo del intervalo de punibilidad en los tipos delictivos de que se trate, lo que naturalmente se relaciona con el principio de proporcionalidad de la pena, en el sentido de que esta debe ser proporcional al grado del injusto y de la culpabilidad del agente.

El principio de proporcionalidad significa que las penas deben guardar relación con el bien jurídico afectado; con mayor precisión, implica no una idea de proporcionalidad abstracta que sostenga la sola relación con el grado de lo injusto, o sea la gravedad del delito de que se trate; sino también, con el grado de culpabilidad del agente, entendida ésta, como la personal y concreta responsabilidad del individuo en la comisión de un injusto, responsabilidad que a su vez está determinada por los ámbitos de la imputabilidad, de la comprensión de la antijuridicidad del hecho, y la no exigibilidad de otra conducta al autor, que son los ámbitos que motiva el reproche, determinando su grado.

Principio de la readaptación social. Se enuncia afirmando la idea de que la pena debe estar invariablemente orientada a procurar fines correctivos que en su conjunto se concretan en el objetivo de reincorporación social útil de la persona y, por ello, aparece relacionada con la idea de la pena prevención social.

La pena debe ser impuesta por la autoridad judicial; este principio lo encontramos en los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución; pero especialmente en el artículo 21 que establece: “la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial”: la autoridad judicial no puede imponer penas, sino mediante juicio en que se contemplen todas las formalidades del procedimiento, detalladas en sus principios en el artículo 20 de la misma Constitución, la pena deja de ser una violencia para convertirse en una sanción justa impuesta al delincuente que ha sido juzgado conforme a Derecho y condenado.

Principio de incolumidad de la persona o principio de humanidad. Significa que la pena impuesta no puede afectar al sujeto en su dignidad, ni dejar de reconocer su carácter de ente social. En este sentido queda enmarcado el alcance del artículo 22 de La Constitución, cuando prohíbe las penas de mutilación, infamia, marca, azotes, palos, tormento, multa excesiva, confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales, es decir, no usuales o que en su ejecución va más allá de la persona a quienes se impone, afectando a terceros.

Se puede agregar un principio más, a los enunciados anteriormente que es el principio de certeza; esto es, que las penas deben ser compurgadas en lugares distintos y separados a las que tienen lugar la prisión preventiva, esto encuentra su fundamento legal en lo dispuesto por el artículo 18 constitucional que dispone en lo referente “sólo por el delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.”⁹

Encontrándose reglamentado el principio antes señalado en la ley de Ejecución de Sanciones Penales, en sus artículos 25 y 26, que disponen:

⁹ Malo Camacho, op. cit. p. 586

“Artículo 25. En las instituciones preventivas sólo se recluirá a indiciados, procesados y reclamados.

Artículo 26. En las instituciones para la ejecución de sanciones penales sólo se recluirá a los sentenciados ejecutoriados, de acuerdo con la asignación que determine la Secretaría de Gobierno.”

Se le denomina certeza porque la pena sólo puede ser compurgada como lo menciona el artículo anterior por sentenciados ejecutoriados, es decir, por aquéllos que tengan sentencia firme y no pueda interponerse ningún recurso.

Acerca de la prisión preventiva dice García Ramírez que dado el carácter personal y la prolongada duración de la preventiva, la misma sirve a ciertos propósitos que no podrían ser alcanzados con las medidas reales ni asegurados con la precaria detención. “*Vidal* entiende que la preventiva sirve para impedir la fuga y poner al inculcado a disposición del Juez, evitando que haga desaparecer las pruebas, advierta a sus cómplices, soborne o influencie a los testigos, haga estériles las pesquisas y oculte el peligro del delito. Para *Florian*, la preventiva se orienta en la senda de dos propósitos: seguridad de la persona y garantía de la prueba. *Fenech* estima que los objetivos de la citada medida son: asegurar los fines del proceso y garantizar la eventual ejecución de la pena. *Pisapia* indica que a partir de su aparición en Roma y en el derecho medieval hasta nuestros días, las funciones de la prisión preventiva han sufrido una evolución que permite advertir en ella los siguientes planos sucesivos: garantía para la ejecución de la pena, aflicción con carácter de ejecución anticipada de aquélla o para efectos ejemplares, coerción procesal encaminada a asegurar la presencia del imputado en el proceso, y prevención inmediata de la perpetración de delitos por parte del o contra el propio inculcado.”¹⁰

¹⁰ Citados por: García Ramírez, Curso de Derecho Procesal Penal. op. cit. p. 401.

El objeto de la prisión preventiva explicado por los autores mencionados anteriormente, consiste en garantizar la prueba y asegurar la ejecución de la sentencia condenatoria. Ahora bien, estos elementos que justifican la prisión preventiva se ven superados al momento de dictar sentencia condenatoria analizada en este trabajo; pues la etapa procesal de instrucción en la que el Juez recibe y valora las probanzas ofrecidas por las partes ya ha pasado y el sentenciado ha obtenido un beneficio en la sentencia, por lo tanto, se asegura su ejecución; por lo que la prisión preventiva deja de ser idónea aún al extremo de que el agente del Ministerio Público interponga el recurso de apelación pues como se mencionó; la finalidad de la prisión preventiva ya se consiguió.

El fundamento de la pena, sigue los principios de las teorías expuestas anteriormente como son: la prevención general, la retribución y la mal lograda readaptación del sentenciado.

2.4 FINALIDAD.

En cuanto al fin de la pena, Carrara explica que “no consiste en que se cumpla la justicia, ni en que el ofendido sea vengado, ni el que el daño sufrido por él sea reparado, ni el que los ciudadanos sean intimidados, ni en que el culpable expie su falta, ni el que se obtenga su enmienda; todas estas cosas pueden ser consecuencias accesorias de la pena y algunas de ellas pueden ser deseables, pero la pena sería un acto inatacable aún cuando todos estos resultados faltaran. El fin principal de la pena es el restablecimiento del orden externo de la sociedad. El peligro de la víctima ha pasado; puesto que se ha convertido en un mal efectivo, pero el peligro de todos los ciudadanos es ahora presente, el peligro de que el culpable si se le deja impune, renueve contra otros su hazaña, y el peligro de que otras personas estimuladas por el mal ejemplo se propongan a su vez violar la ley”.¹¹ De aquí deduce que la idea del restablecimiento implica la corrección del culpable, la confortación de los buenos

¹¹ Citado por: Abarca, op. cit. p. 383.

y la advertencia a los que están inclinados al mal. Para lograr estos fines, la pena está dotada de dos fuerzas: la fuerza física subjetiva que son los actos materiales del mal que se impone al culpable (sanción), y la fuerza física objetiva que es el sufrimiento causado (ejecución de la sanción); y por otra parte, la fuerza moral subjetiva que es la conciencia de la legitimidad y justicia de la pena impuesta por sentencia y la fuerza moral objetiva que es el resultado moral de la pena, consistente en tranquilizar a los hombres honrados y reprimir a los malos.

Mezger, atribuye a la pena un fin de prevención general; porque la pena requiere eficacia sobre la colectividad; lo que se deduce del hecho de que la base criminal es un fenómeno común a todas las personas; todos pueden ser delincuentes porque en todos hay una criminalidad latente y es necesario que la pena contrarreste estas inclinaciones, de manera que la pena tiene un fin pedagógico social. También le atribuye un fin de prevención especial para evitar que el delincuente cometa futuros delitos; reconoce que los delincuentes menos peligrosos pueden ser “inocuidados”; finalmente, proclama el mérito de las escuelas modernas del Derecho Penal por la importancia que reconocen a los “medios de prevención especial”, principalmente, con las Instituciones del Derecho Penal de los jóvenes, con los medios de sustitución de las penas cortas de prisión, etc. En último término, atribuye a la pena un fin humanitario de respeto a la personalidad del delincuente.¹²

Los fines de la pena según Villalobos, son como fines últimos la justicia y la defensa social; pero como mecanismo para su eficacia o como fines inmediatos, debe ser:

a) *Intimidatoria*. Sin lo cual no sería un contramotivo capaz de prevenir el delito.

¹² Citado por: Abarca, op. cit. p. 385.

b) *Ejemplar*. Para que no sólo exista una conminación teórica en los códigos sino que todo sujeto virtualmente pueda ser un delincuente, advierta que la amenaza es efectiva y real.

c) *Correctiva*. No sólo porque siendo una pena debe hacer reflexionar sobre el delito que la ocasiona y constituir una experiencia educativa y saludable, sino porque cuando afecte la libertad se aproveche el tiempo de su duración para llevar a efecto los tratamientos de enseñanza, curativos o reformativos que en todo sujeto resulten indicados para prevenir la reincidencia.

d) *Eliminatoria*. Temporalmente, mientras que se crea lograr la enmienda del penado y suprimir su peligrosidad; o perpetuamente si se trata de sujetos incorregibles.

e) *Justa*. Porque si el orden social que se trata de mantener descansa en la justicia, ésta da vida a todo medio correctivo y sería absurdo defender la justicia misma mediante injusticias; pero además, porque no se logrará la paz pública sin dar satisfacción a los individuos, a las familias y a la sociedad ofendidos por el delito, ni se evitarán de otra manera las venganzas que renacerían ante la falta de castigo.¹³

La finalidad de la pena según su objetivo, tiene que ver con la forma con que se analice con respecto a la Teoría de la Pena, esto es, conforme a la teoría adoptada es como se desprende su finalidad. Por ejemplo, la Teoría Absolutista de la pena la vislumbra como un fin en sí mismo, la pena es sólo la consecuencia de la hipótesis normativa (retribucionismo); las teorías relativistas ven a la pena como un medio para la realización del fin utilitario de la prevención

¹³ Cfr. Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, 5ª ed. Porrúa, México 1990. p. 523

de los futuros delitos (prevencionismo) y las teorías eclécticas que intentan una justicia absoluta con una finalidad (retribucionismo y prevencionismo).¹⁴

Su finalidad en nuestro derecho, se considera sigue la teoría ecléctica (retribucionismo y prevencionismo); con base en lo dispuesto por el artículo 18 de la Constitución, misma que establece:

“Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley.

Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto...”

Asimismo La Ley sobre Readaptación de Sentenciados, en su artículo 2º dispone:

“ARTICULO 2. El sistema penal se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente.”

Por lo que la finalidad de la pena en el derecho sustantivo mexicano encuentra su sustento en la teoría retribucionista y prevencionista de la pena.

¹⁴ García García, Guadalupe Leticia. Derecho Ejecutivo Penal, Análisis de la Aplicación de la Pena en México. Ed. Porrúa, México 2005., p. 52.

2.5 CARACTERÍSTICAS.

La Escuela Clásica aceptó, con Carrara, que la pena debe caracterizarse por ser: aflictiva, ejemplar, cierta, pronta, pública personal divisible y reparable, así como no ser exclusiva, ni desigual.

Las escuelas modernas no aceptan que la pena se encuentre predeterminada, ni que guarde proporción con el delito únicamente, sino por el contrario, afirman que la pena debe ser indeterminada y adaptada a la persona del delincuente. Este criterio se basa en la consideración de que si la pena es un medio utilizado por la sociedad para defenderse de los delincuentes, debe individualizarse para ser eficaz¹⁵.

De igual forma Villalobos, expone los caracteres de la pena de la siguiente manera:

A) Para que la pena sea intimidatoria debe ser AFLICTIVA, pues a nadie amedrentaría la promesa de una respuesta agradable o indiferente; debe ser LEGAL, ya que sólo así conocida de antemano, puede producir el efecto que se busca; debe ser CIERTA, pues la sola esperanza de eludirla por deficiencias de la maquinaria encargada de investigar y sancionar los delitos, por indultos graciosos, etc. deja sin efecto una amenaza que el presunto delincuente es propenso a desechar.

B) Para que sea ejemplar, debe ser PÚBLICA; no con la publicidad del espectáculo morboso y contraproducente que se usó en la Edad Media, durante la Revolución francesa y en otros momentos de exceso y embriaguez de poder, pero sí en cuanto lleve a conocimiento de todos los ciudadanos la realidad del sistema penal.

¹⁵ Cfr. Franco Sodi, Carlos. Nociones de Derecho Penal. 2ª ed. Botas México, 1950. p. 112

C) Para ser correctiva, en forma específica, debe disponer de medios CURATIVOS para los reos que lo requieran, EDUCATIVOS para todos y aún DE ADAPTACIÓN al medio cuando en ello pueda estribar la prevención de futuras infracciones, comprendiéndose en los medios educativos los que sean conducentes a la formación moral, social, de orden, de trabajo y de solidaridad.

D) Las penas eliminatorias se explican por sí mismas y pueden llegar a ser la de muerte, la de reclusión o de relegación perpetua, o del destierro.

E) Y para ser justas, todas las penas deben ser HUMANAS, de suerte que no descuiden el carácter del penado como persona; IGUALES, en cuanto habrán de mirar sólo a la responsabilidad y no a las categorías o clases de personas, hoy desconocidas, pero procurando efectos equivalentes.¹⁶

2.6 CLASIFICACIÓN.

Las penas se clasifican según Villalobos, por su forma de aplicación en:

Principales. Que son las que señala la ley para el delito de que se trate y el Juez la impone en la sentencia.

Complementarias. Son las que su imposición es potestativa del Juez; se trata de penas agregadas a otras de mayor importancia y que por esto, por su naturaleza y por su fin se consideran penas secundarias.

Accesorias. Son aquéllas que sin mandato expreso del Juez resultan agregadas automáticamente a la pena principal; como la interdicción para el ejercicio de profesiones libres que requieren moverse y actuar fuera del penal, cuando hay una condena de prisión; imposibilidad para ejercer cargos de albaceazgo, tutela, etc.

¹⁶ Villalobos, op.cit. p. 525

Por su fin preponderante pueden ser:

Intimidatorios. Son todas las verdaderas penas, con exclusividad de la multa y las penas de corta duración.

Correctivas. Carácter que debe suponerse también en toda pena, excepto en las que recurren en una eliminación definitiva; pero que se predica especialmente de las que mantienen al sujeto privado de la libertad y, por tanto, dan oportunidad para someterle a un régimen de tratamiento adecuado.

Eliminatorias. Son las temporales o de manera parcial; todas las privativas o restrictivas de la libertad, y perpetuamente la de muerte, las perpetuas y la de destierro, donde las hay.

Por el bien jurídico afectado pueden ser:

La pena capital. Que afecta la vida.

Las penas corporales. Que son aplicadas directamente sobre la persona.

Penas contra la libertad. Que son restrictivas de éste Derecho; como el confinamiento o la prohibición de ir a determinado lugar, o privativas como la prisión.

Pecuniarias. Que implican la entrega o privación de algunos bienes patrimoniales.

En relación a la clasificación de las penas, dice Malo,¹⁷ que la doctrina regularmente se refiere a la distinción entre penas principales y penas accesorias. En general se entiende por penas principales a aquéllas que no

¹⁷ Malo, op. cit., p. 604

dependen de otras, y son penas accesorias aquéllas que presuponen otras para su imposición.

De entre las accesorias, se distingue entre las simplemente accesorias, cuya naturaleza es su invariable accesoriedad (decomiso) y las penas que pudiendo ser aplicadas de manera autónoma, son aplicadas como accesorias de otras (inhabilitación, suspensión de derechos).

El carácter accesorio de las penas no significa que éstas sean sólo un efecto propio de la pena principal. Por el contrario, son penas que, al igual que las principales, exigen de su expresa imposición por parte de la autoridad jurisdiccional. Esta clase de penas sigue la suerte de la pena principal, salvo que la ley exprese lo contrario.

Por otra parte, se clasifican en penas graves y penas leves. En relación con su gravedad tiene que ver con su duración por lo que hace a la pena de prisión y entre las penas leves la amonestación, el apercibimiento, la caución de no ofender y el confinamiento.¹⁸

Las penas pueden clasificarse según Franco Sodi, según el modo como realizan su función defensiva, agrupándose de la siguiente forma: penas de reforma, de intimidación y de eliminación. Las de reforma son las privativas de libertad, las intimidativas son las cortas de prisión y las pecuniarias y por último, entre las penas de eliminación figuran la muerte, la privación de libertad de gran duración y la expatriación.¹⁹

También pueden clasificarse las penas según persigan deshonrar o no al delincuente, dividiéndose por lo mismo, en deshonrosas y no deshonrosas. De igual forma, es posible agruparlas en vista del Derecho que afectan, en cuyo

¹⁸ Villalobos, op. cit. p. 526

¹⁹ Franco Sodi, op. cit. p. 118.

caso se clasifican generalmente en: penas que afectan la libertad, corporales, pecuniarias y contra otros derechos.

Entre las penas que afectan la libertad figura de manera principal la pena de prisión. Estas penas consisten en la reclusión del condenado en un establecimiento especial bajo un régimen determinado.

2.7 LAS PENAS EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

La ley sustantiva penal para el Distrito Federal reconoce en su artículo 30 las siguientes penas:

“Artículo 30. (Catálogo de penas). Las penas que se pueden imponer por los delitos son:

- I. Prisión;
- II. Tratamiento en libertad de imputables;
- III. Semilibertad;
- IV. Trabajo en beneficio de la víctima del delito o en favor de la comunidad;
- V. Sanciones pecuniarias;
- VI. Decomiso de los instrumentos, objetos y productos del delito;
- VII. Suspensión o privación de derechos; y
- VIII. Destitución e inhabilitación de cargos, comisiones o empleos públicos.”

En el Derecho, la pena de prisión es la sanción aflictiva de mayor trascendencia ya que afecta la libertad del sentenciado y aún de los que se encuentran en espera de resolución (indiciados, reclamados procesados)- en contra del principio de presunción de inocencia- por lo tanto, y por la importancia que presenta para el presente trabajo, merece mayor amplitud en su estudio; por lo que la prisión en su concepto significa:

La prisión es una de sanción que se le impone al sentenciado, que afecta su libertad encerrándolo y asegurándolo en algún centro penitenciario.

La Constitución, la considera el establecimiento destinado a la extinción de la pena corporal, usándola con el vocablo “pena corporal” en el sentido de privación de la libertad corporal y no en el sentido amplio, ya que éste comprende todos los males, que se imponen en el cuerpo de una persona para ocasionarle un dolor o grave molestia física al condenado (prohibidos por el artículo 22 Constitucional).

Hay legislaciones que utilizan como sinónimos las palabras prisión y cárcel. Sin embargo, el concepto de cárcel precede a los de presidio, prisión y penitenciaría. Con la voz cárcel se designa histórica y técnicamente el local o edificio en que se aloja a los procesados o encausados, y presidio, prisión y penitenciaría, indican, en cambio, el destinado a los sentenciados, o sea, los condenados en justicia.

La prisión es el establecimiento penal en donde se recluyen los condenados y donde pertenecen en mayor o menor grado, privados de su libertad, sometidos a un determinado régimen de vida, y, por lo común, sujetos a la obligación de trabajar.

Es un sitio en donde se ejecuta la sentencia de un sujeto condenado con pena privativa de la libertad corporal, por haber cometido un delito que previamente se establezca.

Debido a que la prisión ha servido a objetivos muy diversos (castigo, expiación moral, vendetta, reafirmación del orden moral violado, restauración de la fuerza y autoridad de la norma jurídica, prevención general, reeducación y readaptación social), nos obliga ello a plantear su definición como una reacción jurídico penal de un grupo social ante una conducta delictiva, consistente en la privación de la libertad.

La prisión es el arma preferida del Estado y representa un tipo de poder que la ley valida. Es un modelo jurídico disciplinario que concentra todas las tecnologías coercitivas del comportamiento; se trata, esto es, de una institución total. La extinción o liberación jurídica de la prisión se da por varios caminos: por expiración del plazo. Integro de la condena por indulto, amnistía, condena condicional, perdón, prescripción, muerte del interno o conmutación por otra pena.

Es indudable que la abolición de la prisión es, por el momento, una utopía, pero es incontrovertible que debe conservarse tan sólo para determinada clase de delincuentes, y que el trabajo de penólogos y penitenciaristas de hoy consiste encontrar sustitutivos a la privación de la libertad.

2.8 LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.

La consagración legislativa de las medidas de seguridad constituyó un aspecto de la solución de compromiso que se logró como consecuencia del desarrollo de la llamada "lucha de escuelas", protagonizada fundamentalmente entre los partidarios de las teorías absolutas (justa retribución) y los defensores de concepciones relativas de la pena (teorías utilitarias o preventivas).

Los sistemas normativos consagraron un sistema dualista de reacciones penales, en cuya virtud el Estado tenía a su disposición una doble vía: la pena, sistematizada bajo las pautas que ofrecía el criterio retributivo y la medida de seguridad, que respondía a puntos de vista preventivo-especiales. Con ésta última se pretendió dar respuesta a problemas de política criminal que la pena no podía resolver, por sus limitaciones derivadas de una fundamentación basada en las teorías absolutas.

Bajo estos supuestos, la medida fue destinada a una prevención social relacionada con la existencia de autores con proclividad a cometer delitos, como

consecuencia de estados espirituales o corporales (el llamado "estado peligroso").

Distinción entre pena y medida de seguridad. Rodríguez Manzanera, da una distinción, y la enumera como sigue:

“1) En la medida de seguridad no hay reproche moral, la pena, por el contrario, lleva en sí un juicio de reproche, descalifica pública y solemnemente el hecho delictuoso.

La pena tiene contenido expiatorio en tanto produce sufrimiento al condenado, está fundamentada y consiguientemente condicionada a la demostración de culpabilidad del autor, y tiene un plazo de duración proporcional a la gravedad del delito.

2) La diversidad de fines perseguidos determinan la diferente naturaleza, la pena tiene como fin la restauración del orden jurídico, las medidas de seguridad tienden a la protección de la sociedad.

3) La medida de seguridad por lo general atiende exclusivamente a la peligrosidad del sujeto, y es proporcional a ella, mientras que la pena ve al delito cometido y al daño causado, sancionado de acuerdo a ello.

4) La medida de seguridad no persigue la intimidación, la pena sí. Principalmente en inimputables es comprensible este punto; de hecho la medida de seguridad no es una amenaza.

5) La medida de seguridad no constituye retribución, su función se dirige hacia la prevención especial.

6) La medida de seguridad no persigue una prevención general, ni puede concebirse como un inhibidor a la tendencia criminal, va dirigida al tratamiento del delincuente individual.

7) La medida de seguridad no busca restablecer el orden jurídico roto, su finalidad es proteger la tranquilidad y el orden públicos.

8) La medida de seguridad es generalmente indeterminada en su duración, y debe permanecer en cuanto persista la peligrosidad.

9) Varias medidas de seguridad pueden ser aplicadas por autoridad a la judicial, la pena debe conservar el principio de juridicidad.

10) Contra la medida de seguridad por lo general no procede recurso contrario.

11) La medida de seguridad puede ser aplicada tanto a imputables como a inimputables, la imputabilidad podría considerarse como un presupuesto de punibilidad, por lo que sólo son punibles los imputables.

12) La medida de seguridad podría aplicarse *antedelictum*, no es necesario a que el sujeto peligroso delinca para aplicarla (esto es sin duda alguna, uno de los puntos más discutibles).”²⁰

La medida de seguridad es entendida como una privación de derechos que persigue una finalidad tutelar que no supone sufrimiento, es consecuencia de la manifestación de un "estado peligroso" y consiguientemente no puede tener términos precisos de expiración. Su duración indeterminada es consecuencia de que sólo debe cesar cuando haya desaparecido la situación de peligro de fundamento su imposición.

²⁰ Rodríguez Manzanera, Luis. Penología. 2ª Ed. Porrúa. México 2000. p. 119.

Los antecedentes apuntados hacen evidente la dificultad para ofrecer una definición de lo que debe entenderse por medida de seguridad.

La complejidad aumenta si se advierte que con esta expresión se alude usualmente a remedios estatales diversos que van desde una simple cuarentena sanitaria hasta una reacción tan importante como una reclusión por tiempo indeterminado.

Por ello, más útil que proponer un concepto, resulta enunciar algunas de sus principales características:

1) Son medidas coactivas, ya que la conformidad del destinatario no es presupuesto de su imposición. Esta cualidad no debe perderse de vista ante excesos retóricos muy frecuentes del sistema normativo.

2) Su efecto es una privación o restricción de derechos, con lo cual resulta inevitable admitir que se traducen en padecimiento para quienes las soportan.

3) Tienen fin exclusivamente preventivo o tutelar.

En la doctrina diversos autores han formulado conceptos de las medidas de seguridad, he aquí algunos de ellos:

“Para Manzini, las medidas de seguridad son providencias de policía, jurisdiccionalmente garantizadas, con las cuales el Estado persigue un fin de tutela preventiva de carácter social, sometiendo a determinadas personas, imputables o inimputables, punibles o no punibles, a la privación o restricción de su libertad, o a la prestación de una garantía patrimonial o a la confiscación, a causa de la peligrosidad social de las mismas personas o de las cosas que tienen relación con sus actividades, peligrosidad revelada con la comisión de uno o más hechos que la ley contempla como infracciones penales, o que las

infracciones penales tienen algún elemento, y en previsión de la probabilidad de ulteriores manifestaciones de su actividad socialmente nociva.

García Iturbide considera que las medidas de seguridad son medios tendientes a prevenir la delincuencia mediante el combate de la peligrosidad social encontrada en sujetos que han llevado a cabo ciertos actos de carácter antisocial (delito), y con la finalidad de obtener la adaptación de los sujetos a la vida libre.

Viera, dice que las medidas de seguridad son medios dirigidos a readaptar al delincuente a la vida social, promoviendo su educación, o bien, su curación, y poniéndolo, en todo caso, en la imposibilidad de hacer daño. Tienen además la finalidad de completar el tradicional sistema de penas, en aquéllos casos en que ellas no son bien aplicadas, o bien, donde siendo aplicables no son reputadas suficientes para prevenir la comisión de nuevos delitos.

Para Cuello Calón, las medidas de seguridad son especiales tratamientos impuestos por el Estado a determinados delincuentes encaminados a obtener su adaptación a la vida social (medidas de educación, de corrección y de curación), o su segregación de la misma (medidas en sentido estricto).²¹

La doctrina ha desarrollado, en forma poco precisa, la diferencia que existe entre medidas criminales y administrativas. En algunos casos se tiene en cuenta el órgano estatal competente para su imposición, en otros se alude a la magnitud de la restricción de derechos y, finalmente, hay quienes consideran distintos los presupuestos que las condicionan.

²¹Citados por: *Ibidem*, p.116

Se dice así que una medida es criminal cuando la aplica un órgano jurisdiccional, y administrativa cuando es competente un órgano de la administración.²²

Toda medida criminal debe ser aplicada por órganos jurisdiccionales, previa realización de un proceso rodeado de garantías, en el que resulte preservado el Derecho de Defensa.

Es necesario consagrar pautas de proporcionalidad respecto a las medidas de seguridad, para superar el sistema vigente que prevé su indeterminación. Lo anterior, conduce al establecimiento de plazos máximos de duración con la finalidad de evitar que las medidas de seguridad se conviertan en remedios más severos que las penas.

Es preciso establecer un procedimiento que siga las bases propias del sistema acusatorio, reformulando las pautas inquisitorias actualmente vigentes.

El sistema procesal debe suponer que la pretensión estatal que solicita al órgano jurisdiccional la imposición de una medida de seguridad, debe estar necesariamente acompañada del Derecho del súbdito a oponerse, defendiéndose de la misma.

Este procedimiento ni debe ser especial ni tampoco traducirse en una ampliación exagerada del arbitrio judicial, pues una mayor discrecionalidad se traduce normalmente en arbitrariedad. Finalmente, la oportunidad procesal adecuada para que el Juez decida la imposición de una medida de seguridad es la sentencia.

Las medidas de seguridad que contempla el Código Penal para el Distrito Federal son:

²² Cfr. *Ibídem.* p.120

“Artículo 31. (Catálogo de medidas de seguridad). Las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este Código son:

- I. Supervisión de la autoridad;
- II. Prohibición de ir a un lugar determinado u obligación de residir en él;
- III. Tratamiento de inimputables o imputables disminuidos; y
- IV. Tratamiento de deshabitación o desintoxicación.

CAPÍTULO 3

SUSTITUTIVOS PENALES

3.1 CONCEPTO

Sustituir viene del latín *sostituire*, poner a una persona o cosa en lugar de otra; sustitutivo es lo que puede reemplazar a otra cosa en el uso. Penal (del latín *poenalis*) es lo perteneciente o relativo a la pena, o que la incluye, y pena (del latín *poena*) en sentido general, es el castigo impuesto por autoridad legítima al que ha cometido un delito o falta: Sustitutivo Penal será, entonces, lo que reemplaza a la pena. La palabra sustitución, aplicada en materia penal, representa “reemplazo de una pena por otra.”¹

El término “sustitutivos penales” se utiliza en dos formas diferentes: la propuesta por Ferri y la que implica el relevo de una sanción por otra.

Enrico Ferri, después de demostrar la ineficacia de la pena como instrumento de defensa social, propone medios de defensa indirecta, denominados "sustitutivos penales", y que son una serie de providencias tomadas por el poder público, previa observación de los orígenes, las condiciones los efectos de la actividad individual, colectiva, y previo conocimiento de las leyes sociológicas y psicológicas, por las cuales podrá controlar una parte de los factores del crimen, sobre todo los factores sociales, logrando influir indirecta, pero seguramente sobre el movimiento de la criminalidad.

La teoría de los sustitutivos penales de Ferri es en realidad el primer plan de política criminológica establecido en forma orgánica, divide los sustitutivos en siete grupos: de orden económico, político, científico, legislativo y administrativo, religioso, familiar y educativo.

¹ Vergara Tejada, José Moisés. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ángel Editor, México 2002. p. 618

La segunda acepción del término implica el reemplazo de una pena por otra.

La prisión se fue desarrollando como un sustitutivo de la pena de muerte, que chocaba ya a la conciencia de los penalistas y penólogos. Actualmente, se considera que la prisión está en crisis, y que es necesario y urgente encontrar sustitutivos adecuados. En este momento, la prisión no puede desaparecer, pero es conveniente que se transforme en institución de tratamiento representando esto un primer paso hacia su sustitución total.²

Como posibilidades del otorgamiento de sustitutivos penales, se encuentran tres supuestos:

1. El primero de ellos consiste en que al procesado aún no se resuelve en definitiva el procedimiento que se le está llevando a cabo y por considerarse el delito por el que se le está siguiendo proceso como grave, por lo tanto, se encuentra en prisión preventiva, entendiéndose por ésta según Barrita López como “el instrumento precautorio, medida de cautela para retener al inculpado hasta la emisión y ejecución de la sentencia”³

La injusticia es manifiesta, dice Barrita “¿Cómo legitimar, entonces, el encarcelamiento precautorio? Beccaria lo intenta, remitiéndose al único argumento persuasivo, o al menos razonable: La necesidad. Por ello previene: siendo la privación de la libertad una pena, no puede proceder a la sentencia sino cuando la necesidad lo pide. La cárcel, por tanto, es la simple custodia de un ciudadano mientras al reo se le juzga y esta custodia, siendo como es, esencialmente penosa, debe durar el menor tiempo posible y además debe ser lo menos dura que se pueda.

² Citado por: Rodríguez Manzanera, Luis. Criminología. Porrúa, México 1979.p. 341.

³ Barrita López, Fernando A. Prisión Preventiva y Ciencias Penales. 3ª Ed. Porrúa. México 1999. p. 12

Ahí están, pues, la teoría del conflicto entre intereses tutelados, la idea del estado de necesidad que surge cuando entran en colisión dos bienes jurídicos, aplicados a la prisión preventiva. Estos principios van más lejos sin duda. Se proyectan hacia el enjuiciamiento penal completo, que tan severas restricciones establece sobre los derechos de quien figura como inculpado. Libertad, propiedad, comunicación, tránsito, entre muchos más. Realmente quedan restringidos, oprimidos, todos los derechos del inculpado.

Si aquello se funda en la necesidad, debe reducirse a lo estricto para zanjar el conflicto entre el Derecho de uno (a la libertad básicamente) y el derecho de todos (a la seguridad o a la paz en esencia). Para uno y para todos opera, con distintas implicaciones, el Derecho a la Justicia, indispensable para resolver esa necesidad determinante.

En suma, el enjuiciamiento ha de aparejar sólo las molestias mínimas, las prescindibles o superfluas. Este deslinde –producto de una convicción moral y política, que repercute en el orden jurídico- se refleja en los grandes sistemas del procedimiento. Está claro que el inquisitivo acentúa el rigor del proceso; el acusatorio en contraste, procura aliviarlo.

Será admisible la prisión preventiva, en consecuencia, cuando se establezca para atender necesidades reales y en la medida pertinente. De lo contrario devengará en tiránica. Sobre la identidad de aquéllas – fundamento y justificación de la medida. En conjunto se pretende asegurar los fines del proceso y la eventual ejecución de la pena. “⁴

Este primer supuesto, enunciado en líneas anteriores encuentra cabida a dos formas de sustitución precautoria de la prisión preventiva que en nuestra legislación penal se contempla como “Libertad Provisional Bajo Caución” y

⁴ *Ibidem.* p. 12

“Libertad Bajo Protesta”, que se estudiara más adelante como figuras afines a los sustitutivos penales.

2. El segundo supuesto, es aquél en que el procesado ha dejado de tener ese carácter y se convierte en sentenciado; por lo que ha obtenido una resolución de carácter condenatorio, es decir, le impone una pena corporal y le faculta para obtener su libertad por medio de un sustitutivo penal, pues se encuentra dentro de los parámetros que establece la ley para obtener su libertad; como son la “Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, la multa, trabajo en beneficio de la víctima o a favor de la comunidad, del tratamiento en libertad o tratamiento en semilibertad.”⁵

La Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, llamada también por la doctrina condena condicional y por la Legislación Federal, en concepto de Rodríguez Manzanera “La institucional penal que tiene como objeto, mediante la suspensión de las sanciones impuestas a los delincuentes que carezcan de antecedentes de mala conducta y en quienes concurren las circunstancias de haber delinquido por primera vez, procurar la reintegración a la vida honesta, por la eficacia moral de la sentencia.

Para Goldstein, es la condena impuesta, dejándose en suspenso el cumplimiento de la pena, para que esta se tenga por no pronunciada si el condenado no comete un nuevo delito en el término de la prescripción de la pena. La condena condicional se concede generalmente sólo a los delincuentes primarios, y ante la presencia de delitos menores.

Y, para Cuello Calón el rango esencial de la condena condicional en su modalidad originaria, es la suspensión condicional de la ejecución de la pena. El delincuente es juzgado y condenado, pero en vez de cumplir la condena impuesta

⁵ Código Penal para el Distrito Federal artículos 30 al 38.

queda en libertad. Si durante un plazo diverso en las distintas legislaciones no comete una nueva infracción, la pena suspendida se considera no impuesta.”⁶

El Código Penal para el Distrito Federal en los artículos que se transcriben a continuación, establecen respecto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena lo siguiente:

“Artículo 89. (*Requisitos para la procedencia de la suspensión*). El juez o el Tribunal, en su caso, al dictar sentencia condenatoria, suspenderá motivadamente la ejecución de las penas, a petición de parte o de oficio, si concurren los requisitos siguientes:

- I. Que la duración de la pena impuesta no exceda de cinco años de prisión;
- II. Que en atención a las condiciones personales del sujeto, no haya necesidad de sustituir las penas, en función del fin para el que fueron impuestas; y
- III. Que el sentenciado cuente con antecedentes personales positivos y un modo honesto de vida. El juez considerará además la naturaleza, modalidades y móviles del delito.

Artículo 90. (*Requisitos para el goce del beneficio anterior*). Para gozar del beneficio a que se refiere el artículo anterior, el sentenciado deberá:

- I. Otorgar la garantía o sujetarse a las medidas que se fijen para asegurar su comparecencia ante la autoridad, cada vez que sea requerido por ésta;
- II. Obligarse a residir en determinado lugar, del que no podrá ausentarse sin permiso de la autoridad que ejerza el cuidado y vigilancia;
- III. Desempeñar una ocupación lícita;
- IV. Abstenerse de causar molestias al ofendido o a sus familiares; y

⁶ Citados por: Rodríguez Manzanera, Luis. *La Crisis Penitenciaria y los Substitutivos de la Prisión*. Porrúa. México 1998. p. 99.

V. Acreditar que se ha cubierto la reparación del daño, pudiendo el juez fijar plazos para ello, de acuerdo a la situación económica del sentenciado.

Artículo 91 (*Efectos y duración de la suspensión*). La suspensión comprenderá la pena de prisión y la multa. En cuanto a las demás sanciones impuestas, el juez o Tribunal resolverá según las circunstancias del caso. La suspensión tendrá una duración igual a la de la pena suspendida.

Una vez transcurrida ésta, se considerará extinguida la pena impuesta, siempre que durante ese término el sentenciado no diere lugar a nuevo proceso que concluya con sentencia condenatoria.

En este último caso, el juzgador tomando en cuenta las circunstancias y gravedad del delito, resolverá si debe aplicarse o no la pena suspendida.

Los hechos que originan el nuevo proceso interrumpen el plazo de la suspensión, tanto si se trata de delito doloso como culposo, hasta que se dicte sentencia ejecutoria.

Si él sentenciado falta al cumplimiento de las obligaciones contraídas, el Juez o Tribunal podrá hacer efectiva la pena suspendida o apercibirlo de que si vuelve a faltar a alguna de las condiciones fijadas, se hará efectiva dicha pena.

A los delincuentes que se les haya suspendido la ejecución de la sentencia, se les hará saber lo dispuesto en este artículo, lo que se asentará en diligencia formal, sin que la falta de ésta impida, en su caso, la aplicación de lo previsto en este artículo.

Artículo 92. (*Facultad de promover la suspensión*). El sentenciado que considere que al dictarse la sentencia, en la que no hubo pronunciamiento sobre la sustitución o suspensión de la pena reunía las condiciones fijadas para su obtención y que está en aptitud de cumplir con los requisitos para su otorgamiento, podrá promover el incidente respectivo ante el Juez de la causa.

Artículo 93. (*Jurisdicción y vigilancia*). El Juez conservará jurisdicción para conocer de las cuestiones relativas al cumplimiento, revocación y modificación de la sustitución o suspensión de sanciones y vigilará su cumplimiento.”

3. Como tercero y último supuesto se encuentra el sentenciado que ha obtenido una sentencia condenatoria que le imponga una sanción corporal de la cual no puede obtener un sustitutivo de los que gozan aquéllos que obtienen una sanción menor de cinco años; por lo que el modo de obtener una sustitución se rige por otra legislación pudiendo obtener “la externación y Preliberación (tratamiento preliberacional, libertad preparatoria y remisión parcial de la pena”.⁷

Por otra parte, existe un supuesto en el cual se funda este trabajo y que consiste en que el sentenciado ha obtenido una resolución de Primera Instancia en la que ha sido condenado pero a su vez se le faculta para obtener su libertad por medio de un sustitutivo, pero se encuentra impedido de hacerlo pues la resolución no es firme ya que se ha interpuesto el recurso de apelación por parte de la Representación Social o por parte de él mismo sentenciado y se suspende la ejecución de la pena y de los sustitutivos otorgados; por lo que en esta propuesta se establece la posibilidad de ejercer una ejecución provisional de los sustitutivos otorgados, atendiendo al valor antes expresado en forma preponderante como es: la libertad.

⁷ Ley de Ejecución de Sanciones penales para el Distrito Federal artículos 29 al 50.

3.2 MARCO JURÍDICO.

La procedencia de los sustitutivos penales se encuentran contemplados en el artículo que a continuación se transcribe del Código Penal para el Distrito Federal:

“Artículo 84. (*Sustitución de la prisión*). El Juez, considerando lo dispuesto en el artículo 72 de este Código, podrá sustituir la pena de prisión, en los términos siguientes:

I. Por multa o trabajo en beneficio de la víctima o en favor de la comunidad, cuando no exceda de tres años; y

II. Por tratamiento en libertad o semilibertad, cuando no exceda de cinco años.

La equivalencia de la multa sustitutiva de la pena de prisión, será en razón de un día multa por un día de prisión, de acuerdo con las posibilidades económicas del sentenciado.”

Se ha discutido la pertinencia de sustituir a la prisión por medidas de seguridad. La cuestión no presenta dudas tratándose de enfermos mentales, de menores de edad o de otros inimputables. En cuanto a imputables es posible, si analizamos el amplio repertorio de medidas de seguridad: control (vigilancia), patrimoniales (caución de no ofender, fianza, confiscación, clausura, etc.), terapéutica (en libertad), educativas, privativas y restrictivas de ciertos derechos.

Los artículos del Código Penal para el Distrito Federal que se refieren a las penas, que por sí solos explican su naturaleza y se relacionan con lo dispuesto por el artículo 30, y son como siguen:

“Artículo 34. (*Concepto y duración*). El tratamiento en libertad de imputables, consiste en la aplicación, según el caso, de las medidas laborales, educativas, de salud o de cualquier otra índole autorizadas por la ley, orientadas a la readaptación social del sentenciado y bajo la supervisión de la autoridad ejecutora.

Esta pena podrá imponerse como pena autónoma o sustitutiva de la prisión, sin que su duración pueda exceder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida.

El tratamiento en libertad de imputables podrá imponerse conjuntamente con las medidas de seguridad tendientes a la deshabitualización del sentenciado, cuando así se requiera.

En todo caso pena y medida deberán garantizar la dignidad y la libertad de conciencia del sentenciado.”

También se le conoce como “libertad bajo tratamiento”. Este sustitutivo apareja la realización de labores por parte del sentenciado y las demás medidas conducentes a su readaptación social, bajo la orientación y cuidado de la autoridad ejecutora.

La institución no consiste simplemente en el trabajo a favor de la comunidad o en beneficio de la víctima sino que deberá complementarse con otras medidas para su readaptación social, aconsejadas por los mismos técnicos que trabajan en readaptación social u otros designados y adiestrados por el poder judicial. Se trata de observar las dificultades individuales y sociales (familiares y laborales fundamentalmente) auxiliarlos o colaborar con ellos e implementar un tratamiento.⁸

El artículo siguiente, establece lo relativo a la semilibertad y en lo conducente establece:

“Artículo 35. (Concepto y duración). La semilibertad implica alternación de periodos de libertad, y privación de la libertad.

Se impondrá y cumplirá, según las circunstancias del caso, del siguiente modo:

⁸ Fernández Muñoz, Dolores E. Sanciones Alternativas a la Pena de Prisión. Nueva serie año XXVII. Número 81 Sep-Dic. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México UNAM 1994, p. 630

- I. Externación durante la semana de trabajo, con reclusión de fin de semana;
- II. Salida de fin de semana con reclusión durante el resto de ésta;
- III. Salida diurna con reclusión nocturna; o
- IV. Salida nocturna con reclusión diurna.

La semilibertad podrá imponerse como pena autónoma o como sustitutiva de la prisión. En este último caso, la duración no podrá exceder de la que corresponda a la pena de prisión sustituida.

En todo caso, la semilibertad se cumplirá bajo el cuidado de la autoridad competente.”

García Ramírez opina respecto de la semilibertad que “son varias sus especies en el Código del 2002; externación durante la jornada de trabajo (quizás se quiso decir: durante la semana, como lo dice el ordenamiento anterior), con reclusión de fin de semana; salida de fin de semana con salida el resto de ésta; salida diurna con reclusión nocturna (que sería la verdadera externación durante la jornada de trabajo) y salida nocturna con reclusión diurna (artículo 35). Esta última no figuraba en el Código de 1931-1999. La semilibertad, muy útil en sí misma, obedece a cierta lógica interior: facilitar el reacomodo social y evitar la contaminación carcelaria. En este sentido, se debe recurrir a ella. Ahora bien, la medida también trae consigo actividades que entrañan riesgos y problemas; por ello no conviene extremarla, colocarla en predicamento, llevarla demasiado lejos en el tiempo y, por lo tanto, en la molestia y en el peligro.

La ley no dice cual es la equivalencia del tiempo de la semilibertad con respecto al tiempo de la prisión, pero se puede suponer – a falta de disposición expresa en otro sentido- que un día de semilibertad equivale a uno de prisión. No habría razón para disponer otra cosa y prolongar aquélla por más tiempo, sustrayendo del cómputo los momentos en que el sujeto se halla fuera de la

prisión: se trata, precisamente, de que invierta una buena parte de su tiempo extramuros.”⁹

“Artículo 36. (Concepto y duración). El trabajo en beneficio de la víctima del delito consiste en la prestación de servicios remunerados, en instituciones públicas, educativas, empresas de participación estatal o en empresas privadas, en los términos de la legislación correspondiente.”

El trabajo en favor de la comunidad consiste en la prestación de servicios no remunerados, en instituciones públicas, educativas, de asistencia o servicio social, o en instituciones privadas de asistencia no lucrativas, que la ley respectiva regule.

En ambos casos se cumplirá bajo la orientación y vigilancia de la autoridad ejecutora.

El trabajo en beneficio de la víctima del delito o en favor de la comunidad, se llevará a cabo en jornadas dentro de periodos distintos al horario de las labores que represente la fuente de ingresos para la subsistencia del sentenciado y la de su familia, sin que pueda exceder de la jornada extraordinaria que determina la ley laboral. La extensión de la jornada será fijada por el Juez tomando en cuenta las circunstancias del caso, y por ningún concepto se desarrollará en forma que resulte degradante o humillante para el sentenciado.

Podrá imponerse como pena autónoma o como sustitutiva de la pena de prisión o de multa, según el caso. Cada día de prisión o cada día multa, será sustituido por una jornada de trabajo en beneficio de la víctima o en favor de la comunidad.”

⁹ García Ramírez, Sergio. Sustitutivos de la Prisión y Reparación del Daño. Boletín Mexicano de Derecho Comparado 107. Nueva Serie año XXXVI. Número 107. Mayo- Agosto 2003. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, UNAM. p.459

“Artículo 38. (Días de multa). La multa consiste en el pago de una cantidad de dinero al Gobierno del Distrito Federal fijada por días multa. Los mínimos y máximos atenderán a cada delito en particular, los que no podrán ser menores a un día ni exceder de cinco mil, salvo los casos señalados en este Código.

El día multa equivale a la percepción neta diaria del inculpado en el momento de cometer el delito. El límite inferior del día multa será el equivalente al salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse el delito.

Para fijar el día multa se tomará en cuenta:

El momento de la consumación, si el delito es instantáneo;

El momento en que cesó la consumación, si el delito es permanente; o

El momento de consumación de la última conducta, si el delito es continuado.”

Dice Rodríguez Manzanera que “la multa es, con la prisión, la pena más extendida, y se le ha considerado el sustitutivo ideal de aquella.”¹⁰

La multa es el sustitutivo más común de la prisión, con la desventaja de beneficiar a los reos con mayor potencialidad económica y perjudicar a los pobres, que siempre estarán en desventaja. Lo mismo podemos decir de otras sanciones de tipo pecuniario, como la confiscación y la reparación del daño y la pena laboral, en su modalidad de trabajo obligatorio en libertad, representa múltiples ventajas, así como la reparación simbólica, que es la prestación de algún servicio social en forma gratuita.

Además de la transformación en unidad terapéutica, se ha propuesto la prisión abierta y la colonia penal como sustitutos de la pena de prisión tradicional. “la

¹⁰ Rodríguez Manzanera. La Crisis Penitenciaria y los Substitutivos de la Prisión. op. cit. p 75.

actual idea de la colonia penal ha cambiado radicalmente, ahora se piensa en legítimos núcleos de población en que la vida sea lo más similar a la de un pueblo cualquiera”¹¹ Ciertas penas no pueden sustituir a la prisión con ventaja; tal es el caso de la pena capital (pues representaría un serio retroceso), las penas corporales (azotes, golpes, fracturas, quemaduras) que van contra los derechos humanos; son sustitutivos infamantes y superados.

Algunas formas restrictivas de libertad han demostrado su eficacia, principalmente en los casos de penas cortas de prisión; ellas son el arresto vacacional, el arresto nocturno, el confinamiento y el arresto domiciliario.

El Código Penal faculta al Juez para sustituir total o parcialmente la multa impuesta por prestación de trabajo en favor de la comunidad cuando el sentenciado no pueda pagarla, según, lo establece el artículo 85 del Código Penal para el Distrito Federal que a la letra establece:

“Artículo 85. (Sustitución de la multa). La multa podrá ser sustituida por trabajo en beneficio de la víctima o en favor de la comunidad.”

Las ventajas de la multa son muchas dice Cuello Calón “siempre es aflictiva, siempre causa sufrimiento, se adapta cual ninguna otra a la situación económica del condenado, a diferencia de la pena de prisión, no le degrada ni deshonra a su familia, ni constituye obstáculo para la rehabilitación social, ni el penado deja a los suyos en el abandono, ni pierde su empleo o su clientela, también es recomendable desde el punto de vista económico, pues además de constituir una fuente de ingresos para el Estado, no supone para éste, a diferencia de la pena de prisión, gasto alguno.”¹²

¹¹ *Ibidem.* p. 68.

¹² Cuello Calón, Eugenio. *Derecho Penal. Tomo I. (Parte General)* 18ª Ed. Bosh. Barcelona 1981. p. 891.

3.3 PROCEDENCIA.

Los requisitos que debe reunir el sentenciado para que le pueda ser aplicado el beneficio de la sustitución de la pena de prisión y la multa se encuentran contempladas en los artículos 86 y 87 de nuestra ley sustantiva penal, que a la letra establecen:

“Artículo 86. (Condiciones para la sustitución).
La sustitución de la sanción privativa de libertad procederá, cuando se cubra la reparación del daño, pudiendo el juez fijar plazos para ello, de acuerdo a la situación económica del sentenciado.

La sustitución de la pena de prisión no podrá aplicarse por el juzgador, cuando se trate de un sujeto al que anteriormente se le hubiere condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio y cuando no proceda en los términos de las leyes respectivas, tratándose de una trasgresión en perjuicio de la hacienda pública.”

Son pues los sustitutivos penales, medidas que son aplicadas a sujetos que se encuentran contemplados en los supuestos anteriormente expuestos y que pueden gozar del beneficio de cumplir la sanción impuesta sustituyendo la pena privativa de libertad a que ha sido condenado.

3.4 REVOCACIÓN.

Los sustitutivos penales otorgados al sentenciado pueden ser revocados por el Juez que los concede en los casos que contempla la legislación sustantiva y adjetiva penal. El Código Penal para el Distrito Federal, establece acerca de la revocación de la sustitución de penas lo siguiente:

“Artículo 87. (Revocación de la sustitución). El Juez podrá dejar sin efecto la sustitución y ordenar que se ejecute la pena de prisión impuesta, en los siguientes casos:

I. Cuando el sentenciado no cumpla con las condiciones que le fueran señaladas para tal efecto, salvo que el juzgador estime conveniente apercibirlo de que si se incurre en una nueva falta, se hará efectiva la sanción sustituida. En estos casos, se fijará garantía para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones con motivo del sustitutivo concedido; o

II. Cuando al sentenciado se le condene en otro proceso por delito doloso grave. Si el nuevo delito es doloso no grave o culposo, el Juez resolverá si debe aplicarse la pena sustituida. En caso de hacerse efectiva la pena de prisión sustituida, se tomará en cuenta el tiempo durante el cual el sentenciado hubiera cumplido la pena sustitutiva.”

3.5 FIGURAS AFINES.

Se le llama figuras afines pues su finalidad es hasta cierto punto la misma: la obtención de la libertad en el trascurso del proceso, aunque procesalmente hablando se trata de figuras diferentes, toda vez que la libertad bajo caución y bajo protesta se pueden obtener desde el momento en que el acusado es sujeto de proceso y sustituyen la prisión preventiva; los sustitutivos penales son otorgados a los sentenciados que se encuentran en aptitudes de obtenerlos.

3.5.1 LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN.

A las palabras caución y fianza comúnmente se les atribuye el mismo significado, no obstante, dice Colín Sánchez “caución denota garantía y fianza una forma de aquélla, por ende caución es el género y fianza la especie.

La Libertad bajo caución: es el Derecho otorgado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a toda persona sujeta a un procedimiento penal, (sic) para que previa satisfacción de los requisitos especificados en la ley pueda obtener el goce de la libertad.”¹³

Actualmente, la Constitución Política, ha sufrido una reforma procesal penal; en forma concreta la libertad bajo caución misma que se contemplaba en la fracción I del artículo 20; ahora se encuentra implícita en el mismo artículo 20, inciso B, fracción III, misma que establece:

“III. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten...”

Siendo uno de estos derechos, el cual lo contempla la legislación secundaria, la libertad provisional bajo caución. Se considera que la libertad provisional bajo caución es la medida precautoria establecida en beneficio del inculpado para concederle la libertad provisional durante el proceso penal, cuando se le impute un delito cuya penalidad no exceda del límite determinado en la ley; pero siempre y cuando el propio acusado o un tercero otorgue una garantía económica con el propósito de evitar que el primero se sustraiga de la acción de la justicia.

Así como la detención o prisión preventiva constituyen una medida cautelar que se decreta en el proceso penal en favor de la seguridad social, la providencia

¹³ Colín Sánchez, op. cit. p. 668.

opuesta, es decir, la que beneficia al acusado sometido a dicha detención, es la denominada libertad provisional, que en el ordenamiento mexicano puede asumir dos modalidades, la calificada como caucional tanto judicial como administrativa y la que se concede bajo protesta.

3.5.1.1 ANTECEDENTES.

La Libertad bajo caución tiene su origen desde el antiguo Derecho Romano. Desde la Ley de las Doce Tablas, en determinados casos, las personas con capacidad económica otorgaban una caución a favor de los pobres para obtener la libertad provisional.

La vieja legislación española que se aplicó tanto en la época colonial como en el México independiente durante la primera mitad del siglo XIX, concedía la libertad caucional en beneficio del acusado únicamente cuando la pena que pudiera imponérsele no tenía carácter corporal, lo que resultaba exageradamente restrictivo, y así lo establecieron algunos de los ordenamientos constitucionales que tuvieron vigencia en nuestro país de acuerdo con el modelo de la Constitución Española de Cádiz de 1812 que recogió dicha tradición, ya se hablaba de “Libertad Caucional.”

En la Constitución de 1857 se instituyó con el carácter de garantía, mismas que ampliaron en el constituyente de 1917. Es importante señalar que en los Códigos de Procedimientos Penales de 1880 y de 1894, también se regularon. El primero, indicaba que procedía cuando la pena correspondiente al delito no excediese de cinco años. Se otorgaba, previa la satisfacción de algunos requisitos procedimentales, señalados en los artículos 260, 261, 451, y demás relativos.

En el Código citado, en segundo lugar, se amplió el término señalado hasta siete años: como innovación importante, estableció que, una vez revocada la

libertad por incumplimiento a alguna de las condiciones impuestas al conceder tal beneficio, ya no podía otorgarse nuevamente, ni en esa causa ni en ninguna otra.

Sin embargo, los códigos de procedimientos penales expedidos durante la vigencia de la citada Constitución de 1857, regularon el otorgamiento de la libertad caucional respecto de los acusados por delitos que merecieran pena corporal.

No obstante, en la práctica se desvirtuó esta medida precautoria, en virtud de que, como lo afirmó la exposición de motivos del proyecto de Constitución presentado por Venustiano Carranza al Constituyente de Querétaro, el primero de diciembre de 1916: “tal facultad (de obtener el inculpado la libertad bajo fianza) quedó siempre sujeta al arbitrio caprichoso de los Jueces, quienes podían pegar la gracia con sólo decir que tengan temor de que el acusado se fugase y se sustrajera a la acción de la justicia.”

La medida precautoria de la libertad bajo caución quedó consagrada en el artículo 20, fracción I, de la Constitución del 5 de febrero de 1917, la que recogió el criterio objetivo derivado de los códigos de procedimientos penales anteriores, pero suprimiendo cualquier posibilidad de arbitrio judicial. En efecto, en el texto primitivo del citado precepto constitucional se fijó como límite para otorgar el beneficio, que la pena por el delito que se imputara al acusado no excediera de cinco años de prisión, y se señaló como máximo al monto de la caución la cantidad, entonces respetable, de diez mil pesos. Por reforma a este precepto constitucional publicada el 2 de diciembre de 1948, se modificó el límite para la concesión de la medida tomando en consideración, al parecer siguiendo el criterio de la jurisprudencia de la «SCJ», el término medio aritmético de cinco años de prisión; elevó la cuantía máxima de la caución a doscientos cincuenta mil pesos, y estableció reglas especiales en cuanto a los delitos de carácter patrimonial.

La reforma al artículo 20 Constitucional publicada el 14 de enero de 1985, estableció varias modificaciones importantes. En primer lugar otorgó mayores

facultades al juzgador para establecer el monto de la garantía, ahora debe tomar en cuenta no sólo las circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, sino también sus modalidades, para establecer la pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión. En este sentido, aún cuando existe un debate doctrinal sobre el alcance de este concepto, se considera acertada la afirmación que por dichas modalidades se entienden los aspectos concretos que pueden constituir atenuantes o agravantes en la ejecución de la conducta que se atribuye al inculpado.

Además, la citada reforma constitucional confiere al juzgador atribuciones sobre el monto de la referida caución, que puede elevar hasta el doble del máximo permitido, mediante resolución motivada y en virtud de la especial gravedad del delito, así como de las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima.

Otro aspecto de la reforma al artículo 20, fracción I de la Constitución Política De los Estados Unidos Mexicanos, publicada en enero de 1985, consiste en la adecuación del monto de la garantía, que debido a la pérdida de valor de la moneda, que se ha acelerado en los últimos años, había quedado totalmente fuera de la realidad económica, no obstante la elevación que sufrió en 1948. En la actualidad el límite de la caución no excederá de la cantidad equivalente a la percepción durante dos años del salario mínimo general vigente en el lugar en el que se cometió el delito. Se conserva, pero con mayor precisión la disposición anterior en el sentido de que si el delito es intencional y representa para su autor un beneficio económico o causa a la víctima daño y perjuicio patrimonial, la garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios patrimoniales.

Por último, es preciso señalar que en el precepto actualmente en vigor se ha substituido la anterior expresión de libertad bajo "fianza", por la de libertad

"caucional", que otorga mayor flexibilidad en los medios para constituir la garantía respectiva.¹⁴

Como se trata de una institución muy compleja, se intenta sistematizar brevemente al señalar la procedencia de la medida; el procedimiento para obtenerla; naturaleza y monto de la garantía, y finalmente, los efectos de la providencia y su revocación.

3.5.1.2 PROCEDENCIA.

Según lo establecido por el artículo 20, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, citado anteriormente, la medida procede en beneficio del inculpado cuando la pena que corresponde al delito que se le atribuya, incluyendo sus modalidades, no exceda del promedio aritmético de cinco años de prisión, disposición que se reproduce en el artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 399 del Código Federal de Procedimientos Penales. El primero señala que el Juez debe atender a las modalidades y calificativos del delito cometido, y el precepto Federal agrega que las modalidades pueden ser atenuantes o agravantes de la conducta delictiva, acreditadas cuando se resuelva sobre la propia libertad.

Por otra parte, también procede la providencia cautelar a través de la suspensión de los actos reclamados en el Juicio de Amparo, ya que con apoyo en los artículos 130 y 136 de la Ley de Amparo el Juez de Distrito que conoce de la propia suspensión, tanto provisional como definitiva puede otorgar la libertad caucional al quejoso conforme a las leyes federales o locales aplicables cuando el propio reclamante se encuentre sometido a detención preventiva y reclame una orden de aprehensión o el auto de formal prisión.

En reciente reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el artículo 20 Constitucional no hace referencia a la libertad caucional en

¹⁴ *Ibidem.* p. 669

específico sino que se refiere a ella de manera indirecta según lo establecido por el inciso B fracción tercera del ordenamiento constitucional invocado, mismo que a la letra dispone:

“B. De los derechos de toda persona imputada:
III. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador.
La ley establecerá beneficios a favor del inculcado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada;...”

La frase subrayada, indica los derechos que le asisten al imputado, los cuales son reglamentados por la ley adjetiva penal y que en la el tema que se ocupa, entre otros, se encuentra la libertad provisional bajo caución, misma que se encuentra contemplada en materia local por lo dispuesto por el artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y siguientes.

Dice Colín Sánchez respecto a “la determinación del monto de la caución, se hará señalamiento específico sobre los daños y perjuicios, en la medida en que de las actuaciones se desprendan datos para fijar unos y otros.

De lo dicho se concluye que, los Jueces, para determinar sobre la improcedencia o procedencia de la libertad bajo caución, deberán tener acreditado el monto a que asciende el daño o perjuicio que se produjo por la ejecución de la conducta o hecho, sin omitir las demás exigencias establecidas por el artículo 19 Constitucional, en relación con el artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Es importante tener presente que en la comisión del delito pudo darse alguna agravante, atenuante u otra modalidad que será tomada en consideración, para resolver sobre la procedencia o improcedencia de la libertad.

Hasta antes de que esto se incluyera en nuestros Códigos, únicamente se atendía al término medio aritmético.

Al respecto los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación han sostenido que las agravantes y atenuantes deben ser materia de la sentencia.

Por último, cuando en sentencia la penalidad no exceda de cinco años, y apela únicamente el sentenciado, como ésta no podrá aumentarse por los Magistrados integrantes del Tribunal de Apelación, en caso de que confirmen la sentencia procederá de inmediato la libertad.”¹⁵

De acuerdo a lo señalado anteriormente por el maestro Colín Sánchez, efectivamente en la actualidad se restringe la libertad de los sentenciados no ejecutoriados que han obtenido una sentencia menor a cinco años, en virtud a la inconformidad de la representación social en la interposición del recurso de apelación que en muchos casos es frívolo y corrupto; pues su interposición en muchas ocasiones se encuentra supeditada a las dádivas de los procesados en su desesperación por obtener su libertad en la forma más pronta; aunado a que ellos mismos no interponen el mencionado recurso pues de igual manera retrasaría su “inmediata libertad”.

Por otra parte, la Suprema Corte de Justicia de la nación ha sostenido el criterio de que la libertad caucional es improcedente en los delitos graves, aún tratándose de sentenciados lo cual, efectivamente, requiere una reforma legislativa para poder conceder el beneficio, como por ejemplo en la tesis que se transcribe a continuación:

¹⁵ Ibídem p. 682.

LIBERTAD CAUCIONAL. ES
IMPROCEDENTE SU CONCESIÓN,
RESPECTO DE LOS DELITOS
CONSIDERADOS COMO GRAVES, AUN
TRATÁNDOSE DE SENTENCIADOS.

Texto: Si el quejoso promueve demanda de amparo directo contra una sentencia en la que la Sala responsable le impuso una pena de prisión, menor de cinco años, y solicita la libertad provisional bajo caución, con apoyo en los artículos 20, fracción I, constitucional y 268, fracción III, párrafo quinto, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, al argumentar que la pena impuesta no rebasa el término de cinco años de prisión establecido por la ley para conceder dicho beneficio, su concesión resulta improcedente, porque el parámetro establecido por el artículo 268, fracción III, párrafo quinto, del código adjetivo invocado, para determinar si un delito es grave o no, es abstracto y genérico, es decir, se refiere a una sanción que no ha sido aplicada a un caso concreto. En el texto actual de dicho numeral, el legislador abandona el listado específico de los delitos considerados como graves y vuelve a la fórmula del término medio aritmético de cinco años, para determinar cuáles son, pero respecto al parámetro de la pena a aplicar y no a la pena de prisión impuesta, por lo que aun cuando ésta no sea mayor a cinco años, el delito sigue siendo grave frente a otros que no lo son, requisito que antes no contemplaba la ley y que impide la procedencia de la libertad caucional, habida cuenta de que lo que cambia es la situación jurídica del procesado, pero el ilícito no pierde su característica de "grave", pues para ello sería menester que el propio legislador suprimiera ese término tanto en el citado precepto constitucional, como en el del código adjetivo vigente.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL
DEL PRIMER CIRCUITO.

Precedentes: Queja 55/2000. 25 de mayo de 2000. Mayoría de votos. Disidente y ponente: Carlos Hugo Luna Ramos. Secretaria: Miriam Sonia Saucedo Estrella.”

En sentido contrario, al criterio jurisprudencial antes transcrito, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido lo siguiente:

“LIBERTAD CAUCIONAL (APELACIÓN EN MATERIA PENAL).

Al imponerse una pena que no excede de cinco años, procede la libertad bajo fianza de los quejosos, la que debe conceder el juzgador de segundo grado, por tener jurisdicción y satisfacer los requisitos legales. No obsta que, por procesarse a los acusados por delito cuyo término medio aritmético supera los cinco años de prisión, se encuentre subjudice la sentencia que impuso pena menor a dicho término, y que hayan apelado tanto el reo como el Ministerio Público, puesto que para conceder la libertad caucional, ha de considerarse la situación de los inculpados originada por la pena impuesta en la primera instancia, de menos de cinco años de prisión, y que la garantía constitucional no puede ignorarse por el posible aumento de la sanción, al resolverse la apelación del órgano acusador, máxime que se prejuzgaría la decisión de la alzada. La finalidad del legislador al conceder tal beneficio, obviamente es la de proporcionar que los acusados gocen de libertad caucional, para que no sufran prisión preventiva, en caso de ser inocentes.

Octava Época:

Contradicción de tesis 3/89. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito y Primer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito. 5 de junio de 1989. Mayoría de tres votos.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Apéndice de 1995, Octava Época. Tomo II, Parte SCJN. Pág. 116. Tesis de Jurisprudencia.”

La ejecutoria anteriormente transcrita, contempla la posibilidad de que la Sala que conozca del recurso de apelación interpuesto por cualquiera de las partes se encuentre en aptitud de otorgar la libertad bajo caución, lo cual apoya en cierta forma lo planteado en este trabajo sólo que en forma diferente, pues en la propuesta se contempla como ejecución provisional de sentencia condenatoria penal que otorga beneficios al reo y por lo tanto el Juez de Primera Instancia, en este caso, conservaría jurisdicción para resolver lo concerniente al otorgamiento o revocación de la ejecución provisional otorgada. Se debe recordar que el hecho que se otorgue caución (o ejecución provisional), implica que puede ser revocada, modificada o devuelta, en virtud de la sentencia definitiva de Segunda Instancia.

Lo que se debe resaltar de la propuesta es que en la ejecución provisional de la sentencia condenatoria penal que otorga beneficios, el Juez del conocimiento de la causa conservará jurisdicción a ese respecto.

Por lo que hace a la naturaleza y monto de la garantía que se debe otorgar de acuerdo con el artículo 20 Constitucional fracción I y los códigos procesales respectivos, la naturaleza de la caución queda a elección del inculcado, quien al solicitar el beneficio señalará la forma que elige, es decir, que puede optar entre depósito en efectivo; fianza personal, de un tercero o de empresa autorizada, o hipoteca. Los citados códigos procesales regulan de manera minuciosa los requisitos que debe cumplir cada una de las garantías mencionadas (artículos 561 al 566 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, 403 al 410 del Código Federal de Procedimientos Penales), pero en la realidad casi todas estas disposiciones carecen de aplicación, en virtud de que la garantía que ha predominado casi de manera exclusiva es la fianza otorgada por institución autorizada, quedando prácticamente en desuso de las demás, debido a las complicadas exigencias para otorgarlas, y por ello dicha medida se conoce generalmente como "libertad bajo fianza". Por otra parte, si el acusado no señala

la clase de garantía que ofrece, el Juez o tribunal fijará las cantidades que procedan respecto de cada tipo de caución.

Los criterios para establecer el monto de la caución deben atender: a) a los antecedentes del inculcado; b) la gravedad y circunstancias del delito o de los delitos imputados; c) el mayor o menor interés que pueda tener el acusado en sustraerse a la acción de la justicia; d) las condiciones económicas del procesado, y e) la naturaleza de la garantía que se ofrezca (artículo 560 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito federal, 402 del Código Federal de Procedimientos Penales).

3.5.1.3 REVOCACIÓN.

Al notificarse al procesado que se le ha otorgado la libertad caucional, se le hará saber que contrae las siguientes obligaciones: a) presentarse ante el Juez o tribunal que conozca del proceso los días fijos que se estime conveniente señalar, así como cuantas veces sea citado o requerido para ello, y b) comunicar al tribunal los cambios de domicilio que tuviere (artículo 567 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, 411 del Código Federal de Procedimientos Penales). Además, el Código Federal agrega a los anteriores el deber del procesado de no ausentarse del lugar del juicio sin permiso del Juez o tribunal de la causa, el que no podrá otorgarse por un tiempo mayor de un mes. Por otra parte, los mismos preceptos disponen que debe hacerse constar en la comunicación al inculcado que se le hicieron saber dichas obligaciones, pero la omisión de este requisito no libera al procesado del cumplimiento de las mismas.

Por lo que se refiere a la revocación de la libertad, los citados ordenamientos procesales señalan como motivos para decretarla: a) cuando el inculpado desobedeciera, sin causa justa y comprobada, las órdenes legítimas del Juez o tribunal que conozca de la causa; b) cuando antes de que el expediente en que se concedió la libertad esté concluido por sentencia firme, el procesado cometiere un nuevo delito que merezca pena corporal; c) cuando el procesado amenazare al ofendido o algún testigo de los que hubieren declarado o tengan que declarar en su contra o tratare de cohechar o sobornar a alguno de estos últimos o algún funcionario del tribunal o al agente del Ministerio Público; d) cuando lo solicite el mismo acusado y se presentare ante el tribunal; e) cuando con posterioridad aparezca que le corresponde una pena que no permite otorgar la libertad; f) cuando quede firme la sentencia de primera o segunda instancia, y g) cuando el inculpado no cumpla con las obligaciones que le señale el Juez o tribunal (artículo 568 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, 412 del Código Federal de Procedimientos Penales). Si la garantía la otorga a un tercero también puede revocarse la libertad caucional cuando el mismo tercero pida que se le releve de la obligación, o si se demuestra con posterioridad la insolvencia del fiador (artículos 569 al 573 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, 413 al 416 del Código Federal de Procedimientos Penales).

La revocación del beneficio implica la orden de reaprehensión del inculpado, haciéndose efectiva la caución a través de las autoridades fiscales correspondientes si bien existen algunos supuestos en que puede devolverse el monto de la garantía a quien la constituyó (artículos 570 al 571 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, 414 del Código Federal de Procedimientos Penales).

3.5.2 LIBERTAD BAJO PROTESTA.

En concepto de Colín Sánchez la libertad bajo protesta también llamada protestatoria, “es un derecho, otorgado (por las leyes adjetivas) al procesado, acusado o sentenciado por una conducta o hecho, cuya sanción es muy leve, para que, mediante una garantía de carácter moral obtenga su libertad provisional.”¹⁶

Dice Rodríguez Manzanera que “la libertad Juratoria, llamada también libertad bajo protesta es, después de la libertad caucional, la forma más común para evitar la prisión preventiva.

Tiene características muy similares a las de la libertad caucional, y se aplica en casos de delitos muy leves o de extrema pobreza del acusado, en que no haya indicios de que pueda fugarse.

La diferencia con la libertad bajo fianza o caucional es que no exige garantía económica, sino que basta la promesa del indiciado de que se presentará ante el Juez todas las veces que sea requerido.”¹⁷

Se considera que la libertad bajo protesta es la medida cautelar que tiene por objeto la libertad provisional del inculpado en un proceso penal, cuando se le imputa un delito de baja penalidad, tiene buenos antecedentes y no ha sido condenado en un juicio penal anterior, con el compromiso formal de estar a disposición del Juez de la causa.

Esta institución constituye uno de los aspectos de la medida precautoria genérica denominada libertad provisional y que se divide en dos sectores: libertad caucional y bajo protesta, en virtud de que ambas providencias tienen como finalidad común la libertad provisional del inculpado sometido a detención

¹⁶ *Ibíd.* p. 687.

¹⁷ Rodríguez Manzanera. La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión. *op. cit.* p.107

preventiva con motivo de un proceso penal, en el primer supuesto con la constitución de una garantía económica y en el segundo a través de una promesa formal de estar a disposición del Juez o tribunal que tramita el citado proceso.

Sin embargo, la diferencia consiste en que la libertad caucional se otorga a los presuntos responsables de delitos de penalidad de tipo medio y con un criterio estrictamente objetivo, en tanto que, concedida bajo protesta, beneficia al inculpado al que se le imputa un delito de baja penalidad y además satisface requisitos de carácter personal, como son los buenos antecedentes y que no exista reincidencia, es decir que no hubiese sido condenado previamente en otro juicio de carácter penal.

Dice Colín Sánchez, que “es digno de encomio que en nuestra legislación se haya instituido este derecho, atendiendo sin duda, entre otros factores, a la situación ruinoso que en el orden económico se manifiesta en la casi totalidad de los procesados por delitos leves, quienes no podrían gozar de este beneficio, ante la imposibilidad de cubrir las garantías necesarias para ese objeto. Por otra parte, la libertad provisional bajo protesta, como lo hace notar González Bustamante “evita la imposición de penas corporales de corta duración y la influencia maléfica que ejercen las prisiones en los delincuentes primarios y en los presuntos responsables de un delito, porque de esta manera se elimina, para los ocasionales, la promiscuidad y el contagio morboso de las cárceles.”¹⁸

Al igual que la libertad bajo caución, la libertad provisional bajo protesta es, según lo establecido en los códigos, un incidente, si bien su tramitación procesal pudiera ser, en cierta forma, la base de tal consideración, su propia naturaleza, la prontitud con que debe resolverse, y la práctica constante seguida en los tribunales, demuestra la simplicidad de su trámite.”¹⁹

¹⁸ Citado por: Colín Sánchez, op. cit. p. 687

¹⁹ Idem.

Por otra parte, es preciso tomar también en consideración que el citado beneficio de la libertad bajo protesta está relacionado, así sea en forma indirecta, con la llamada suspensión condicional de la ejecución de la pena regulada por el artículo 89 del Código Penal para el Distrito Federal, y que implica la suspensión de la sanción corporal al sentenciado cuando se cumplen condiciones similares a las exigidas para otorgar la primera institución, es decir, que la citada sanción no exceda de cinco años de prisión (sólo en caso de la fracción VI del artículo 552 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; “Tratándose de personas de escasos recursos, el Juez podrá conceder este beneficio cuando la pena privativa de libertad no exceda de cinco años”); otro requisito es que sea la primera ocasión que incurra en delito intencional, que tenga buenos antecedentes, de manera que aquél que obtiene la libertad bajo protesta tiene también la posibilidad de que, en caso de ser sentenciado, logre que se suspenda la ejecución de la sanción corporal respectiva.

De acuerdo con lo establecido por los Códigos de Procedimientos Penales y Código Federal de Procedimientos Penales actualmente en vigor, los motivos de procedencia de la libertad bajo protesta se hacen consistir en: a) que el acusado tenga domicilio fijo y conocido en el lugar en que se siga el proceso; b) que su residencia en ese lugar sea de un año cuando menos; c) que a juicio del Juez de la causa no exista temor de que se sustraiga a la acción de la justicia; d) que proteste presentarse ante el tribunal que conozca de su causa siempre que se le ordene; e) que no hubiere sido condenado por delito intencional, y f) que se trate de delitos cuya pena máxima no exceda de tres años de prisión, artículo 552 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 418 del Código Federal de Procedimientos Penales). El Código Federal agrega, como exigencia adicional que el inculpado tenga profesión, oficio, ocupación o medio honesto de vivir.

Sin embargo, los requerimientos anteriores no son exigibles cuando el inculpado hubiese cumplido la pena impuesta en primera instancia estando

pendiente la apelación (artículo 555 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 419 del Código Federal de Procedimientos Penales). El propio ordenamiento Federal establece que, en ese supuesto, la medida debe otorgarse de oficio por los tribunales respectivos.

De alguna manera, los supuestos que establecen la libertad bajo protesta, en forma concreta de los efectos con que es admitido el recurso de apelación, en caso de sentencia condenatoria conforme a lo dispuesto por el artículo 330 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el caso que establece la fracción II del artículo 555 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, supuesto en que existe una salvedad al caso que establece el primero de ellos, pues existiría sentencia condenatoria y estaría pendiente el recurso de apelación, caso en el que el sentenciado podría obtener su libertad provisional, ejecutándose en forma precautoria la sentencia recurrida por cualquiera de las partes. Este supuesto (guardando proporciones ya que no se habría cumplido con la sanción impuesta) podría ser aplicado conforme a lo propuesto en este trabajo en lo relativo a los sustitutivos penales y suspensión condicional de la ejecución de la pena en lo relativo a la posibilidad de acogerse a los beneficios otorgados en Primera Instancia por parte del sentenciado encontrándose pendiente el recurso de apelación.

Además, el ordenamiento distrital considera como motivo del otorgamiento de la libertad bajo protesta sin los requisitos normales, el caso previsto por el inciso segundo de la fracción X del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es decir, cuando la prisión preventiva se prolongue hasta el tiempo máximo que fija la ley al delito que motivare el proceso.

Por lo que se refiere a la revocación de la citada libertad bajo protesta, la misma puede ordenarse en dos supuestos generales: a) cuando se viole alguna de las disposiciones legales relativas a su otorgamiento, y b) cuando recaiga sentencia condenatoria contra el inculpado ya sea en Primera o Segunda Instancia (artículo 554 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece lo siguiente en lo relativo a la Libertad Bajo Protesta:

“Artículo 552. Libertad protestataria es la que se concede al procesado siempre que se llenen los requisitos siguientes:

- I. Que el acusado tenga domicilio fijo y conocido en el lugar en que se siga el proceso;
- II. Que su residencia en dicho lugar sea de un año cuando menos;
- III. Que a juicio del Juez, no haya temor de que se sustraiga a la acción de la justicia;
- IV. Que proteste presentarse ante el tribunal o Juez que conozca de su causa, siempre que se le ordene;
- V. Que el inculpado no haya sido condenado por delito intencional; y
- VI. Que se trate de delitos cuya pena máxima no exceda de tres años de prisión. Tratándose de personas de escasos recursos, el Juez podrá conceder este beneficio cuando la pena privativa de libertad no exceda de cinco años.

Artículo 553. La libertad protestataria se concede siempre bajo la condición de que el agraciado desempeñe algún trabajo honesto.

Artículo 554. La libertad protestataria se revocará:

- I. Cuando se viole alguna de las disposiciones de los dos artículos anteriores; y
- II. Cuando recaiga sentencia condenatoria contra el agraciado, ya sea en primera o en segunda instancia.

Artículo 555. La libertad bajo protesta, procede sin los requisitos anteriores, en los siguientes casos:

- I. Cuando se hubiese prolongado la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare al proceso.
- II. Cuando habiéndose pronunciado sentencia condenatoria en primera instancia, la cumpla íntegramente el acusado, y esté pendiente el recurso de apelación.”

CAPÍTULO 4

RECURSO DE APELACIÓN.

4.1 LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN Y LOS RECURSOS.

Los medios de impugnación son el género y los recursos la especie, según Barragán Salvatierra, debido a que existen medios de impugnación que no son recursos, aunque así lo señalen las leyes como el caso de la queja.¹

Los recursos, para algunos autores deben desaparecer por considerarlos como una forma de retardar los procedimientos por alguna de las partes que tenga interés en ello.

La impugnación la configuran los instrumentos jurídicos consagrados por las leyes procesales para corregir, modificar, revocar o anular los actos y las resoluciones judiciales, cuando adolecen de deficiencias, errores, ilegalidad o injusticia.

Por su parte, Rivera Silva también expone la posibilidad de restringir los recursos con el propósito de no retardar la administración de justicia, manifestando que “hay muchos pensadores que afirman que únicamente deben concederse recursos contra las sentencias definitivas, arguyendo que así se evitan muchos retardos en los procesos y se permite revisar, de una manera global el asunto, con lo cual se puede enmendar todo aquello que perjudique la resolución definitiva y pasar por alto las transgresiones que no afectan la buena aplicación de la ley en la sentencia. En resumen los que abogan por la corriente en estudio, ven en ella tres bondades, a saber:

- a) Evita retardos en el proceso.

¹Cfr. Barragán Salvatierra. op. cit. p. 539

- b) Permite una revisión total del proceso, y
- c) Repara lo que interesa a la sentencia definitiva, evitando las ociosas correcciones que no influyen en la estructuración de ésta.”²

Pérez Palma manifiesta respecto de los medios de impugnación y los recursos que “se ha dicho y con razón, que el grado de civilización de un país, puede ser apreciado a través de los medios de impugnación que sus leyes concedan en contra de las resoluciones que pronuncien sus autoridades, ya sean judiciales o administrativas.

La base de que parte la impugnación de la determinación es la inconformidad con su contenido, tanto por la ilegalidad que represente, como por los agravios que pueda causar.”³

4.1.1 CONCEPTO.

Para Florian, el medio de impugnación es el acto del sujeto procesal orientado a anular o a reformar jurisdiccionalmente una resolución anterior mediante un nuevo examen, total o parcial de la causa por el mismo Juez u otro diferente o por otro superior.

El medio de impugnación inicia una nueva fase, que se enlaza a la que está en curso (lo que sucede la mayor parte de las veces), o hace revivir dentro de ciertos límites el que ya estaba concluido.”⁴

Para Ovalle Favela “a través de la impugnación penal, el sujeto que se autoconsidera lesionado por un acto positivo o negativo de la autoridad, y que estima deficiente o erróneo, habrá de resistirse, mediante la serie de actos jurídicos que, partiendo de la censura a la conducta de la autoridad, estarán

² Rivera Silva. op cit. p. 316

³ Pérez Palma, Rafael. Guía de Derecho Procesal Penal. 7ª Ed. Cárdenas Editor. México 2003. p. 525.

⁴ Florian, Eugenio. op, cit. p. 420

orientados a procurar la sustitución de la conducta de la autoridad, a través de la modificación, revocación o anulación.

El término impugnación proviene de *impugnare*, que significa resistir, atacar, combatir.”⁵

Para Eduardo Pallares la impugnación es “el acto por el cual se exige al órgano jurisdiccional la rescisión o revocación de una resolución judicial, que no siendo nula o anulable, es sin embargo, violatoria de la ley y, por tanto, injusta.”⁶

Se considera que el medio de impugnación es el instrumento jurídico con que dota ley a las partes para combatir una resolución que consideran le causa agravios con la finalidad de que sea revocada por ser violatoria de sus derechos sustantivos o procesales.

La impugnación opera mediante la sustitución que se hace del fallo injusto por otro que debe de estar apegado a la ley. La resolución judicial que es revocada o rescindida toma el nombre de *iudicium rescindens*, y la que la sustituye se llama *iudicium rescissorium*. No importan que las dos estén contenidas en una sola sentencia, de todos modos constituyen entes jurídicos diversos. Lo anterior se comprende mejor si se recuerda la parte resolutive de las sentencias de Segunda Instancia que pronuncian nuestros tribunales. Uno de sus puntos resolutive contiene la revocación del fallo apelado y, por ende, el *iudicium rescindens*; en otro punto resolutive se declara la nueva decisión o el *iudicium rescissorium*.⁷

⁵ Ovalle Favela, José. Teoría general del proceso. 5ª ed. Oxford. México 2001. p. 307.

⁶ Pallares, Eduardo. op. cit. p. 243.

⁷ Cfr. Pallares, Eduardo, op.cit. p. 243.

4.2 LOS RECURSOS EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Según James Goldschmidt, “recursos son los medios jurídicos procesales concedidos a las partes, a los afectados inmediatamente por una resolución judicial y a los intervinientes adhesivos para impugnar una resolución judicial que no es formalmente firme, ante un Tribunal Superior (efecto devolutivo), y que suspenden los efectos de cosa juzgada de la misma (efecto suspensivo). La suspensión de los efectos ejecutivos de la resolución impugnada es, en realidad, excepcional.”⁸

Para Oronoz Santana, recurso es “la inconformidad manifestada por alguna de las partes contra la resolución que se estima causa agravio, teniendo por objeto que un órgano superior estudie dicha resolución a efecto de confirmarla, revocarla o modificarla, por lo que tal revisión debe sujetarse a los requisitos y trámites que el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.”⁹

Arilla Bas, dice que la palabra recurso deriva del italiano “*ricorsi*” que significa tanto como volver a tomar el curso; tanto el Código de Procedimientos Penales, tanto como el Federal, como el común, influenciados por el lenguaje vulgar, denominan recursos a todos los medios de impugnación de una resolución judicial, aunque técnicamente, se distinguen los recursos auténticos de los restantes medios de impugnación.

La nota esencial del recurso es la devolución de la jurisdicción, es decir, la transferencia del negocio a otro tribunal (de jerarquía superior) para que vuelva a ser examinado. Así, pues, de los dos recursos fundamentales, o sea el de apelación y el de revocación, solamente el primero, y no el segundo, viene a ser un auténtico recurso.

⁸ Goldschmidt, James. Derecho Procesal Civil_Labor .Barcelona-Madrid-Buenos Aires- Rio de Janeiro 1936. p. 398

⁹ Oronoz, Santana, Carlos. Manual de Derecho Procesal Penal. 4ª Ed. Limusa. México 1993. p. 193

Asimismo define al recurso como el medio que la ley concede a las partes en el proceso, Ministerio Público, procesado, al ofendido por lo que hace a la reparación de daño, y a los terceros en los incidentes de reparación del daño, para impugnar las resoluciones que les causan agravio para que sean examinadas por el propio tribunal que las dictó o por otro de mayor jerarquía y sean, sus casos, recibidas y substraídas por otras o simplemente rescindidas.

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

Por sus efectos, los recursos se dividen en positivos, cuando la resolución dictada por el superior es rescindente (*iudicium rescindem*) y rescisoria (*iudicium rescisorium*) de la impugnada. Y en negativos, si la resolución del superior es únicamente rescindente, de manera que origina el reenvío del negocio al inferior para su ulterior tramitación y nueva sentencia.¹⁰

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, reconoce los siguientes recursos:

RECURSO DE REVOCACIÓN: Procede siempre que no se conceda por el Código, el de apelación. Se interpone en el acto de la notificación o al día siguiente hábil. El Juez o tribunal ante quien se interponga lo admitirá o desechará de plano, si creyere que no es necesario oír a las partes. En caso contrario, las citara a una audiencia verbal, que se verificará dentro de los dos siguientes días hábiles y dictará en ella la resolución, contra la que no se da recurso alguno

¹⁰ Cfr. Arilla Bas. Op. cit. p.207.

(artículos 412 y 413 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).¹¹

Dice Barragán Salvatierra que revocación proviene de “*revoco, revocare, revocatio, revocationis*, cuyo significado es cancelar, rescindir anular, retractarse, invalidar, contraordenar, derogar. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, proviene del latín *revocare*, revocación quiere decir dejar sin efecto una concesión, mandato o resolución.

El Diccionario Jurídico Mexicano señala que deriva del latín *revocatio-onis*, acción y efecto de revocar, dejar sin efecto una concesión; acto jurídico que deja sin efecto otro anterior por voluntad del otorgante.”¹²

Por lo que hace a la resolución recurrida, procede siempre contra resoluciones de mero trámite, en la que se hace un nuevo estudio por la misma autoridad que la dictó. Procede la revocación. Este medio de impugnación debe interponerse en el acto de la notificación o al día siguiente hábil, el tribunal o Juez ante quien se interponga lo admitirá o desechará de plano si creyera que no es necesario oír a las partes. En caso contrario, las citará a audiencia verbal, que se verificará dentro de los dos días siguientes hábiles y dictará en ella su resolución, contra la que no se da recurso alguno. Tal y como lo disponen los artículos 412 y 413 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

RECURSO DE QUEJA: Respecto a este medio de impugnación, Barragán Salvatierra expone que el “recurso de queja es de carácter ordinario y devolutivo. De conformidad con las leyes adjetivas, este recurso procede contra las conductas omisivas de los Jueces que no emitan las resoluciones o no ordenen la práctica de diligencias dentro de los plazos y términos que señale la ley o bien que no

¹¹ *Ibidem*, p. 208.

¹² Barragán Salvatierra. Op. cit. p. 550

cumplan con las formalidades o no despachen de acuerdo con lo establecido por la ley respectiva.”¹³

Hernández Pliego, por su parte expone que “la solución procesal al retardo o denegación de justicia y a la conducta remisa, morosa de la autoridad judicial en el desempeño de sus funciones, es reglamentada en nuestro medio como recurso de queja.

En la forma que está regulada en los códigos de procedimientos penales, no constituye propiamente un recurso pues no tiene como finalidad la confirmación, modificación o revocación de la resolución contra la que se interpone, sino a lo más, persigue la imposición de una sanción al responsable de la conducta materia de la queja, o bien, a que se realice algún acto omitido por la autoridad.”¹⁴

En resumen la queja procede contra las conductas omisivas de los Jueces que no emitan las resoluciones que correspondan en tiempo o no señalen las diligencias dentro de los plazos y términos que señale la ley. El recurso de queja se encuentra contemplado dentro de la legislación distrital en el artículo 442 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Algunos supuestos que dan origen al recurso de queja son los siguientes:

1. Omitir diligenciar un exhorto.
2. Omitir la radicación del expediente.
3. Omitir resolver la petición de orden de aprehensión o de comparecencia.
4. Omitir resolución preventiva de agotamiento de la instrucción.
5. Omitir resolver acerca de la competencia.
6. Denegar el recurso de apelación.
7. Omitir suspender la ejecución de la resolución impugnada.

¹³ *Ibíd.*, p. 566.

¹⁴ Hernández Pliego, *op. cit.* p. 299.

8. Denegar “copia certificada” a fin de que se presente ante el superior para dar trámite al recurso de queja.

4.3 EL RECURSO DE APELACIÓN.

Hernández Pliego al entrar al estudio del recurso de apelación proporciona diferentes nociones de ésta por connotados autores a saber que “De Pina y Castillo Larrañaga confirman que la experiencia de siglos abona la opinión de que la apelación, el recurso judicial ordinario más importante, es necesario para garantizar la buena administración de justicia. Es el medio legal para combatir las resoluciones judiciales generalmente de mayor significación, cuando causan agravios a los participantes del proceso.

Conde de la Cañada lo expresaba de manera similar: El remedio de la apelación es necesario y utilísimo. Por él enmiendan los Jueces superiores los agravios que los inferiores causan en sus sentencias definitivas o interlocutorias por ignorancia o malicia; se suplen y corrigen las omisiones y defectos que han tenido los litigantes en alegar y probar los hechos en que apoyan su justicia; se evitan los perjuicios e inequidades que tal vez cometieran algunos Jueces inferiores si no temieran que otros los descubriesen; finalmente este remedio llena de satisfacción a los interesados al ver que concurren muchos Jueces a declarar su Derecho.

En el prólogo a la obra de Jaime Solé Riera, al aludir a la apelación, Francisco Ramos Méndez señala el acierto de ocuparse: de un tema en apariencia humilde y huérfano de cariño doctrinal. El reto parte de unas premisas que, por obvias, parecen haber pasado desapercibidas hasta ahora. La apelación es el recurso ordinario por excelencia, aspira a ser el modelo abierto de toda impugnación y, además, es el más frecuente estadísticamente hablando... Un estudio comparativo con el resto de los medios de impugnación desde el punto de vista de la eficacia, arroja un saldo claramente favorable a la apelación: accesibilidad,

frecuencia, éxito, coste, duración, etc., son parámetros que ofrecen valores máximos en materia de apelación. Por lo tanto hay que ser conscientes de la importancia del instrumento que tenemos entre manos.”¹⁵

4.3.1 CONCEPTO.

Etimológicamente, apelación proviene del latín *apellatio* que significa llamamiento o reclamación y de *appellare* también significa invocar, referirse a cierta cosa particular, para predisponerle a conceder algo que se le pide.¹⁶

“Méndez y Pidal dicen que la apelación es un recurso ordinario, en virtud del cual la parte que no se conforma con la decisión de un Juez, puede llevar el litigio, o ciertos puntos concretos del mismo, a la resolución de otro juzgador. Hugo Alsina dice que el recurso de apelación es el medio que permite a los litigantes llevar ante el tribunal de Segundo Grado una resolución estimada injusta, para que la modifique o revoque según el caso.”¹⁷

Abundando en los conceptos proporcionados por Hernández Pliego en referencia al recurso de apelación se citan los siguientes:

“Por apelación –al decir de Becerra Bautista- entendemos el recurso en virtud del cual un tribunal de segundo grado, a petición de parte legítima, revoca, modifica o confirma una resolución de primera instancia.

Esta definición parece desmenuzarla Colín Sánchez, quien proporciona un amplio concepto de apelación, al señalar que es un medio de impugnación ordinario, a través del cual el Agente del Ministerio Público, el procesado, acusado o sentenciado, o el ofendido, manifiestan inconformidad con la resolución judicial

¹⁵ Citados por: Hernández Pliego, Julio A. Los Recursos Ordinarios en el Proceso Penal. Porrúa. México 2000. p. 154.

¹⁶ Cfr. Barragán Salvatierra, op. cit. p. 553.

¹⁷ Citados por: Pallares Eduardo. op. cit. p. 50.

que se les ha dado a conocer, originando con ello que los integrantes de un tribunal distinto y de superior jerarquía, previo estudio de lo que consideran agravio, dicten una nueva resolución judicial: confirmando, modificando o revocando aquélla que fue impugnada.

Para Gómez y Herce, la apelación es un recurso ordinario y devolutivo en virtud del cual se trae la cuestión objeto de la resolución impugnada al pleno conocimiento de un Juez superior... no puede pedirse que se reforme la sentencia dictada invocando pretensiones o excepciones nuevas, sino con base en las mismas aducidas oportunamente ante el primer Juez, en los límites de la pretensión impugnatoria. Pero ello no impide que el segundo se encuentre frente a tal objeto, como hemos dicho, en la misma posición y con idéntica plenitud de conocimiento que el primero, tanto en la cuestión de hecho como en la de Derecho.

El recurso de apelación -afirma Fenech- es el ordinario que se interpone ante el propio tribunal A quo y que se decide por el superior jerárquico del mismo.”¹⁸

En concepto de Hernández Pliego la apelación “es un recurso ordinario que otorga la ley contra las resoluciones que expresamente establece, tramitando y resuelto por el superior jerárquico de la autoridad que emitió la resolución recurrida, y cuyo objeto es examinar si en dicha resolución, no se aplicó la ley correspondiente o se aplicó ésta inexactamente; si se violaron los principios reguladores de la valoración de la prueba; si se alteraron los hechos; o no se fundó o motivó correctamente”¹⁹

De las diferentes definiciones antes señaladas y de los preceptos legales correspondientes se infieren las siguientes características:

1. Es un recurso ordinario.

¹⁸ Citados por: Hernández Pliego. Los Recursos Ordinarios en el Proceso Penal. op. cit. p. 155.

¹⁹ Hernández Pliego. Programa de Derecho Procesal Penal, op. cit. p. 288.

2. La apelación siempre supone que el interesado la haga valer.
3. Se hace valer en contra de una resolución judicial, auto o sentencia.
4. Su fin es obtener la revocación o modificación de la resolución recurrida.
5. Presupone dos instancias, y se prosigue ante el tribunal inferior
6. El recurso abre una Segunda Instancia y no un nuevo juicio
7. El recurso no tiene por objeto exigir responsabilidad de ningún género al Juez que dictó la resolución recurrida, sino sólo obtener la modificación o revocación de la misma.
8. La apelación presupone quien la interpone sufrió un agravio por causa de la resolución recurrida.²⁰

1.4 OBJETO Y FIN DE LA APELACIÓN.

A decir de Barragán Salvatierra, el recurso de apelación tiene por objeto el estudio por el superior de la legalidad impugnada tal y como lo dispone el artículo 414 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y su finalidad consiste en que el Tribunal de Alzada repare las violaciones legales cometidas y que sólo es posible lograr a través de la modificación o revocación de la resolución impugnada, para lo cual deberá dictarse otra que resuelva lo procedente.²¹

Si el objeto de la apelación consiste en que la autoridad superior estudie la legalidad de la resolución impugnada; Silva Silva lo interpreta como un reexamen del apelante. Esto es, que el reexamen del tribunal de Segunda Instancia no constituye necesariamente una crítica negativa, pues en este reexamen a su cargo, no impide ponderar los aspectos positivos de la resolución impugnada.

Se muestra este reexamen a cargo del Tribunal de Apelación en los llamados “considerandos” de la resolución impugnada, siendo estos previos a la nueva

²⁰ Pallares, Eduardo, op.cit. p. 50.

²¹ Cfr. Barragán Salvatierra, op. cit. p. 556

decisión. Existen dos tipos de reexamen que son: reexamen total y reexamen parcial.

Un reexamen total implica una sustitución total del Tribunal de Apelación al de Primera Instancia, puesto que el *iudex ad quem* será competente para enjuiciar sobre toda la resolución recurrida, independientemente de que se planteen o no agravios.

Un reexamen parcial limita la competencia del *iudex ad quem* a los puntos o aspectos de la resolución que el apelante indique a través de sus agravios, aquí, el agravio limita la competencia del tribunal.

De estos sistemas, nuestras leyes adoptan el sistema parcial como regla general, y el sistema total sólo en los casos de que el apelante sea el acusado, procesado o sentenciado.

Por lo que hace a la finalidad del recurso de apelación, misma que constituye una nueva decisión, esto es, luego de enjuiciada la resolución impugnada, el *iudex ad quem* concluye con una nueva decisión.

La nueva decisión no significa que se multiplique la actividad jurisdiccional del Estado. La unidad de la jurisdicción se manifiesta todavía en la nueva decisión. La nueva decisión sólo forma parte de un grado o instancia diverso del mismo proceso y de la misma función jurisdiccional estatal y de la acción promovida.

En este apartado, conviene diferenciar finalidad de resultado. En ocasiones puede coincidir finalidad con resultado como cuando se revoca o modifica la resolución impugnada. Por cuanto se confirma no hay coincidencia. La confirmación no es una finalidad del recurso de apelación. Nadie apela con la finalidad de que se confirme la resolución impugnada, no obstante, el resultado de la apelación, al denegarse la pretensión del apelante, conduce a la confirmación.

Por lo que, el resultado (no la finalidad) de la apelación, es decir, la sentencia de Segunda Instancia; consiste en revocar, modificar o en confirmar la resolución materia del recurso de apelación.

Los fines del recurso serán entonces, la modificación o la revocación de esa resolución objeto de la apelación que ha sido reexaminada.

Cobra importancia la resolución del revisor cuando se trata de saber si éste debe sustituir la resolución revocada o modificada, o sólo debe así indicarlo para que el tribunal que dictó la resolución haga la sustitución.

En el primer caso se dice que el tribunal obra con plenitud de jurisdicción, en tanto que en el segundo, dada la restricción para sustituir, el tribunal sólo se concreta a enviar el asunto al tribunal que dictó la resolución impugnada para que la sustituya.

En el caso que se revoque o modifique la resolución impugnada, es el Tribunal de Apelación quien debe hacer la sustitución, no siendo permisible en apelación el envío. Vale decir, no es posible que se regrese la resolución reexaminada al iudex a quo, para que éste subsane los errores, ya que el propio ad quem debe, mediante la modificación o revocación, corregir los errores del inferior.²²

En resumen, el objeto de este recurso a entender de Silva Silva, es el procedimiento de Primera Instancia y en forma especial los errores del procedimiento.

Aquí se distingue entre *errores in procedendo* y *errores in iudicando*, puesto que los primeros se atribuyen al procedimiento que dio fin a la Primera Instancia, y los segundos a la misma resolución que la terminó, como la sentencia.

²² Silva Silva, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. 10ª ed. Oxford. México, 2005, p. 443.

No debe confundirse el objeto con el objetivo; vale decir, el objeto con la finalidad.

El objetivo perseguido por el recurrente está orientado de manera inmediata a la nulidad del procedimiento, y mediatamente a su reapertura, reanudación o reinicio, a partir del momento en que se quebrantó el mismo, debido al incumplimiento de las formas esenciales del proceder.²³

Por su parte, Rivera Silva, por lo que hace al objeto del recurso de apelación sostiene que el Tribunal de Alzada al realizar el estudio de la resolución impugnada (siendo éste su objeto). A este respecto, dice que existe una gran discusión entre los tratadistas, pues en tanto que unos manifiestan que en la Segunda Instancia debe haber una revisión total de la resolución recurrida, otros opinan que la revisión debe restringirse a los agravios señalados y, por lo tanto, no debe exigirse una revisión oficiosa de toda la resolución. Los sostenedores del segundo punto de vista, parten del principio de que el acierto y la legalidad de las resoluciones judiciales deben suponerse como regla, concluyendo que si no se expresan agravios, se debe entender que la resolución ha sido dictada conforme a Derecho. Los defensores del primer pensamiento informan la doctrina de la irrestricción, y los del segundo, el sistema encuadramiento estricto. En medio de esas dos situaciones polares, se encuentra el sistema mixto, consistente en adoptar el sistema de irrestricción en todo lo que favorece al reo, y el encuadramiento estricto en lo que atañe a la apelación interpuesta por el agente del Ministerio Público. (Artículo 415 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

El otro elemento lo constituye su finalidad, la cual consiste en la resolución dada por el *iudex ad quem*, que puede ser revocación o confirmación de la resolución apelada.²⁴

²³ Idem.

²⁴ Cfr. Rivera Silva, op. cit. p. 329.

Hernández Pliego, dice que “los objetivos que se fijan en la apelación, son señalados por las diversas legislaciones de los Estados de la República, en lo general de manera coincidente, y de ellos destaca la necesidad de constatar que la resolución recurrida se encuentre debidamente fundada y motivada, lo que por otra parte constituye una exigencia constitucional no sólo dirigida a los actos de carácter jurisdiccional sino a los de cualquier autoridad del Estado.”²⁵

1.5 RESOLUCIONES APELABLES.

Rivera Silva, opina respecto a la restricción del recurso de apelación, esto es, el recurso de apelación no se concede contra todas las resoluciones, en forma limitativa, se concede únicamente contra las que la ley en forma expresa lo concede. (Artículo 418 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).²⁶

Para que el recurso de apelación sea procedente, Franco Sodi señala que es necesario reunir los siguientes requisitos:

- “1. El recurso debe encontrarse establecido en la ley.
2. La misma ley debe reconocerlo como procedente en contra de la resolución que se impugna.
3. La parte que lo utiliza necesita estar interesada, es decir, poseer un Derecho afectado o afectable por la resolución recurrible.
4. Precisa que el recurso se interponga en tiempo y forma.
5. Que se motive o que se puntualice con toda exactitud el agravio que causa la resolución impuesta.

²⁵ Hernández Pliego. Los Recursos Ordinarios en el Proceso Penal. op. cit. p. 157.

²⁶ Cfr. Rivera Silva, op. cit. p. 331.

Los términos para la interposición de los recursos son preclusivos. Si el derecho que se tiene para hacer valer algún recurso, en particular respecto a los recursos ordinarios, no se hacen valer dentro del término que la ley establece, el derecho precluye y la resolución por ende queda firme.”²⁷

El recurso de apelación puede ser interpuesto en forma verbal o por escrito, contándose con un término de tres días hábiles en tratándose de autos y de cinco cuando se trata de sentencias definitivas; tratándose del procesado y de sentencia definitiva existe la obligación del juzgado de notificar en forma fehaciente al mismo del término con que cuenta para interponer el recurso de apelación. (Artículos 416 y 420 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

Según el artículo 418 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal son apelables:

- “I. Las sentencias definitivas, incluyendo aquéllas que se pronuncien en los procesos sumarios;
- I. Los autos que se pronuncien sobre cuestiones de jurisdicción o competencia; los que mandan suspender o continuar la instrucción; el de ratificación de la detención; el de formal prisión o de sujeción a proceso o el que los niegue; el que conceda o niegue la libertad;
- II. Los que resuelvan las excepciones fundadas en alguna de las causas que extinguen la acción penal; los que declaran no haber delito que perseguir; los que concedan o nieguen la acumulación o los que decreten la separación de los procesos;
- III. Los autos en los que se niegue la orden de aprehensión o de comparecencia, sólo por el Ministerio Público; y
- IV. Todas aquéllas resoluciones en que éste Código conceda expresamente el recurso.”

²⁷ Citado por: Barragán Salvatierra, op. cit. p. 541.

Al hacer referencia la fracción quinta del artículo anterior a “todas aquellas resoluciones que éste Código conceda expresamente el recurso”; se refiere por ejemplo al supuesto que señala el artículo 330 del ordenamiento legal en cita, que dispone: “ La sentencia condenatoria será apelable en ambos efectos”: Así pues, las sentencias condenatorias son apelables en ambos efectos, suspensivo y devolutivo, y las absolutorias únicamente en éste último; en consecuencia la sentencia absolutoria es ejecutable.

Ahora bien, según la propuesta, el artículo antes mencionado no es afectado pues se considera que el procesado que se encuentra en prisión preventiva y en la que el Juez al dictar sentencia definitiva condenatoria al reo, pero asimismo estimó al mismo sujeto merecedor de un beneficio o sustitutivo penal; este tipo de resolución es diversa pues otorga un medio de obtener la libertad al sentenciado por lo que la reforma planteada al artículo 419 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no trasgrede el artículo 330 del citado código pues se trata de la libertad personal del sentenciado.

1.6 QUIENES PUEDEN APELAR.

Tal y como dispone el artículo 417 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; mismo que establece:

“Artículo 417. Tendrán derecho a apelar:

- I. El Ministerio Público;
- II. El acusado o su defensor; y
- III. El ofendido o sus legítimos representantes, cuando aquél o éstos coadyuven a la acción reparadora y sólo en lo relativo a ésta.”

Carnelutti dice que la crítica de la decisión, lo cual es la impugnación, se encuentra condicionada a la instancia de una de las partes. Acusado, Ministerio Público y defensor, el segundo en cuanto esté adscrito al Juez *A quo*, y el tercero por cuanto haya participado en el proceso *A quo*, están legitimados, pues para proponer la impugnación.

Que la parte legitimada para la impugnación deba tener interés en ello, tiende a garantizar el contradictorio, evitando que cada parte invada el campo de la otra; se trata, de una limitación de poderes de cada parte, no de una limitación de la potestad del Juez. El Ministerio Público puede provocar la crítica de la decisión (recurso de apelación) a fin de que esta responda mejor a las razones de la acusación y el defensor a fin de que tenga más en cuenta las razones de la defensa; pero esto no quiere decir que el Juez de la impugnación, una vez investido de la crítica de la una o de la otra parte, no pueda desilusionar su expectativa; no sólo confirmando la decisión criticada sino también reformándola al sentido contrario al pedido por la parte, que ha propuesto la impugnación.

La impugnación puede ser parcial, es decir, limitándose a uno de los extremos de la sentencia; en tal caso el área de la crítica de la decisión está determinada por los límites de la impugnación, pero dentro de estos límites el Juez debería poder dar a las cuestiones investidas por la impugnación una solución menos favorable al interés del impugnante que la dada a ella por la sentencia impugnada. En este caso, hay que hablar del *reformatio in peius*, refiriéndose al empeoramiento, en general, a una divergencia de la expectativa de la parte impugnante mayor en la nueva decisión que en la decisión precedente. La posibilidad de la *reformatio in peius*, ampliamente entendida así, esto es, de una decisión más favorable al acusado sobre la impugnación del Ministerio Público o viceversa, menos favorable al acusado sobre la impugnación de él o del defensor.²⁸

El principio *reformatio in peius*, se encuentra impedido por nuestra legislación adjetiva penal, toda vez que el artículo 427 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal dispone: “La Sala al pronunciar su sentencia tendrá las mismas facultades que el tribunal de Primera Instancia; pero si sólo hubiere apelado el reo o su defensor, no podrá aumentarse la pena impuesta en la

²⁸ Camelutti, op. cit. p. 177.

sentencia apelada.” Esto atendiendo a los principios constitucionales consistentes en la vieja fórmula *favor rei y favor innocentiae*.

El empeoramiento de la crítica (*reformatio in peius*), por parte de Tribunal de Alzada en contra del interés del Ministerio Público se encuentra permitido por nuestra legislación, por lo tanto, existe la posibilidad de que la Representación Social al interponer el recurso de apelación, no obtenga una reforma en su beneficio, es decir, una resolución que modifique la resolución en interés de su acusación; sino por el contrario, obtenga como resultado una resolución que revoque la sentencia recurrida y absuelva al acusado. Por lo tanto, es del todo justificable la propuesta al proponer una ejecución provisional de la sentencia condenatoria penal.

1.7 ADMISIÓN DEL RECURSO.

La admisión o desechamiento del recurso se realizarán de plano, es decir, sin substanciación alguna, lo que debe entenderse en el sentido de que no habrá necesidad de dar audiencia a la otra parte para que manifieste lo a que su derecho convenga.

A la interposición del recurso, normalmente sucede su admisión, por más que el Juez esté convencido de la justicia de su resolución, porque la admisión de la apelación no puede condicionarse a que el Juez ponga en duda el acierto o desacierto de las providencias que dicte.

La aceptación del recurso está determinada por la ley, de modo que sólo cuando ésta no lo autorice, podrá rechazarse, lo que, según se ve, descarta el que la autoridad judicial pudiera defender la legalidad de su resolución empleando para ello el desechamiento del recurso.

La regla general es permitir el derecho a la utilización de los medios de impugnación y con ello, el acceso a la Segunda Instancia que es un instrumento procesal del que pueden valerse las partes para buscar la resolución judicial definitiva que dirima el conflicto de intereses surgido entre el inculpado, por una parte, y la sociedad por el otro.

La excepcionalidad de la inadmisión del recurso está sustentada en el incumplimiento de los requisitos legales que para su válida interposición fija la ley, pero en la medida en que el desechamiento de la apelación obedezca a una causa legal inexistente, constituye no solamente una infracción a la legalidad ordinaria, sino también una violación al derecho fundamental a obtener un justo proceso legal, consagrado en la constitución política del país.²⁹

El recurso de apelación, para su procedencia debe reunir los siguientes requisitos, como son: la legitimación de la parte que la propone (Ministerio Público, procesado, defensor, ofendido o su legítimo representante, sólo por lo que hace a la reparación del daño); requisito de forma (verbal o por escrito) y de tiempo (tres días tratándose de autos, cinco tratándose de sentencias definitivas y dos tratándose de otras resoluciones; artículo 416 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

Reunidos los requisitos anteriores el Juez *A quo*, debe admitir el recurso si procediere; en caso de que no lo admitiese procede el recurso de denegada apelación (artículo 421 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

²⁹ Cfr. Hernández Pliego, Los Recursos Ordinarios en el Proceso Penal. Op. cit. p. 258

4.7.1 EFECTO DEVOLUTIVO.

Ovalle Favela, en referencia a la connotación del efecto devolutivo, dice que proviene de *devoluto*, *devololutus* (que devuelve), mismo que antiguamente significó devolver la jurisdicción. El antiguo monarca, al crecer su Imperio y complicarse su trabajo, delegó su actividad jurisdiccional a los tribunales. El tribunal resolvía, y si su resolución era impugnada, lo que hacía era devolver la jurisdicción al monarca, para que éste revisara (de aquí lo devolutivo).

Actualmente esto no es posible; la jurisdicción no la devuelve el Tribunal a otro superior porque simplemente el superior no le ha delegado jurisdicción al inferior, sino que éste la tiene por disposición de la ley.

Aunque el vocablo no resulta perfectamente adecuado al significado actual del concepto, devolutivo significa, en los tiempos presentes, el llamado a otro órgano jurisdiccional superior, para que ejerza competencia respecto a algún acto del tribunal inferior, o también el cambio del proceso del tribunal inferior al superior.

En el efecto devolutivo se le da competencia a un órgano diverso, para que revise el acto impugnado. Este tipo de efecto se presenta en los medios impugnativos verticales, esto es, donde existe otro tribunal que revisa, como en el caso de los recursos o inclusive de los juicios autónomos.³⁰

Por lo que hace a la materia que nos ocupa, Hernández Pliego, dice que “el efecto devolutivo es el más típico y el que más se identifica con el recurso de apelación ya que motiva un nuevo examen de los materiales de la Primera Instancia por un tribunal distinto y superior en jerarquía, del emisor de la resolución impugnada.

³⁰ Ovalle Favela, Teoría General del Proceso, op. cit. p. 310.

Cuando la apelación es admitida en un solo efecto, significa que el proceso puede seguir su curso legal, salvo en lo que corresponde al objeto de la apelación, en tanto que si es admitido en el efecto suspensivo, se ve paralizada la tramitación del proceso principal.

Realmente el efecto devolutivo no se produce al interponerse el recurso de apelación, sino al admitirse, de manera que el *A quo*, según la hipótesis de que se trate, decretará la admisión expresando si lo hace en uno o en ambos efectos.

Es el que demarca el alcance del recurso, de conformidad con el concepto *tantum appellatum quantum devolutum*, porque pertenecerá al ámbito del efecto devolutivo, todo aquello que como consecuencia del recurso, es elevado al tribunal *Ad quem* de manera tal que la apelación versará sobre el material producido ante el inferior, en la medida de la pretensión del apelante.

En estas condiciones, desde la óptica positiva del efecto devolutivo y por virtud de los principios procesales de rogación y disposición, las partes delimitan voluntariamente los poderes del tribunal *Ad quem*, según que acaten o impugnen la resolución.”³¹

En la legislación distrital, por lo que hace a la forma que se admite el recurso de apelación, es decir, a la calificación del grado, el artículo 419 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece:

“Artículo 419. Salvo determinación expresa en contrario, el recurso de apelación procederá sólo en el efecto devolutivo y muy especialmente respecto de las sentencias definitivas que absuelvan al acusado.”

³¹ Hernández Pliego, Los Recursos Ordinarios en el Proceso Penal. Op. cit. p. 262

Lo anterior, quiere decir que de manera genérica el recurso de apelación procede en el efecto devolutivo y al referirse a “salvo determinación expresa en contrario”, quiere decir que la ley dispone cuando una apelación deba ser admitida en ambos efectos, lo cual se relaciona directamente con lo que dispone el artículo 330 de la ley adjetiva penal, mismo que dispone:

"Artículo 330. La sentencia condenatoria será apelable en ambos efectos."

La anterior disposición no se contrapone con lo propuesto en éste trabajo, pues se trata del género de sentencia condenatoria, pues como se plantea, la que otorga un beneficio es una especie de aquélla; pues existe el supuesto de la prisión preventiva a la que se encuentra sujeto el sentenciado y ha obtenido una sentencia condenatoria que le otorga un beneficio, por lo que se encuentra impedido de obtenerlo en razón del recurso de apelación interpuesto por el propio sentenciado o por la Representación Social. Abundando en lo anterior, se debe tomar en consideración que al sentenciado se le ocasiona un daño de hecho al retenerlo en prisión preventiva por lo que el que se ejecute provisionalmente la sentencia de Primera Instancia no le causa perjuicio, sino por el contrario, un beneficio al poder obtener su libertad de manera cautelar y el hecho de que proponga que sea a solicitud del reo o su defensor es precisamente con el propósito de que no se le cause un daño irreparable al sentenciado al momento de ejecutarse cautelarmente la sentencia impugnada quien en ningún momento está aceptando la resolución dictada, solamente por lo que hace en referencia a la obtención del beneficio otorgada; misma que podrá ser confirmada, modificada o revocada por el Tribunal de Segundo Grado. Conceptos anteriormente expresados que se serán examinados en el capítulo siguiente.

En materia Federal, el Código Federal de Procedimientos Penales, indica en forma enunciativa cuales son los supuestos en que procede la admisión del recurso de apelación, lo cual se establece en el artículo 367 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual dispone:

“Artículo 367. Son apelables en el efecto devolutivo:

I. Las sentencias definitivas que absuelven al acusado, excepto las que se pronuncien en relación con delito punibles con no más de seis meses de prisión o con pena no privativa de libertad, en los términos del primer párrafo del artículo 152;

II. Los autos en que se decrete el sobreseimiento en los casos de las fracciones III a VI del artículo 298 y aquéllos en que se niegue el sobreseimiento.

III. Los autos en que se niegue o conceda la suspensión del procedimiento judicial; los que concedan o nieguen la acumulación de autos; los que decreten o nieguen la separación de autos; los que concedan o nieguen la recusación;

III bis. Los autos que ratifiquen la constitucionalidad de una detención a que se refiere el párrafo sexto del artículo 16 constitucional;

IV. Los autos de formal prisión; los de sujeción a proceso; los de falta de elementos para procesar; y aquéllos que resuelvan situaciones concernientes a la prueba.

V. Los autos en que se conceda o niegue la libertad provisional bajo caución; los que concedan o nieguen la libertad por desvanecimiento de datos, y los que resuelvan algún incidente no especificado;

VI. Los autos en que se niegue la orden de aprehensión o se niegue la citación para preparatoria. Estos autos sólo son apelables por el Ministerio Público.

VII. Los autos que nieguen el cateo, las medidas precautorias de carácter patrimonial, el arraigo del indiciado o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica;

VIII. Los autos en que un tribunal se niegue a declarar su incompetencia por declinatoria, o a librar el oficio inhibitorio a que se refiere el artículo 436, y”

4.7.2 EFECTO SUSPENSIVO.

En el orden de ejecución, este efecto implica que el acto o resolución impugnada quede pendiente de ser ejecutado, es decir, se condiciona la ejecución de la resolución impugnada, hasta que se resuelva o termine el medio impugnativo; por ello Couture afirma que “en cuanto al efecto suspensivo de la apelación, consiste en el enervamiento provisional de los efectos de la sentencia, una vez introducido el recurso de apelación interpuesto el recurso, no sólo se opera el envío al superior para la revisión de la sentencia, sino que también como complemento necesario sus efectos quedan detenidos.”³²

Hernández Pliego, dice que “el efecto suspensivo, es el efecto de la apelación que consiste en paralizar toda actividad del conocimiento del Juez *A quo*, incluido por supuesto el cumplimiento o ejecución de la resolución recurrida, hasta que se resuelva el recurso.

Con esto, se evita la producción de firmeza o cosa juzgada formal de la resolución apelada, transmitiéndose completamente al tribunal *Ad quem*, la potestad de conocer y resolver todas las cuestiones que fueron objeto del asunto en la Primera Instancia.

O sea, el efecto suspensivo, al mismo tiempo que suscita la imposibilidad de ejecutar la resolución recurrida, determina la ausencia de jurisdicción del Juez *A quo*, para conocer de la cuestión principal o de cualquier incidencia, desde el mismo momento en que se admite el recurso.

La legislación nacional, ordena admitir la apelación que se haga valer contra las sentencias definitivas que impongan alguna sanción, en el efecto suspensivo, seguramente con el propósito de que la afectación, derivada de la

³² Citado por: Malvaéz Contreras, Jorge. Derecho Procesal Penal. 2ª ed. Porrúa. México 2006. p. 503.

resolución recurrida, no llegue a consumarse de un modo que en ocasiones podría ser irreparable.”³³

Como se ve el efecto suspensivo literalmente suspende la ejecución de la resolución impugnada y por lo tanto hasta que no se resuelva por el Tribunal de Segunda Instancia, no se puede ejecutar la resolución recurrida. El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, impide en su artículo 330 ejecutar provisionalmente una sentencia condenatoria ya que como se ha mencionado anteriormente establece:

“Artículo 330. La sentencia condenatoria será apelable en ambos efectos.”

De igual manera el artículo 366 del Código Federal de Procedimientos Penales establece:

“Artículo 366. Son apelables en ambos efectos solamente las sentencias definitivas en que se imponga alguna sanción.”

La expresión ambos efectos, quiere decir que se debe admitir el recurso de apelación en tratándose de sentencia condenatorias, en los efectos tanto devolutivo como suspensivo.

En la propuesta al hablar de solicitar por parte del acusado o su defensor la ejecución provisional de la sanción impuesta, no contraviene al género que indica el artículo antes transcrito que es la sentencia condenatoria; sino una especie de ésta, pues se considera distinta de la que sólo condena, ya que al otorgar un beneficio al sentenciado, no es del todo gravosa para el reo y sí una oportunidad para obtener su libertad, aunque en Segunda Instancia le pueda ser revocada, esto atendiendo a la garantía de libertad, la cual ya ha sido invocada en capítulos anteriores, aunado a lo que menciona el maestro Hernández Pliego, que tal

³³ Hernández Pliego. Los Recursos Ordinarios en el Proceso Penal, op, cit. p. 199.

disposición se deba a que tal afectación no llegue a consumarse y se constituya en irreparable; pero se recalca que no existe tal afectación de manera total con la sentencia que otorga beneficios.

4.8 EXPRESIÓN DE AGRAVIOS.

4.8.1 CONCEPTO DE AGRAVIO.

Según Malvaéz Contreras “agravio es todo daño o lesión que sufre una persona por violaciones a la ley de una resolución judicial.”³⁴

El acto de expresión de agravios abarca dos elementos: la expresión del precepto legal violado y el concepto de violación. La anterior regla sólo es para el agente del Ministerio Público y el ofendido, el cual por ser un órgano técnico jurídico no se puede suplir la deficiencia de los mismos.

Para Pérez Palma, agravio “es la lesión o perjuicio que recibe una persona en sus derechos o intereses por virtud de una resolución judicial”³⁵

Se considera que el agravio es la lesión o afectación de los derechos e intereses jurídicos de una persona, a través de una resolución judicial, y de manera extensiva, también cada uno de los motivos de impugnación expresados en el recurso de apelación contra una resolución de Primera Instancia.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, define el agravio de la siguiente manera:

“AGRAVIOS EN LA REVISIÓN. Se entiende por agravio la lesión de un derecho cometida en una resolución judicial por haberse aplicado indebidamente la ley, o por haberse dejado de

³⁴ Malvaéz Contreras, op cit. p. 519.

³⁵ Pérez Palma, op. cit. p. 540.

aplicar la que rige el caso; por consiguiente, al expresarse cada agravio, debe el recurrente precisar cuál es la parte de la sentencia que lo causa, citar el precepto legal violado y explicar el concepto por el cual fue infringido, no siendo apto para ser tomado en consideración, en consecuencia, el agravio que carezca de esos requisitos.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación, Octava Época. Tomo VI Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1990. Pág. 317. **Tesis de Jurisprudencia.**”

Hernández Pliego, dice que “la necesidad del agravio para apelar, deriva de que el impugnante apela de aquello que le es adverso y que le afecta, no de lo que le resulta beneficioso y favorable, de ahí que el marco real que se transfiere al Tribunal de Apelación, se limita a la parte de la resolución que no es conforme con las peticiones del apelante”³⁶

En lo que se refiere a este trabajo, cuando el Juez *A quo*, dicta sentencia condenatoria y otorga al apelante sentenciado beneficios para el efecto de que pueda obtener su libertad; la sentencia en su conjunto no le produce agravios al apelante, esto es, le causa agravio el apartado que impone sanción y no le causa aquél que le otorga un beneficio. Por lo tanto, se debiera poder ejecutar provisionalmente una sentencia condenatoria penal que le otorga beneficios al reo.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, actualmente sostiene el criterio de negar el amparo en virtud de que solicite el quejoso acogerse a los beneficios otorgados, tal como se lee la siguiente:

“SENTENCIA CONSENTIDA. SI SE ACOGE A LA SUSTITUCIÓN DE LA PENA IMPUESTA. Si el sentenciado pagó la cantidad que le fue fijada como substitución de la pena de prisión

³⁶ Hernández Pliego. Los Recursos Ordinarios en el Proceso Penal, op. cit. p. 273.

impuesta, así como la multa fijada, es evidente que voluntariamente aceptó cumplir la sentencia impuesta, conformándose con la misma con todas sus consecuencias legales, lo que hace improcedente el juicio de garantías en los términos de la fracción XI del artículo 73 de la Ley de Amparo, por estarse en presencia de un acto consentido expresamente.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Apéndice de 1995, Octava Época. Tomo II, Parte TCC. Pág. 469. Tesis de Jurisprudencia.”

El motivo de la negación del amparo es porque la legislación actualmente impide a los sentenciados acogerse a los beneficios otorgados e interponer el recurso de apelación sólo por lo que hace a la sanción impuesta; pero como se puede ver en la ejecutoria antes invocada, el querer de los sentenciados es el lógico: acogerse a los beneficios otorgados e impugnar la sanción impuesta ejerciendo un legítimo derecho de defensa.

Por otra parte, existe diverso criterio por lo que hace al pago de la sanción económica o reparación del daño, emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, misma que establece:

“AMPARO DIRECTO EN MATERIA PENAL. EL HECHO DE QUE SE HUBIESE CUBIERTO LA SANCIÓN PECUNIARIA IMPUESTA EN LA SENTENCIA DEFINITIVA, NO SIGNIFICA QUE SE TENGA POR CONSENTIDA LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD A LA QUE TAMBIÉN FUE CONDENADO EL REO, PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DE AQUÉL.

El hecho de que el sentenciado hubiese cubierto la sanción pecuniaria que por concepto de reparación del daño, sanción económica o días multa le hubiese sido impuesta en sentencia definitiva dictada en un proceso penal, no implica que se tenga por consentida

la pena privativa de la libertad a que también fue condenado, en virtud de que ambas sanciones, si bien tienen el carácter de penas públicas, son de naturaleza distinta, en tanto sus efectos y consecuencias producen lesiones diferentes en la esfera jurídica del reo, esto es, en una la afectación generada es de índole patrimonial, mientras que en la otra recae sobre una de las garantías más preciadas por nuestro sistema jurídico mexicano: la libertad personal. En consecuencia, y aunado a que con la interposición del juicio de amparo por disposición expresa de la ley se impide que la sentencia condenatoria cause estado y la sanción pecuniaria sólo puede hacerse efectiva cuando dicha resolución cause ejecutoria, es indudable que en tal supuesto no se actualiza la causal de improcedencia prevista en la fracción XI del artículo 73 de la Ley de Amparo y, por tanto, no existe impedimento legal alguno para que el sentenciado pueda impugnar en el juicio de amparo directo, únicamente, lo correspondiente a la pena de prisión a que fue condenado. Lo anterior, con independencia de que el cumplimiento de esa sanción privativa de la libertad le haya sido sustituida por cualquier medida o condena, de conformidad con lo dispuesto por la ley penal que resulte aplicable.

1a./J. 15/2004

Contradicción de tesis 102/2003-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo y Décimo, ambos en Materia Penal del Primer Circuito. 17 de marzo de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Beatriz Joaquina Jaimes Ramos.

Tesis de jurisprudencia 15/2004. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha diecisiete de marzo de dos mil cuatro.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XIX, Mayo de 2004. Pág. 157. Tesis de Jurisprudencia.”

Como se puede apreciar, los Ministros de la Corte han establecido que la libertad personal tiene mayor relevancia a otros conceptos, como en la especie son el cumplimiento al pago de la reparación, de la sanción económica o días multa. Por lo que el suscrito considera que podría extenderse este criterio a lo que es la sustitución de la pena de prisión en aras de salvaguardar el bien jurídico tutelado como lo es la libertad personal.

“Alguna parte de la doctrina estima que el error o la injusticia de la resolución judicial lo que da sustento a los recursos, sin embargo, esta única consideración constituiría su base subjetiva, que solamente se vería objetivada, con la presencia del agravio que se convierte así en la base objetiva y presupuesto de los recursos.

Por eso, según se decía no basta haber tenido la condición de parte procesal en el enjuiciamiento para estar automáticamente legitimado para apelar y para que la apelación se admita; falta además, haber sido afectado por la resolución judicial de Primera Instancia, para poder abrir la Segunda, o sea, debe de concurrir el requisito del agravio..

Esta condición no es exigida de manera expresa por la legislación procesal penal para hacer valer la apelación, aún cuando acordes con el principio de igualdad procesal hay que entender que la ley la presupone en el recurrente.”³⁷

³⁷ *Ibíd.* p. 274.

4.8.2 AGRAVIOS DE LA DEFENSA.

El artículo 415 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece:

“Artículo 415. La segunda instancia solamente se abrirá a petición de parte legítima, para resolver sobre los agravios que deberá expresar el apelante al interponer el recurso o en la vista; pero el tribunal de alzada podrá suplir la deficiencia de ellos, cuando el recurrente sea el procesado o se advierta que sólo por torpeza el defensor no hizo valer debidamente las violaciones causadas en la resolución recurrida.”

Como se puede leer en el artículo que se transcribió anteriormente, sólo por lo que hace a los intereses del sentenciado; el Tribunal de Alzada se encuentra debidamente facultado para suplir la deficiencia de los agravios tanto del sentenciado como de la defensa; considerando Pérez Palma que “en lo que hace a las deficiencias de la defensa, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es abundante en el sentido de que “tratándose del acusado o su defensor, los Tribunales de Apelación, deben suplir la deficiencia de los agravios, que es la máxima deficiencia de los mismos.

De esta suerte, la última defensa, vuelve al propio órgano jurisdiccional. Hay razones de sobra para que las cosas sean así: justicia, equidad, humanitarismo, superación en la función juzgadora, etc. Pero cabe señalar que ahora ocurre lo contrario de lo que ocurrió en la época de la Inquisición, o del Tribunal del Santo Oficio. Entonces la acusación era oficiosa, ahora lo es la defensa.”³⁸

³⁸ Pérez Palma, op. cit. p. 543.

4.8.3 AGRAVIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO.

La apelación del Ministerio Público y en caso particular la expresión de agravios, se encuentra sujeta al principio de estricto derecho según la siguiente ejecutoria emitida por el máximo tribunal:

“MINISTERIO PÚBLICO. LA APELACIÓN DEL. ESTA SUJETA AL PRINCIPIO DE ESTRICTO DERECHO. El artículo 309 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Sonora, dispone que la segunda instancia se abrirá a petición de parte legítima, para resolver sobre los agravios que estime el apelante le cause la resolución recurrida; asimismo, dispone que el Tribunal de apelación podrá suplir la deficiencia de los agravios, cuando el recurrente sea el procesado, o siéndolo el defensor, se advierta que, por torpeza, no los hizo valer debidamente. En consecuencia, la apelación del Ministerio Público está sujeta al principio de estricto derecho, por lo que no podrán invocarse otros argumentos que los que hiciera valer, expresamente, la institución acusadora en sus agravios.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Apéndice de 1995, Octava Época. Tomo II, Parte TCC. Pág. 360. Tesis de Jurisprudencia.”

“En efecto, los agravios son de estricto derecho pero solamente cuando los apelantes sean el Ministerio Público o el ofendido por el delito o bien su legítimo representante, pues ese principio de estricto derecho no opera cuando el impugnante sea el inculpado o su defensor.

Acerca del significado del principio expresado, podemos decir que la ley y la jurisprudencia exige imperativamente al Ministerio Público, cuando es el apelante, que señale la parte de la resolución apaleada que le causa agravio, el precepto o

preceptos legales que se violan en dicha resolución y, finalmente, el razonamiento que lo demuestre, siendo la sanción a la omisión de éstos extremos, la declaración de deserción del recurso, lo que significa dejar firme la resolución impugnada.”³⁹

El Ministerio Público es la institución que se encuentra encargada de vigilar los intereses de la sociedad, por lo tanto, es una institución muy importante, por lo que su investidura debería ser otorgada a funcionarios que tengan un alto valor ético y de principios morales; cuestión que en la práctica vemos todos los días con mucho pesar y desilusión que no acontece así. La interposición de los recursos que intenta la Representación Social muchas veces se ve nublada bajo los efectos de la corrupción; esto es, de manera particular el recurso de apelación que interpone el Ministerio Público, como consecuencia de una sentencia condenatoria que le favorece al reo con beneficios para sustituir su pena impuesta, como se ha dicho anteriormente, la libertad del sentenciado está supeditada a que éste se abstenga de interponer el recurso de apelación (que con toda seguridad en la práctica la Sala que conozca del recurso confirmaría la sentencia recurrida o hasta la reduciría), haciendo que el tiempo que siguió el sentenciado en prisión preventiva ocioso y sin sentido, por lo que la propuesta del suscrito aliviaría un poco el problema que existe actualmente de la sobrepoblación de reos y más la de aquéllos que se encuentran privados de la libertad sin tener sentencia firme que así lo dicte.

No se debe dejar pasar por alto que el Ministerio Público adscrito al juzgado de origen – se debe decir con apoyo a en las facultades que lo que le otorga la legislación penal vigente- se limita a interponer el recurso de apelación y deja la obligación de expresar agravios al Ministerio Público adscrito en la Alzada para su debida expresión de agravios. Esto no debiera acontecer así; pues como se ha mencionado, el agente del Ministerio Público es un órgano técnico-jurídico que debiera expresar agravios desde la interposición del recurso de apelación (siendo

³⁹ Hernández Pliego. Los Recursos Ordinarios en el Proceso Penal, op. cit. p. 284.

esto tema para que se amplíe su estudio en otro trabajo, en beneficio de la garantía de defensa que goza el procesado y así poder contestar con toda prontitud los agravios de la representación social).

4.9 AUDIENCIA DE VISTA.

La vista en el recurso de apelación, permite a las partes hacer valer sus derechos y legítimos intereses, representando la oportunidad legal para exponer los razonamientos que tengan, en orden a los hechos, pruebas, disposiciones legales e interpretaciones jurisprudenciales.

Por mandato legal, la diligencia empieza el día señalado previamente para ello, haciendo el secretario del tribunal una relación del asunto, o sea, dará cuenta de las características del proceso de que se trata, la resolución contra la que se interpuso el recurso, mencionando su fecha y la autoridad que la dictó.

Esta audiencia se encuentra regida por los principios de oralidad, inmediación, publicidad, concentración y contradicción, característicos de los sistemas de procesamiento acusatorio.

En efecto rige la oralidad pues los actos procesales que se realicen (alegatos, declaratoria de visto el recurso), se producirá en forma verbal y se levantará un acta para documentarlos.

La intermediación significa que se hará ante la presencia judicial.

La publicidad quiere decir que puede ser presenciado por cualquier persona, a su vez el principio de contradicción, significa que la misma ventaja que se otorga a una de las partes para alegar su derecho, debe ser otorgada a la otra parte.

Finalmente, principio de concentración significa que los actos procesales deban ser llevados en una sola audiencia.

De esta forma, el día fijado para la vista, principiará la audiencia haciendo el secretario una relación del proceso, después, en caso de concurrir las partes, se concederá el uso de la palabra al apelante y luego a las demás, hecho lo cual se declarará visto el proceso, quedando cerrado el debate y el tribunal pronunciará resolución dentro de los ocho días siguientes en materia Federal y dentro de diez en materia común.⁴⁰

Lo anteriormente expuesto, se encuentra contemplado por el artículo 424 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, mismo que establece:

“Artículo 424. El día señalado para la vista del negocio comenzará la audiencia por la relación del proceso hecha por el secretario, teniendo enseguida la palabra la parte apelante, y a continuación las otras, en el orden que indique el presidente.

Si fueren dos o más los apelantes, usarán de la palabra en el orden que designe el mismo magistrado, pudiendo hablar al último el acusado o su defensor. Si las partes, debidamente notificadas, no concurren, se llevará adelante la audiencia, la cual podrá celebrarse, en todo caso, con la presencia de dos magistrados, pero la sentencia respectiva deberá pronunciarse por los tres que integren la Sala.”

En materia Federal los principios reguladores del proceso penal (en reciente reforma), se rigen por el sistema acusatorio, mismo que como se ve por lo expuesto por el maestro Hernández Pliego, de hecho se regía por estos principios; y la reforma a este respecto se trata de un reconocimiento constitucional de tales

⁴⁰ *Ibíd*em, p. 355.

principios; los cuales se encuentran establecidos por el artículo 20 Constitucional reformado que a la letra establece:

“Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación...”

4.10 RESOLUCIÓN DE LA APELACIÓN Y SUS EFECTOS.

La resolución de la sentencia de apelación tiene la posibilidad de sufrir diversos efectos; tales como: la confirmación, modificación o revocación de la resolución recurrida.

Tales efectos tienen relación directa con el objeto de la apelación mismo que ya ha sido estudiada con anterioridad, con la salvedad de la confirmación del recurso pues este efecto no constituye su objeto pero si el efecto de la misma.

El primer efecto de la apelación consistente en la confirmación de la resolución recurrida no constituye ningún problema para la reforma planteada en este trabajo, pues al momento en que el Tribunal de Alzada confirma la resolución materia del recurso, la ejecución provisional de la sentencia que realizó el *A quo* en beneficio del reo, se constituirá en ejecutoria para todos efectos legales conducentes.

El segundo y tercer supuestos, que es el de la modificación o revocación del recurso de apelación, no presenta inconvenientes, pues si se ha ejecutado provisionalmente la sentencia del primer grado; el efecto consistiría en que el Juez *A quo* al momento en que se le notifica el fallo del Tribunal de Alzada para su ejecución (dependiendo del pronunciamiento) deberá en su caso: reducir, aumentar o devolver las garantías exhibidas atendiendo a la sanción o revocación que haya impuesto el Tribunal de Alzada; o girar la orden de aprehensión correspondiente devolviendo las garantías exhibidas al momento de la

aprehensión o hacerlas efectivas en caso de que se convierta en prófugo él reo. En cuanto a la reparación del daño que se debe encontrar satisfecha para otorgar los beneficios de la sentencia del primer grado, existe el supuesto de que el sentenciado lo haya satisfecho o que se le haya otorgado un plazo para su cumplimiento en atención a su situación socioeconómica. Por lo que el Juez de Primera Instancia al momento en que reciba la resolución de Segundo Grado, dictará lo conducente atendiendo a las facultades que le otorga la ley a este respecto.

Debe hacerse notar que en la práctica los Tribunales de Alzada las resoluciones que dictan no distan en mucho de lo que resolvió el Juez de Primera Instancia, por lo que su aplicación es del todo posible y justa.

También puede darse el caso de que la sentencia de Segundo Grado tenga un efecto extensivo cuando existen varios sentenciados, tal como se lee en el siguiente artículo:

“Artículo 434 bis. La resolución que dicte la Sala en los recursos de apelación tendrá alcance extensivo y operará sólo cuando así lo declare la Sala en una causa en la que existan varios inculpados o sentenciados y uno o varios de ellos interpusieren recurso de apelación, si la sentencia es favorable, ésta surtirá los mismos efectos para los demás, siempre que se trate de los mismos hechos y las constancias así lo indiquen...”

El principio rector de la sentencia de Segunda Instancia se encuentra contemplado por el artículo 427 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, mismo que establece:

“Artículo 427. La Sala, al pronunciar su sentencia, tendrá las mismas facultades que el Tribunal de primera instancia; pero si sólo hubiere apelado el reo o su defensor, no podrá

aumentarse la pena impuesta en la sentencia apelada.”

El artículo antes transcrito, indica un principio al que deben estar sujetos los tribunales de apelación al momento de dictar sentencia, Hernández Pliego, lo expone de la siguiente manera:

NON REFORMATIO IN PEUS

“Este principio de orden procesal importa una restricción a la apelación, un límite impuesto en la Alzada, que tiende a no empeorar la situación jurídica del apelante cuando su contraparte no interpone el recurso, de manera que el tribunal *Ad quem*, no pueda agravar la situación legal del reo, cuando el Ministerio Público se conforme con la sentencia de Primera Instancia, lo que puede ocurrir al no interponer el recurso, como si no expresa agravios o bien cuando éstos sean desestimados al examinarse por el Tribunal de Apelación.

La prohibición de la *reformatio in peus*, milita entre los principios favorables al inculpado dentro del proceso penal, al lado de otros más como la presunción de inocencia y la suplencia de la queja deficiente y a pesar de su tímida aceptación por nuestras leyes adjetivas, ha tenido una aplicación más bien lata que restringida, pues se ha extendido no sólo al caso en que se impugna un fallo de condena, sino a otras situaciones análogas, entre ellas el auto de formal prisión.”⁴¹

No reformar en perjuicio del reo se traduce en que la sentencia recurrida por él o su defensor no debe ser modificada en agravio del reo, sino a lo máximo ser confirmada, pues si esta posibilidad existiese se provocaría una inhibición del sentenciado para inconformarse con la sentencia que le condena, aceptando con frecuencia una resolución injusta. Volviendo al tema que nos ocupa, sucede prácticamente lo mismo al suspender la ejecución de una sentencia penal que concede beneficios pues el reo al notar que se va a encontrar privado de su

⁴¹ *Ibidem.* p. 359.

libertad por más tiempo aún siendo el caso que el Ministerio Público no interponga el recurso de apelación, en la práctica aceptan esta sanción que pudo ser modificada en su beneficio por el tribunal de segundo grado.

CAPÍTULO 5

PROPUESTA DE EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA SENTENCIA CONDENATORIA PENAL

5.1 JUSTIFICACIÓN

El ejercicio del derecho de interponer el recurso de apelación, se encuentra determinado a las partes en el proceso, es decir, procesado, defensor, agente del Ministerio Público y por lo que hace a reparación del daño al ofendido o su legítimo representante; pero en este caso se sostiene que existe un desequilibrio procesal entre el imputado y la representación social.

Al respecto Sergio García Ramírez sostiene que al referirse a igualdad o equilibrio en el enjuiciamiento- una idea que de entrada alude a la existencia de contendientes, partes, protagonistas de una pretensión y de una defensa; se debe recordar que en el curso del enjuiciamiento, entendido en su máxima expresión, hay por lo menos dos etapas claramente diferenciables: una no existen partes, sino un órgano público que indaga y un sujeto al que se dirige la indagación, y la segunda fase, en ella el proceso constituye verdaderamente un *actus trium personarum* (acto compuesto por tres personas; dos parciales, llámese imputado y Ministerio Público, así como uno imparcial, siendo éste el Juez). Es sólo entonces cuando se plantea con naturalidad el tema de la igualdad de armas entre quienes contienden ante el Tribunal.

Sin embargo, es preciso que desde el primer acto persecutorio, en la puerta misma de la actividad inquiriente, surjan ya medidas que equilibren los apremios de la investigación, unas exigencias que también se miran comprometidas con aquéllos valores de la vida civil, trasladados a la escena de la persecución, de lo contrario, la investidura del indagador, autoridad del Estado, arrollaría la debilidad

del investigado, apenas un particular cuyo escudo frente al poder es el acervo de los derechos fundamentales ante todo, que los protejan de la injerencia arbitraria.

En fin, si no se puede hablar de igualdad, entonces tendremos que hablar de equilibrio. Si éste naufraga, poco se logrará con una ilusoria igualdad en el proceso, cuando el imputado, ha quedado de antemano, inerme.

La desigualdad entre el inculpado y el acusador oficial, promueve medidas de defensa material: las aporta la ley, colocando gramos en la balanza, y las suministra el tribunal, haciendo su propia aportación. El principio de estricto derecho que prevalece en otras causas y que se proyecta sobre el Ministerio Público, no siempre opera con respecto al inculpado. En este espacio podrían figurar la negativa del recurso contra sentencias absolutorias de primera instancia, la suplencia de la queja deficiente, la práctica de pruebas para mejor proveer, la regla *ne reformatio in peus* y el propio principio *in dubio pro reo*.¹

Como se puede ver anteriormente, el maestro Sergio García Ramírez, al proponer: “la negativa del recurso contra sentencias absolutorias de primera instancia”, no se ve el motivo para no ampliar este concepto, en lo que interesa a este trabajo, a lo que hace a la admisión del recurso de apelación, realizando esta en el efecto devolutivo y como medida cautelar, ejecutar provisionalmente la sentencia condenatoria que otorga un beneficio al reo, limitando así la prisión preventiva y acatando el principio *in dubio pro reo*.

Por lo que hace a las medidas cautelares Sergio García Ramírez expone que se ha dicho que el enjuiciamiento penal es el ámbito característico de las medidas cautelares o de coerción que se conciernen sobre la persona. Las medidas cautelares de carácter personal predominan en el ámbito penal, donde es más probable que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Por otra parte, en este mismo campo se transita con lamentable naturalidad de la cautela

¹ Cfr. García Ramírez Sergio. Panorama del Proceso Penal. Porrúa México 2004 .p.51

detentiva, sea simple detención o prisión preventiva, a la pena privativa de la libertad, propiamente dicha, apenas con una formal solución de continuidad. Es preciso destacar ante todo que estas medidas se utilizan aún cuando no se tiene certeza sobre la existencia de un delito y acerca de la responsabilidad penal de la persona a que éste se imputa, si es que existe imputación formal, no se diga fidedigna.

Sin embargo las medidas cautelares penales responden, en mayor o menor medida, a objetivos evidente inobjetable: presencia del inculpado en el lugar del juicio, con lo que anticipa la posibilidad de ejecución en su caso, aseguramiento de objetos relacionados con el enjuiciamiento, disponibilidad e integridad de la prueba, protección a quienes intervinieron en aquél, prevención de nuevos delitos. No faltará quien agregue otra finalidad, tan discutible como imperiosa: atención a la opinión pública, que pretende la adopción inmediata y sistemática de medidas cautelares, anticipatorias a la pena. Si no las hay, sospechara que la benevolencia en el proceso es la antesala de la impunidad.²

La justificación a la prisión preventiva al caso que nos ocupa es por lo tanto rebasada, ya que al momento de dictarse sentencia condenatoria la finalidad de la prisión preventiva ha sido cumplida (aseguramiento del inculpado, protección de pruebas, testigos y ofendidos), por lo tanto, podría ser provisionalmente ejecutable. “La prisión preventiva es esencialmente injusta, sin perjuicio de los motivos que podrían conferirle ventajas prácticas.”³

Por otra parte, se considera que por lo que hace a la actividad jurisdiccional, un sentenciado que ha sido condenado y se le ha otorgado un beneficio o sustitutivo penal, regularmente la Segunda Instancia confirma tal determinación o en su caso, disminuye su imposición por lo que el tiempo que se encuentra privado de la libertad el reo entre lo que es la sentencia de Primera Instancia en la

² *Ibidem.* p. 153.

³ *Ibidem.* p158

que se suspende la ejecución hasta en tanto no se resuelve su situación jurídica en Segunda Instancia, se torna por lo tanto, la prisión preventiva aún más injusta y ociosa.

Debe tomarse en cuenta que el imputado libra una contienda formal con adversarios diversos y poderosos: contiene con el Estado, titular del *ius punendi*, administrador del Derecho y de la fuerza para imponerlo; con la sociedad en cuyo nombre acusa un órgano del Estado (Ministerio Público), y otro, también en nombre de la sociedad y defensa juzga y sentencia (órgano jurisdiccional); y con el ofendido, sujeto pasivo inmediato del daño o el peligro, con quien la sociedad y el Estado se solidarizan por medio del proceso.

En consecuencia, el enjuiciamiento penal concentra, es su momento, el escenario crítico de los derechos humanos. El drama penal completo se vuelca, por un tiempo, en ese lugar de encuentro entre el mundo y el imputado; el encuentro seguirá luego en lugar distinto: la cárcel de pena, que anticipadamente conoce el inculpado como cárcel de custodia (preventiva), no mejor, por cierto, que la verdadera penitenciaria.

Cabe decir, que existe una preocupación proveniente del exceso en el empleo de la prisión, que es, en principio, una forma legítima de fuerza institucional, que puede devenir en violencia irracional. En otros términos, se trata del empleo impertinente, pero legalmente procedente, de la más severa medida cautelar penal. Asimismo aparece el problema de la sobre población carcelaria.⁴

⁴Cfr. García Ramírez, Sergio. Proceso Penal y Derechos Humanos. 2ª ed. Porrúa. México 1993. p. 22.

5.2 PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO FUNDAMENTO.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en reciente reforma dispone explícitamente acerca de los principios antes expuestos, a saber en su artículo 20 mismo que dispone en lo conducente:

“Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;...”

La ley fundamental impide que se trate como si fuera culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible; de allí a que se afirme que el imputado es inocente durante la sustanciación del proceso o que se goza de un estado de inocencia, mientras no sean declarados culpables por sentencia firme, aún cuando respecto de ellos se haya abierto una causa penal y cualquiera que sea el proceso de esa causa.

IN DUBBIO PRO REO. Principio que se le ha otorgado difusión casi popular, proviene hoy, a la letra, de la *presunción de inocencia* que ampara al imputado.

Su contenido, al menos para el Derecho Procesal Penal, es claro: la exigencia de que la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de una pena sólo puede estar fundada en la *certeza* del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado. Precisamente la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia construida por la ley (presunción), que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la absolución. Cualquier otra posición del Juez respecto de la verdad, la duda o aún la probabilidad, impide la condena y desemboca en la absolución.

De igual manera el artículo 20 Constitucional en su fracción V del inciso B, integra el principio *onus probandi*, el cual establece:

“V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente”

ONUS PROBANDI. Derivado de la necesidad de afirmar la certeza sobre la existencia de un hecho punible para justificar una sentencia de condena, se ha afirmado también que, en el procedimiento penal, *la carga de la prueba* de la inocencia no le corresponde al imputado, o de otra manera, que la carga de demostrar la culpabilidad del imputado le corresponde al acusador, y también, que toda la teoría de la carga probatoria no tiene sentido en el procedimiento penal.⁵

El problema fundamental que se plantea consiste en que el sentenciado, al haber sido condenado por un delito que según sus circunstancias particulares merece ser beneficiado con el otorgamiento de un sustitutivo penal; éste se encuentra impedido de obtenerlo en virtud de que la Representación Social interpuso el recurso de apelación en contra de esta sentencia condenatoria, mismo que se tramita en ambos efectos, toda vez que el juzgador se encuentra impedido de ejecutar cautelarmente una sentencia que imponga sanción.

Se piensa, si la Constitución de la República, ha reconocido los principios que debe regir el proceso penal; ¿por qué no adecuar la ley y reconocer un derecho del imputado a recobrar su libertad de manera cautelar en atención a los principios antes invocados y las garantías de libertad y de defensa?

Se considera que la garantía de defensa se vulnera al sentenciado al momento en que se le inhibe en la práctica el derecho a interponer el recurso de apelación, cuando se le manifiesta al sentenciado por los secretarios de juzgados que “si no

⁵ Maier, Julio B.J. Derecho Procesal Penal. Tomo I. 2ª ed. Editores del Puerto. Buenos Aires 2002. P. 494.

apela y el Ministerio Público tampoco lo hace podría acogerse a los beneficios otorgados en un plazo de cinco días al momento en que cause ejecutoria su resolución.” Esto parece del todo injusto, ya que se le coacciona indirectamente; y tal vez una resolución que pudo ser modificada en su beneficio se vuelve cosa juzgada.

Dice Zamora Pierce respecto a la libertad que ésta “es uno de los bienes de mayor jerarquía axiológica, sólo la vida lo supera y, dado que la legislación mexicana no impone ya la pena de muerte, podemos afirmar que la libertad es el bien más valioso y el eje mismo sobre el cual gira la totalidad del drama penal.”⁶

Así las cosas, la garantía de libertad siendo el bien máspreciado es vulnerada al sujetar al reo a una prisión preventiva excesiva; ya que al momento en que se le otorgan beneficios de ley mismos que sirven para sustituir la pena de prisión y se interpone el recurso de apelación y es admitido en ambos efectos, continúa privado de la libertad hasta en tanto se resuelve en la Sala el recurso promovido, con una alta probabilidad de ser confirmada, modificada en su beneficio o hasta revocada, tal y como se aprecia en el cuadro siguiente:

SENTENCIAS DICTADAS	TOTALES
ABSOLUTORIAS	568
CONDENATORIAS	12,794
MIXTAS	109
TERMINADOS POR CAUSA DIVERSA A SENTENCIA	1,270

⁶ Zamora-Pierce, Jesús. Garantías y Proceso Penal. 11ª Ed. Porrúa. México 2001. p 3.

EXPEDIENTES	TOTALES
ENVIADOS A SALA POR APELACIÓN	13,291
CONFIRMA	4,785
MODIFICA	5,642
REVOCA	1,009

7

Como se puede apreciar en el cuadro anterior, aproximadamente el 50% de las sentencias que son enviadas a las Salas del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal son confirmadas o revocadas y el otro 50% son modificadas pero debemos advertir que un alto porcentaje de éstas se modifican en beneficio del reo. Esto hace que la prisión cautelar a que se encuentran sujetos los reos desde el momento en que se dicta sentencia en que se le otorgaron beneficios hasta el momento en que se resuelve por el Tribunal de Alzada, con una muy alta probabilidad sea ocioso.

Las medidas cautelares en el curso del enjuiciamiento y algunas diligencias probatorias que significan un profundo ingreso en la zona de intimidación del sujeto constituyen la prueba de fuego para la presunción de inocencia, una prueba de la que ésta no sale airosa. Beccaria, dice con respecto a la institución que impone mayor desafío a la institución: *“la prisión preventiva es pena que se anticipa a la condena.* El supuestamente inocente, pues, queda realmente privado de la libertad.”⁸

⁷ Información correspondiente a (dic.2007 - Nov. 2008) Fuente: Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial.

⁸ Citado por: García Ramírez. Panorama del Proceso Penal. op. cit. p.56.

5.3 PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 419 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Actualmente el artículo 419 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece:

“Artículo 419. Salvo determinación expresa en contrario, el recurso de apelación procederá sólo en el efecto devolutivo y muy especialmente respecto de las sentencias definitivas que absuelvan al acusado.”

Y la propuesta consiste en reformar al artículo antes transcrito, agregándole un párrafo. El cual quedaría como sigue:

“ARTÍCULO 419. Salvo determinación expresa en contrario, el recurso de apelación procederá sólo en el efecto devolutivo y muy especialmente respecto de las sentencias definitivas que absuelvan al acusado.

A petición del sentenciado o su defensor, la sentencia condenatoria que otorgue algún beneficio o sustitutivo será apelable en el efecto devolutivo.”

El párrafo que se encuentra en negrillas señala la adición al precepto legal que se propone sea reformado.

Ahora, el motivo por el que se plantea sea reformado el artículo 419 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, es porque este precepto explica la procedencia del recurso de apelación, indicando en qué efecto debe admitirse el recurso. Se hace referencia a las acepciones “beneficio o sustitutivo”, para el efecto de que comprendan todo aquello de lo que pueda gozar un reo como consecuencia de encontrarse en los supuestos que la ley enmarca y que fueron valorados por el Juez que conoció al sentenciado.

El reformar el artículo antes mencionado, traería como consecuencia ***ejecutar en el Distrito Federal provisionalmente la sentencia condenatoria penal*** a solicitud del acusado o su defensor.

En este orden de ideas, se considera que la ejecución provisional de la sentencia condenatoria penal, deba ser a petición del acusado o su defensor, con la finalidad que éste valore cual es su mejor opción: si esperar a la resolución de la Sala que conozca del recurso o provisionalmente ejecutar la sentencia, con todas las consecuencias que acarrearía (otorgar la garantía que el Juez estime conveniente, otorgar fiador personal, la reparación del daño a que se encuentra obligado el beneficiado para poder gozar del sustitutivo lo cual cada caso queda al arbitrio del Juez si se otorga plazo para su cumplimiento o se cumple de manera provisional). Y asimismo para que el Juez de la causa conserve jurisdicción por lo que hace a tal ejecución.

Se encuentra apoyo legislativo a la propuesta en la Legislación Procesal Penal del Estado de Coahuila, particularmente en su artículo 554, mismo que dispone:

“ARTÍCULO 554. APELACIÓN CON EFECTO SUSPENSIVO. Es apelable con efecto suspensivo, la sentencia que imponga alguna pena o medida de seguridad curativa. La admisión del recurso con dicho efecto, detiene la ejecución de la sentencia hasta que la Sala dicte la que concluya la instancia. Igualmente, será apelable con efecto suspensivo la resolución del juez que revoque la internación; así como el auto que revoca la libertad provisional bajo caución, si se pronuncia por incumplir sin causa justificada con las obligaciones o prevenciones a la que se sujete al inculpado durante ella.
Cuando se conceda la condena condicional en la sentencia de primera instancia, se aplicará aquella; sin perjuicio de que se modifique o revoque en segunda instancia.”

El artículo antes transcrito y particularmente lo que se encuentra subrayado, dispone la ejecución provisional de la sentencia condenatoria penal, toda vez que se ejecuta en beneficio del reo la resolución que lo condeno pero a la vez le otorgó beneficios; solo que esta disposición limita el derecho del reo al beneficio consistente en la condena condicional y en la propuesta de éste trabajo trata de cualquier beneficio o sustitutivo penal otorgado al reo, (como se dijo anteriormente para no vulnerar el derecho de defensa del reo) aunado a que será su elección acogerse al que sus condiciones le permitan.

5.4 PROCEDIMIENTO PARA SU APLICACIÓN.

El Juzgador de origen, en términos de lo dispuesto por el artículo 93 del Código Penal para el Distrito federal, “conservará jurisdicción para conocer de las cuestiones relativas al cumplimiento, revocación y modificación de la sustitución o suspensión de sanciones y vigilará su cumplimiento”; es decir, el Juez podrá ejecutar provisionalmente la sentencia condenatoria penal sin vulnerar la jurisdicción del Tribunal de Segunda Instancia.

Asimismo, el Juez se apoyará de lo dispuesto por lo preceptuado en los artículos 442 y 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, es decir, se envían los autos originales al tribunal de Alzada que conozca del asunto, teniendo la posibilidad el sentenciado de solicitar ante él *A quo* la ejecución provisional, o en caso de que no lo solicite a tiempo, ante el Tribunal de Apelación, aunado a que se aplicaría lo relativo a la libertad bajo caución, en forma particular, el derecho del sentenciado de hacersele saber tiene la posibilidad de acogerse al beneficio provisional, en concordancia con lo establecido por el artículo 269 en su fracción III, inciso g), que dispone:

“g) Que se le conceda, inmediatamente que lo solicite, la libertad provisional bajo caución conforme a lo dispuesto por la fracción I del artículo 20 de la Constitución Federal, y en los

términos de los artículos 556 y 556 Bis de este Código.”

En relación a lo preceptuado por el párrafo segundo del artículo 290, que puede ser aplicado al caso que nos ocupa en relación a la obligación que tiene el A quo de informar al sentenciado de que puede acogerse provisionalmente al beneficio otorgado, el cual a la letra dispone:

“Artículo 290. Si el indiciado no hubiese solicitado su libertad bajo caución en averiguación previa, se le hará saber nuevamente de ese derecho en los términos del artículo 20 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y del artículo 556 de este código.”

En la misma tesitura, como se mencionó anteriormente, deberá hacerse saber al sentenciado que contrae las obligaciones que dispone el primer párrafo de lo dispuesto por el artículo 567, mismo que establece:

“Artículo 567. Al notificarse al indiciado el auto que le concede la libertad caucional, se le hará saber que contrae las siguientes obligaciones: presentarse ante el Ministerio Público o el juez cuantas veces sea citado o requerido para ello; comunicar a los mismos los cambios de domicilio que tuviere, y presentarse ante el Ministerio Público juzgado o tribunal que conozca de su causa el día que se le señale de cada semana. En la notificación se hará constar que se hicieron saber al indiciado las anteriores obligaciones, pero la omisión de este requisito no libra al indiciado de ellas ni de sus consecuencias.”

Como se puede ver en los artículos que se transcribieron con anterioridad, el Juez de origen goza de las más amplias facultades para resolver sobre la libertad de un acusado, y en la especie, se puede allegar de diversos dispositivos legales para resolver acerca de la libertad provisional del encausado, con la única

diferencia de que el sustento legal de la libertad provisional a manera de semejanza es la ejecución provisional de la sentencia condenatoria penal cuando le causa beneficios al reo a fin de que pueda obtener su libertad; por lo que considero no sería necesario modificar ningún otro dispositivo legal.

Es de hacerse notar que en la práctica, el sentenciado al saber que ha sido beneficiado con un sustitutivo penal en la sentencia condenatoria de primera instancia va a desear acogerse al beneficio impuesto de manera inmediata e intentará cumplir con los requisitos que le impuso el Juez de la causa para su otorgamiento, aunado a que interpondrá sin coacción alguna el recurso de apelación en contra de la sentencia condenatoria ejerciendo su derecho de defensa.

5.5 CASOS EN QUE PROCEDE.

Como se ha mencionado en el desarrollo de la propuesta, la ejecución provisional de la sentencia condenatoria penal, procedería únicamente en el supuesto de que la sentencia condenatoria de Primera Instancia otorgue cualquier de los beneficios o sustitutivos de la prisión que se contemplan por nuestra legislación sustantiva penal al sentenciado.

5.6 BENEFICIOS.

Los beneficios que se vislumbran al aplicarse la reforma que se propone, se pueden enumerar de la siguiente manera:

1. Protección a las garantías de defensa y de libertad de los sentenciados que se encuentran sujetos a prisión preventiva y encontraron en la sentencia definitiva de Primera Instancia una forma de obtener cautelarmente su libertad, en virtud de un sustitutivo otorgado por el Juez del conocimiento de la causa.

2. Se reduciría el problema de corrupción de los agentes del Ministerio Público adscritos a los Juzgados de Primera Instancia Penal en el Distrito Federal; ya que no dependería de ellos la libertad cautelar del sentenciado, quienes en ocasiones se inconforman de una resolución definitiva habiendo obtenido una sentencia condenatoria conforme al delito por el que acusaron.

3. Se integraría más rápido a la sociedad al sentenciado que obtuvo un beneficio en sentencia de primera instancia lográndose así una más eficaz reintegración del mismo, ya que como es bien sabido, los periodos largos de reclusión de un individuo dificultan su integración a la sociedad de la cual fue desprendido dificultando su readaptación, aunado a que los centros de reclusión preventiva no ayudan a la readaptación de los internos, sino por el contrario, contribuyen a su empeoramiento debido a diversos factores como son: las malas condiciones de los mismos, la deficiente clasificación y selección de los mismos para allegarlos a las áreas que debieran corresponderles con base a su grado de peligrosidad, instrucción, delito por el que son procesados, etc.

4. Se reduciría la sobrepoblación de los reclusorios preventivos. Sobrepoblación que existe y se puede corroborar con los siguientes datos publicados por el periódico Excélsior que se transcriben a continuación:

”La sobrepoblación en los centros de reclusión del Distrito Federal se agravó durante el último año debido al crecimiento de 11.32 por ciento de la población penitenciaria, lo cual elevó a casi 70 por ciento los niveles de hacinamiento.

De acuerdo con datos de la Subsecretaría del Sistema Penitenciario del Gobierno del Distrito Federal, seis de cada 10 internos cumplen una sentencia por robo.

Los datos oficiales indican que al 15 de febrero pasado la población en las cárceles de la ciudad es de 38 mil 827 internos, 11.32 por ciento más en comparación a la misma fecha de 2008, cuando el total era de 34 mil 878.

La mayor sobrepoblación se presenta en las instalaciones del Reclusorio Preventivo Norte en la delegación Gustavo A. Madero, que alberga en números redondos a un total de 12 mil internos, mientras que el Oriente tiene una población de 11 mil 800 reclusos.

En suma, esos dos centros penitenciarios albergan a 23 mil 800 internos, lo que representa 61.3 por ciento del total de la población penitenciaria de la ciudad de México.

La tercer plaza es para el Reclusorio Preventivo Sur con una población total de seis mil 800 internos, mientras que en el Centro de Readaptación Social Varonil de Santa Martha Acatitla hay dos mil 500 presos.

El Centro Femenil de Readaptación Social de Santa Martha Acatitla alberga a dos mil 377 reclusas, en tanto que en la Penitenciaría del Distrito Federal hay dos mil 300 reos.

Le sigue Centro de Ejecución de Sanciones Penales Varonil Oriente con una población de 320 internos, el Centro Varonil de Rehabilitación Psicosocial con 300 y el Centro de Ejecución de Sanciones Penales Norte con 260.

La cárcel capitalina con la menor población penitenciaria es el Centro Femenil de Readaptación Social Tepepan, en la que 170 mujeres purgan diversas condenas.

Estimaciones de la Secretaría de Gobierno capitalina indican que esas cifras han propulsado los niveles de hacinamiento, toda vez que la capacidad de los reclusorios se encuentra sobrepasada al menos 70 por ciento.”⁹

5. Se limitaría el número de internos de los centros de reclusión cautelar que se encuentran en prisión preventiva (pena anticipada), sin tener resolución firme que así lo determine.

⁹ Periódico Excélsior de fecha 21 de Febrero del 2009.

CONCLUSIONES.

PRIMERA. La Sentencia Penal constituye el acto de decisión más importante de la actividad jurisdiccional; en la que de manera definitiva se juzga y se resuelve la situación jurídica del procesado, resolución que razonadamente se puede dividir en los siguientes supuestos: a) de condena, b) de condena que otorga beneficios de sustitución de pena impuesta y c) de absolución. Por otra parte, la Sentencia por su firmeza se divide en definitiva (resolución que admite la interposición de algún recurso) y ejecutoriada (resolución que no admite medio ordinario de impugnación).

SEGUNDA. Los Sustitutivos Penales (multa, trabajo en beneficio de la víctima o a favor de la comunidad, tratamiento en libertad o semilibertad; así como la suspensión condicional de la ejecución de la pena) ofrecen una alternativa más benéfica al cumplimiento de la Sentencia condenatoria que le otorga beneficios al reo, pues permiten una reinserción pronta a la sociedad de aquéllos sentenciados que se les impone pena privativa de libertad de baja duración.

TERCERA. Los medios de impugnación tales como la revocación, la queja y de manera especial la apelación, constituyen los medios para inconformarse con las resoluciones judiciales. El recurso de apelación es el medio de defensa procesal ordinario más importante del que la ley dota a las partes para inconformarse con la resolución que se considera les causa agravio.

CUARTA. Los efectos de la tramitación del recurso de apelación se dividen en devolutivo y suspensivo; el recurso de apelación cuando se dicta Sentencia condenatoria se admite en ambos efectos, por tanto, se considera que se debe diferenciar una sentencia que sólo condena, a otra que condena y otorga sustitutivos de prisión, por lo que se debiera admitir en el efecto devolutivo la apelación que otorga beneficios al reo.

QUINTA. Se encuentra la problemática de que la actual tramitación del recurso de apelación contemplada por el artículo 419 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y en forma particular, el supuesto en que se le otorgan beneficios al reo como sustitutivo penal, impide que ésta se admita en el efecto devolutivo y así él reo tuviese la posibilidad de ejecutar provisionalmente la Sentencia a que fue condenado; se concluye que esta disposición ocasiona un desequilibrio procesal entre el reo y el Representante Social, toda vez que la admisión del recurso en ambos efectos inhibe al reo a interponer el recurso de apelación y lo alienta a ofrecer dádivas al Ministerio Público a fin de que éste se abstenga de interponer el recurso; con la finalidad de recuperar su libertad de la que ha sido despojado en virtud de la prisión preventiva en la que se encuentra.

SEXTA. En virtud de que se ha dictado sentencia condenatoria al imputado, los fines para los que la prisión preventiva ha sido establecida (presencia del inculpado en el lugar del juicio, con lo que anticipa la posibilidad de ejecución en su caso, aseguramiento de objetos relacionados con el enjuiciamiento, disponibilidad e integridad de la prueba, protección a quienes intervinieron en aquél, prevención de nuevos delitos), se llega a la determinación que han sido superados, por lo que la sentencia condenatoria que le otorga beneficios al reo podría ser ejecutable de manera cautelar, toda vez que seguir sujetando al reo a prisión preventiva a pesar de que se le han otorgado sustitutivos de la prisión, se vulnera el principio de presunción de inocencia establecido por nuestra constitución; toda vez que un Juez que conoció al inculpado consideró que era merecedor de un sustitutivo penal, por lo que en su beneficio se debería ejecutar provisionalmente la Sentencia que le otorga beneficios al reo.

SÉPTIMA. La garantía de defensa se violenta en perjuicio del sentenciado, al admitir en ambos efectos el recurso de apelación interpuesto por las partes en contra de la Sentencia condenatoria que le otorga beneficios al imputado, en virtud de que al sentenciado que se le dicta una Sentencia condenatoria en la que se le

otorga un sustitutivo de la prisión que cautelarmente está sufriendo, indirectamente se le está coaccionado por la resolución judicial que prácticamente le está indicando “acepta tu culpabilidad y obtendrás tu libertad en cinco días hábiles si es que no apela el Ministerio Público”, acto que en la práctica ocurre todos los días en nuestros Tribunales Penales, así que se llega al convencimiento de que estos actos constituyen un gran problema, pues por este medio se le inhibe al sentenciado a continuar ejerciendo su derecho de defensa en aras de la libertad que se encuentra deseoso de recuperar.

OCTAVA. Se Llega a la determinación que la garantía de libertad consagrada por el artículo 18 Constitucional, es vulnerada en la sentencia condenatoria que le otorga beneficios al reo, porque le niega la posibilidad de obtener la libertad de manera cautelar por la interposición del recurso de apelación del Ministerio Público en contra de la resolución dictada por el Juez de la instrucción quien actualmente tiene el deber de admitirla en ambos efectos (devolutivo y suspensivo), ya que si bien es cierto, fue condenado por pena privativa de libertad, también fue beneficiado con un sustitutivo de la misma, lo cual constituye un problema ya que debiera prevalecer el derecho a la libertad y limitar la prisión preventiva.

NOVENA. Se considera que el Ministerio Público, ya tuvo oportunidad durante la instrucción de acreditar la culpabilidad del reo e incluso fue favorecida su representación con una sentencia condenatoria y muchas ocasiones de todos modos interponen el recurso de apelación a pesar de haber obtenido todo lo que se pidió en las conclusiones acusatorias, alegando que “es muy baja la penalidad que impuso el Juez”; a lo que se concluye que excede sus funciones pues la imposición de la pena y su determinación es exclusiva de la autoridad jurisdiccional; y con este acto el imputado se encuentra impedido de obtener su libertad cautelar en virtud de la admisión del recurso de apelación en ambos efectos, tal como dispone el artículo 419 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y así se le retiene al reo en prisión preventiva, a lo cual se llega al convencimiento que en beneficio del reo se debería ejecutar

provisionalmente la Sentencia condenatoria penal cuando le causa sustitutos de la prisión al sentenciado ya que la determinación de la pena es competencia del Juez; y el Ministerio Público, excede sus funciones al interponer un recurso cuando obtuvo todo lo que pidió en sus conclusiones acusatorias.

DÉCIMA. La solución a los problemas antes expuestos, se considera que sería el planteado en este trabajo, es decir, la ejecución provisional de la Sentencia condenatoria penal cuando le otorga beneficios al reo; la cual le permitiría al sentenciado de una manera libre de coacción interponer el recurso de apelación a que tiene derecho, en ejercicio de su derecho de defensa, por lo que se debería reformar el artículo 419 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, mismo que se propone añadir un primer párrafo mismo que se señala en negrillas para quedar como sigue:

“ARTÍCULO 419. Salvo determinación expresa en contrario, el recurso de apelación procederá sólo en el efecto devolutivo y muy especialmente respecto de las sentencias definitivas que absuelvan al acusado.

A petición del sentenciado o su defensor, la sentencia condenatoria que otorgue algún beneficio o sustitutivo será apelable en el efecto devolutivo.”

DÉCIMA PRIMERA. Al tratarse de una libertad cautelar, la ejecución provisional de la sentencia condenatoria penal se realizaría a manera de la libertad provisional bajo caución, es decir, conforme a lo dispuesto por el artículo 555 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y siguientes.

DÉCIMA SEGUNDA. Como fundamento constitucional, la propuesta es totalmente compatible con el principio de presunción de inocencia elevado a rango constitucional; toda vez que la sentencia dictada por el *A quo* no es firme por lo

tanto debe operar este principio en beneficio del reo, es decir, que el juzgador al haber considerado al reo merecedor de un sustitutivo penal en la sentencia de primera instancia, debe ejecutarse previsionalmente en beneficio de éste y a su solicitud, en atención al principio in dubbio pro reo; que ahora es elevado al rango constitucional en el inciso B fracción I del artículo 20 de nuestra Constitución Federal.

DÉCIMA TERCERA. Como principal beneficio de la propuesta se considera que se reduciría la estancia en prisión preventiva de aquéllos sentenciados que han sido condenados en primera instancia a purgar una pena privativa de libertad pero que han sido beneficiados con un sustitutivo penal y que estadísticamente se ha comprobado que esta estancia es ociosa, pues con gran probabilidad en Segunda instancia se confirmaría, o en su caso, reduciría la pena impuesta por la Sentencia recurrida; por lo que al poder obtener de manera cautelar la libertad el imputado, se reintegraría más pronto a la sociedad beneficiando su readaptación y se aliviaría un poco la sobrepoblación de los reclusorios preventivos; en total concordancia y acatamiento de los derechos fundamentales de los imputados que se encuentran en prisión preventiva.

BIBLIOGRAFÍA

- ABARCA, RICARDO.** El Derecho Penal en México, ed. Ius, México 1941.
- ARILLA BAS, FERNANDO.** El Procedimiento Penal en México. 17º ed. Porrúa México, 1997.
- BARRAGÁN SALVATIERRA, CARLOS.** Derecho Procesal Penal. 2ª ed. McGraw-Hill, México, 2004.
- BARRITA LÓPEZ, FERNANDO A.** Prisión Preventiva y Ciencias Penales. 3ª Ed. Porrúa. México, 1999.
- CARNELUTTI, FRANCESCO.** Derecho Procesal Penal, Volumen 2. Harla, México, 1997.
- CARRARA, FRANCESCO.** Derecho Penal. Harla. México 1993.
- COLÍN SÁNCHEZ, GUILLERMO.** Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 19ª ed. Porrúa, México, 2004.
- CUELLO CALÓN, EUGENIO.** Derecho Penal. Tomo I. (Parte General) 18ª. Ed. Bosh. Barcelona 1981.
- FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO.** Retribución y Prevención General. B de f, Buenos Aires. 2007.
- FRANCO SODI, CARLOS.** Nociones de Derecho Penal. 2ª ed. Botas México, 1950.
- FLORIAN, EUGENIO.** Derecho Procesal Penal. Librería Bosh, Barcelona, 1934.
- GARCÍA GARCÍA, GUADALUPE LETICIA.** Derecho Ejecutivo Penal, Análisis de la Aplicación de la Pena en México. Porrúa, México 2005.
- GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO.** Curso de Derecho Procesal Penal. 5ª ed. Porrúa. México, 1989.
- GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO.** Panorama del Proceso Penal. Porrúa México 2004.
- GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO.** Proceso Penal y Derechos Humanos. 2ª ed. Porrúa. México 1993.
- GOLDSCHMIDT, JAMES.** Derecho Procesal Civil. Ed. Labor. Barcelona-Madrid-Buenos Aires- Rio de Janeiro 1936.

HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO. Los Recursos Ordinarios en el Proceso Penal. Porrúa. México 2000.

HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO. Programa de Derecho Procesal Penal. 5ª Porrúa. México, 2006.

JÍMENEZ DE ASÚA, LUÍS. Lecciones de Derecho Penal, Volumen 3, Harla, Biblioteca Clásicos del Derecho Penal. México, 1997.

JÍMENEZ DE ASÚA, LUÍS. La ley y el Delito. 2ª ed. Hermes, Buenos Aires, 1954.

MAGGIORE, GIUSEPPE. Derecho Penal, Volumen II El Delito, La Pena, Medidas de Seguridad y Sanciones Civiles. 2ª. Ed. Temis, Bogotá 1989.

MAIER, JULIO B.J. Derecho Procesal Penal. Tomo I. 2ª ed. Editores del Puerto. Buenos Aires 2002.

MALO CAMACHO, GUSTAVO. Derecho Penal Mexicano. 6ª ed. Porrúa, México 2005.

ORONÓZ SANTANA, CARLOS M. Manual de Derecho Procesal Penal. 4ª ed. Limusa, México 2003.

OVALLE FAVELA, JOSÉ. Derecho Procesal Civil. 2ª ed. Harla. México 1985.

OVALLE FAVELA, JOSÉ. Teoría General del Proceso. 5ª Ed. Oxford. Colección Textos Jurídicos Universitarios. México 2001.

PEREZ PALMA, RAFAEL. Guía de Derecho Procesal Penal. 7ª Ed. Cárdenas Editor Distribuidor. México 2003.

RODRÍGUEZ MANZANERA, LUIS. Criminología. Porrúa, México 1979.

RODRÍGUEZ MANZANERA, LUIS. La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión. Porrúa. México, 1998.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Penología. 2ª Ed. Porrúa. México, 2000.

RIVERA SILVA, MANUEL. El Procedimiento Penal. 26º ed. Porrúa. México, 1997.

SILVA SILVA, JORGE ALBERTO. Derecho Procesal Penal. 2ª ed. Colección Textos Jurídicos Universitarios Oxford. México 2005.

VILLALOBOS, IGNACIO, Derecho Penal Mexicano, 5ª ed. Porrúa, México 1990.

ZAMORA-PIERCE, JESÚS. Garantías y Proceso Penal. 11ª Ed. Porrúa. México 2001.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS:

DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO ILUSTRADO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo 3 p-z 3ª ed. Ramón Sopena, Barcelona 1956.

DE PINA VARA, Rafael, Diccionario de Derecho, 23ª Ed. Porrúa, México 1996.

PALLARES, EDUARDO. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Ed. Porrúa, México 1952.

LEGISLACIÓN:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Penal para el Distrito Federal.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Código de Procedimientos Penales del Estado de Coahuila de Zaragoza.

Ley de Ejecución de Sanciones Penales del Distrito Federal.

Ley Sobre Readaptación de Sentenciados del Distrito Federal.

Código Civil Para el Distrito Federal.

Ley de Amparo.

HOMEROGRAFÍA:

FERNANDEZ MUÑOZ, DOLORES E. Sanciones Alternativas a la Pena de Prisión.

Nueva serie año XXVII. Número 81 Sep-Dic. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 1994.

GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. Sustitutivos de la Prisión y Reparación del Daño.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado 107. Nueva Serie año XXXVI.

Número 107. Mayo- Agosto 2003. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM.

México, 2003.

PÁGINAS WEBBS:

www.excelsior.com.mx, Sección Comunidad, de fecha 21 de Febrero del 2009.

OTRAS FUENTES:

lus, Jurisconsulta, Enero 2009, Suprema Corte de Justicia de la Nación.