UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE

FACULTAD DE DERECHO

Con Estudios Incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México

CLAVE: 8793-09

DIFERENCIA ENTRE EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN Y EL AUTO DE VINCULACIÓN AL PROCESO

TESIS

Que para obtener el título de

LICENCIADA EN DERECHO

Presenta:

PAULINA HAYDE ÁLVAREZ RIVERA

Asesor:

LIC. ROGELIO LLAMAS ROJAS

Celaya, Guanajuato. Abril 2015

Universidad Nacional Autónoma de México
UNAM
Biblioteca Central
Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

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.

DEDICATORIA

A mi familia, por su infinito amor y apoyo.
A mis amigos y compañeros, que siempre me hacen sonreír
y me reconfortan al llorar.
A mi asesor, por guiarme en este estudio, y
A mí misma, por este logro tan grande.

DIFERENCIA ENTRE EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN Y EL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I.- ASPECTOS GENERALES 1

1.1.-Teoría del Proceso 2
A) Naturaleza 2
B) Objeto y Materia de Estudio 7
C) Principios 8
D) El problema de su Denominación 9

1.2.- Jurisdicción 11
A) Caracteres 13
B) Naturaleza 14
C) Elementos 16
D) Deslinde entre Jurisdicción y Administración 17
E) Divisiones 18
F) La Competencia. Criterios para determinarla 20
G) Tipos 22

1.3.- Proceso 24
A) Definiciones 25
B) Características y Finalidad 26
C) Naturaleza 26
D) Principios 27
E) Etapas 30

1.4.-Acción 32
A) Concepto y Definiciones 34
B) Características 35

C) Requisitos para el ejercicio de la acción 37
D) Elementos 39
E) Naturaleza. Teorías 41
F) Clasificación 42

CAPÍTULO II.- SISTEMAS PENALES 43

2.1.- Sistema Inquisitivo 44
A) Ubicación temporal 45
B) Principios Constitutivos 46

2.2.- Sistema Acusatorio 48

2.3.- Sistema Mixto 52
A) Ubicación Temporal 53
B) Principios Constitutivos 54

CAPÍTULO III.- PROCESO PENAL 57

3.1.- Definición 58

3.2.- Proceso Penal en México 59
A) Noción de Derecho Procesal Penal 59
B) Fundamentos Constitucionales del derecho Procesal Penal 59
C) Fases en que se divide el Proceso Penal Común y Federal 82

3.3.- Averiguación Previa 83

3.3.1.- Diligencias que practica el Ministerio Público durante la Averiguación Previa 85

3.3.2.- Detención por orden del Ministerio Público 87

3.3.3.- Cuerpo del Delito 88
A) Noción Legal y Jurisprudencial 91
B) Elementos del tipo penal y cuerpo del delito 94

C) Elementos Objetivo o externos 94

3.3.4.- Probable Responsabilidad 97
A) Orden de Aprehensión 97
B) Audiencia Pública de la Declaración Preparatoria 98
C) Garantía de la defensa durante el Proceso Penal 102

CAPÍTULO IV.- AUTO DE FORMAL PRISIÓN 104

4.1.- Concepto 106

4.2.- Naturaleza Jurídica 107

4.3.- Requisitos Constitucionales 107

4.4.- Efectos que Produce el auto de Formal Prisión 110

CAPÍTULO V.- REFORMAS CONSTITUCIONALES 112

5.1.- Las Iniciativas Constitucionales 113

5.2.- El nuevo Sistema Penal Acusatorio 116
A) Los principios del nuevo Proceso Pena 119
B) Derechos del Imputado 121
C) Derechos del Ofendido y de la Víctima 122
D) Orden de Aprehensión y Auto de Vinculación al Proceso 124
E) Precisiones Procesales y Terminológicas 125

5.3.- El Ministerio Público 127
A) Nuevo Perfil del Órgano Jurisdiccional 129

5.4.- Mecanismos alternos de solución de Controversias 131

5.5.- Delincuencia Organizada 132

5.6.- Sistema Nacional de Seguridad Pública 134

CONCLUSIONES

Artículo 16

A) La orden Judicial de Aprehensión

Artículo 19

A) El Auto de Vinculación al Proceso

BIBLIOGRAFÍA

Introducción

En un intento de cumplir con los compromisos aceptados por México, en cuanto a la celebración, firma y aplicación de Tratados, Convenios y Pactos Internacionales en donde lo que se pretende es que predominen los derechos del acusado y no sea sometido a juicios injustos, se reforma el día 18 de junio de 2008 el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, base de mi punto a tratar, con el único fin de transformar nuestro sistema penal inquisitivo a uno acusatorio.

Respecto al concepto de "formal prisión", en la exposición de motivos de la iniciativa presidencial, se aduce "que no es acorde a un sistema acusatorio porque implica el entendimiento de un juzgamiento previo respecto a la culpabilidad, por lo menos hacia lo exterior, lo que es inconsistente con la idea de llevar a nivel constitucional el principio de presunción de inocencia".

En el nuevo artículo se sustituye el “cuerpo del delito” y “probable responsabilidad” por términos que intentan ser un poco menos despectivos, esto es, que la idea del concepto es olvidar la averiguación rígida, inquisitoria y escrita que actualmente rige; así que, con el presente estudio pretendo probar que existió un verdadero cambio de fondo dentro de nuestra legislación con el fin de mejorar el proceso penal, es decir, que este proceso sea eficiente y justo para las partes involucradas en la etapa que determina la situación jurídica del acusado.

CAPÍTULO

I

ASPECTOS GENERALES

1.1 Teoría del Proceso

La Teoría General del Proceso es la parte general de la ciencia del derecho procesal que se ocupa del estudio de los conceptos, principios e instituciones que son comunes a las diversas disciplinas procesales especiales. Esta definición se basa en la de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, para quien la Teoría General del Proceso es el "conjunto de conceptos, instituciones y principios comunes a las distintas ramas del enjuiciamiento".

Como el nombre mismo de la materia lo está indicando, la Teoría General del Proceso tiene como objeto principal de estudio el proceso; pero el proceso contemplado desde un punto de vista teórico, no práctico. En consecuencia, la Teoría General del Proceso no estudia cómo se siguen los procesos ante los tribunales, puesto que la teoría es un conocimiento especulativo, independiente de toda aplicación.

Tampoco estudia dicha Teoría al proceso desde un punto de vista particular, específico, sino general; no concreto, sino abstracto. Por eso no estudia las distintas normas jurídico-procesales positivas de una determinada materia, sino que tiende a encontrar y analizar lo que las citadas normas tienen de común, de homogéneo, entre sí.

A) NATURALEZA

La Teoría General del Proceso empezó a formarse a partir del llamado "Procesalismo científico". Sin embargo, antes de hablar de ésta corriente del pensamiento jurídico-procesal, trataremos brevemente las distintas escuelas o períodos por lo que ha atravesado, según Alcalá-Zamora, la evolución de la doctrina del Derecho Procesal. Este autor los denomina:

- Periodo primitivo
- Escuela judicialista (italiana)
- Tendencia de los prácticos (práctica forense) (española)
- Procedimentalismo (francesa)

- Procesalismo científico (Teoría general del proceso) (alemán)

El período primitivo llegó hasta el siglo XI de la era cristiana y se caracterizó por la ausencia de auténticas exposiciones procesales.

La típica división tripartita del derecho, que predominó en Roma (en personas, cosas y acciones), incluyó en esta última sección las normas procesales como un complemento o apéndice de las dos primeras y contribuyó a difundir la imagen distorsionada de que las normas procesales tenían un carácter secundario, por estar exclusivamente al servicio del derecho sustantivo.

La escuela judicialista surge en Bolonia a partir del siglo XII, y después de difundirse en las primeras naciones de Europa concluye alrededor del siglo XV. Con esta escuela se inician las exposiciones especialmente dedicadas al estudio del proceso y sus instituciones. Alcalá-Zamora aclara que ha denominado a esta escuela judicialista por ser el juicio el concepto que destaca en sus trabajos.

La escuela judicialista trabaja sobre la base del llamado derecho común, que va a resultar de la conjunción del derecho romano, el derecho germánico y el derecho canónico. En el ámbito procesal, el concepto fundamental del derecho común europeo, como advierte acertadamente Alcalá-Zamora, fue el de juicio, entendido como proceso. En este sentido, Nicola Picardi afirma que "para todo el arco del derecho común, iudiciumes palabra clave de la doctrina procesal: para los mismos tratados de la materia eran frecuentes los títulos de iudicisu ordo iudiciarius". Contrario de lo que ocurrió en España, donde la expresión juicio de mantuvo hasta el año 2000, las demás naciones fueron sustituyendo paulatinamente, a partir del siglo XVI, la expresión juicio por la de proceso. En la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000 se utiliza la palabra proceso en un sentido general y juicio para referirse a los procedimientos específicos. En los países hispanoamericanos, por la influencia de la anterior legislación española, se conserva regularmente la palabra juicio.

La tendencia de los prácticos, en España se desarrolla del siglo XVI hasta ya entrado el siglo XIX. Alcalá-Zamora caracteriza esta tendencia por los rasgos siguientes:

-Contemplación de la materia procesal más como un arte (o técnica) que como una ciencia.

-Cualidad de prácticos en la mayoría de los autores.

-Predominio frecuente de las opiniones de los prácticos, sobre los propios preceptos legales, deformados e incluso anulados por las mismas.

-Tonalidad nacional más marcada que en las otras tendencias. A este tercer período corresponde el nombre de práctica forense, con el que se titularon frecuentemente los cursos y los libros sobre la materia.

El procedimentalismo, surgida en Francia como consecuencia de las transformaciones jurídicas que trajo consigo la Revolución, así como de la codificación napoleónica. Esta tendencia se ocupa fundamentalmente de la organización judicial, la competencia y el procedimiento. Su método consiste básicamente en describir estos temas, siguiendo el orden y contenido de los códigos de procedimientos, a la manera de la escuela de la exégesis (interpretación).

Esta tendencia se desarrolló sobre todo en el siglo XIX, pero todavía sobrevive en algunos lugares y autores. El título que correspondió a los cursos y los libros sobre la materia fue precisamente el de procedimientos judiciales; o también, según la rama específica del derecho sustantivo aplicado a través de aquéllos, Procedimientos civiles, Procedimientos penales, etc.

El procesalismo científico. Contribuyente al nacimiento y desarrollo de esta tendencia, por un lado, la célebre polémica entre Windscheid y Muther en torno a la actio (acción) en el derecho romano, y por el otro, la publicación del libro clásico de Oskar Von Bülow, La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales. Con la primera se inician las doctrinas sobre la autonomía de la acción respecto del derecho subjetivo sustantivo aducido en el proceso; y en el segundo se señalan, en forma rigurosa y sólida, las bases para distinguir, con toda claridad, entre la relación jurídica sustantiva, que se supone que existe entre las partes, y la relación jurídica procesal que se establece

entre las propias partes, el juzgador y los terceros que intervienen en el proceso. A partir de este deslinde fundamental, Bülow desarrolla su teoría del proceso como relación jurídica y su teoría de los presupuestos procesales.

Alcalá-Zamora resume los cambios operados a partir de la obra de Bülow y sus seguidores, en estos términos:

> -La independencia del derecho procesal frente al derecho material, iniciada por los judicialistas de la escuela de Bolonia y acentuada cuando la codificación napoleónica difunde el modelo de su legislación separada, se lleva a sus últimas consecuencias...
> -Los conceptos y cuestiones primordiales de nuestra disciplina (la acción, jurisdicción, el proceso, la actuación de las partes, etc.) se examinan conforme a criterios de riguroso derecho procesal.
> -La superación del método expositivo, mediante la sustitución de la exégesis por el sistema.
> -El estudio de la materia procesal se acomete con enfoque y técnica distintos:... los procesalistas hacen teoría del derecho procesal, incluso acerca del procedimiento...

Los más destacados procesalistas de la segunda mitad del XX han desarrollado sus trabajos, entre otras, en las direcciones siguientes:

> -Han procurado no sólo estudiar lo que podríamos llamar la estructura interna del proceso y de los demás conceptos e instituciones procesales, sino también su función dentro de la sociedad: así han analizado problemas como el del acceso a la justicia, la práctica de las pruebas, la eficacia del proceso, etc., para lo que han tenido necesidad de utilizar métodos y técnicas de investigación sociológicos y de otras ciencias sociales.
> -Han desarrollado, con mayor rigor y extensión, el análisis comparativo (el llamado derecho comparado) en el estudio de los problemas procesales; y

-Han puesto un mayor énfasis en la investigación de los diversos problemas que confrontan los órganos del Estado encargados de la aplicación concreta de las normas procesales.

Al lado de los estudios acerca de las normas procesales en sentido estricto deben desarrollarse también las investigaciones sobre la regulación de la administración de justicia. Es claro que el conocimiento del proceso jurisdiccional resulta insuficiente si se descuida o se ignora el conjunto de órganos encargados de la aplicación concreta de dicho proceso. Estas tres orientaciones fundamentales son las que caracterizan la concepción funcional –como la llama Danti-del procesalismo contemporáneo. Como es evidente, la corriente del procesalismo es la que ha venido a consolidar la autonomía de la ciencia del derecho procesal.

Para concluir, señalaré algunas de las definiciones acerca del derecho procesal como ciencia.

Para Eduardo B. Carlos, "la ciencia del derecho procesal estudia el conjunto de normas jurídicas que regulan el proceso, por cuyo medio el Estado, ejercitando la función jurisdiccional, asegura, declara y realiza el derecho". Consideramos que en esta definición se ubican de manera satisfactoria el proceso y la función jurisdiccional.

Asimismo, se señalan las tres finalidades que puede tener el proceso respecto del derecho sustantivo: asegurarlo de modo provisional, a través de las medidas cautelares; declararlo a través de una sentencia, para aquellos casos en que exista incertidumbre o debate sobre su interpretación; y realizarlo; al dar cumplimiento a una sentencia constitutiva (por medio de la cual se crea una nueva situación jurídica o se modifica una anterior), o al ejecutar una sentencia de condena (que es la que ordena una conducta determinada a la parte demandada o inculpada).

Por nuestra parte, podemos definir el derecho procesal como la ciencia que estudia el conjunto de normas y principios que regulan tanto las

condiciones conforme a las cuales las partes, el juzgador y los demás participantes deben realizar los actos por los que se constituye, desarrolla y termina el proceso; así como la integración y competencia de los órganos del Estado que intervienen en el mismo.

Estas definiciones se refieren a la ciencia del derecho procesal en su conjunto. Sin embargo, para llevar a cabo un análisis más detallado de cada uno de los conceptos, principios e instituciones de carácter procesal, así como para conocer la aplicación de éstos en los diversos procesos, es conveniente dividir el estudio del derecho procesal en dos grandes partes: una primera parte, de carácter general, a la que se ha denominado Teoría General del Proceso; y una segunda parte, de carácter especial, en la que se agrupan las diversas disciplinas que se encargan del estudio específico de cada tipo de proceso.

B) OBJETO Y MATERIA DE ESTUDIOS

La Teoría General del Proceso tiene como objeto principal de estudio el proceso Materia de su estudio: Los elementos comunes a las distintas clases de procesos. Entre los elementos comunes podemos encontrar unos fundamentales y otros secundarios.

Conceptos fundamentales.- No hay ni ha habido unanimidad de criterios en los procesalistas sobre cuáles sean los conceptos fundamentales. La tendencia actual, y que a nuestro parecer, es la de considerar como “nociones fundamentales de orden sistemático, que no están definidas, sino presupuestas, por las leyes positivas: jurisdicción, acción y proceso”; lo que Ramiro Podetti llama la “Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil”, título de un ensayo sobre el tema.

Conceptos secundarios.- Estos conceptos se encuentran también en cualquiera clase de procesos. Por ejemplo:

-Los sujetos procesales que son el juzgador y las partes, principalmente. También lo pueden ser los terceros.

-La finalidad del proceso que puede ser preventiva o represiva. La preventiva tiende a evitar que por la autotutela se perturbe el orden público. La represiva, a restablecer el orden jurídico perturbado o que se cree perturbado.

-En todo proceso, también encontramos aplicados los conceptos de procedimiento, competencia, actuaciones judiciales, plazos para actuar, pruebas, resoluciones judiciales, recursos, etc.

-Los sistemas de apreciación o valoración de las pruebas también son los mismos en los diversos procesos. El libre, el traslado o legal, el mixto y el de la "santa crítica".

C) PRINCIPIOS

Los principios que rigen todo proceso, igualmente son los mismos: el de igualdad, el de economía, el de probidad, el de preclusión, el de inmediación, el dispositivo y el inquisitorio, el de escritura y el de oralidad, el de publicidad y el de secreto, etc.

Puntos que fundamentan la unidad de lo procesal, según Gómez Lara no son los únicos, pero sí los más importantes:

-El contenido de todo proceso es un litigio. No hay procesos sin litigio. Incluso en el proceso penal encontramos uno que es el conflicto entre la pretensión punitiva del Estado a través de la acusación, y la resistencia del procesado y los órganos de la defensa.

-La finalidad de todo proceso es resolver ese litigio.

-En todo proceso existen siempre un juez o tribunal y dos partes contrapuestas entre sí y supeditadas a éste.

-Todo proceso presupone una organización judicial con jerarquías y competencias.

-En todo proceso hay una secuencia u órdenes de etapas, desde su inicio hasta su fin, que no son necesariamente idénticas de un tipo procesal a otro. Existen dos grandes etapas en el proceso: la de la instrucción y la del juicio.

-Por regla general, en todo proceso hay un principio de impugnación que es el medio de combatir las resoluciones judiciales incorrectas, ilegales, equivocadas, irregulares, injustas o no apegadas a derecho. Las finalidades de todo medio de impugnación son:

1. Confirmación de la resolución

2. Modificación de ésta (se cambia sustancialmente su contenido o alcance)

3. Revocación de la misma (se deja sin efecto, insubsistente)

D) EL PROBLEMA DE SU DENOMINACIÓN

Corriente diversificadora. Para que se pueda hablar de Teoría General del Proceso, es necesario que haya cierta unidad, ciertos elementos comunes entre los distintos procesos. Ahora bien, hay una corriente doctrinal que sostiene la no existencia de estos elementos, es decir, que los procesos son diferentes entre sí, según la materia, y que no tiene nada en común entre ellos. Son principalmente los penalistas, quienes también estudian el proceso penal, los sostenedores de esta teoría diversificadora. Entre ellos encontramos estos argumentos:

1. El objeto esencial del proceso penal es una relación de derecho público; el del civil es una relación de derecho privado. Consideramos que lo que quiere decir Florian con esto, es que, en materia procesal penal, hay un interés público en que los crímenes no queden impunes, pues de otra manera prevalecería el desorden, y no sería posible la convivencia social. En el proceso civil, en cambio, sólo están en juego intereses privados, como son, por ejemplo, los de los acreedores.

2. El proceso penal es un instrumento normalmente indispensable para la aplicación de la ley penal; en cambio el proceso civil no es siempre necesario para la actuación de las relaciones de derecho privado. El contraste no es absoluto, dice Alcalá-Zamora. En materia penal existió y existe la composición pecuniaria de los delitos

y el perdón del ofendido, que hacen innecesario el proceso correspondiente.

3. En el proceso penal el poder dispositivo de las partes es muy restringido y el del juez es grande; en el civil sucede lo contrario. Es decir, en el proceso penal se aplica sobre todo el principio inquisitorio; en el civil, el dispositivo. Cuando se aplica el principio inquisitorio, el juez tiene muchas facultades para actuar de oficio, sin que las partes se lo pidan; pueden actuar de motu propio, por propia iniciativa. En el proceso civil se aplica fundamentalmente el principio dispositivo. Con esto se quiere decir que el juez no puede actuar si las partes no actúan. Esta regla no es absoluta, dice Alcalá-Zamora. En el derecho penal hay formas autocompositivas como son el perdón del ofendido y la retractación en el caso de injurias; en ellas las partes tienen poder dispositivo. En contrapartida, en el proceso civil también se aplica el principio inquisitorio, como cuando el juez tiene facultades discrecionales, para "mejor proveer".

4. En el proceso penal no es suficiente la sola confesión de la parte acusada para tener por verdadero el hecho que se trata de probar; en el civil, sí(a veces basta el simple silencia de la parte). En éste se aplica el principio que dice: "a confesión de parte, relevo de prueba". Dice Alcalá-Zamora, que en primero se ha reducido a simple indicio, y en el segundo es reemplazada o coexistente con la llamada declaración libre de parte.

Corriente unitarista. Quizás podemos decir que la mayor parte de los procesalistas modernos sigue esta corriente. Y aunque en un principio fueron los procesalistas civiles los que comenzaron a enfocar el estudio del proceso desde los puntos de vista general y teórico que hemos mencionado, posteriormente procesalistas de otras materias aplicaron en su campo de estudio las concepción es, ideas y doctrinas de esos procesalistas civiles.

Entre los autores que han escrito en especial sobre el tema de la unidad procesal, tenemos a D'Agostino quien escribió sobre La unidad

fundamental del proceso civil y el penal; Desde luego, no hay que olvidar mencionar a Alcalá-Zamora.

En general, lo que sostienen los propugnadores de la Teoría General del Proceso, es que existe unidad entre los distintos procesos, es decir, ciertos elementos comunes que los unen. Pero aclara Alcalá-Zamora, unidad no quiere decir igualdad ni mucho menos identidad.

1.2 Jurisdicción

La palabra jurisdicción o "iurisdictio" en latín, proviene de los vocablos "ius dicere", que significan: declarar el derecho. Es la función judicial propiamente dicha, dentro de la cual se distinguen por su materia los procesos civiles de los penales, y tomando en cuenta si hay o no contienda, los de jurisdicción contenciosa o voluntaria.

La importancia de la jurisdicción radica en conceder eficacia a los derechos otorgados por las normas jurídicas, pues son su medio de defensa, a través de la creación de órganos competentes para estudiar la cuestión planeada, y llegar a una decisión llamada sentencia, que trata de aplicar la justicia contenida en las normas jurídicas en forma general, al caso concreto.

En los comienzos de la historia de la humanidad la aplicación del derecho fue una función privada de los jefes de familia, en un contexto dominado por la venganza privada y la justicia por mano propia, pero con la creación de los Estados el monopolio de la tarea de juzgar pasó a uno de sus poderes, el judicial, que se ejerce a través de los jueces (aunque la independencia de poderes es una característica que recién nace con las ideas iluministas, sobre todo con Montesquieu). La concentración de los poderes del estado en manos del soberano fue una características de los pueblos hasta la Revolución Francesa (1789) origen del actual sistema democrático.

Los jueces surgieron antes que los legisladores, pues existieron conflictos antes que existieran leyes, y estos necesitaron de un tercero imparcial que los dirimiera. Así nació la jurisdicción como emanación de la potestad soberana del estado, como medio de lograr la paz social.

El maestro CARNELUTTI afirma en relación con la Jurisdicción: "que el Juez sea superior a las partes es una meta que la ley se esfuerza, más o menos sagazmente, sin alcanzar; de todos modos, la alcance o no en realidad, es una necesidad que se considera alcanzada. Este resultado se consigue mediante la atribución al juez de un poder, y hasta de una potestad, que es justo llamar potestad jurisdiccional. Más breve mente se dice también jurisdicción; la palabra "jurisdicción" adquiere así un doble significado en cuanto sirve para indicar tanto la función como el Poder Judicial. Ahora bien, más que un poder simple, la jurisdicción es un haz de poderes cuyo análisis entra en aquel estudio de las relaciones jurídicas procesales; son poderes que se desarrollan en una directiva centrífuga, o sea, del centro a la periferia, si es que esta imagen geométrica puede ayudar a aclarar la posición respectiva del juez y las partes"[1].

Para MARCO ANTONIO DÍAZ DE LEÓN la jurisdicción es un poder del Estado que sirve para dirimir los conflictos de intereses o litigios que someten a su decisión las personas físicas o jurídicas y, que resuelve mediante sentencias que admiten la calidad de cosa juzgada. En ese sentido, la actividad jurisdiccional tiene como fin primordial solucionar los conflictos, cancelando a los particulares la facultad de hacerse justicia por sí mismos, ya que la función de administrar justicia es propia del Estado[2].

En opinión de LEOPOLDO DE LA CRUZ AGÜERO, la jurisdicción es un poder y la facultad de que esta Constitucionalmente investido el Estado, para resolver o dirimir conflictos judiciales o administrativos dentro de determinado

---

[1]CARNELUTTI, Franceso. Derecho Procesal Civil y Penal. Traducción y Compilación de Enrique Figueroa Alfonzo. Sin número de edición. Editorial Pedagógica Iberoamericana. México, 1994. Pag. 58.
[2]DIAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Torno I. Tercera edición. Editorial Pornia. México, 1997. Pag. 1255.

territorio o demarcación, según la actividad que corresponda desempeñar a la entidad de que se trate, suscitados entre personas físicas o morales, función encomendada a una autoridad denominada órgano jurisdiccional, quien se encuentra investido de la facultad y poder que le otorga el Estado para aplicar la ley adjetivamente mediante un procedimiento en el que se cumplan los principios de audiencia y legalidad y que puede concluir con una sentencia o concertación de las partes. Asimismo, afirma este autor que la función del órgano jurisdiccional puede estar representado por una persona física denominada Juez o Magistrado o bien, por cuerpos colegiados llamados Tribunales. En ese sentido se considera al Juez como la persona física dependiente del Poder Judicial Federal o Estatal en quien el Estado delega el ejercicio de la potestad jurisdiccional de aplicar la ley mediante un procedimiento judicial o administrativo y aplicarla de una manera justa, honesta e imparcial[3].

En este contexto, se puede definir de la siguiente manera: la Jurisdicción, es una atribución que es única del Estado, porque la constitución es la que faculta a éste para realizarla, puesto que es una parte tercera en un conflicto y no puede ser arbitrario, con el fin de que la impartición de justicia sea de manera equitativa y no haya desequilibrio entre las partes; es parte de lo denominado pacto social, en donde nosotros como gobernados decidimos dejar de ejercer ciertas libertades con el fin de que estas sean llevadas a cabo por el estado y se necesita que ejerzamos nosotros mismos. Para lo cual a su vez el estado lo realizará por medio de los juzgados y tribunales, los cuales estarán trabajando con los Jueces o Magistrados, según sea el caso, que lleva a la correcta administración de justicia.

A) CARACTERES

Estos son: la legalidad, es de orden público y la indelegabilidad.

[3] DE LA CRUZ AGÜERO, Leopoldo. Procedimiento Penal Mexicano (Teoría, práctica y jurisprudencia) Cuarta edición. Editorial Porrúa. México, 2000. Pag. 60.

Legalidad**.** La jurisdicción tiene este carácter porque es la ley quien expresamente otorga esas atribuciones y estableciendo las obligaciones a los órganos del poder judicial.

Es de Orden Público. Se entiende por orden público a las condiciones fundamentales de la vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de esta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos, porque afectaría a la sociedad.

La jurisdicción es de orden público, por lo tanto, de cumplimiento obligatorio y general. La violación o desconocimiento de la jurisdicción, no sólo afectaría a la parte contraria del proceso, sino a toda la sociedad.

Indelegabilidad**.** La jurisdicción es indelegable, porque su ejercicio es "intuito personae" del juez. Un juez no puede dar a otro juez o a otra persona su jurisdicción (ésta es dada sólo por el Estado y a través de una ley).

B) NATURALEZA

Para establecer dicha naturaleza describimos tres criterios que son:

Criterio Orgánico**.** El fundamento de la jurisdicción está en la aplicación de la ley por parte del Poder Judicial a casos y conflictos particulares. Este criterio hoy en día se ve restringido porque también el Poder Ejecutivo, por ejemplo con una un acto de determinación como es la Notificación para el pago de multa por incumplimiento de deberes formales, y el Poder Legislativo a través de un Juicio De Responsabilidades, aplican leyes.

Criterio Formal. Señala que encontraremos la esencia de la jurisdicción buscando la presencia de las partes que tienen un litigio. Quienes al incitar al órgano jurisdiccional través de la acción, la pretensión y la demanda hacen que el Estado cumpla su labor jurisdiccional, y para ello requieren de una tercera persona, el juez. Entonces, la naturaleza estaría en la actividad que realiza un tercero imparcial, quien debe resolver el conflicto de las partes. Este tercero

debe resolver el conflicto en una serie de actos llamado técnicamente: proceso y a este conjunto de actividades se llama procedimiento para determinar quién tiene la razón.

Por esto se desecha este criterio, porque toca otras instituciones, como ser el proceso, el procedimiento, haciendo que nos salgamos del ámbito jurisdiccional.

Criterio Funcional**.** Es de contenido amplio encontrar materia jurídica sobre la base de la función. La naturaleza de la jurisdicción no es más que, según este criterio, restablecer el espíritu social y legal cuando existe un litigio (se dice así en materia civil) o un conflicto (en materia penal). Por tanto la jurisdicción cumple una función integradora del Derecho, porque: cuando el juez aplica la ley no está aplicando a ciegas y, no aplica sin razonar, sino, tiene que pensar para aplicar al caso concreto.

Al realizar esa actividad de aplicar la ley al caso concreto, le está añadiendo un valor agregado a la norma. Por eso la jurisdicción cumple una función integradora. El juez sustituye la función de raciocinio que cumplen dos sujetos en juicio. Es decir el juez está razonando por los dos, al valorar las pruebas y al emitir la sentencia.

Por eso se dice que la jurisdicción, aparte de aplicar, integra la ley. Cumple un papel de sustitución, es decir realiza una actividad enteramente funcional. Chiovenda señala que "la función pública sustituye a la actividad particular, al litigio de estas dos personas, el demandante y el demandado"[4]. Calamandrei, dice que "la jurisdicción cumple una actividad funcional de garantía que el demandante busca en el juez. Espera que este tercero imparcial aplique la ley correctamente. Es decir garantiza los derechos que puedan alegar cada uno de estos ciudadanos"[5].

---

[4] CHIOVENDA, G, "Instituciones Del Derecho Procesal Civil", México D.F., México Cárdenas, 1989, 3 vol.

[5] CALAMANDREI, Piero, "*Instituciones del Derecho Procesal Civil*", Buenos Aires, Argentina EJEA, 1986, 3 vol.

Finalmente, tan funcional es la actividad jurisdiccional que no puede desarrollarse si no existe persona que tenga una potestad que se llama acción (traducida en una pretensión) y que se materializa a través de una demanda (en materia civil) o querella (en materia penal). Si no existe este ciudadano demandante no empieza a funcionar este tercero imparcial (juez). De ahí los aforismos latinos "Nemo judex sine actore", no puede actuar el juez si no hay demandante y "Nemo procedat juri ex oficium", el proceso no puede caminar de oficio.

C) ELEMENTOS

Notio.- Es la facultad que poseen los tribunales para conocer de un asunto litigioso. La facultad de conocer se fundamenta, en que para resolver un determinado conflicto, primero deben conocerse los hechos que constituyen dicho conflicto (oír a las partes y darles la posibilidad de que presenten pruebas). Esta facultad por regla general se ejerce a petición de parte. Por excepción los tribunales podrán actuar de oficio para abocarse al conocimiento de un asunto determinado.

Es decir, en este elemento, los juzgadores deben conocer todos los hechos que han dado paso al proceso, puesto que sin conocerlos no se puede decir que pueden resolver de manera justa, para que se realicen de manera correcta las partes deben agotar los medios necesarios para poder proyectar sus pretensiones y que estas sean entendibles y sistemáticas.

Vocatio.- Es la posibilidad al otro de apersonarse. Facultad que poseen los tribunales, consiste en la posibilidad de obligar a las partes a comparecer ante el tribunal antes del término del emplazamiento o sanción de procederse en su rebeldía, en los procesos civiles, la obligación de defenderse no le corresponde al demandante sino al demandado.

Ya que se inició el proceso, es necesaria la presencia de las partes, la autoridad que conozca, tiene la faculta de coaccionar para que la cualquiera de ellas se apersone dentro del juicio; para que pueda conocer de qué hechos se habla y plantee una acción o defensa.

Juditio.- Corresponde a la facultad de juzgar. Por lo tanto, los tribunales tienen la facultad de dictar sentencia poniendo fin al litigio en forma definitiva.

Aquí, una vez conocidos todos los elementos que conforman la Litis, llega el momento de que sean evaluados, junto con las prueba y se llegue a un conclusión que será finalmente la sentencia.

Coertio o Executio.- Es la facultad para lograr el cumplimiento de las medidas ordenadas dentro del proceso, incluso empleando la fuerza, a efecto de hacer posible su desenvolvimiento; y que puede ser sobre las personas o las cosas.

D) DESLINDE ENTRE JURISDICCIÓN Y ADMINISTRACIÓN.

En la función jurisdiccional intervienen tres sujetos principales, el juzgador y las dos partes y una condición indispensable para que se ponga en movimiento la función jurisdiccional.

En la función administrativa en cambio, los sujetos pueden limitarse a dos personas: el administrado que solicita y el agente de la administración.

El objeto de la Jurisdicción es un litigio o conflicto entre partes de trascendencia jurídica y en la función administrativa presupone la inexistencia de conflicto entre partes.

ORGANOS JURISDICCIONALES INDEPENDIENTES DEL PODER JUDICIAL

La jurisdicción es, en primer término, una función que desempeñan los órganos del Estado; una función pública, la jurisdicción es una potestad o un

poder o una facultad, y también impone a los órganos que la ejercen un conjunto de deberes. Para que los órganos del Estado puedan desempeñar la función jurisdiccional, es indispensable que posean independencia o al menos autonomía funcional, en los casos de los tribunales no judiciales. Como lo son los tribunales administrativos del trabajo, y agrarios, como se ubican formalmente fuera del Poder Judicial.

E) DIVISIONES

El principio de la división de poderes ha sido acogido formalmente por las Constituciones mexicanas, desde 1814 hasta la vigente. El artículo 9° del Acta Constitutiva de la federación señaló el contenido fundamental de éste principio, de acuerdo a su interpretación histórica éste precepto dispuso lo siguiente " El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en legislativo, ejecutivo y judicial; Jamás podrán reunirse dos o más de éstos en una sola corporación".

La Jurisdicción, en tanto función pública de impartir justicia, no es susceptible de ser dividida ni clasificada. La función de conocer y juzgar los litigios y de ejercer lo juzgado, es esencialmente la misma, cualquiera que sea la rama del derecho sustantivo que se aplica a través de dicha función.

Contencioso Voluntario.- No todas las actividades que desarrolla el Poder Judicial implican el ejercicio de función jurisdiccional, como ocurre en los llamados procedimientos de "jurisdicción voluntaria", en los cuales el juzgador no decide sobre un conflicto o litigio, por lo que en dichos procedimientos no ejerce, en sentido estricto, su función jurisdiccional, pese al nombre de aquellos que todavía conservan.

- Contencioso: La finalidad de la jurisdicción es la resolución de litigios, mediante la aplicación del derecho, de criterios

de justicia, y que el elemento objetivo de la función jurisdiccional consiste precisamente en el litigio sobre el que se ejerce dicha función.

- Voluntario: Esta no tiene, en modo alguno naturaleza jurisdiccional, ya que carece de la finalidad y del elemento objetivos propios de ésta función pública.

FEDERAL, LOCAL, CONCURRENTE Y AUXILIAR

- Función Federal.- Supone la existencia de dos clases de juzgadores, los federales y los locales cuya función se dirige regularmente a la aplicación de las leyes y disposiciones jurídicas expedidas por el órgano legislativo de la entidad federativa correspondiente.

- Local.- Se designa tanto al conjunto de legisladores de cada entidad federativa, como a su competencia para conocer de los litigios sobre la aplicación de leyes o disposiciones de carácter local.

- Concurrente.- Es la alternativa que se le da a la parte demandante de promover el proceso ante tribunales federales o locales.

- Auxiliar.- Es aquella que prestan los tribunales de los estados y del D.F. a los órganos del Poder Judicial de la Federación cuando colaboran en el desempeño de las funciones de éstos.

- Forzosa y Prorrogable.- Es aquella competencia de los órganos jurisdiccionales que no puede ser alterada ni

modificada por acuerdo expreso ni por sumisión tácita de las partes.

- Retenida y Delegada.- Los tribunales de justicia retenida, son aquellos que carecen de autonomía respecto de la administración y se limitan a formular proyectos de decisión que someten a la aprobación de la propia administración.

Los tribunales de justicia delegada, son aquellos que poseen autonomía respecto de la administración y se encuentran facultados para pronunciar sus propias sentencias.

ORDINARIA, ESPECIAL Y EXTRAORDINARIA

- Ordinaria.- Es la que ejercen los juzgadores que tienen competencia para conocer de la generalidad de los litigios.

- Especial.- Es la que compete a los juzgadores para conocer de cierta clase de litigios.

- Extraordinaria.- Es la que se atribuye a órganos creados ex profeso para conocer de uno o más litigios concretos y determinados.

F) LA COMPETENCIA, CRITERIOS PARA DETERMINARLA

Materia.- Este tipo de competencia surge por la especialización del trabajo jurisdiccional. Este criterio se basa en el contenido de las normas sustantivas que regulan el litigio o conflicto sometido al proceso.

Cuantía.- El criterio de la cuantía o del valor toma en cuenta la cantidad en la que se puede estimar el valor del litigio.

Grado.- Es un criterio para determinar la competencia, según que un litigio determinado haya sido sometido o no al conocimiento de un juez.

Territorio.- Es el ámbito espacial dentro del cual el juzgador puede ejercer válidamente su función jurisdiccional.

Atracción.- Consiste en la acumulación que debe realizarse de los juicios singulares que se sigan contra una persona.

Conexidad.- Se presenta cuando dos o más litigios distintos sometidos a procesos diferentes se vinculan por provenir de la misma causa o relación jurídica sustantiva.

Prevención.- Es un criterio complementario y subsidiario para determinar la competencia, pues se suele recurrir a él cuando varios jueces son competentes para conocer del mismo asunto, entonces se afirma que será competente el que haya prevenido en la causa, es decir, el juez que haya conocido primero.

Turno.- Orden o modo de distribución interno de las demandas o las consignaciones que ingresan cuando en un lugar determinado existen dos o más juzgadores con la misma competencia.

CONFLICTOS COMPETENCIALES DE TIPO OBJETIVO

Las partes tienen derecho de impugnar, de objetar, de cuestionar la competencia de aquél. La forma de impugnar son de dos vías: declinatoria y de inhibitoria.

Declinatoria: Es una vía de impugnación directa, ya que se promueve ante el juez que está conociendo del litigio, pidiéndole que se abstenga del conocimiento del mismo y remita el expediente al juzgador que se estima competente.

Inhibitoria: Es una vía indirecta, en virtud de que se promueve ante el juzgador que se estime competente, pidiéndole que dirija oficio al que está

conociendo del litigio y se considera incompetente, para que se inhiba y remita el expediente al primero.

Si el conflicto de incompetencia se plantea ante dos juzgadores que tengan como superior jerárquico al mismo tribunal será este el competente para resolverlo.

COMPETENCIA SUBJETIVA

Es la que se refiere a la persona física titular del órgano, persona que debe de tener la característica de ser imparcial para poder ser competente subjetivamente en el conocimiento del juicio.

CUESTIONES DE COMPETENCIA SUBJETIVA

Esta incompetencia subjetiva da lugar a tres figuras que son los impedimentos, la excusa y la recusación con causa.

Los Impedimentos son aquellas cuestiones de carácter personal que pueden influir en el ánimo del juzgador para que deje de ser imparcial y en consecuencia le impiden dictar una sentencia justa.

La Excusa: Al conocer el titular de un órgano jurisdiccional de la existencia de un impedimento para conocer de un negocio deberá excusarse inmediatamente.

La Recusación con Causa: El juez que no se percate del impedimento o que percatándose no se excuse puede ser recusado con causa por el litigante afectado mediante un trámite que establece la ley procesal.

G) TIPOS

Jurisdicción Ordinaria. Es aquella ejercida con exclusividad por el Órgano Judicial. Sus principios son la unidad, la exclusividad y el principio de independencia. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente

o separada del Órgano Judicial con excepción de la militar, la arbitral y la comunitaria.

Jurisdicción Militar. La Jurisdicción Militar es aquella especializada en administrar justicia en materia de delitos y faltas cometidos por los miembros de las instituciones de las fuerzas armadas y policiales en estricto cumplimiento de sus funciones.

Jurisdicción Arbitral**.** Esta jurisdicción especial es a iniciativa de las partes en conflicto, las cuales recurren a los componedores que son los árbitros, quienes dirimen en las causas puestas en su conocimiento y sus laudos equivalen a sentencias, que deben ser acatados por quienes se someten a ellos.

Jurisdicción Indígena. La Jurisdicción Indígena es la potestad que tienen las naciones indígenas de administrar justicia de acuerdo a su sistema de justicia propio y se ejerce por medio de sus autoridades, en el marco de lo establecido en la Constitución Política del Estado y la Ley. La Jurisdicción indígena es aquella que administra justicia en materia de conductas reprobadas de los individuos pertenecientes a alguna de las naciones indígenas de un Estado. La aplicación del Derecho Consuetudinario por las autoridades indígenas no deben vulnerar los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución política del Estado.

Jurisdicción Constitucional. La jurisdicción constitucional es la función pública, realizada por el Tribunal Constitucional, con las formas requeridas por ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho del recurrente, con el objeto de dirimir una controversia de relevancia jurídica constitucional, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada para precautelar el respeto y vigencia de los derechos y libertades constitucionales. Precautela la supremacía de la Constitución y realizar un adecuado control constitucional de tipo jurisdiccional.

Jurisdicción Electoral. La jurisdicción electoral es la función pública, realizada por el Tribunal Electoral, con las formas requeridas por ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho del recurrente, con el objeto de dirimir una controversia de relevancia jurídica electoral, mediante decisiones para precautelar el respeto y vigencia de los derechos políticos.

Jurisdicción Agraria**.** La jurisdicción agroambiental es la función pública, realizada por el Tribunal Agroambiental, con las formas requeridas por ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica agraria, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución.

1.3 PROCESO

El **proceso** es un *modo de llegar a un fin*:

- en lo **civil** restituir el orden o un derecho o satisfacer una pretensión;
- en lo **penal** descubrir la verdad de la existencia de un delito, un delincuente y relacionar el delito al delincuente;
- en lo **político y social** combatir la delincuencia y educar jurídicamente al pueblo.

General y *gramaticalmente* el proceso implica un desarrollo, *jurídicamente* se conceptualiza como un avance para cumplir con un fin: componer litigios, satisfacer pretensiones, resolver conflictos y en lo penal descubrir la verdad.

El proceso es la sucesión de fases jurídicas concatenadas realizadas conforme al orden trazado por la ley, el juez, las partes y los terceros en ejercicio de los poderes, derechos, facultades y cargas que les atribuye la ley procesal o en cumplimiento de los deberes y obligaciones que la misma les impone, cursadas ante órgano jurisdiccional, pretendiendo y pidiendo la actuación de la ley para que: Que dirima la controversia, verificado que sean los hechos

alegados o que: Que se imponga una pena o medida de seguridad al procesado averiguado que sea su delito o peligrosidad criminal, pretensión y petición que se plasmará en una sentencia pasada por autoridad de cosa juzgada.

Es decir, para que un proceso pueda surgir y tomar forma, se necesita que exista un conflicto y controversia, los cuales pueden definirse de la siguiente manera:

- Conflicto: puede encontrarse entre dos personas o entre dos órganos del Estado. Cuando ellos, por si mismos, no pueden solucionar el conflicto, recurren a otro órgano: Los individuos al juez, los órganos del Estado a otro órgano superior a ellos.
- Controversia: Cuestiones de hecho o derecho que, no pudiendo resolverse mediante procedimientos de autotutela o autocomposición, reclaman el pronunciamiento de órganos del Estado.

En suma, hay conflicto entre personas, entre órganos. Hay controversia, cuando el conflicto lo soluciona otra persona (juez) u otro órgano superior.

A) DEFINICIONES

VESCOVI. "El proceso es el medio adecuado del Estado para resolver conflictos a través del Derecho procesal que establece el orden de los actos (procedimiento) para la correcta prestación de la actividad jurisdiccional."

GUASP, James. **"**El proceso es un instrumento de satisfacción de pretensiones.".

BERRIOS DE ANGELO, D. "El proceso es una coordinación de actos con la finalidad de administrar justicia."

CARNELUTTI. F. "El proceso es el todo, el procedimiento es la parte de ese todo."

B) CARACTERÍSTICAS Y FINALIDAD

El proceso es un conjunto de: actos, normas, actos realizados frente a los Órganos Jurisdiccionales y un conjunto de actos con finalidad.

Conjunto de actos: Los sujetos realizan ritos (actos) regulados por la ley de procedimiento. Estos actos pueden ser:

- *Jurídicos*. Realizados por las partes: el Demandante a través de la demanda y el demandado a través de la respuesta o contestación.
- *Jurisdiccionales.* Realizados por el órgano o el juez en cumplimiento de sus obligaciones y deberes.

Conjunto de normas: Determinan derechos y obligaciones de los sujetos procesales y están establecidos en códigos o leyes.

Conjunto de actos realizados frente a los Órganos Jurisdiccionales: Es la aplicación de la norma jurídica al caso concreto.

Conjunto de actos con finalidad: Con finalidad de solución del conflicto o de restaurar el ordenamiento jurídico violado y la búsqueda de una convivencia feliz de los hombres en sociedad.

FINALIDAD**.** Restablecer la paz social a través de la solución del conflicto, la restauración del orden vulnerado y la búsqueda de una convivencia feliz.

En *strictu sensu*, la finalidad del proceso es: en lo civil restituir el orden o un derecho o satisfacer una pretensión; en lo penal descubrir la verdad de la existencia de un delito, un delincuente y relacionar el delito al delincuente; en lo político y social combatir la delincuencia y educar jurídicamente al pueblo.

C) NATURALEZA

La explicación de la naturaleza jurídica del proceso aporta elementos que hacen posible tener una idea más clara de la diferencia que hay entre él y procedimiento.

Básicamente hay cuatro explicaciones teóricas de esa naturaleza, dos de ellas son de corte privativista y las restantes de tipo publicista.

Las primeras son las siguientes:

1.- Teoría contractualista**:** En ella se considera que el proceso es un contrato entre las partes que intervienen en él a manera de contrincantes, comprometiéndose tanto actor como demandado a aceptar la sentencia judicial del juzgador. Para una parte, para los partidarios de esta explicación el proceso es un cuasicontrato.

2.- Teoría relacionista del proceso: En esta idea teórica, el proceso es una relación jurídica de tipo tridimensional, que vincula al actor y al demandado por medio del juez.

Esa relación jurídica es completamente autónoma del derecho sustantivo, siendo su esfera de acción y ámbito el derecho adjetivo.

Las dos teorías de carácter publicista, son las siguientes:

1.- El proceso es una situación jurídica: La razón de ello es que comprende un cuerpo de poderes, posibilidades, expectativas, cargas y liberación de cargas procesales generadas por el conocimiento y solución de conflictos.

2.- El proceso es un servicio público. Ello es así, en virtud de que el Estado a través de un órgano jurisdiccional comprueba y dirime mediante una serie de actuaciones, una situación jurídica. A esto se debe que en el proceso estén inmersos un conjunto de servicios de naturaleza pública.

D) PRINCIPIOS

1. Carácter exclusivo y obligatorio de la función jurisdiccional: Significa que la función jurisdiccional sólo puede ejercerla el Estado a través de los órganos establecidos para tal efecto. En ciertos asuntos la función no se realiza por funcionarios en la acepción exacta del vocablo, sino por

particulares, quienes, desde luego, quedan investidos de esa calidad mientras llevan a cabo su cometido, como acontece con los árbitros que integran el tribunal.

Este principio tiene como complemento indispensable el de la obligatoriedad para todos los integrantes de la comunidad, sin distinción de raza, condición, etcétera, de someterse a la jurisdicción del Estado.

2. Necesidad de oír al demandado: Es indispensable vincular al proceso a la parte contra quien se fórmula el derecho que el demandante reclama, a fin de que se apersone dentro del proceso y pueda ejercer el derecho de defensa.

Se cumple mediante la notificación personal de la primera providencia al demandado o acusado, requisito que le da la calidad de parte y lo habilita para actuar en el proceso.

3. Igualdad de las partes: Significa que las dos partes constituidas por el de mandante y el demandado o el acusador y el acusado dispongan de las mismas oportunidades para formular cargos, descargos y ejercer los derechos tendientesa demostrarlos, por ejemplo: en un proceso declarativo, el demandante formula en la demanda su pretensión, y el demandado se pronuncia frente a ella, dentro del término que la ley determina. Viene luego el periodo probatorio para practicar las pruebas ofrecidas por las partes, en la demanda y su contestación.

El proceso es el desarrollo regulado por la ley de todos los actos concatenados hacia el objeto de aplicación de la ley. La ley se aplica administrativamente en la jurisdicción voluntaria y en la jurisdicción contenciosa se hace lo propio jurisdiccionalmente. Un punto interesante es marcar la diferencia entre proceso y juicio. Éste último es el proceso jurisdiccional en su sentido material. El proceso puede ser administrativo y jurisdiccional desde el punto de vista material. Lo será en el primer caso –como se ha dicho en la jurisdicción voluntaria-, y en el segundo, en la contenciosa, en donde tendrá la denominación de “juicio”.

En este sentido el juicio:

> "Es el cúmulo de actos regulados normativamente, de los sujetos que intervienen ante un órgano del Estado, o un árbitro, con facultades jurisdiccionales, para que se apliquen las normas jurídicas a la solución de la controversia o controversias planteadas."[6]

El proceso tiene como características fundamental su unidad, la que se manifiesta a través de diferentes maneras, siendo ellas las siguientes:

- Desde el punto de vista teleológico: El proceso tiene como finalidad decir el derecho respecto de los puntos controvertidos que se han planteado en el escrito de demanda, al ejercitarse la acción, y al contestarse la demanda oponiendo excepciones y defensas, o bien, al existir de por medio una reconvención y su contestación.
- Desde el punto de vista de su estructura: El derecho procesal es aplicado en las diversas ramas del derecho positivo, pese a ello, en caso de controversia, el proceso debe de estructurarse en todos los casos de conformidad con su estructura lógica, que está conformada por: las etapas de conocimiento de las pretensiones que se hallan en antagonismo; de la prueba de hechos en que se apoyan las pretensiones contradictorias y de decisión en donde ocurre el pronunciamiento del juzgador.

  Estas son las etapas que son comunes en todos los tipos de procesos, por lo que hace que haya unidad en su esencia y naturaleza.
- Desde el punto de vista conceptual: Los conceptos fundamentales en el proceso constituyen su esencia, sea cual fuere la regulación jurídica o la rama del derecho en la que se suscite la controversia. Así en todos los procesos habrá demanda contestación de demanda, pruebas,

[6] ARELLANO GARCÍA, Carlos; Derecho Procesal Civil; Porrúa; 5° edición; México; 1998; p. 66.

alegatos, sentencias, recursos, partes, acciones, excepciones, defensas, incidentes, notificaciones, términos, etcétera.

- Desde el punto de vista de la acción ejercida: Se aplica el derecho por el juzgador frente a situaciones concretas en controversia, para llegar a una decisión que las resuelva.
- Desde el punto de vista de las formalidades esenciales del procedimiento: La garantía de audiencia y de legalidad, son la columna vertebral del proceso debido proceso en el derecho anglosajón. Estos principios son comunes e inherentes a todos y cada uno de los diferentes procesos.
- Desde punto de vista el de su temporalidad: El derecho tiene por característica la coercibilidad, esto es, el cumplimiento de la norma aun en contra de la voluntad de su destinatario. La violación a esa norma origina una controversia que tiene que ser resuelta en el proceso, con independencia de la rama del derecho que se violente.
- Desde el punto de vista doctrinal: Las opiniones que han realizado los procesalistas en relación al derecho procesal, constituyen una doctrina que es aplicable a cualquier norma procesal, ya que se trata de conceptos doctrinarios generales.

E) ETAPAS

Hay que señalar que las etapas del proceso son básicamente las siguientes:

1.- Expositiva: La primera etapa del proceso es la postulatoria, también conocida como fase expositiva, polémica o introductoria de la instancia. Esta primera etapa tiene por objeto que las partes expongan sus pretensiones ante el juez, así como los hechos y preceptos jurídicos en que se basan. Esta etapa se concreta en los escritos de demanda y

contestación de la demanda, del actor y del demandado respectivamente.

2.- Probatoria o demostrativa: Es la fase del proceso en la cual las partes tienen la oportunidad de acreditar su dicho ante el juez, correspondiéndole al actor hacerlo respecto a los hechos constitutivos de su acción y al demandado en relación con sus defensas y excepciones.

3.- Conclusiva o de alegatos: En esta etapa solamente el juzgador o juzgadores si se trata de un órgano colegiado, pronuncian la sentencia jurisdiccional definitiva que viene a terminar el proceso y a resolver la contienda o el conflicto de intereses. Esta etapa también es llamada Etapa de Alegatos. Y deben contener:

- La relación breve y precisa sobre los hechos controvertidos y un análisis detallado de las pruebas.
- Intentar demostrar la aplicabilidad de los preceptos jurídicos invocados.
- Las partes concluyen que el juez debe resolver en sentido favorable. La Forma en la que estos se pueden expresar es en forma oral o escrita.

La citación para Sentencia es el acto procesal en virtud del cual el juzgador una vez formulados los alegatos o concluida la oportunidad procesal para hacerlos, da por terminada la actividad de las partes en el juicio y les comunica que procederá a dictar sentencia.

4.- Sentencia o decisión: Es donde el juzgador ejercerá la esencia de su función jurisdiccional; decide sobre la controversia planteada, en cuando al fondo.

5.- Impugnación: Esta se realiza en el momento en que se notifica la sentencia, ante el superior jerárquico del juzgador se ventilará el medio de impugnación interpuesto contra la sentencia. Esta fase concluirá con el fallo correspondiente al recurso y que podrá ser confirmatorio, modificativo o revocatorio del fallo de primera instancia.

6.- Ejecución: Sucede cuando se acate voluntariamente lo ordenado en la sentencia. Se producirá ejecución forzosa cuando la parte quien haya tenido el carácter de perdidosa haya de ser caso omiso al cumplimiento

coactivo de la conducta decretada por el fallo final que ha causado estado.

En el supuesto de no interposición de recursos, o en el supuesto de no procedencia legal de recurso alguno, se hacen las gestiones necesarias para que se declare que la sentencia se convierta en verdad legal, en cosa juzgada o en sentencia ejecutoriada, que son expresiones sinónimas.

1.3. ACCIÓN

La acción se origina en los aforismos del derecho romano: nemo iudex sine actore (no puede existir un proceso si no hay actor) y nemo procedat iudex iure ex oficio (no puede existir un proceso de oficio). Es la evolución máxima del derecho romano.

En la actualidad la acción tiene su fundamento en la iniciativa (que es de carácter personal) y en el poder de reclamar (que es de carácter abstracto) En términos generales: iniciativa + el poder de reclamar = acción.

Por lo tanto decimos que la acción procesal es un poder abstracto que da paso a un derecho completo para reclamar ante un tribunal.

Todos los habitantes de una sociedad organizada tienen esa potestad de acudir ante el órgano jurisdiccional para que se concrete la seguridad jurídica frente a un derecho. Consecuentemente la jurisdicción, la acción y el proceso forman el triángulo de la teoría del derecho procesal.

La acción es poder de reclamar la intervención de la justicia frente a la vulneración de un derecho en particular. La pretensión es la concreción de esa potestad. La demanda es el instrumento material que plasma el poder abstracto (la acción) y el derecho concreto (la pretensión). La demanda es la presentación escrita de esos dos aspectos ante órgano jurisdiccional.

La jurisdicción y la acción no pueden “caminar” por si solos, sino que tiene que haber otra institución que permita el desenvolvimiento de ambos, nos referimos al proceso.

Este es el instrumento que permite concretar, en términos generales, la marcha de la jurisdicción y de la acción. Esta es la importancia del proceso.

SIGNIFICADOS

Actio deriva de agere, que significa obrar. En Roma el actor tenía que producir mímicamente sus pretensiones, tenía actuar frente al tribunal, por eso la mayoría de los tratadistas coinciden en señalar que acción deriva de estas dos voces latinas. Desde el punto de vista gramatical Carlos Arellano señala que la palabra acción es un sustantivo femenino, que alude directamente a un movimiento, o a la realización de una actividad.

Filosóficamente la palabra acción tiene dos significados: objetivo, que se la conoce con el nombre de acción transeúnte y subjetivo, con el nombre de acción inmanente. La acción transeúnte es el movimiento de un punto de partida a un punto de llegada. La acción inmanente se refiere al movimiento interno del cuerpo desde el punto de vista físico, químico y psíquico, por ejemplo el crecimiento del ser humano.

Desde el punto de vista jurídico el Adolfo Alvarado sistematiza cuatro concepciones:

- La acción es el legítimo derecho de acudir ante los órganos jurisdiccionales, para que estos le reconozcan su pretensión.
- La acción es sinónimo de valor comercial.
- La acción como elemento del delito es el hecho humano voluntario que viola un precepto jurídico.
- La acción es un medio legal de pedir judicialmente lo que es nuestro.

En el derecho romano la acción se encuentra vinculada al derecho civil, en la actualidad está vinculado al derecho procesal.

A) CONCEPTO Y DEFINICIONES

Acción procesal (del latin "agüere", 'obrar'). *Poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, consistente en la facultad de acudir ante los órganos de jurisdicción, exponiendo sus pretensiones y formulando la petición que afirma como correspondiente a su derecho vulnerado*.

DEFINICIONES

Alsina, H. "La acción es la facultad que corresponde a una persona para requerir la intervención del Estado a efecto de tutelar una situación jurídica material". "La acción es un derecho público subjetivo mediante el cual se requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica"[7].

Couture, E. J. "Es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, consistente en la facultad de acudir ante los órganos de la jurisdicción, exponiendo sus pretensiones y formulando la petición que afirma como correspondiente a su derecho"[8].

Goldschmidt, J. "La acción es el poder jurídico de excitar y promover el ejercicio de la jurisdicción". Es la más aceptada.

Floreano, E. "La acción es un derecho público subjetivo contra el Estado para que este conceda tutela jurídica".

Carnelutti, F. "La acción constituye un derecho autónomo y anterior al proceso de carácter subjetivo cívico procesal y abstracto".

---

[7] ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Practico De derecho Procesal, Civil Y Comercial*, Buenos Aires, Argentina EDIAR, 2ª, 1963, vol. I, p. 333.

[8] COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Argentina De Palma, 3ª, 1997, p. 57.

De Santo. "La acción es pretensión de prestación de la tutela jurídica que la demanda exterioriza como acto instrumental cuando ella es presentada ente órgano jurisdiccional".

B) CARACTERÍSTICAS

Autonomía. Porque es independiente de los derechos subjetivos. Consecuentemente la acción tienen carácter instrumental, porque se concreta a través de la pretensión y del hombre (pretensión = petición).

Universal. Porque se lo ejerce frente al juez.

Potestativo. "Desde el punto de vista concreto se dice que es un derecho autónomo, pero a su vez *potestativo*, en contraposición a los que dice la teoría abstracta. Lo del derecho potestativo en el sentido de que el ciudadano no está obligado a utilizar ese poder o como en diversas circunstancias el ciudadano no puede usarlo, por ejemplo porque no puede pagar los servicios de un abogado".

Genérico y Público. Porque la acción está regulada por normas sustantivas de carácter público.

Concreto. Es un derecho concreto en el sentido de que le incumbe a una persona en particular cuando ha sido reconocido uno de sus derechos subjetivos.

ACCIÓN, PRETENSIÓN, DEMANDA

La acción es un poder jurídico que tiene todo ciudadano de reclamar la prestación de la función jurisdiccional no es un derecho cívico de petición. No se puede confundir ese derecho con la acción, más bien este es un poder jurídico que tiene todo ciudadano, por el cual se dirige al órgano

jurisdiccional solicitando tutela judicial respectiva. Por lo tanto la acción sinónimo de poder jurídico.

La pretensión es la declaración hecha ante el juez y frente al adversario. Es un acto por el cual se busca que el órgano jurisdiccional reconozca algo concreto con respecto a la relación jurídica en particular donde se haya desconocido un derecho de esa naturaleza. Es decir un derecho particular.

La pretensión es igual a declaración de voluntad.

La demanda es el acto material que da inicio a un proceso. Es un acto de procedimiento. La demanda tiene la virtud de encerrar como hecho material a la acción y a la pretensión. En nuestra economía procesal la demanda siempre es de carácter escrito.

ACCIÓN CIVIL Y ACCIÓN PENAL

La acción civil es el poder ejercido a través de la demanda que expresa una determinada pretensión ante los organismos jurisdiccionales del Estado con el fin de reclamar un derecho o protección, restitución de derechos.
Sus características son:

- Emerge de una de las partes.
- No obligatorio. Se puede transar.
- Retractable. Por ser las partes dueñas del proceso, y por ello, pueden disolver el proceso.
- Revocable.
- Privado. Las partes son dueños del proceso.
- Particular. Porque atañe a intereses privados.
- Disponible. Las partes pueden disponer del proceso aun estando está en base a normas jurídicas de carácter público.

La acción penal es la actuación del ministerio público en los delitos de acción pública para pedir a juez penal una sanción acerca de la noticia criminal.

Giovianni Leone dice: “la acción penal es el poder de pedir la decisión de declaración de certeza de la noticia criminal o de la represión de un delito”.

Sus caracteres son:

Público. Porque le interesa a la sociedad.

Es oficiosa. Un organismo especializado (Ministerio Público) tiene que hacer conocer a través de la querella la pretensión de la sociedad en abstracto. En materia penal es este organismo quien implementa la acción.

Obligatoria. El Ministerio Público no puede transar ni negociar un hecho criminal, aunque modernamente, con la finalidad de democratizar el derecho penal, se ha introducido el Principio de Oportunidad. Este principio faculta al ministerio público a negociación el acusado bajo ciertas condiciones: aceptación de culpabilidad, rebaja de la pena, etc. Es figura del derecho anglosajón que también incluye el nuevo código de procedimientos penales.

Irretractable. Una vez promovida debe llegar a su fin: la sentencia.

- La acción penal es irrevocable.
- La acción penal es indisponible,
- La acción penal es indivisible.

Es única. Aunque en los sistemas mixtos existe la acción popular, que faculta al ofendido, especialmente en delitos de menor gravedad, para que puedan accionar ellos el proceso, es decir sustraen para sí la acción.

Público. Está regida por normas jurídicas de carácter público, tanto subjetiva como objetivamente.

C) REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN

En realidad le corresponden a la pretensión, pero toda la doctrina ha aceptado pacíficamente, que también se la tome como requisitos de la acción. Son:

- La posibilidad jurídica.
- El interés procesal.
- La legitimación en la causa.

Estos tres requisitos están regulados por el código de procedimiento civil, generalmente como cuestiones previas (o cuestiones privatorias) o excepciones.

Posibilidad jurídica. (O encuadre jurídico) Es la exigencia de que la pretensión se encuentre regulada, es decir que la satisfacción del derecho se encuentre protegida por el derecho sustantivo.

Sin ese requisito no podemos ejercer la acción, menos la pretensión. Ejemplo " Si yo dueño con un título de un bien inmueble de un terreno y, a dicho terreno se ingresa otra persona sin justo título la acción o pretensión para recuperar ese bien se encuentra protegido por el derecho civil a través de una acción reivindicatoria, o propiamente podré deducir una demanda que contenga una pretensión de mejor derecho de propiedad, pero nunca podré plantear lo mismo sobre el oxígeno, aunque se considera un bien de la vida, no está regulada en cuanto a su propiedad o su tenencia, porque el oxígeno es de todos. Por eso decíamos en cualquier demanda lo primero que tenemos que hacer es ver si la pretensión se encuentra regulada o por lo menos amparada por el derecho sustantivo, o sea si tiene o no encuadre jurídico"

Interés Procesal. Es el móvil interior subjetivo que tiene el demandante. El actor tiene que tener un interés. Ejemplo "Si mi terreno está en Achumani, no voy a permitir que nadie se entre porque el valor del mismo es alto, pero si tengo uno en la punta del cerro su valor es bajo, además pagar al abogado en la defensa del terreno va costar más, entonces no defiendo mi terreno. Es por eso que interés es subjetivo, puedo tener o no interés en defender lo que es mío". Por eso el interés procesal se la conoce como el interés de actuar, en otras palabras el de acudir ante un profesional, consultar, es decir hacer presentar demanda.

Este interés procesal debe ser:

- Legítimo.

- Cierto.
- Actual. Se refiere a que el interés sea presente, no futuro ni incierto.
- Directo. Es decir una obligación sólo se resuelve entre las partes contratantes.

Modernamente se habla de los intereses o derechos difusos. Este es un sub requisito del interés procesal. Si bien el interés procesal debe ser directo, en la actualidad se ha violentado los intereses populares con la masificación del consumo, donde individualmente no se nota la vulneración de derechos pero si se notan en la masa poblacional. Por ejemplo, una empresa vende productos en mal estado, si bien no todos lo compran pero se ha vulnerado el derecho a productos en buen estado de la sociedad. Entonces si ocurre esto cualquiera, inclusive el que no ha comprado el producto, puede acudir a los tribunales y accionar su pretensión a un producto en buen estado.

La legitimación. Es el tercer requisito para el ejercicio de la acción. La legitimación no es que la especial posición que ocupa el sujeto frente al juez y frente al demandado.

Estos tres requisitos son de carácter obligatorio y su cumplimiento es fundamental para la marcha del proceso.

D) ELEMENTOS

Cuando hablamos de los elementos de la acción en realidad nos estamos refiriendo a la estructura de la pretensión. La mayoría de los tratadistas hablan de elementos subjetivos y elementos objetivos.

El elemento subjetivo. Se refiere básicamente a los sujetos de la relación procesal: el demandante que ejerce la pretensión a través de la demanda; el demandado que puede reconocer esa pretensión, desconocer o reconvenir, y el juez frente al cual se actúa.

El elemento objetivo, son los elementos materiales que permite la transformación del derecho vulnerado. O de acuerdo a la naturaleza de un proceso: la creación de un nuevo derecho, el reconocimiento de un derecho, o la modificación de un estado— el casado en divorciado—.

Los elementos en consecuencia son:

- Los sujetos,
- El Objeto,
- La Causa.

Los sujetos. Se debe diferenciar entre sujeto y parte procesal. Se llama parte procesal a aquella persona que tiene interés directo legítimo y actual. En materia civil se habla de partes procesales porque el interés adquiere relevancia privada, particular. Se llama sujeto procesal en materia penal, porque el interés no se convierte en particular sino mas bien es público, porque es el Estado quien impone la sanción.

Estos sujetos tienen dos clases de intereses: interés procesal e interés material. El interés procesal es la acción y la pretensión deducida a través de la demanda frente al juez. En cambio el interés material es deducida frente al demandado.

El objeto. Elemento objetivo y base material que en determinado momento ha sido vulnerado y que pondrá en ejercicio la acción, la pretensión a través de la demanda.

La causa. (O causa pretendi) Es la razón jurídica de la acción y de la pretensión. Es decir se asimila a la posibilidad jurídica porque la causa necesariamente tiene que estar amparada por el derecho sustantivo.

Es decir frente a la razón del hecho histórico, encontramos la razón jurídica.

E) NATURALEZA. TEORÍAS

Teoría Clásica. El origen está en la actio romana. La actio era el derecho subjetivo "andando a la guerra con caso y espada". Esta teoría no distingue derecho subjetivo del poder jurídico de acudir ante órgano jurisdiccional. Acción y derecho son la misma cosa.

Teorías De La Autonomía. Hay separación entre el derecho subjetivo y el poder jurídico.

Teoría Del Derecho Concreto. Indica que la acción es un derecho subjetivo público que le pertenece al titular del derecho subjetivo. Por lo tanto cuando ese su derecho subjetivo ha sido vulnerado tiene una acción para acudir a órgano jurisdiccional para solicitar la enmienda de esa violación, buscando una sentencia favorable. El órgano jurisdiccional está obligado a darle una sentencia favorable.

Teoría Del Derecho Potestativo. Está en actual vigencia. La acción no es más que el poder jurídico de acudir ante órgano jurisdiccional y poner en movimiento el proceso para obtener una sentencia.

Teoría De La Acción Como Derecho Abstracto. La acción es una facultad que se plantea ante el Estado y del que están investidos todos los ciudadanos en forma abstracta. Es decir cualquiera de nosotros lo tiene y que se puede concretar cuando existe una pretensión en concreto. La acción es un derecho que tienen todos tenga o no razón.

Teoría De La Acción Como Derecho Privado O Público**.** La acción también es una potestad pero que depende de la naturaleza del bien vulnerado para catalogarlo como público o privado.

Teoría de La Acción Como Derecho Cívico**.** Eduardo Couture antes de concretar su posición señalaba que la acción es un derecho de petición, o sea

que era un derecho cívico. Confundía con la naturaleza constitucional del derecho de petición consagrado en las constituciones, por el cual todos pueden acudir ante cualquier autoridad y solicitar un amparo administrativo o uno judicial. En otras palabras sería el derecho a la justicia.

F) CLASIFICACIÓN

Por la clase de Pronunciamiento existen:

- Acciones de conocimiento. Buscan la declaración de certeza de un derecho sea autentico o no.
    - Las acciones de conocimiento se subdividen en:
        - Acciones de condena. Se traducen en sentencias de dar, hacer o no hacer.
        - Acciones constitutivas. La sentencia constituye o modifica una situación o estado anterior.
        - Acciones declarativas. Buscan el reconocimiento de una relación jurídica.

- Acciones ejecutivas. Buscan el cumplimiento obligatorio de compromisos de carácter pecuniario.

- Acciones precautorias. Tratan de evitar peligros futuros.

Por el derecho Protegido, existen:

- Acciones personales. Generalmente en materia penal las acciones son de carácter personal. Pero también se da en materia civil como ser cuando se vulnera el derecho de crédito, especialmente en las obligaciones de carácter pecuniario.
- Acciones reales. Buscan el reconocimiento sobre bienes muebles e inmuebles.
- Acciones mixtas. Se combinan las acciones reales y las acciones personales.

CAPÍTULO

II

SISTEMAS PENALES

2.1 Sistema Inquisitivo

Como punto de partida, es preciso definir que es un sistema de enjuiciamiento, y se entiende por tal, el conjunto de instituciones, normas, procedimientos y autoridades que intervienen en la impartición de justicia de un país.

Entiéndase por sistema de enjuiciamiento, la forma, modo o manera como un estado resuelve los conflictos interpersonales de sus gobernados, y que éste sistema refleja con mayor exactitud los contenidos democráticos o autocráticos de su constitución, existiendo una relación directamente proporcional entre un estado de derecho de corte autocrático, con los sistemas de enjuiciamiento inquisitivo, y viceversa los estados más liberales y democráticos con los sistemas de enjuiciamiento acusatorios y orales.

Es decir, entre más autocrático sea el estado, mas inquisitivo será su sistema de enjuiciamiento.

No por nada los autores señalan que éste sistema tiene como fuente jurídica al derecho Romano Imperial, de la última Época, prosiguiendo con la inquisición perfeccionada por el Derecho Canónico, y que perneó por toda la Europa Continental a partir del siglo XIII[9].

Luego entonces, el sistema inquisitivo es propio del absolutismo, donde la administración de justicia descansaba en una sola persona, el soberano, que la delegaba a terceros para que la ejercieran materialmente.

En este sistema la persecución penal pública de los delitos en manos del inquisidor, quien al mismo tiempo ejercía las funciones de acusar y defender, es desarrollada en el marco de un proceso penal excesivamente formal,

[9] DAZA Gómez, Carlos, Los Principios Generales del Juicio Oral Penal, Edit. Porrúa, México, 2006, Págs., 4-5.

riguroso, discontinuo y secreto, por ende, escrito, pues en él, mediante el levantamiento de actas, se construía el material a partir del cual se dicta el fallo.

Bajo este sistema la búsqueda de la verdad justificaba cualquier medio empleado, admitiendo las formas más crueles de coerción basado en la presuposición de la culpabilidad del sujeto, quien no era otra cosa que el objeto del proceso, a quien no se le reconocía el derecho a la defensa, pues si era culpable no merecía tal derecho y si era inocente no importaba, pues el inquisidor al fin de cuentas lo descubriría.

A) UBICACIÓN TEMPORAL.

Como se ha visto, en otras latitudes, se ubica el inicio de este sistema en el segundo imperio romano, y en Europa continental a partir del siglo XIII, pero para lo que en éste trabajo interesa, nos limitaremos a hacer una ubicación temporal de la vigencia de éste sistema de enjuiciamiento en nuestro país.

Para tal efecto, debemos recordar las más elemental noción de historia de México, así puntualicemos que tras la conquista del imperio Azteca por los españoles en México se adoptaron las leyes de la península, donde evidentemente imperaba el sistema de enjuiciamiento inquisitivo y que también tuvo vigencia en nuestro país en su expresión más radical con el Tribunal del Santo Oficio, mejor conocido como la "Santa Inquisición".

Pero, al no ser la presente tesis una tesis de corte histórico, nos limitaremos a señalar que el último gran periodo de la historia de México donde imperó el sistema inquisitivo-moderno, fue de los años de 1886 a 1917, con la dictadura del General Profirió Díaz Morí, y que feneció con el triunfo de la Revolución Mexicana y el surgimiento de la actual constitución[10].

Aquí debemos recordar que no es sino hasta el año de 1901, cuando se crea en México la figura jurídica del Ministerio Público y de la

[10] CRUZ Barney, Oscar. Historia del Derecho Mexicano, 2ª Ed., Edit. Oxford, México, 2004. Pág. 156

Procuraduría General de Justicia, como un órgano autónomo dependiente del Poder Ejecutivo, separándolo del Poder Judicial de la Federación al cual pertenecía, delegándole de manera exclusiva la investigación y persecución de los delitos[11].

B) PRINCIPIOS CONSTITUTIVOS

1. Inmediatez. Bajo este principio, las primeras declaraciones son las que merecen mayor crédito, pues por su cercanía con los hechos son generalmente las veraces, por no haber existido tiempo suficiente para que quien las produce reflexione sobre la conveniencia de alterar los hechos. Este criterio jurídico, que da preferencia a las deposiciones iniciales, tiene su apoyo en el principio lógico de contradicción y cabe aplicarlo no sólo en tratándose de retractaciones hechas por el acusado, o por los testigos, sino también por la ofendida[12].

2. Oficiosidad**.** La doctrina tradicional, distingue como requisitos de procedibilidad a la denuncia, la acusación, la querella, la declaratoria de perjuicio, u otro requisito análogo, que impide hincar una investigación si éste no se ha cubierto.

Bajo el esquema de un sistema de enjuiciamiento penal de corte inquisitivo, al ser la investigación de posibles delitos una función exclusiva del estado, todos los delitos son de persecución oficiosa, no requiriendo ninguna formalidad para comenzar una investigación criminal, siendo permitidas inclusive la delación, la denuncia anónima y la pesquisa[13].

Bajo la delación, se permitía que una persona delatara a uno de sus coautores o partícipes, siendo eficaces las actuaciones practicadas en contra del delator, para ser usadas en el nuevo procedimiento del delatado, haciéndolo muy breve, solo para determinar su responsabilidad o el quantum de la pena. La

[11] FIX Zamudio, Héctor. Función Constitucional del Ministerio Público, Tres ensayos y un epílogo, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, págs. 64-65.

[12] Ver jurisprudencia VI.2o. J/61 con número de registro 201617.

[13] PIETRO Castro, Leonardo, Cuestiones de Derecho Procesal, Edit. Reus, Madrid, 1947, pág. 62.

denuncia anónima fue un medio muy socorrido en el cual al acusado no se le hacía saber quién lo acusaba, porque la propia autoridad desconocía su identidad, al permitirse medios obscuros e irregulares para hacer del conocimiento de un Juez la posible comisión de un delito.

Este medio tan criticado por violentar gravemente las garantías de debido proceso y oportunidad de defensa, sigue siendo utilizado por las autoridades ministeriales y encuentra aval jurisprudencial, sin importar que la denuncia anónima no se realice con las formalidades que los códigos procesales exijan para tal diligencia, pero ahora al menos no tiene valor probatorio, sirviendo solamente para poder iniciar la averiguación previa[14].

3. Secrecía. Otro principio rector en este sistema de enjuiciamiento penal, es el de la secrecía de las actuaciones practicadas, que en su forma más radical se llegó a mantener hasta el momento en el cual se sentenciaba al sujeto, pues en una sola diligencia se le hacía saber su responsabilidad penal en el hecho que se le incriminaba, la pena que se le impondría y el porqué de la misma.

La secrecía se extendía, no solamente hacia el imputado, sino, cuanto más a terceras personas, siendo los juicios celebrados a puerta cerrada, sin permitir el acceso a ninguna otra persona que no tuviera una participación en el mismo.

4. Escritura**.** Este sistema se caracterizó también por utilizar la escritura como medio de hacer constar las actuaciones judiciales, lo cual se entiende para la época en la cual se desplegó, donde la escritura era el único medio existente, pero esto no solo era lo característico de este sistema de enjuiciamiento, sino que más aún se rigió por el uso de formalismos y formalidades muy exigentes para que tuvieran validez las actuaciones, inclusive utilizando latinazgos, de manera excesiva que hacia incomprensibles las constancias para la mayoría de las personas que eran analfabetas.

[14] Ver la jurisprudencia, con el rubro: DENUNCIA ANÓNIMA. JUSTIFICA LA ACTUACIÓN DE LA INSTITUCIÓN MINISTERIAL PARA LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS, PERO CARECE DE VALOR PROBATORIO.

5. Unidad de parte. Si entendemos que el procedimiento penal, en este sistema de enjuiciamiento se veía como una función preponderante del Estado, cuyo objetivo único y último era descubrir la verdad histórica de los hechos, no existía división procesal de partes, ya que se concentraban en el Juez todas las funciones del triángulo procesal, pues era él, el encargado de recabar todas las pruebas tendientes al esclarecimiento de los hechos y así fincar responsabilidades o absoluciones, por lo que no importaba tener una parte acusadora, y menos aún a un defensor, pues si el sujeto era culpable entonces no lo merecía y si por el contrario era inocente, eso eventualmente se descubría en juicio y por ende no lo necesitaba.

6. Sistema de valoración de tazado legal. En este sistema de enjuiciamiento penal, el Juez tenía muy poco margen de valoración de la prueba, pues la misma legislación era la que le imponía valor probatorio a los diversos medios de convicción, otorgándoles valor probatorio, pleno y semi-pleno, partiendo de varios requisitos de forma que debían reunir tales medios de convicción para su validez, siendo la prueba reina la confesión, imperando el principio general de "A confesión dada relevo de prueba", que significa que si el indiciado confesaba el delito que se le imputaba no era necesario recabar más elementos de prueba respecto de su culpabilidad.

2.2 Sistema Acusatorio

El sistema procesal acusatorio es el más antiguo de los sistemas procesales; su existencia se remonta a la Grecia antigua. En él rigieron la oralidad, la inmediación y la contradicción, por lo que exigía a las partes producir la prueba y sólo excepcionalmente se permitía al juez ordenarlas de oficio.

En aquella época, uno de los personajes más importantes en la historia de la filosofía y con mayor influencia en el pensamiento europeo fue Sócrates; a pesar de no haberlo escrito, su pensamiento fue difundido por otros filósofos y discípulos, como Platón y Aristóteles.

A Platón se le debe la publicación del discurso de defensa de Sócrates, cuando se le llevó a juicio bajo la acusación de "no honrar a los dioses que honra la ciudad" y "corromper a la juventud", quebrantando las leyes, porque negó la existencia de los dioses griegos y por creer en seres demoníacos, como el que denominaba daimonion[15].

Sócrates asumió su defensa en forma vehemente criticando a los atenienses.

El tribunal, compuesto por quinientos jurados, escuchó a quienes realizaron la acusación y a la defensa y, luego, procedió a votar y por mayoría fue condenado a muerte[16].

Asimismo, Platón escribió una colección entera de cartas y diálogos filosóficos, de los que se derivan algunos principios de lo que para este pensador era la justicia.

Aristóteles, por su parte, se dedicó a estudiar más de 140 constituciones de diferentes ciudades, y con ello, modificó su pensamiento al obtener un campo más amplio dado por la realidad jurídica de su tiempo, haciendo que la investigación práctica de las cosas, se una con el planeamiento teórico del derecho[17].

El principio aristotélico que consagra la concepción lógica de las cosas, ajena a principios de orden religioso y de otra índole, tuvo gran influencia en los juicios que se desarrollaban en la Grecia de su época, ya que cuando se

---

[15] Sócrates decía que se dejaba orientar por su daimonion o dæmon, que es la voz de la interioridad, que le advertía a él cuando cometía errores pero nunca le decía que hacer y como consecuencia, quien creía en su daimonion no podía admitir la existencia de los dioses de la religión griega. Señaló que todos poseen un daimonion interior.

[16] ARIZTIZÁBAL Botero, Luis Ignacio. Contradicción o controversia de la prueba en materia penal. Ed. Leyer. Colombia, 2002. p. 38

[17] CELORIO Celorio, Felipe. Derecho Natural y Derecho Positivo. Origen y Evolución Histórico-Jurídica. Ed. Porrúa. México, 2005. p. 17.

aceptaba una causa a juicio, las pruebas primordiales y de mayor eficacia, fueron los testimonios, los juramentos y los documentos. Pruebas que se regulaban, precisamente, bajo dicho principio, pues se analizaban por sus aspectos intrínsecos y extrínsecos.

Igualmente, en esta época, existió la acción penal privada y la acción penal pública; la privada era ejercida por el ofendido o perjudicado y la acción pública se utilizaba para delitos que afectaban a la comunidad.

Existía, también, el reconocimiento del derecho de la defensa del imputado y los tribunales sesionaban en las plazas públicas.

Así pues, el proceso acusatorio en Grecia se componía por un debate entre las partes (el acusado con su defensa y el acusador, ya sea público o privado), las cuales trataban de demostrar sus pretensiones y argumentaciones, aportando las pruebas en las que las fundaban, y, por su parte, el juez como persona ajena y absolutamente imparcial, decidía cuál de las partes en debate tenía razón conforme a su convicción, obtenida, claro, de las pruebas y alegatos orales que realizaban los que habían debatido.

En la actualidad, el sistema procesal acusatorio en términos generales, se aplica en los países con gobiernos democráticos, a diferencia del sistema inquisitivo que se ha mantenido en países con gobiernos verticalistas e inclusive, de corte totalitario o dictatorial.

En general, este sistema consiste en que el ministerio público sea la parte acusadora y el inculpado esté en posibilidad de defenderse, en igualdad de condiciones, siendo un juez quien resuelve, lo cual se traduce en una verdadera igualdad procesal: el imputado se defiende ante un juez de las acusaciones del ministerio público.

Carbonell y Ochoa[18] consideran como un elemento esencial de la acusatoriedad, la separación de funciones, distinguiendo cuatro etapas en el procedimiento penal:

- El inicio de la investigación, resultado de un esfuerzo coordinado entre el ministerio público y la policía.
- Decisión del ministerio público, a partir de la evidencia científica recabada, sobre el ejercicio de la acción penal y, en su caso, la solicitud de medidas cautelares.
- Un juez de control garante del respeto a los derechos de víctimas y acusados durante la fase de investigación, dotado además de la facultad de pronunciarse sobre la acusación -admitiendo o rechazando- y de autorizar medidas cautelares.
- Un juez de conocimiento cuya función es evaluar, en igualdad de circunstancias, las pruebas presentadas en audiencia pública por las partes y determinar lo conducente.

Así, el juez no participa en los procesos de investigación, ni el ministerio público juzga -directa ni indirectamente- la culpabilidad o inocencia de un acusado, pues cada institución tiene su esfera de responsabilidad dentro del sistema penal, pero a diferencia de los sistemas inquisitivos, las funciones son exclusivas y no se sobreponen.

En este orden de ideas, se evita la omnipotencia del ministerio público, pues estará sometido a un control judicial permanente, lo que le exigirá ser más competitivo, incluso antes del juicio, porque desde la vinculación a proceso opera el principio de contradicción, al solicitar ante un juez medidas cautelares, desvirtuables por el imputado, con el auxilio de su defensor.

Con esta característica, el sistema acusatorio pretende favorecer la confianza de la sociedad en las autoridades operadoras de la justicia penal; ello es

[18] CARBONELL Miguel y Ochoa Enrique. ¿Qué son y para qué sirven los juicios orales? Ed. Porrúa. México, 2008. p. 33 y 34.

así, dado que el sistema busca garantizar un juicio justo a cada persona, en el caso de que se le enfrente a un proceso penal por cualquier causa.

En otras palabras, es la reivindicación de los jueces frente al misterio público.

2.3 Sistema Mixto

La razón primaria por la cual se cambia el sistema de enjuiciamiento penal a uno de naturaleza mixta, es para dar oportunidad a los individuos a poder tener una defensa activa y participativa que mediara las fuerzas, con la fase inquisitiva del procedimiento penal, que era la fase de investigación del delito, para poder encontrar pruebas de su comisión y quien lo cometió, en esta etapa es donde el estado preparaba su acusación, y ya ante el juez una fase acusatoria en la cual, al menos en teoría, el indiciado puede tener una libertad de defensa, lo cual tristemente no fue así como se explicara un poco más adelante.

Se llama sistema mixto, porque viene otra vez de la tradición jurídica románico-germánica, del sistema continental europeo a raíz de movimientos intelectuales, como la ilustración que motivó la Revolución Francesa, con la cual se abandonaron viejos esquemas jurídicos y la creación de nuevos de corte democrático y liberal, pretendiendo conciliar el interés del estado por investigar los delitos y el uis libertatis de los ciudadanos otorgándole derecho a la defensa.

Luego entonces un sistema jurídico se reputa de corte liberal y democrático, cuando emana de la conjunción de los ideales de los pensadores europeos Rosseau y Montesquio, el primero de ellos consagra que los hombres nacen libres, pero para vivir en sociedad, ceden, a través del contrato social, parte de su libertad a los Gobernantes, dándoles su representación, con la salvedad de que los individuos ceden la menor parte posible de su libertad, es decir el estado de derecho liberal, debe, en principio limitar lo menos posible a los gobernados, lo que en derecho penal se recoge en los principio de última ratio y de mínima

intervención, y del segundo se afirma que es democrático porque todos los poderes públicos dimanan del pueblo y se constituyen en beneficio de éste, debiendo ser el poder quien acote al mismo poder, por eso, para su ejercicio debe dividirse en tres, un ejecutivo, legislativo y judicial[19].

A) UBICACIÓN TEMPORAL.

En México se instaura en 1917, a partir de la creación de una nueva constitución, (que actualmente nos rige) el 5 de febrero de ese año, y que en términos generales, a efecto de poder cambiar el sistema de enjuiciamiento penal, se instauran tres grandes medidas, una y la más importante la escisión del órgano que investiga y el órgano que acusa, la previsión de poder ser juzgado por un jurado popular y ampliar las garantías del indiciado sujeto a investigación criminal.

Este sistema inquisitivo mixto entró en su apogeo con la aparición del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal el día diecisiete de septiembre de mil novecientos treinta y uno, segmentó el procedimiento penal en tres fases, una inicial, a la que se le llamo Averiguación Previa, la etapa de preproceso o término constitucional y la de juicio; se crea la Institución del Ministerio Público como encargado de la investigación y persecución de los delitos detentando el monopolio del ejercicio de la acción penal.

Se separa a la policía investigadora del Poder Judicial para pasarla al mando del Ministerio Público, aunque por muchos años constitucionalmente se le siguió llamando Policía Judicial.

Por otro lado se prevé la posibilidad de ser juzgado por un jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, este tipo de procedimiento penal, es de corte completamente oral, donde el jurado determina la culpa y el Juez impone la pena, al no requerir conocimientos técnico-jurídicos, las pruebas se justipreciaban bajo el sistema de valoración en conciencia.

[19] GARCÍA Rojas, Rogelio Gerardo, ¿DEFENSA ADECUADA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA? ANÁLISIS CRÍTICO A LAS JURISPRUDENCIAS 1a./J. 31/2003 y 1a./J.31/2004 , en Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública, Número 2, marzo 2008.

Estos tipos de juicios orales, no prosperaron en todo el país, encontrado su mayor auge en el Distrito Federal de los años 1930 a 1970, colapsando por un elevado número de veredictos absolutorios del jurado, en casos muy discutidos, generando muchas veces impunidad, por la habilidad de abogados que hacían una buena puesta en escena de historias que conmovían a los miembros del jurado[20].

B) PRINCIPIOS CONSTITUTIVOS.

Al ser el sistema mixto, una mezcla del sistema inquisitivo, con uno de corte acusatorio, donde se fusionan buscando conciliar, por un lado, la obligación del estado de encontrar la verdad histórica de un hecho posiblemente constitutivo de delito, y por otro, el proteger al indiciado, brindándole la oportunidad de defenderse con la mayor amplitud posible, este sistema comparte los principios del inquisitivo, con las siguientes modificaciones.

El principio de secrecía se mantiene, pero solamente en su fase inicial, es decir en la Averiguación Previa, donde las actuaciones ministeriales son reservadas, imponiendo sanciones inclusive a aquellos que violentan tal secreto[21], aclarando que al indiciado, al momento de rendir su declaración ministerial se le tienen que hacer saber todas las constancias de la indagatoria.

El principio de inmediatez pasa incólume prevaleciendo en todo momento las primeras declaraciones de las personas, pero se prevé la posibilidad de dar valor a sus segundas o posteriores declaraciones si prueba la causa de retractación.

El principio de oficiosidad se modifica en dos aspectos, al crearse la figura del Ministerio Publico este es el que detenta el monopolio del ejercicio de

[20] RABASA O, Emilio, El Jurado Popular en las Constituciones de 1857 y 1917, Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. MEXICO, 2003, Págs. 23-25.

[21] V. gr. el artículo 16 del Código Federal de Procedimientos Penales.

la acción penal, y por ende es la única persona que puede llevar un caso ante un Juez mediante el ejercicio de la acción penal y ya no es directamente el Juez quien recibe la denuncia y comienza la investigación.

En este rubro también se crean los delitos de querella necesaria, en los cuales no se puede iniciar la Averiguación Previa, y menos aún ejercer la acción penal, si no es porque la persona legitimada decide presentar su querella.

La escritura siguió prevaleciendo como medio de hacer contar las actuaciones y de comparecer en juicio, teniendo el procedimiento pocas actuaciones de carácter oral y éstas al fin de cuentas quedaban registradas en papel.

La unidad de parte desaparece por completo y ahora se instaura un triángulo procesal, donde se cuenta con un órgano que acusa, perteneciente al Poder Ejecutivo llamado Ministerio Público[22], el inculpado a quien se le concede el derecho de tener un defensor, con participación activa en el proceso y la de la defensa.

En la fase de Averiguación Previa el Ministerio Público actúa como autoridad, desplegando las actuaciones tendientes a la demostración del hecho y la identidad de su autor, pero ya en la fase judicial del procedimiento penal, se convierte en parte teniéndose que someter a la autoridad del Juez quien dirige el procedimiento.

En cuanto hace a la valoración de pruebas se adopta un sistema mixto, donde la ley le concede determinado valor probatorio a ciertas pruebas, como por ejemplo los documentos públicos, los cateos y las inspecciones tienen valor probatorio pleno, y por lo que hace a otros elementos de prueba señala lineamientos para su valoración, como ocurre en los testigos y la confesión, y en otros deja al Juez que los valore atendiendo a la sana crítica, es decir, atendiendo a

[22] Esta denominación se adoptó del derecho francés abandonando la del derecho anglosajón donde se denomina fiscal. FIX Zamudio, Héctor, Op. Cit. Pág. 46.

las reglas de la lógica y la experiencia, como ocurre con las pruebas periciales y la prueba circunstancial, teniendo estos últimos el carácter de indicios.

CAPÍTULO

III

PROCESO PENAL

3.1 Definición

El proceso penal es el procedimiento de carácter jurídico que se lleva a cabo para que un órgano estatal aplique una ley de tipo penal en un caso específico. Las acciones que se desarrollan en el marco de estos procesos están orientadas a la investigación, la identificación y el eventual castigo de aquellas conductas que están tipificadas como delitos por el código penal.

La finalidad de los procesos penales, en última instancia, es la conservación del orden público. Las características de su desarrollo dependen de cada jurisdicción.

Lo habitual es que un proceso penal se inicie con una instrucción preparatoria que consiste en la etapa investigativa. En esta parte del proceso, se recogen las pruebas que sustentarán la acusación contra una persona.

Una vez completada esta etapa, llega el momento del juicio. El proceso penal, en esta instancia, consiste en el análisis y la valoración de las pruebas que fueron recopiladas durante la instrucción. A partir de este análisis, el juez a cargo de la causa penal emitirá el fallo correspondiente y establecerá la pena que le corresponde al autor del delito, en caso que esta autoría haya quedado demostrada.

Finalmente, el proceso penal se completa con la ejecución de la pena, es decir, con el cumplimiento efectivo del castigo que ha determinado el juez o el tribunal de acuerdo a lo tipificado por la ley.

Un ejemplo de proceso penal es aquel procedimiento que se inicia a partir de un asesinato, con la investigación que puede derivar en la detención del sospechoso, el juicio que se realiza para confirmar su responsabilidad en el hecho y el castigo que se le aplica si se encuentra que la persona es culpable.

3.2 PROCESO PENAL EN MÉXICO

A) NOCIÓN DE DERECHO PROCESAL PENAL

MANUEL RIVERA SILVA, sostiene que el Derecho Procesal Penal es el conjunto de actividades realizadas por preceptos previamente establecidos, que tiene por objeto determinar que hechos pueden ser calificados.

En opinión de LEOPOLDO DE LA CRUZ AGÜERO, la jurisdicción es un poder y la facultad de que esta Constitucionalmente investido el Estado, para resolver o dirimir conflictos judiciales o administrativos dentro de determinado territorio o demarcación, según la actividad que corresponda desempeñar a la entidad de que se trate, suscitados entre personas físicas o morales, función encomendada a una autoridad denominada órgano jurisdiccional, quien se encuentra investido de la facultad y poder que le otorga el Estado para aplicar la ley adjetivamente mediante un procedimiento en el que se cumplan los principios de audiencia y legalidad y que puede concluir con una sentencia o concertación de las partes.

Asimismo, afirma este autor que la función del órgano jurisdiccional puede estar representado por una persona física denominada Juez o Magistrado o bien, por cuerpos colegiados llamados Tribunales. En ese sentido se considera al Juez como la persona física dependiente del Poder Judicial Federal o Estatal en quien el Estado delega el ejercicio de la potestad jurisdiccional de aplicar la ley mediante un procedimiento judicial o administrativo y aplicarla de una manera justa, honesta e imparcial[23] del proceso penal que culmine con la sentencia que ponga fin al juicio, ya sea de primera o segunda instancia.

B) FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO.

El Derecho Procesal Penal encuentra su fundamento legal en la Constitución General de la Republica, concretamente en los artículos 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, y 23.

[23] DE LA CRUZ AGÜERO, Leopoldo. Procedimiento Penal Mexicano (Teoría. Practica y jurisprudencia) Cuarta edición. Editorial Porrúa, México, 2000. Pág. 60.

ARTÍCULO 13

Aplicado a nuestra materia, la jurisdicción es la facultad o la potestad que tienen los jueces o magistrados en materia penal, para aplicar la ley al caso concreto sometido a su conocimiento, mediante la instauración.

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en señalar como de igualdad las garantías contenidas en este artículo 13 de la Constitución Federal. Específicamente se consagran cuatro garantías de igualdad mediante la prohibición de leyes privativas, de Tribunales especiales, de otorgamiento de fueros y de pago de emolumentos no señalados en la ley.

Interesa a nuestro propósito las dos primeras prohibiciones señaladas y que brevemente desglosamos de la manera siguiente:

1.- Prohibición De Leyes Privativas. Las leyes privativas son aquellas en donde lo privativo viene de privado, porque se pretende que una ley sea solo válida para una persona o un grupo determinado de personas. Una ley privativa no debe entenderse como aquella que puede privar al gobernado de un derecho, como tampoco aquella que regula situaciones o relaciones sociales específicas, sino que es aquella que es expedida con el carácter de personal y concreta para ser aplicada a una persona o un grupo de personas determinadas.

En este sentido, las leyes deben ser generales, abstractas e impersonales, o sea, que prevean situaciones no referidas a una persona o grupo de persona en particular.

2.- Prohibición De Tribunales Especiales. La relación con la garantía de igualdad es el derecho de ser juzgado por las mismas leyes de todos los miembros de la comunidad, igualando a todas las personas frente a la ley, ya que de ser juzgado par leyes privativas se podría colocar a la persona en un plano de desigualdad en favor o en contra, con mayares o menores de derechos u

obligaciones que los estatuidos en las leyes para los demás miembros de la sociedad.

Los Tribunales especiales son aquellos que comúnmente son creados por decreto o resolución administrativa, dotados de jurisdicción concreta y momentánea para juzgar a una persona o grupo de personas determinadas y particularizadas, una vez hecho lo cual desaparece. De esta manera, lo especial está determinado por el medio de su creación, por la finalidad que tiene para conocer solo de casos concretos y su transitoriedad. A diferencia de los Tribunales generales, que son creados mediante la ley, con jurisdicción permanente para conocer de un número indeterminado de casos atendiendo a su competencia en razón de la materia, territorio, cuantía y grado. De esta forma, los Tribunales especiales son contrarios a los Tribunales generales. Estos últimos son los que tienen existencia y validez Constitucional.

La prohibición de ser juzgado por Tribunales especiales se traducen en una garantía de igualdad puesto que estatuye que toda persona debe ser juzgada por los mismos Tribunales creados legalmente para desempeñar esta función. El artículo 13 de la Constitución Federal con esta prohibición pretende igualar a todos los miembros de la sociedad para ser juzgados por los mismos Tribunales.

ARTÍCULO 14

El articulo 14 no sólo reconoce y establece un conjunto de derechos, sino que por su generalidad es también base y garantía para hacer efectivos por medio del juicio de amparo, todos los que la Constitución otorga.

Es pertinente señalar que una ley tiene efecto retroactivo cuando se aplica a situaciones, hechos o actos que tuvieron lugar con anterioridad al momento en que entró en vigor.

La retroactividad se prohíbe cuando perjudica, es decir, cuando lesiona o viola los derechos de una persona, por lo que a la inversa, si la beneficia,

si puede aplicarse retroactivamente; este criterio obedece a que si bien la ley rige para el futuro, también es cierto que existen casos de excepción en cuyo caso se admite la aplicación retroactiva y por ende, puede regular situaciones pasadas a su vigencia.

ARTÍCULO 16

El primer párrafo de este artículo recoge el principio de legalidad de los actos de autoridad, que constituye una de las bases fundamentales de nuestro Estado de Derecho. Este principio es exigible a todos los actos de autoridad que afecte o infrinja alguna molestia en la esfera particular del gobernado. En ese sentido, para emitir el acto de molestia, se deben satisfacer los requisitos siguientes:

1.- Que se exprese por escrito: El que sea por escrito el acto de molestia constituye una condición esencial para que pueda haber certeza sobre la existencia del acto y para que el afectado pueda conocer con precisión el contenido y las consecuencias jurídicas de este. El mandamiento escrito, además, deberá contener el nombre y la firma original o autógrafa de la autoridad que la emite, lo que dará autenticidad al documento respectivo.

2.- Que provenga de autoridad competente: Debe entenderse en este sentido que la autoridad que emite el acto de molestia debe estar plenamente facultada por la ley para dictar tal acto de molestia dirigido a afectar la esfera particular del gobernado; en materia penal por ejemplo, la única autoridad competente para emitir actos de molestia es el Juez Penal, conforme a lo dispuesto en las leyes respectivas; por lo que en ese sentido ninguna otra autoridad tiene facultades para emitir tales actos de molestia. En ese sentido, la competencia es la medida de la jurisdicción, es el segmento de este poder que se otorga como función al Juez o Tribunal.

3.- Que se funde y motive la causa legal del procedimiento: En primer término, fundar impone a la autoridad que emite el acto de molestia la obligación de citar de manera precisa el articulo o los artículos de la ley o

las leyes que sean exactamente aplicables a los hechos de que se trata el procedimiento respectivo y la motivación constituye los motivos y razonamientos que dicha autoridad realice para encuadrar los hechos que dieron motivo al procedimiento alas hipótesis legales invocadas.

El segundo párrafo de esta disposición ordena que sólo la autoridad judicial puede librar una orden de aprehensión, siempre que se reúnan los requisitos siguientes:

- Que exista previamente una denuncia o querella respecto de un hecho que la ley señale como delito y se encuentre sancionado cuando menos con pena privativa de libertad.
- Que la denuncia o querella se encuentren apoyadas por datos o pruebas que acrediten el *cuerpo del delito* y la probable responsabilidad penal del inculpado.

ARTÍCULO 17

Esta disposición Constitucional, como ya se dijo con anterioridad establece una prohibición expresa respecto a la autotutela y como contrapartida establece el derecho a la tutela jurisdiccional. En otras palabras, el precepto legal en consulta prohíbe que el particular se haga justicia por su propia mano, empleando la justicia privada para reclamar sus derechos, como una regla general, cuya única excepción se presenta en los casos de la legítima defensa, aborto terapéutico, entre otras causas excluyentes del delito. Al lado de la prohibición de hacerse justicia por sí mismo, la propia ley establece que los órganos del Estado estarán expeditos para impartir justicia en los plazos y términos que establezca la ley secundaria; por lo que en tal sentido si el particular se ve afectado en sus derechos, deberá acudir ante el órgano del Estado competente para que este dirima la controversia.

Que la justicia sea pronta significa que sea oportuna, pues una justicia tardía no es justicia. Que la justicia sea expedita significa que quienes la impartan sean profesionales en la materia; es decir, prestos y profesionales para la

impartición de la justicia. En ese tenor, se establecen varios principios rectores en esta importante materia.

En efecto, la garantía individual o el derecho público subjetivo de acceso a la impartición de justicia, consagra a favor de los gobernados los siguientes principios:

1.- Justicia Pronta: Que se traduce en la obligación de las autoridades encargadas de su impartición de resolver las controversias ante ellas planteadas, dentro de los términos y plazos que para tal efecto se establezcan en las leyes;

2.- Justicia Completa: Consistente en que la Autoridad que conoce del asunto emita pronunciamiento respecto de todos y cada uno de los aspectos debatidos, cuyo estudio sea necesario, y garantice al gobernado la obtención de una resolución en la que, mediante la aplicación de la ley al caso concreto, se resuelva si le asiste o no la razón sobre los derechos que le garanticen la tutela jurisdiccional que ha solicitado;

3.- Justicia Imparcial: Que significa que el juzgador emita una resolución, no solo apegada a derecho, sino fundamentalmente, que no dé lugar a que pueda considerarse que existió favoritismo respecto de alguna de las partes o arbitrariedad en su sentido y;

4.- Justicia Gratuita: Que estriba en que los órganos del Estado encargados de su impartición, así como los servidores públicos a quienes se les encomienda dicha función, no cobraran a las partes en conflicto.

ARTÍCULO 18

La Constitución General de la Republica protege y otorga garantías no sólo a quienes ajustan su conducta a las leyes, sino también a los infractores de ellas, tanto durante el proceso penal como después de este en el supuesto de una sentencia condenatoria.

Este precepto Constitucional resulta de gran importancia en materia penal ya que establece que sólo por delito que merezca pena privativa de libertad puede haber lugar a la prisión privativa de libertad, entendida esta como la que restringe la libertad deambulatoria del individuo para ser internado en un lugar exprofeso para esta prisión preventiva.

Asimismo se establece una diferenciación tajante entre la prisión preventiva y la pena de prisión propiamente dicha; entendiendo a la primera como un estado de privación de la libertad personal de un individuo y que se fundamenta en un auto de formal prisión y que además tiene una duración temporal, pues comienza con el citado auto de formal prisión y concluye con la sentencia definitiva de Primera Instancia. Ahora bien, la pena de prisión propiamente dicha se presenta cuando el sujeto sentenciado condenatoriamente se encuentra compurgando ya la pena impuesta por el Juez y ejecutada.

Como puede apreciarse en el texto Constitucional en comento, se sientan las bases de la Readaptación Social en nuestro País, siendo estas el trabajo, la capacitación y la educación como medios para lograrla.

En ese sentido, la Readaptación Social pretende que el infractor vuelva a observar el comportamiento que regularmente siguen los integrantes de la sociedad a la que pertenece; por lo que esta Readaptación Social persigue que el individuo no vuelva a delinquir dándole los elementos necesarios para valorar, regular y orientar su conducta, pero sin privarlo de la capacidad de decisión.

ARTÍCULO 19

En el primer párrafo de esta disposición, el Constituyente establece la etapa procedimiento llamado como preprocesal, la cual inicia en el momento en que el inculpado es puesto materialmente a disposición del Juez Penal, ya sea que se le hubiere detenido en flagrante delito, detención urgente por delito grave o se le hubiere ejecutado una orden judicial de aprehensión; plazo cuya duración tiene

un límite máximo de setenta y dos horas y que debe concluir con la resolución del Juez que resuelve acerca de la situación jurídica del mencionado detenido.

Dentro de las resoluciones que resuelven la situación jurídica del inculpado al fenecer el plazo o término Constitucional, se encuentran el auto de formal prisión a que se refiere este precepto legal; el auto de libertad por falta de elementos para procesar, que es la contraria el auto de formal prisión; el auto de sujeción a proceso, que se va a dictar si la pena prevista para el delito que se trate es alternativa, es decir, que la ley deje al arbitrio del Juez aplicar una pena privativa de libertad o una multa según lo crea conveniente, pero en ningún caso podrá optar por las dos y la regla general es que se opte por la multa, por lo que en tales condiciones no se podrá privar de la libertad al inculpado; la de no sujeción a proceso, que es la resolución contraria a la de sujeción a proceso; el sobreseimiento de la causa que produce una libertad absoluta y sin reservas y tiene a su vez el efecto de una sentencia absolutoria y; excepcionalmente el Juez Penal podía decretar auto de tutela publica preventiva cuando el imputado resulte ser un sujeto inimputable por minoría de edad y así se hubiere demostrado dentro del término constitucional de las setenta y dos horas.

Ahora bien, el carácter ejecutivo del proceso penal, derivado de la prisión preventiva, impone la necesidad de una resolución judicial no definitiva, dictada al principio del litigio, en la cual el Juez decida si existen elementos suficientes para considerar acreditados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal del indiciado y, en consecuencia, razonable que se someta a este a prisión preventiva. Aunque puede darse el caso que el inculpado no sea sometido a prisión preventiva en virtud de encontrarse bajo los efectos del beneficio de la libertad provisional bajo caución; empero, en este sentido, nuestra ley no hace distinción alguna, por lo que de cualquier modo se dictaría el auto de formal prisión si este es procedente, aun cuando dicho inculpado se encuentra en libertad caucional.

El auto de formal prisión constituye una garantía elevada a rango Constitucional en beneficio y protección de los derechos procesales del gobernado

que ha sido privado de su libertad, para que en caso de continuar esta privación de su libertad personal se encuentre apoyada precisamente en una resolución dictada por un Juez Penal competente; resolución que el artículo 19, que se comenta, atribuye las consecuencias siguientes:

1.- Justifica la Prisión Preventiva. Esta prisión preventiva inicia una vez dictado el auto de formal prisión y concluye hasta cuando se dicta la sentencia definitiva de Primera Instancia, sea esta absolutoria o condenatoria.

2.- Fija la Litis, es decir, señalar el delito o los delitos por los cuales se va a seguir el proceso hasta su conclusión.

3.- Suspende las Prerrogativas del Ciudadano en contra de quien se dicta el Auto de Formal Prisión, por ejemplo, el derecho a votar y ser votado, asociarse libre y pacíficamente para tomar parte en los asuntos políticos del País, alistarse en el ejército y sus instituciones para la defensa de la Republica y, ejercer toda clase de negocios relativos al derecho de petición[24].

4.- Determina el inicio del plazo que fija la Constitución Federal para que el juez penal dicte la sentencia definitiva, es decir, que la sentencia debe ser pronunciada dentro de los cuatro meses siguientes si el delito por el cual se dicta el auto de formal prisión se encuentra sancionado con una pena privativa de libertad de hasta dos años y antes de un año si la pena excede del mencionado termino.

ARTÍCULO 20

Mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del día veintiuno de septiembre del año dos mil y que entro en vigor seis meses después de esta publicación, se reformo este precepto Constitucional creándose dos apartados identificados como A y B. El primero referido a las garantías que se consagran a favor del inculpado y el segundo de las garantías de la víctima u ofendido. Lo novedoso de esta reforma es lo relativo al párrafo primero y las

[24] ZAMORA PIERCE, Jesús. Garantías y Proceso Penal. Séptima edición. Editorial Porrúa. México, 1994. Pág. 91.

garantías que se consagran a favor del ofendido, pues en ese primer párrafo se establece ahora en todo proceso del orden penal el inculpado, la víctima o el ofendido tendrán las garantías a que se refieren los apartados de referencia.

Por lo que se refiere al apartado A de este artículo, podemos decir que sigue conservando la redacción que tenía con anterioridad a las reformas que se comentan, por lo que todas y cada una de las diversas fracciones que integran este apartado constituyen otras tantas garantías otorgadas a los individuos acusados de algún delito. Resulta importante destacar que fueron muchos y muy variados los debates que se llevaron el en seno del Congreso Constituyente de Querétaro en torno a este precepto, pues constituye uno de los pilares fundamentales sobre el que descansa el proceso penal en nuestro País.

En cuanto hace a la fracción I, del apartado A, de este artículo, las trascendentales reformas Constitucionales de mil novecientos noventa y tres a este y otras disposiciones, variaron el régimen de la libertad provisional bajo caución, dejando atrás el ca1cuto del término medio aritmético de cinco años de prisión como base para obtener este beneficia; se establece ahora que la procedencia de esta libertad provisional del inculpado se encuentra condicionada a los requisitos siguientes:

- Que el delito imputado no se encuentre clasificado como grave en la legislación secundaria.
- Que se garantice el monto estimado de la reparación del daño proveniente del delito y;
- Que se garantice el pago de la multa.

Ahora bien y con motivo de las reformas a la fracción I, de este apartado del artículo que se comenta, publicadas en el Diario Oficial de la Federación del día tres de julio de mil novecientos noventa y seis, se adicionó un cuarto requisito de procedencia para la obtención del beneficio de la libertad provisional bajo caución, para quedar en los términos siguientes:

- Que se garantice el cumplimiento de las obligaciones que se deriven a cargo del inculpado en razón del proceso.

En lo referente a la fracción II, del apartado A, del artículo 20, de la Constitución General de la Republica, conviene recordar que durante largo tiempo fue costumbre la de forzar e incluso atormentar a los acusados de algún delito con el fin de obtener su confesión, la que se consideraba como la "reina" de las pruebas.

También se prohibía que el detenido se comunicara con sus familiares o abogados para obtener una declaración que le fuera perjudicial.

Contra estas prácticas se alza nuestra Constitución, pues ahora, toda persona privada de su libertad tiene derecho a no declarar si ello le perjudica y puede comunicarse libremente con sus defensores o familiares por cualquier medio; en ese sentido, además, la confesión ha dejado de ser la reina de las pruebas para pasar a ocupar un lugar secundario como prueba indiciaria. Además de que esta confesión ha de realizarse ante la autoridad competente bajo pena de nulidad si se hace ante una autoridad distinta del Ministerio Público o del Juez y en presencia del defensor; lo que quiere decir que la Policía, llamada ahora Ministerial no está facultada para recibir confesiones como antes ocurría con la Policía Judicial.

Asimismo, dentro de la fracción III, del apartado A, de este articulo 20, se establece el derecho que tiene el inculpado para que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación ante el Juez Penal, en audiencia pública se le haga saber el nombre de su acusador o de las personas que deponen en su contra y con qué hechos se apoyan a fin de que el propio inculpado este en la posibilidad de plantear su defensa y contestar los cargos que se le hacen, rindiendo en ese momento su declaración preparatoria. La declaración preparatoria es el primer acto procesal más y complejo que hace el Juez Penal al inculpado dentro del plazo a que se refiere este dispositivo legal.

La modalidad que se introduce ahora en la fracción IV, del apartado A, del artículo en estudio, es que los careos serán siempre a petición del inculpado, lo que quiere decir que si no lo solicita, no será obligatorio para el Juez agotar dichos careos, aun cuando de las declaraciones vertidas se advierta la existencia de contradicciones. Antes de las reformas Constitucionales de mil novecientos noventa y tres, era una obligación ineludible para el Juez agotar tal procedimiento. Debe advertirse entonces que el careo es un derecho exclusivo del inculpado, en el que no debe ni puede tener intervención el Ministerio Público. Advertimos también que este derecho a ser careado que el inculpado tiene, presenta ahora una limitación, es decir, cuando la víctima o el ofendido sea menor de edad y se trate de los delitos de violación o secuestro, estos no podrán ser obligados a carearse con dicho inculpado, pues ello se eleva a rango Constitucional previsto en la fracción V, del apartado B de este propio artículo.

En cuanto a la fracción V, del apartado A, se eleva a rango de garantía Constitucional la de recibir al inculpado cuantos testigos quiera presentar, así como auxiliarle para que dec1aren los que ofrezca y que se encuentren en el lugar del proceso, todo a fin de que pueda defenderse del mejor modo posible.

Aun cuando la fracción VI, dispone que el acusado debería ser juzgado, ya sea por un jurado popular integrado por ciudadanos que sepan leer y escribir y sean vecinos del lugar, o bien, por un Juez; la verdad es que en la práctica ha caído en desuso en nuestro País el jurado popular, sin embargo, nuestra Carta Fundamental la sigue conservando. En la actualidad, quien legalmente puede juzgar es solamente un Juez Penal.

La fracción VII, otorga a los acusados de algún delito, el derecho a conocer cuántos datos existan en el proceso con el fin de que pueda preparar mejor su defensa.

La fracción VIII, del apartado A, establece una garantía de seguridad jurídica consistente en establecer un plazo para la duración del proceso penal y de esa forma evitar que se prolonguen por tiempo indefinido en perjuicio

de los acusados, pues interpretando esta parte relativa, se establece que la sentencia debe ser dictada dentro de los cuatro meses siguientes si el delito por cual se inició el proceso se encuentra sancionado con una penalidad que no excede de dos años de prisión y si excede de este término, la sentencia entonces deberá ser pronunciada en un plazo que no exceda de un año.

De trascendental importancia resulta la figura del defensor dentro el proceso penal a que se refiere la fracción IX. En efecto, este párrafo alude a la defensa del inculpado por sí mismo, por abogado o por persona de su confianza a fin de que tenga una defensa adecuada.

A este respecto cabe destacar que esta defensa adecuada no queda satisfecha cuando esta se ejerce de manera inadecuada, esto es, con ignorancia, torpeza o ineptitud; pero tampoco parece posible una defensa siempre exitosa, basta pues con que reúna los requisitos del buen desempeño profesional por parte de un perito en la materia.

Ahora bien, la creación del apartado B de este artículo 20 de la Constitución Federal reconoce lo que en la doctrina y en la ley secundaria ya se reconocía a favor de las personas ofendidas o víctimas del delito, lo que ya resultaba urgente que se plasmara en nuestra Carta Fundamental.

En la fracción I de este apartado B se retoma el derecho de la víctima u ofendido respecto de los derechos que tienen y puede disponer dentro del proceso penal, como es el caso de recibir asesoría jurídica por parte personal especializado en la materia, sin embargo no se especifica cómo debe cristalizarse ese derecho, que el Estado está obligado a proporcionar, pero se infiere que puede ser a través de los defensores de oficio o de abogados particulares en su caso, pero sin perder de vista que esta asesoría jurídica es una obligación del Estado. Así también se establece que esta victima u ofendido tiene derecho a ser informado de todos y cada uno de los derechos que a su favor la Constitución consagra en su favor y desde luego a ser informado del desarrollo del proceso penal y sus incidencias.

En cuanto a la fracción II de este apartado, se reconoce a nivel Constitucional el derecho a la coadyuvancia que la víctima u ofendido tienen para con el Ministerio Público, por no ser parte en el proceso.

En la fracción III de este propio apartado, se establece el derecho de la víctima u ofendido para recibir atención médica y psicológica de urgencia con motivo de la comisión del delito; servicio que deberá proporcionar el Estado a través de las instituciones especializadas.

La fracción IV, regula la procedencia del pago de la reparación del daño proveniente del delito recalcando que el Ministerio Publico tiene la obligación ineludible de solicitar dicho pago y se ordena que se establezcan procedimientos agiles para la ejecución de las sentencias que condenen al pago de la reparación del daño, lo que significa que los procedimientos relativos deberán ser expeditos y sencillos para el ofendido.

Por lo que se refiere a la fracción V de este apartado, se establecen dos limitantes por lo que se refiere al derecho que el inculpado tiene para carearse con las personas que deponen en su contra, en el sentido de que cuando la víctima u ofendido por el delito sea menor de edad en los casos de delitos de violación o secuestro, no podrán ser obligados a carearse con dicho inculpado, estableciéndose de esta manera una especie de seguridad jurídica a favor de estas personas. En efecto, la reforma de dos mil, moderó o restringió la garantía del inculpado para carearse con las personas que deponen en su contra, en virtud de una nueva garantía que se estatuye a favor de la víctima u ofendido.

Finalmente, en la fracción VI se regula el derecho que tiene la víctima o el ofendido para solicitar las medidas y providencias necesarias para su seguridad o auxilio, las que de alguna manera ya se encontraban reguladas en la ley secundaria.

La creación del apartado B del artículo 20, de nuestra Carta Fundamental, creemos que obedece a los nuevos rumbos que actualmente toma en Derecho Procesal Penal en favor de la víctima u ofendido, lo que si bien no es nuevo, porque ya se venía tratando en la doctrina de la ley secundaria, es plausible que a nivel Constitucional se vayan reconociendo estos derechos.

ARTÍCULO 21

El párrafo inicial de este artículo podemos dividirlo en tres partes:

La primera que se refiere a la exclusiva facultad de la autoridad judicial para imponer las penas; la segunda que regula las funciones de la Institución del Ministerio Público y; la tercera que se refiere a la competencia de las autoridades administrativas en materia de sanciones por infracciones a los reglamentos gubernativos.

En cuanto a la primera parte, la disposición Constitucional en comento establece de manera tajante que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial, excluyendo la posibilidad que alguna otra autoridad de distinto carácter realice tan delicada función. Tal precepto proviene casi sin modificaciones de la Constitución de mil ochocientos cincuenta y siete, la cual otorgo a los Jueces la facultad de imponer penas por los delitos previamente reconocidos como tales por la ley.

En la segunda parte, de modo exacto define las atribuciones del Ministerio Público, Institución cuyos orígenes se encuentran en Francia y España, y que en México adquirió caracteres propios. En efecto, una de las aportaciones del Constituyente de mil novecientos diecisiete al mundo jurídico, fue la especial estructura que dio a tal organismo.

El principio de exclusividad que el Ministerio Público ejerce sobre la acción penal sufrió una profunda transformación con la reforma introducida en el ano de mil novecientos noventa y cuatro, pues esta facultad exclusiva del

Ministerio Público se vio restringida al establecerse ahora en párrafo cuarto del artículo 21, en comento que:

> *"Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley".*

Efectivamente, la reforma en cuestión restringió esta potestad del Ministerio Público, estableciendo ahora un medio de impugnación a favor del ofendido, sin embargo, no aclara cómo debió ser esa vía jurisdiccional la competente para conocer de esa impugnación. Resulta claro que este nuevo giro obedece a la necesidad de prevenir actos de corrupción del Ministerio Público que desembocaban en la impunidad del delincuente. Empero, tal adición resulto desafortunada por la invasión de las esferas competenciales entre dos poderes de distinta naturaleza.

Esta adición, trajo como consecuencia criterios contradictorios en la impartición de la Justicia Federal con motivo de la interposición de los juicios de amparo indirecto contra las determinaciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal; concretamente de los Tribunales Colegiados de Circuito en los amparos en revisión, ya que algunos Jueces de Distrito sostuvieron en sus sentencias que era improcedente el Juicio de Amparo contra tales determinaciones del Ministerio Público; en cambio, otros Jueces del mismo ramo, sentenciaron que si era procedente el juicio de garantías; criterios que obligaron a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a resolver dichos criterios de contradicción, por lo que el pleno, en sesión privada del día dos de octubre del año dos mil, aprobó por mayoría de votos la tesis de jurisprudencia número 114/2000, resolviendo de esta manera la contradicción de tesis número 18/98LP, sustentadas entre los Tribunales Colegiados de Circuito del Primero y Tercer Circuito respectivamente, cuyo rubro y texto es el siguiente:

> ***"ACCIÓN PENAL. ES PROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO, MIENTRAS NO SE ESTABLEZCA EN LEY LA VÍA JURISDICCIONAL DE IMPUGNACIÓN ORDINARIA, PARA RECLAMAR LAS RESOLUCIONES SOBRE EL NO EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE AQUELLA (ARTÍCULO 21, PÁRRAFO CUARTO, DE LA CONSTITUCIÓN***

FEDERAL). *De la reforma al citado precepto constitucional, que entró en vigor el 1o. de enero de 1995, y de los antecedentes legislativos que le dieron origen, se advierte el reconocimiento en favor del querellante, denunciante, víctima del delito o de los familiares de esta o del legalmente interesado, del derecho de impugnar las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, coetáneo del derecho de exigir al Estado la persecución de los delitos, lo que se traduce en el nacimiento de una garantía individual, cuyo respeto no puede considerarse postergado o sujeto a la condición suspensiva de que el legislador ordinario, en los diferentes fueros, emita las disposiciones legales que reglamenten el instrumento para impugnar por la vía jurisdiccional ordinaria las determinaciones de mérito, puesto que, en principio, ante la vigencia de la disposición constitucional relativa, la protección del derecho garantizado es inmediata, ya que, en tal hipótesis, no se requieren medios materiales o legales diferentes de los existentes para que la autoridad cumpla cabalmente y desde luego, con el mandato constitucional de investigar y perseguir los delitos, siendo obvio que dentro del sistema constitucional mexicano, el medio para controlar directamente el cumplimiento de esas funciones es el juicio de amparo. Por consiguiente, la ausencia de ordenamientos legales que precisen la vía jurisdiccional ordinaria para impugnar las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal que pueden ser violatorias de las garantías individuales del ofendido, no impide que tales determinaciones sean reclamadas de modo inmediato y en tanto se expidan las leyes ordinarias, a través del juicio de amparo, dado que al estar regulada la actuación relativa de la representación social por la propia Carta Magna, entre otros de sus preceptos, en los artículos 14 y 16, bien puede y debe examinarse esa actuación en el juicio de garantías, pues arribar a una postura que sobre el particular impida la procedencia de dicho juicio, sería tanto como desconocer la existencia de la mencionada garantía individual y el objetivo y principios que rigen al juicio de amparo, que de acuerdo con 10 previsto en los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es procedente contra leyes o actos de autoridad que violen garantías individuales. En estas condiciones, debe concluirse que si las determinaciones del aludido representante social sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal pueden implicar la violación de garantías individuales, aquellas podrán impugnarse mediante el juicio de amparo indirecto, en términos de lo dispuesto en el artículo 114,fracción II, de la Ley de Amparo, por ser esta vía la que revisa la legalidad del proceso indagatorio de la comisión de ilícitos, además de que desatender la norma Constitucional reformada implicaría la inobservancia de los artículos 133 y 136 de la Constitución Federal, siendo que el espíritu del Constituyente Originario se orientó a la prevalencia de los principios de supremacía e inviolabilidad de la Ley Fundamental"*[25].*

[25] Semanario Judicial de la Federación. Novena época. Pleno. Tomo XII, octubre de 2000 .Tesis P./J. 114/2000. Pag. 5.

En atención al criterio jurisprudencial transcrito, el artículo 114, fracción VII de la Ley de Amparo, establece ahora que el juicio de amparo es procedente contra las resoluciones del Ministerio Público que confirmen el no ejercicio o desistimiento de la acción penal; ello a partir de la adición que se hizo a este ordenamiento legal por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del día nueve de junio del año dos mil. Ahora bien y como se aprecia, la reforma Constitucional en comento hace referencia también al desistimiento de la acción penal, figura procesal cuyo antecedente no se encuentra en el Derecho Procesal Penal de nuestro País y que hasta ahora no ha sido tampoco regulada por la ley secundaria, y lo más cercano al desistimiento es la revocación de la orden de aprehensión que puede solicitar el Ministerio Público.

Por otra parte, resulta importante también comentar las reformas a este artículo 21 de la Constitución Federal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación del día tres de julio de mil novecientos noventa y seis, por lo que se refiere a su primer párrafo y que entraron en vigor el día siguiente de su publicación, cuyo tenor es el siguiente:

> *"ARTÍCULO 21.- La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Publico, el cual se auxiliara con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, los que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutara esta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas".*

De la trascripción anterior, se desprenden dos cuestiones importantes en razón de nuestro estudio; la primera, la variación del vocablo "persecución de los delitos" por el de "investigación de los delitos" que compete al Ministerio Público, que en nada afecta la función persecutoria que de los delitos que compete a tal Institución. La segunda cuestión se refiere al hecho de la

desaparición de la Policía Judicial, pues ahora se establece simple y llanamente que una Policía estará bajo la dirección y mando inmediato del Ministerio Público, reforma que a nuestro juicio resulta incompleta porque si bien el nombre de Policía Judicial a menudo creaba la confusión en razón de que tal denominación ha de suponer que tal Policía dependía del Poder Judicial, lo último no puede ser en virtud de que este no cuenta con Policía alguna que este bajo su mando; por el otro lado, la reforma en cuestión no aclara a que Policía se hace referencia, pues no cualquier corporación Policiaca puede tener Constitucionalmente competencia para investigar la comisión de hechos delictuosos, por lo que hubiera sido preferible completar la reforma y llamarle Policía Administrativa o Ministerial y no simplemente Policía.

Finalmente, en la tercera parte del artículo 21 de la Constitución Federal se contiene lo que se conoce como Derecho Penal Administrativo, que regula las conductas cuya ilicitud es menos grave o intensa que la de los delitos, que constituyen en este caso las faltas o infracciones.

En ese sentido, si un comportamiento merece reproche, pero no llega a la categoría de delito, nuestro orden jurídico en este aspecto señala otras consecuencias jurídicas distintas de la pena, como son las sanciones civiles o administrativas, aunque semejantes en su naturaleza a las penas del régimen punitivo ordinario, pero mucho menos rigurosas que estas. Estas sanciones administrativas se impondrán precisamente por las contravenciones a los ordenamientos precisamente administrativos.

ARTÍCULO 22

El primer párrafo de este artículo se encontraba ya en las primeras Constituciones de México, como consecuencia de un vivo deseo de que se prohibiera la aplicación de penas tan graves e hirientes para la personalidad humana como la mutilación, o sea, la amputación o corte de algún miembro del cuerpo humano; las infamantes o las humillantes que atacan el honor; las marcas hechas en el cuerpo del condenado, frecuentemente con hierro candente; los

azotes ejecutados con látigos por el verdugo; los palos y los tormentos de cualquier especie; la multa excesiva, la confiscación de bienes o adjudicación de ellos en favor del Estado, procedimientos que lesionaban de modo fundamental el patrimonio del delincuente, y cualesquiera otras que se consideran inusitadas o trascendentales, es decir, aquellas penas que trascienden a los familiares o seres queridos del autor del delito y aquellas que han caído en desuso.

En la actualidad, las principales Constituciones del mundo, entre ellas de nuestro País, prohíben de manera tajante la aplicación de esta clase de penas o sanciones. En ese sentido entonces este primer párrafo, prohíbe en primer término la aplicación de penas que importen un maltrato ejercido sobre el cuerpo y que indefectiblemente causan un dolor. En cuanto a la multa, cantidad de dinero que el condenado ha de pagar al Estado por concepto de pena, no queda vedada si no es excesiva, como efecto de un juicio de valor sobre su magnitud, pues la imposición de la multa debe referirse exactamente a lo que establezca la ley al caso concreto, en caso contrario la misma será excesiva.

En cuanto al párrafo segundo de la disposición Constitucional que se comenta, fue reformada por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del día tres de julio de mil novecientos noventa y seis, quedando de la manera siguiente:

> *"No se considerará confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial, de los bienes, en caso del enriquecimiento ilícito, en los términos del artículo 109; ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquellos respecto de los cuales este se conduzca como dueño, si no se acredita la legitima procedencia de dichos bienes".*

La novedad que se introduce consiste en no considerar como confiscación el decomiso que haga la autoridad judicial a un sentenciado respecto de los bienes de su propiedad en los casos de delincuencia organizada, como en

aquellos casos cuando no se acredite plenamente la propiedad de dichos bienes o su legítima procedencia.

Precisemos en este apartado lo que entendemos por decomiso y confiscación. Por un lado, el decomiso es una pena y se refiere a la privación de los bienes de uso prohibido, nocivos o peligrosos, en perjuicio del delincuente o de un tercero; es una pena de perdimiento de la cosa en que se coloca a la persona que comercie con géneros prohibidos. Es una pena accesoria de privación o perdida de los instrumentos o efectos del delito en perjuicio del delincuente o terceros y en beneficio del Estado. Se afirma, entonces, que el decomiso se presenta o se da contra los objetos o bienes de uso ilícito y se realiza a favor del Estado. La confiscación, por otra parte, proviene del vocablo latino confiscatio, que significa acción de confiscar. La confiscación es la adjudicación que se hace al Estado, Tesoro Público o fisco de los bienes de propiedad privada, generalmente pertenecientes a algún reo[26].

Se afirma que la confiscación consiste en la pérdida o privación de bienes de uso ilícito, que se da en perjuicio del delincuente a favor del Estado o de terceros, para el pago de responsabilidad civil, de impuestos o de simple adjudicación al Estado, con las modalidades que la ley al respecto señale.

Ahora bien, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del día ocho de marzo de mil novecientos noventa, en vigor al día siguiente, se adicionó un tercer párrafo a este artículo y el tercero pasó a ser el cuarto párrafo. En la adición se establece que no se considerara confiscación, la aplicación en favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables.

También se prevé que la autoridad judicial resolverá que se apliquen en favor del Estado los bienes que hayan sido asegurados con motivo de delitos de delincuencia organizada. Finalmente, se dispone que no serán aplicados

[26] GUIZA ALDAY, Francisco Javier. Diccionario Jurídico de Legislación y Jurisprudencia. Ángel editor. México, 1999. Pág. 172

en favor del Estado los bienes que hayan sido asegurados con motivo de algún delito, cuando estos se hubieran transferido a terceros que acrediten ser poseedores o adquirentes de buena fe.

El cuarto párrafo del artículo 22, de la Constitución General de la Republica; prohíbe casi en idénticos términos que en la Constitución de mil ochocientos cincuenta y siete la aplicación de la pena de muerte para los perseguidos políticos, principio comúnmente aceptado por todas las Constituciones liberales del mundo moderno después de la Revolución Francesa.

Empero, la propia Constitución del País reserva la aplicación de la mal llamada pena de muerte especialmente a los delitos considerados mas graves como el homicidio calificado y a los delitos del orden militar; afortunadamente, ningún Estado del País la regula ya en sus respectivos Códigos Penales, habiendo caído en desuso desde hace varias décadas. No tenemos noticia, por otro lado, que esta pena de muerte se hubiere aplicado en la historia reciente dentro de la disciplina castrense de nuestras fuerzas armadas, en virtud de que la misma se sigue conservando en el Código de Justicia Militar. Conviene expresar en esta parte que la pena de muerte no es en realidad una pena, puesto que no cumple con los requisitos para ser tal; por lo que se hace necesaria su desaparición total y definitiva de este precepto constitucional que resulta contradictoria con los postulados actuales de un Estado de derecho como el nuestro.

ARTÍCULO 23

La disposición contenida en la primera parte de este artículo tiende a evitar que se prolonguen indefinidamente los juicios de carácter penal, prohibiendo que tengan más de tres instancias. En obediencia a esta norma fundamental, las leyes secundarias sólo prevén la existencia de dos instancias. ZAMORA PIERCE, señala que la instancia es un procedimiento, es decir, un conjunto de actos procesales, que se inicia en el momento en que se ejercita la acción penal y que concluye cuando el órgano jurisdiccional pronuncia la resolución que decide la cuestión planteada en la Litis por el Ministerio Público y el

sujeto activo del delito[27]. La instancia es pues, la denominación que se da a cada una de las etapas o grados del proceso penal, que va desde la iniciación o promoción del juicio hasta el dictado de la primera sentencia definitiva o desde la interposición del recurso de apelación hasta la sentencia que sobre el mismo se pronuncie. De esta manera se habla de sentencia de Primera o Segunda Instancia.

Esa resolución o sentencia definitiva dictada por el Juez Penal, es el acto culminatorio de la instancia procesal y que puede ser impugnado mediante alguno de los recursos que la propia ley establece ante otro órgano judicial superior, dando lugar al inicio de la Segunda Instancia, en la que la sentencia recurrida puede ser confirmada, modificada, revocada o bien ordenarse la reposición del procedimiento por violaciones directas a la Constitución que se hubieren cometido durante la Primera Instancia. El recurso o medio de impugnación que abre la Segunda Instancia, es generalmente el recurso de apelación.

En la última parte de este mismo artículo, quedó plasmado otro de los objetivos que se propuso el Derecho Penal Liberal; el de prohibir que alguien pudiese ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que se le hubiere absuelto o condenado en la Primer a Instancia. Esta norma otorga seguridad jurídica al gobernado, en el sentido de que una vez pronunciada la sentencia -absolutoria o condenatoria-, no podrá darse marcha atrás y comenzar un nuevo juicio sobre los mismos hechos.

Como una consecuencia lógica de lo anterior, la Constitución Federal, deroga una costumbre que estuvo vigente en épocas pasadas: La de absolver de la instancia, esto es, la de dictar una sentencia absolutoria para el procesado, que permitía la posibilidad de iniciar nuevo juicio en su contra por los mismos hechos, si aparecían posteriormente más datos que lo incriminaran.

Mediante la anterior prohibición, nuestra Carta Fundamental recoge el principio NON BIS IN IDEM, que se traduce en que fenecido un juicio por

[27] ZAMORA PIERCE, Jesús. Ob. Cit. Pág. 67.

sentencia ejecutoria, no podrá intentarse de nuevo la acción criminal por el mismo delito y contra la misma persona, ya sea que el fallo lo haya absuelto o condenado.

Finalmente, sería conveniente que el texto Constitucional en esta parte relativa hiciera referencia a que: " *...nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos ...*" en lugar de decir por el mismo delito; pues a decir de RICARDO GUZMAN WOLFFER, no ha faltado quien argumentando una interpretación literal de la Constitución haya pedido que no se les juzgue por un segundo o tercer robo cometido por un reincidente, cuando que el evidente espíritu del constituyente es evitar que los mismos hechos se sancionen doblemente; no así evitar que el delincuente reincidente o habitual sea castigado[28].

C) FASES EN QUE SE DIVIDE EL PROCESO PENAL COMÚN Y FEDERAL

En la mayoría de los Códigos de Procedimientos Penales vigentes, el proceso penal comprende cuatro periodos o fases:

1.- El de averiguación previa a la consignación a los Tribunales, que comprende las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción penal.

2.- El preprocesal, que comprende las diligencias practicadas ante los Tribunales con el fin de que estos resuelvan la situación jurídica de los imputados.

3.- El de instrucción, que comprende las diligencias practicadas ante los Tribunales con el fin de averiguar la existencia de los delitos, las circunstancias en que hubieren sido cometidos y la responsabilidad o irresponsabilidad penal de los imputados.

4.- El de juicio, durante el cual el Ministerio Público precisa su acusación y el acusado su defensa ante los Tribunales y estos valoran las pruebas y pronuncian sentencia definitiva.

[28] GUZMAN WOLFFER, Ricardo. Las Garantías Constitucionales y su repercusión en el Proceso Penal Federal. Segunda edición. Editorial Pomia. México, 2000. Pags. 137-13 R.

Ahora bien, tales ordenamientos comprenden los procedimientos siguientes:

I.- El de averiguación previa a la consignación a los Tribunales, que establece las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Publico pueda resolver si ejercita o no la acción penal.

II.- El de preinstrucción, en que se realizan las actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de estos conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del inculpado, o bien, en su caso, la libertad de este por falta de elementos para procesar.

III.- El de instrucción, que abarca las diligencias practicadas ante y por los Tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiares del inculpado, así como la responsabilidad irresponsabilidad penal de este.

IV.-El de Primera Instancia, durante el cual el Ministerio Público precisa su pretensión y el procesado su defensa ante el Tribunal, y este valora las pruebas y pronuncia sentencia definitiva.

V- El de Segunda Instancia ante el Tribunal de apelación, en que se efectúan las diligencias y actos tendientes a resolver los recursos.

VI.- El de ejecución, que comprende desde el momento en que cause ejecutoria la sentencia de los Tribunales hasta la extinción de las sanciones aplicables y;

VII.- Los relativos a inimputables, a menores y a quienes tienen el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.

3.3 Averiguación Previa

La averiguación previa es el procedimiento que integra la actividad del Ministerio Público, actuando este como autoridad administrativa y que culmina con la determinación de consignación o del ejercicio de la acción penal. Esta averiguación previa se inicia con la presentación de una denuncia o querella y forma parte integrante del proceso penal. Dentro de la averiguación previa, el Ministerio Público aplica la ley a casos individuales por medio de actos meramente

administrativos, a través de los cuales agota su actividad como autoridad administrativa, cualquiera que sea el resultado final, es decir, que se determine o no el ejercicio de la acción penal[29]. Dentro de este procedimiento, el Ministerio Público investiga los hechos probablemente delictuosos y recaba los medios necesarios para acreditar la probable responsabilidad penal del inculpado; en ese sentido, el objeto de la averiguación previa es precisamente investigar los hechos probablemente delictuosos y su finalidad lo constituye la acreditación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad penal del inculpado. La investigación de la existencia del delito se dará hasta el periodo de instrucción.

La averiguación previa puede integrarse con detenido y sin detenido.

La integración de la averiguación previa con detenido tiene un plazo de cuarenta y ocho horas, que puede duplicarse en aquellos casos de delincuencia organizada. Sin detenido, la averiguación previa debe integrarse en un plazo no mayar de noventa días. Indudablemente en la práctica cotidiana de las agencias del Ministerio Público no se cumple con aquella disposición legal, no obstante que el plazo concedido es lo suficientemente amplio para la debida integración de la indagatoria Ministerial. Este plazo hasta antes del veintinueve de marzo del dos mil, era de treinta días hábiles, los que se ampliaron a noventa con motivo de la reforma a este mismo artículo en aquella fecha.

Los requisitos de procedibilidad son las condiciones mínimas que deben satisfacerse previamente, una vez que se ha cometido el delito, a fin de que el Ministerio Público este en la posibilidad de iniciar válidamente la averiguación previa. Como requisitos de procedibilidad, el segundo párrafo del artículo 16, de la Constitución General de la Republica, señala a la denuncia y a la querella.

La denuncia es la noticia que de palabra o escrito hace el ofendido o la víctima del delito al Ministerio Público; es decir, es la notitia criminis que se

[29]HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón. Manual de Procedimientos Penales. Editorial Pac. México. 1991. Pág. 22.

emplea en aquellos casos de delitos perseguibles de oficio. Esta denuncia puede ser por cualquier medio o por escrito; por lo que una vez que el Ministerio Público tenga conocimiento que se ha cometido un delito de esta naturaleza, debe de inmediato iniciar la indagatoria Ministerial correspondiente. En esta clase de delitos se dice que se afectan intereses de la sociedad.

En cuanto a la querella, esta se va a emplear en aquellos delitos que sólo dañan o afectan a intereses privados o particulares; por lo que sólo los ofendidos o sus representantes legítimos pueden querellarse ante el Ministerio Público para el inicio de la averiguación previa.

En esta clase de delitos, conocidos también como de querella, se puede otorgar el perdón del ofendido, con lo que cesan los efectos de la acción penal.

Son perseguibles por querella necesaria todos aquellos delitos en los que expresamente así lo disponga la ley; por lo que por exclusión, en donde la ley no prevenga que sean perseguibles por querella, serán delitos perseguibles de oficio. La mayoría de los delitos son perseguibles de oficio, ya que el radio de acción de los de querella es mucho menor que los primeros.

3.3.1.-DILIGENCIAS QUE PRACTICA EL MINISTERIO PÚBLICO DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA

Dentro de la averiguación previa, el Ministerio Público realiza diversas y variadas diligencias tendientes a la demostración del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad penal de la persona o personas en contra de quienes se instruye esta averiguación previa, como base para el posterior ejercicio de la acción penal; entre otras diligencias, se practican las siguientes:

a).- Recibe denuncias o querellas de hechos determinados que la Ley señala como delito.

b).- Inicia la averiguación previa y la registra en el libro de control que se lleva en cada oficina ministerial.

c).- Gira oficios de investigación a la Policía Ministerial.

d).- Da aviso a su superior jerárquico del inicio de la averiguación previa.

e).- Determina el ejercicio de la acción penal si se encuentra acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal del indiciado, y se abstiene de tal actividad cuando no se satisfacen los requisitos del artículo 16, de la Constitución Federal.

f).- Pide intervención a peritos que en el caso se requieran y solicita de estos sus dictámenes correspondientes.

g).-Elabora pliego consignatorio al Juez Penal competente con o sin detenido.

h).- Cuando la consignación se realiza con detenido, solicita del Juez Penal ratifique la detención y decrete la detención judicial del indiciado; asimismo, solicita que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a dicha consignación, tome la declaración preparatoria del propio indiciado con nombramiento de defensor y dentro de las siguientes setenta y dos horas resuelva sobre la situación jurídica en que deba quedar.

i).- Recibe la declaración de los testigos presenciales de los hechos que investiga.

j).- Realiza diligencias de inspección ocular y de reconstrucción de hechos.

k).- Solicita la comparecencia de personas que tengan relación con los hechos que se investigan o les cita, pudiendo utilizar los medios de apremio.

l).- Puede ordenar bajo su estricta responsabilidad si se cumple con los requisitos de ley, la detención del indiciado cuando se trate de caso urgente por delito grave.

m).- Cuando la consignación se realiza sin detenido, solicita del Juez Penal el libramiento de la orden de aprehensión

correspondiente; pidiendo además que se le de la intervención que legalmente le corresponda como parte dentro del proceso.

n).- Pone a disposición del Juez Penal los objetos o instrumentos del delito si los hubiere.

3.3.2.-DETENCIÓN POR ORDEN DEL MINISTERIO PÚBLICO

La facultad del Ministerio Público para ordenar la detención del indiciado en casos urgentes, fue introducida en el párrafo quinto del artículo 16, con motivo de la reforma Constitucional de mil novecientos noventa y tres. Cabe aclarar que en el texto original de la Constitución de mil novecientos diecisiete, también se encontraba prevista la detención en casos urgentes, pero decretada genéricamente por la autoridad administrativa, cuando no hubiere en el lugar ninguna autoridad judicial y se tratara de los delitos perseguibles de oficio.

En la práctica, el propósito del Constituyente de sujetar la privación de la libertad personal por la comisión de un delito al cumplimiento de órdenes judiciales de aprehensión, no se pudo alcanzar en alguna medida razonable, porque los agentes del Ministerio Público, los entonces agentes de la policía judicial y otras autoridades siguieron llevando a cabo detenciones arbitrarias; pero lo más grave de esta situación es que la Jurisprudencia de los Tribunales Federales consideró válidas las declaraciones de los detenidos y validos también los demás actos procesales con estos vicios, no obstante la anticonstitucionalidad de las detenciones.

En buena medida, la nueva redacción del párrafo quinto del artículo 16, de la Constitución Federal responde a estas reflexiones, pues ahora para que el Ministerio Público este en la aptitud de ordenar la detención de una persona durante la integración de la averiguación previa, requiere que se satisfagan las condiciones siguientes:

a).- Que se trate de delito grave así calificado por la ley;

b).- Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia;

c).- Que por razón de la hora, lugar u otra circunstancia, el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial para solicitar el libramiento de la orden de aprehensión y;

d).- Que se encuentre acreditado el cuerpo del delito y probada la presunta responsabilidad penal del inculpado.

De lo anterior tenemos que la orden de detención que dicte el Ministerio Público solo se justifica cuando se cumplen con las condiciones antes señaladas y, una vez cumplimentada la misma por parte de la Policía Ministerial, deben consignarlo sin demora ante el Juez Penal competente, pues es claro que no existe motivo legal alguno para retenerlo por más tiempo del estrictamente necesario. Esta orden de detención al igual que la flagrancia, constituye una excepción a la orden de aprehensión.

Resulta obvio que dentro de la expresión "cualquier otra circunstancia" solo pueden quedar incluidas circunstancias relativas a la hora y al lugar, pero no circunstancias tales como el hecho de que no se tenga acreditado el cuerpo del delito, que no exista la denuncia o la querella, etc., ya que la detención ordenada por el Ministerio Público solo tiene por objeto evitar que el indiciado se sustraiga a la acción de la justicia cuando se encuentren satisfechas las condiciones enumeradas, pero de ninguna manera debe utilizarse esta detención para continuar o completar la averiguación previa, pues es claro que esa no es su finalidad.

3.3.3.-CUERPO DEL DELITO

Afirma FRAMARINO DEI MALATESTA que el cuerpo del delito no puede significar sino todo lo que representa la exteriorización material y la aparición física del delito. Pero la exteriorización y la aparición física del delito no pueden consistir sino en lo que estando inmediatamente unido a la consumación del delito, traza, por decido así, su figura física.

De la misma manera sostiene este autor que no todas las materialidades pueden constituir cuerpo del delito sino solo aquellas que están unidas de modo inmediato a la consumación criminosa.

Según FRAMARINO DEI MALATESTA, la figura física del delito está constituida por las materialidades, permanentes que se relacionan de modo inmediato con la consumación criminosa, y como esta unión inmediata puede ocurrir por relación de causa y efecto, síguese de ello que es cuerpo del delito todo aquello que consiste en la materialidad del medio inmediato o del efecto inmediato del delito. Finaliza diciendo que el cuerpo del delito consiste en los medios materiales inmediatos en los efectos materiales inmediatos de la consumación del delito, en cuanto son permanentes, ya sea accidentalmente, ya sea por razones inherentes a la esencia de hecho del delito[30].

Por su parte JULIO ACERO refiere que la palabra cuerpo envuelve la idea de una sustancia u objeto físico, de un todo formado por la reunión de diversas partes materiales enlazadas entre sí, más o menos estrechamente[31].

Este mismo autor sigue diciendo que el cuerpo del delito es el conjunto de los elementos materiales que forman parte de toda infracción o si se quiere insistir en identificarlo con ella, aclaremos cuando menos que es el delito mismo pero considerado en su aspecto meramente material de "hecho violatorio", de acto u omisión previstos por la ley; prescindiendo de los elementos morales que hayan ocurrido en tal acto y que son parte también de la infracción pero sólo para constituir la responsabilidad, no el cuerpo del delito.

JUAN JOSÉ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, afirma por su parte que el cuerpo del delito está integrado por los elementos materiales aun cuando en

---

[30] FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. Lógica de las Pruebas en Materia Criminal. Cuarta edición. Editorial Temis. Bogota-Colombia, 1997. Pags. 409-411.

[31] ACERO, Julio. El Procedimiento Penal Mexicano. S\E. Editorial Ediciones Especiales del Norte. Sin lugar ni fecha de edición. Pag. 95.

algunos delitos no se dan estos elementos[32]. Sigue diciendo que el cuerpo del delito en el procedimiento penal está constituido por el conjunto de elementos físicos, materiales que se contienen en la definición. Erróneamente se ha entendido por cuerpo del delito, el instrumento con que el delito se ha cometido o el que ha servido al delincuente para su perpetración, o las señales, huellas 0 vestigios que el delito dejó, como lo sería el cadáver del que fue asesinado, el arma con que se le hirió, la tenencia en poder del ladrón de la cosa robada, el quebrantamiento de sellos, etcétera, que no son otra cosa que los efectos resolutivos del delito o los signos de haberse cometido.

La vaguedad en la manera con que se usa este término, nos lleva a confundir el cuerpo del delito con el efecto que produjo el hecho criminoso. El cuerpo del delito no está constituido por las lesiones, el puñal o pistola, o el objeto robado, sino por la existencia material, la realidad misma del delito: de este modo, comprobar el cuerpo del delito es comprobar su materialidad[33].

Hasta nuestros días no existe uniformidad de criterios para designar al cuerpo del delito o aclarar su contenido. Lo cierto de todo ello es que el cuerpo del delito debe ser entendido como el conjunto de los elementos que integran la descripción fáctica contenida en el tipo penal correspondiente. De ahí que para comprobar el cuerpo del delito se requerirá acreditar plenamente todos y cada uno de los elementos que constituyen la materialidad del hecho descrito en la ley penal.

En otras palabras, el cuerpo del delito es una construcción procesal que tiene su precedente inmediato en la parte especial de la parte sustantiva del Derecho Penal.

---

[32] Citado por ROMERO TEQUEXTLE, Gregorio. Cuerpo del Delito o Elementos del Tipo. Causalismo y Finalismo. Segunda edición. O. G. S. Editores S. A. de C. V. México, 1999. Pág. 40.

[33] Citado por DE LA CRUZ AGÜERO, Leopoldo. El Término Constitucional y la Probable Responsabilidad Penal. Los Elementos del Tipo Penal, Jurisprudencia y Práctica. Editorial Porrúa. México, 1999. Pág. 41.

Por mí parte, diré que por cuerpo del delito entendemos al conjunto de elementos que integran la descripción del tipo penal respectivo y conforme a las exigencias de dicha figura en cada caso en concreto.

Por otra parte, se ha afirmado que no es válido hablar de cuerpo del delito, ya que independientemente de que es una construcción añeja que no corresponde a las expectativas actuales del proceso penal, las leyes penales no prescriben delitos, sino conductas contenidas en tipos penales; de ahí que lo que existe en los Códigos Penales sean tipos penales precisamente, pero no delitos.

Por lo que la noción cuerpo del delito no corresponde a lo que se quiere dar a entender en la norma penal. Aceptar que las normas penales preceptúan delitos equivale a sostener que el legislador crea delitos, lo que resulta inaceptable porque entonces el legislador sería un delincuente. Por lo que lo correcto es sostener y afirmar que los tipos son creados por el legislador y el delito se actualiza cuando existe adecuación de la conducta del delincuente al tipo penal respectivo.

Concluyamos esta parte reafirmando que el cuerpo del delito es una construcción procesal que hace referencia a la forma de acreditación del delito cometido.

A) NOCIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

En los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal se señala lo siguiente:

> *"ARTICULO 16 (...)*
> *No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querella de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acreditan el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado".*
>
> *"ARTICULO 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresaran; el delito que se*

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

El cuerpo del delito a lo largo de la historia ha sido entendido de muy diversas maneras, tanto doctrinalmente como jurisprudencialmente hablando y no es novedoso que en la actualidad no exista un consenso sobre lo que deba entenderse por tal. Hasta la fecha se han emitido diversas opiniones y criterios para tratar de esclarecer este concepto, sin embargo todavía no se logra un criterio unificado. Un sector importante de la doctrina se inclina por sostener que el nuevo concepto sustentado por nuestra Constitución es propio de un Estado de derecho autoritario puesto que se han creado las condiciones legales para violar los Derechos Humanos de los gobernados y que tal criterio constituye un retroceso.

En efecto, el cuerpo del delito constituye un retroceso en virtud de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación a la entrada en vigor de las mencionadas reformas empezó a desempolvar las viejas tesis de jurisprudencia relativas al cuerpo del delito que habían pasado de moda y que ahora cobran vigor al parecer con mayor fuerza; entre las que destacan las siguientes:

"Por cuerpo delito, debe entenderse el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refieren solo a la culpabilidad, pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito".

"Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal".

Por otra parte y por lo que se refiere al Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato, el artículo 158, preceptúa que:

"ARTÍCULO 158.- *El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del*

inculpado, como base del ejercicio de la acción, y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos, para darle curso al proceso.

Para efectos de este código, se entenderá por cuerpo del delito el conjunto de elementos que su integración requiera, de acuerdo a su definición legal; y por probable responsabilidad, que las constancias que se hayan recabado acrediten presuncionalmente que el acusado ejecutó el hecho delictuoso o que participó en su comisión.

El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad, se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley."

La trascripción anterior permite apreciar que, en relación a las exigencias para acreditar el cuerpo del delito, se trata de la misma situación que prevé el Código Federal de Procedimientos Penales, pues la doctrina penal reinante ha resuelto con algunas complicaciones lo que se debe de comprender dentro de los elementos materiales u objetivos del cuerpo del delito, y se ha coincidido en que tales elementos reciben tal nombre porque se pueden apreciar a través de los sentidos.

En efecto, el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales establece ahora en su segundo párrafo lo siguiente:

"Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito, así como los normativos, en el caso que la descripción típica lo requiera".

De lo anterior tenemos que el legislador federal lo único que hizo fue remitirse al concepto de cuerpo del delito que había acuñado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en tesis de jurisprudencia pasadas de moda.

Por lo que se refiere a los elementos normativos, podemos decir que son juicios de valor que realiza el juez y que pueden ser de dos clases:

1.- Valoración Jurídica: Esta supone una valoración concreta y específica situación de hecho, pero también comprende una valoración que opera en virtud de criterios contenidos en otras normas jurídicas.

2.- Valoración Cultural: Estas son valoraciones que realiza el juez en función de ciertos usos, valores o costumbres que son obligatorios en un lugar y tiempo determinado y que tienen relación con el comportamiento humano dentro de una sociedad. En efecto, la valoración cultural requiere de una especial apreciación por parte del Juez por lo que se refiere a ciertos usos, costumbres o comportamientos que se dan dentro de una comunidad determinada, que valora o desvalora ciertas circunstancias o hechos.

B) ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y CUERPO DEL DELITO

Sin duda alguna, la construcción elementos del tipo penal que se debe a la teoría finalista de HANS WELZEL ofrece mayores garantías a favor del gobernado acusado de la comisión de un hecho catalogado como delito, al exigir a la autoridad persecutora del delito y al propio juzgador mayores requisitos para tener por acreditada la existencia del delito y de la probable responsabilidad penal del inculpado.

Ahora bien, la construcción cuerpo del delito nace de ideas naturalistas de carácter positivistas, en donde se considera que lo material es lo importante. Por esa razón, el cuerpo del delito corresponde a cuestiones de naturaleza material, objetiva o fenomenológica. En cambio, el tipo penal es el conjunto de elementos que resultan necesarios para la protección de intereses jurídicos.

C) ELEMENTOS OBJETIVOS O EXTERNOS

En primer lugar y cuando la ley hace referencia a tales elementos, se está refiriendo a aquellos sucesos o hechos que pueden ser apreciados o

percibidos por medios de los sentidos y, abandonando el esquema de los elementos del tipo penal, la ley olvida a los elementos subjetivos, los cuales se van a estudiar hasta en la probable responsabilidad penal.

Sin embargo, dentro del esquema del cuerpo del delito, también existen elementos subjetivos, pero distintos del dolo y la culpa, y en ese sentido encontramos en algunos tipos penales a las intenciones, los deseos, los propósitos, etc.

En efecto, existen muchos delitos que pueden ser apreciados a través de los sentidos y la descripción del suceso conforma un medio de prueba que refuerza la existencia material del cuerpo del delito. Cuando se trata de delitos de carácter material, por su efecto como pudieran ser los que atentan contra la vida y la integridad corporal o contra la libertad o el normal desarrollo psicosexual, resulta más fácil la comprobación del cuerpo del delito, sin embargo hay tipos penales cuya descripción no exige resultado material o hay delitos de omisión en que tampoco se requiere de un resultado específico, como en el caso de la omisión de socorro, en cuyo supuesto es más complejo el procedimiento para acreditar la existencia del cuerpo del delito[34].

Comprobar el cuerpo del delito no es otra cosa que acreditar fehacientemente por parte del Ministerio Público, la existencia de los hechos que se subsumen en el tipo penal respectivo, así como sus elementos constitutivos. Conforme a la concepción cuerpo del delito, el Ministerio Público deberá invariablemente acreditar los elementos objetivos necesarios y en su caso contingentes que a continuación se detallan.

Como elementos objetivos necesarios, el Ministerio Público deberá acreditar:

1.- La existencia de la conducta (acción u omisión).

2.- La lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido en la norma penal.

[34] ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo. Cuerpo del Delito y Tipo Penal. Ángel editores. México. 2000. Pág. 41.

Como elementos objetivos contingentes o eventuales, la ley exige que se acrediten los siguientes:

1.- La calidad específica de los sujetos activo y pasivo. Se trata de una especial consideración respecto de ambos sujetos que pueden ser cualidad y/o número.

2.- El resultado material y su atribuibilidad a la acción u omisión.

Por lo que se refiere al resultado material, algunos delitos requieren su acreditación y son aquellos en donde dicho resultado es apreciable a través de los sentidos porque producen un daño efectivo y directo al bien jurídico protegido. En cuanto hace a la atribuibilidad de la acción u omisión, se refiere al nexo o ligamen que debe existir entre la conducta desplegada y el resultado que sobreviene; pero básicamente en esta parte de nuestro Código, el legislador retorno postulados de la teoría de la imputación objetiva que es una corriente de la teoría finalista del Derecho Penal. En ese sentido la imputación objetiva describe aquel juicio por el cual determinado hecho aparece como obra de un sujeto; por lo que la imputación no es más que el intento de delimitar los hechos propios de los acontecimientos accidentales, por lo que cuando se señala que alguien es causante de un determinado hecho, se está afirmando que este acontecimiento es su propia obra, su propia voluntad y no un suceso accidental. En ese plano la voluntad se realiza en el hecho, mediante la capacidad de fijarse propósitos y de dirigir el proceso causal hacia un determinado objetivo, por lo mismo la voluntad domina los acontecimientos de la naturaleza y los transforma en sus propios hechos.

3.- El objeto material

4.- Los medios utilizados

5.- Las circunstancias de lugar, tiempo y ocasión.

6.- Cualquier otra circunstancia objetiva que la ley prevea.

3.3.4.-PROBABLE RESPONSABILIDAD

Por lo que se refiere a la probable responsabilidad penal del indiciado, indudablemente el proceso penal se sustenta en la acreditación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad penal, pues ambos conceptos son básicos. CARLOS FRANCO SODI refiere que habrá indicios de responsabilidad y, por tanto responsabilidad presunta cuando existan hechos o circunstancias accesorias al delito y que permitan suponer fundadamente que la persona de que se trata ha tornado participación en la comisión del delito, ya concibiéndolo, preparándolo o ejecutándolo, ya prestando su cooperación de cualquier especie por acuerdo previa o posterior o ya induciendo a algunos a cometerlo[35].

Por nuestra parte, consideramos que existe probable responsabilidad penal cuando existe correspondencia entre la descripción legal contenida en el tipo penal respectivo y la conducta positiva o negativa desplegada por la persona a quien se atribuye la comisión del hecho delictuoso. Lo anterior significa que para que exista probable responsabilidad penal, debe existir adecuación de la conducta al tipo penal respectivo, como presupuesto básico para poder considerar a una persona indiciaria ente responsable de la comisión de un hecho catalogado como delito en la ley.

A) ORDEN DE APREHENSIÓN

La orden de aprehensión es una resolución dictada por el Juez Penal para justificar la privación de la libertad de una persona de quien se presume ha cometido un delito que la ley sanciona con pena privativa de libertad.

Esta orden de aprehensión, se libra una vez que el Ministerio Público ha ejercitado la acción penal, quien a su vez es el encargado de ejecutarla por conducto de la Policía Ministerial o de la fuerza pública que tenga bajo su mando.

---

[35] 'Citado por GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ADATO DE IBARRA, Victoria. Prontuario del Proceso Penal Mexicano. Octava edición. Editorial Porrúa. México. 1999. pag. 31.

El prestigiado jurista ZAMORA PIERCE, respecto a la orden de aprehensión, afirma que un Estado respetuoso de los Derechos Humanos debe proteger la libertad física de todos los individuos y restringirla únicamente en los casos establecidos previa y limitativamente en la ley, mediante las formalidades que ella establece[36].

El principio fundamental que consagra el segundo párrafo, del artículo 16, de la Constitución Federal, es una regla general que estable que de todas las autoridades del Estado Mexicano, únicamente los Jueces tienen facultades para dictar órdenes para privar de la libertad a una persona; luego entonces, ninguna otra autoridad, llámese militar o civil, federal o local, tienen semejantes facultades. Empero esta regla general que establece que solo los Jueces tienen competencia para librar órdenes de aprehensión como supuesto básico para privar de la libertad a un gobernado, presenta dos excepciones: La flagrancia y la detención urgente por delito grave.

En el primer caso, cualquier persona puede detener al autor de determinado delito en el momento mismo de estarlo ejecutando y; la detención urgente por delito grave, solo el Ministerio Publico puede dictar tal determinación bajo su más estricta responsabilidad, previa la satisfacción de los requisitos que ya con anterioridad se señalaron.

Ahora bien y aun cuando la única facultada para ordenar una aprehensión es la autoridad judicial, esta no puede hacerlo de manera arbitraria; pues solo debe dictar tal orden cuando se encuentran reunidos los requisitos que enumera la Constitución y abstenerse de hacerlo cuando falta alguno de tales requisitos.

B) LA AUDIENCIA PÚBLICA DE LA DECLARACIÓN PREPARATORIA

La declaración preparatoria del inculpado es uno de los primeros actos procesales de la mayor importancia que se realiza ante el Juez Penal dentro

[36] ZAMORA PIERCE, Jesús. Ob. Cit. Pág 67

del periodo preprocesal del procedimiento penal, pues en esta diligencia, el inculpado puede rebatir los cargos y rechazar con toda oportunidad la imputación que se le hace.

La fracción III, del artículo 20, apartado A, de la Constitución General de la República consagra garantías naturaleza procesal en favor del gobernado que se encuentra acusado de la comisión de un delito, estableciendo la existencia de una audiencia pública en la que se consignan obligaciones de hacer que debe cumplir el juzgador dentro del proceso penal. En efecto, dicha disposición Constitucional brinda certeza jurídica al hombre y le da la oportunidad de la defensa dentro del juicio. Tal disposición legal expresa:

> *"Artículo. 20.- En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:*
> *A (....)*
> *III. - Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria".*

Afirma MANCILLA OVANDO[37] que de la anterior trascripción emanan obligaciones expresas para el Juez Penal, que deben ser satisfechas en esta audiencia pública de la declaración preparatoria. Tales obligaciones son las siguientes:

1.- Le dan a conocer al inculpado el nombre de la persona o personas que deponen en su contra, quienes le formularon una denuncia o una querella señalándolo como presunto responsable de la comisión de un hecho señalado en la ley como delito. Lo que significa que harán del conocimiento del inculpado que el Ministerio Público ha ejercitado acción penal en su contra,

[37] MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal. Estudio Constitucional del Proceso. Tercera edición. Editorial Porrúa. México, 1990. Pag. 115

sustentado en una denuncia o querella y si esta se encuentra corroborada por algún medio de prueba.

2.- Le brindarán conocimiento de la naturaleza y causa de la acusación que se le hace, a fin de que conozca el hecho punible que se le atribuye y este en la aptitud de formular su defensa. Por naturaleza de la acusación debemos entender el delito por el se le consignó ante la autoridad judicial. Lo que a su vez significa que le explicarán por qué delito fue consignado, señalando las atenuantes o agravantes que concurran en la conducta.

Le precisara además, con que pruebas se acredita la existencia del delito y de la conducta, debiéndose indicar en que artículo de la ley se cataloga como delito el hecho que se le imputa.

3.- En todo momento, le deberá mostrar el expediente y le permitirá el acceso para el estudio de las constancias, a él o a su abogado, para que el propio inculpado pueda preparar su defensa.

4.- Satisfechas las obligaciones anteriores, el Juez deberá permitir al inculpado rendir su declaración preparatoria si lo quiere hacer; recordemos que en términos de la fracción II, del mismo artículo 20, de la Constitución Federal, entre otras prohibiciones, dispone que el inculpado no podrá ser obligado a declarar. Ahora bien y respecto a la exhortación que en la práctica procesal se estila hacer al inculpado, el maestro PÉREZ PALMA sostiene que es una vieja práctica que existe en los Tribunales que consiste en obligar de alguna formal al inculpado para que confiese su delito, haciéndole creer que la confesión será una circunstancia que disminuirá la pena que en su caso se le llegue a imponer; independientemente de que eso no es rigurosamente cierto, una exhortación así concebida, no es más que una forma de coacción moral, prohibida por la propia Constitución. Consecuentemente, tal práctica debe ser abolida para dejar al inculpado en la más absoluta libertad a que declare en la forma que mejor le convenga o quiera hacerlo[38].

[38] PÉREZ PALMA, Rafael. *Guía de Derecho Procesal Penal. Tercera edición* Cárdenas Editor y Distribuidor. Tijuana. B.C. México, 1991.

En esta audiencia pública, el inculpado podrá oponer las excepciones y defensas que estime convenientes.

Como excepciones se podrán invocar a la prescripción de la acción penal y a la existencia de una causa de exclusión del delito y, como defensas podrá alegar y demostrar que no es el autor de los hechos que se le imputan o que la conducta no está tipificada como delito en la ley. En esta misma audiencia, el inculpado podrá ofrecer toda clase de pruebas para demostrar la validez de sus argumentos y, el juzgador deberá admitirlas y ordenar su desahogo si son de las permitidas, dentro del plazo en que el debe resolver sobre la situación jurídica del propio inculpado, cuando la naturaleza de dichas pruebas lo permitan, con el objeto de no hacer nugatorio el derecho a la defensa.

5.- La declaración preparatoria del inculpado deberá celebrarse en audiencia pública dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes contados a partir del momento en que es puesto materialmente a disposición del Juez Penal.

Por consiguiente, está prohibido que esta audiencia se celebre en secreto o en ausencia de quienes quieran o deban estar presentes, siempre que no se altere el orden o se ponga en peligro la seguridad del juzgado. Así pues, ninguna actuación podrá mantenerse secreta para el inculpado, ya que este y su defensor, tienen acceso a todas y cada una de las constancias que integran el expediente; consecuentemente, pueden leerlas, tomar notas, solicitar copias, etc.

6.- La diligencia de la declaración preparatoria debe comenzar por las generales del inculpado, incluyendo los apodos o sobrenombres que tuviere, el grupo étnico indígena al cual pertenece en su caso, y si habla y entiende bien el idioma castellano, para los efectos de la signación de un traductor o interprete. Asimismo, deberá proporcionar el inculpado sus demás

circunstancias personales, sobre las que deberá allegarse mayores datos el Juez durante la instrucción por imperativo de la ley.

7.- Satisfecho lo anterior, se procede al nombramiento de defensor, haciéndole saber al inculpado el derecho que la propia Constitución le concede para defenderse por sí mismo si lo de sea, aunque esto último difícilmente podría conseguir una adecuada defensa que ahora exige la citada fracción IX, del artículo 20, de nuestra norma fundamental.

Con el ejercicio de la acción penal se inicia formalmente el proceso penal; cuando el inculpado ha sido privado de su libertad personal se desarrollan las demás etapas procedimentales, y será en la audiencia pública de la declaración preparatoria cuando el propio inculpado conteste los cargos al hacer valer el derecho de defensa. Así pues, es en esta audiencia en donde el inculpado podrá formular su defensa por sí o por conducto de su apoderado legal, oponiendo resistencia a la pretensión punitiva del Ministerio Público; por lo que precisada la acción penal y contestado el cargo por parte del propio inculpado, se integra materialmente el litigio en el juicio o proceso penal; con lo que a su vez se brinda al Juez los elementos de prueba que le permitirán resolver sobre la situación jurídica provisional del inculpado dentro del término Constitucional de las setenta y dos horas, o bien para determinar en la sentencia definitiva si se ha probado o no su responsabilidad penal en la comisión de los hechos delictuosos Imputados[39].

C) LA GARANTÍA DE LA DEFENSA DURANTE EL PROCESO PENAL.

La redacción de la fracción IX, del artículo 20, apartado A, de la Constitución Federal, preceptúa que:

> *"IX.- Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consagra esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el Juez le designara un*

[39] MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Ob. Cit. Pag. 99.

defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y este tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera".

De lo anterior resulta que la garantía de la defensa constituye no sólo un derecho sino también una figura indispensable en el proceso penal, y que el defensor deberá ser nombrado aun en contra de la voluntad del inculpado; por la misma razón se afirma que no puede haber proceso penal sin defensor, ya que la defensa más que un derecho es un deber jurídico dentro del proceso penal. En ese sentido, el defensor no es un mandatario porque no tiene un poder, sino es una institución dentro del proceso penal.

La teoría del Derecho Procesal Penal contempla el nombramiento de defensor desde tres puntos de vista:

1).- Como garantía de orden Constitucional;

2).- Como condición obligatoria en el proceso y;

3).- Como asesoría técnica de la defensa material que corresponda al inculpado.

CAPÍTULO

IV

AUTO DE FORMAL PRISIÓN

EL AUTO JUDICIAL QUE RESUELVE DE MANERA PROVISIONAL LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL INCULPADO. Al momento en que el inculpado es puesto a disposición del Juez Penal, ya sea porque se hubiere consignado la averiguación previa con detenido o porque se hubiere ejecutado en su contra una orden judicial de aprehensión, comienza en forma paralela para el Juez a correr dos plazos. El primero de cuarenta y ocho horas para tomarle la declaración preparatoria y un segundo plazo, el de setenta y dos horas para resolver sobre la situación jurídica del mismo inculpado.

Dentro del imperativo "resolver sobre la situación jurídica del inculpado", el Juez Penal deberá dictar cualquiera de los autos siguientes: Auto de formal prisión; auto de libertad por falta de elementos para procesar; auto de sujeción al proceso; auto de no sujeción a proceso; auto de sobreseimiento de la causa y; auto de tutela pública preventiva.

Con excepción del auto de sobreseimiento, las demás soluciones acabadas de citar, resuelven de manera provisional la situación jurídica del inculpado. En efecto, auto de formal prisión resuelve provisionalmente y justifica que continúe la detención del inculpado ante el Juez hasta en tanto se dicta la sentencia que ponga fin al juicio; el auto de libertad por falta de elementos para procesar, si bien deja en libertad al inculpado, también deja abierta la posibilidad de que por datos posteriores que suministre el Ministerio Público, se pueda proceder nuevamente en su contra y se libre orden de reaprehensión; el auto de sujeción a proceso, aun cuando sólo sujeta al inculpado al proceso, pero no le priva de su libertad personal por tratarse de delitos sancionados con pena alternativa, también es provisional, pues concluye en la sentencia definitiva que se llegue a dictar; el auto de no sujeción a proceso produce los mismos efectos que el auto de libertad por falta de elementos para procesar, la diferencia estriba en que el primero es de efectos contrarios al auto de sujeción al proceso y el segundo de efectos contrarios al auto de formal prisión. En cambio, el auto de sobreseimiento, produce los efectos de una sentencia absolutoria. El Juez podría dictar un sobreseimiento como resolución de término en aquellos casos en que se encuentre acreditada una causa de exclusión del delito; se encuentre prescrita la acción penal o la persona encausada sea menor de edad, es decir, inimputable.

4.1 Concepto

El auto de formal prisión es una resolución judicial de carácter provisional que resuelve la situación jurídica de un inculpado al fenecer el plazo Constitucional de las setenta y dos horas, por encontrarse acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal del inculpado.

La locución autodetermina su naturaleza de acto procesal proveniente de la autoridad judicial, de conformidad con el artículo 88, del Código de Procedimientos Penales del Estado. Determina al mismo tiempo al órgano del Estado que de manera exclusiva lo puede producir y que él es órgano jurisdiccional.

El dictado del auto de formal prisión constituye una de las formalidades esenciales del procedimiento, por lo que no puede ser válido un proceso si no dicta esta resolución por parte del Juez Penal. En ese orden de ideas, el auto de formal prisión representa el respeto de la libertad del gobernado frente al poder público, significando por ello una serie de derechos fundamentales del individuo, que impiden al mínimo la posibilidad de someterlo al proceso de manera indebida.

Por otra parte, LEOPOLDO DE LA CRUZ AGÜERO, refiere que por auto de formal prisión se entiende a la resolución que como consecuencia de la acción penal ejercitada por el Ministerio Público decreta el órgano Jurisdiccional en contra de un sujeto, dentro del término de setenta y dos horas a partir de que fue puesto a su disposición, en cuya resolución interlocutoria se fijan concretamente los elementos del cuerpo del o los delitos y la probable responsabilidad penal del inculpado, ilícitos por los que ha de proseguirse la causa penal, así como la determinación de la situación en que ha de quedar la libertad personal de dicho indiciado[40].

[40] DE LA CRUZ AGÜERO, Leopoldo. El Término Constitucional y la Probable responsabilidad Penal. Ob. Cit. Pags. 13 y 59.

4.2 Naturaleza Jurídica

En cuanto a la naturaleza jurídica del auto de formal prisión, MANCILLA OVANDO[41] afirma que es un acto de autoridad dentro del proceso penal, que presenta las características siguientes:

a).- Constituye un acto declaratorio del juzgador en el sentido de que existen motivos bastantes para convertir la detención judicial del inculpado en prisión preventiva.

b).- Que se sujeta a proceso penal al acusado por el delito o los delitos por los cuales ejercitó acción penal el Ministerio Público.

c).- Ordena que se abra el juicio en su período de instrucción y se brinde a las partes el derecho a ofrecer pruebas, para demostrar cada quien la veracidad de sus argumentos.

4.3 Requisitos Constitucionales

La redacción del artículo 19, de la Constitución Federal, dispone:

> *"Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del termino de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos que acrediten el cuerpo del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de este...* "

De lo anterior se desprende que para tener validez Constitucional, el auto de formal prisión, debe satisfacer las formalidades y requisitos siguientes:

a).- El auto de formal prisión debe resolver la situación jurídica del inculpado en términos de la acusación formulada por el Ministerio Público al ejercitar la acción penal y sin que el Juez Penal pueda ir más allá de la situación

[41] MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Ob. Cit. Pág. 99.

jurídica del órgano de acusación. Lo que significa que el auto de formal prisión que se llegue a dictar debe ser exactamente por el delito cuya petición previamente realizó el Ministerio Público y no podrá dictar esta resolución por otro diverso delito, aunque de autos se encuentre acreditado el cuerpo del delito si por ilícito no se ha ejercitado acción penal, lo que a su vez quiere decir que el Juez no puede rebasar la acusación formulada por el Ministerio Público.

b).- El auto de formal prisión deberá dictarse en un término perentorio de setenta y dos horas, contados a partir del momento en que el indiciado fue puesto materialmente a disposición del Juez. Esta es una garantía de plazo para la emisión del auto de formal prisión, con la finalidad de evitar detenciones excesivas ante la propia autoridad jurisdiccional, una vez formulada la consignación con detenido por parte del Ministerio Público o ejecutada la orden judicial de captura.

La ausencia del auto de formal prisión, por no haberse dictado o por formularse fuera de las setenta y dos horas, producirá la libertad absoluta del inculpado, al concluir las tres horas a que se refiere el propio artículo 19, de la Constitución Federal, cuando preceptúa:

> *"Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado, deberán llamar la atención del Juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculpado en libertad".*

El hecho de que se dicte el auto de formal prisión dentro del proceso penal permite al gobernado gozar de las garantías del hombre consagradas en la Constitución Federal, como formalidades esenciales del procedimiento; estas garantías son limitantes a los poderes públicos, por constituir espacios jurídicos de libertad del pueblo de México, a los que no renuncio al erigirse en Estado Soberano.

c).- El auto de formal prisión deberá contener:

1.- El delito que se impute al inculpado y sus elementos constitutivos;

2.- Las circunstancias de ejecución, de tiempo y lugar y;

3.- Que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal del propio inculpado. Independientemente de que en la fase correspondiente toco al Ministerio Público analizar estos elementos; el Juez ahora ya en esta parte, tiene la obligación ineludible de volver a analizarlos a efecto de estar en condiciones de emitir su resolución de término.

AMPLIACIÓN DEL TÉRMINO CONSTITUCIONAL DE LAS SETENTA Y DOS HORAS. En la fracción VIII, del artículo 20, Apartado A, de la Constitución Federal, el plazo de las setenta y dos horas que el Juez tiene para resolver la situación jurídica del inculpado puede ser renunciado por este o su defensor, y en consecuencia pedir su ampliación, siempre que esta petición se encuentre fundada en recabar mayores elementos de prueba que sean tornados en consideración por parte del Juez. La parte relativa es la siguiente:

"…salvo que solicite mayor plazo para su defensa"

Ahora bien, consideramos que esta ampliación del término Constitucional de las setenta y dos horas puede ser concedido por parte del Juez de la causa por otras veinticuatro, treinta y seis o setenta y dos horas más, dependiendo de la naturaleza y el tiempo que se requiera para recabar las pruebas cuyo desahogo solicite el inculpado o su defensor.

No olvidemos que esta obligación del Juez de emitir el auto de formal prisión dentro del plazo a que se refiere el artículo 19, que se comenta, constituye un imperativo; por lo que si no se ha solicitado tal ampliación, no puede dejar de hacerlo, pues el Juez no tiene facultades para decretarla de oficio, porque tal prerrogativa sólo la tiene el inculpado o su defensor. Por el contrario y aun cuando el auto de formal prisión debe ser dictado dentro de las setenta y dos

horas siguientes, de ninguna manera significa que el Juez pueda dictarla dentro de un plazo perentorio que no permita aportar elementos de prueba para demostrar la inocencia del inculpado respecto de los hechos imputados o que se le deje en estado de indefensión; pues para dictarla, el Juez debe cerciorarse que previamente se hubiere recibido la declaración preparatoria o que exista constancia que el inculpado no quiso hacer uso de este derecho.

Esta ampliación del término Constitucional de las setenta y dos horas se encuentra regulado en el artículo 151, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato.

4.4 Efectos Que Produce

Los efectos que produce el auto de formal prisión se resumen en los siguientes:

a).- Sirve de base al proceso: Significa que el auto de formal prisión, al dejar acreditada la existencia de los elementos que integran la descripción típica del delito respectivo y la probable responsabilidad penal del inculpado, da paso a la iniciación propiamente del proceso penal y al periodo de instrucción.

b).- Fija tema al proceso: Quiere decir que el auto de formal prisión fija claramente el delito o los delitos por los cuales se va a seguir tramitando el proceso, con la finalidad de que el sujeto activo del delito tenga conocimiento de ello y pueda seguir planteando su defensa contra los argumentos del Ministerio Publico. En otras palabras, esta resolución determina con precisión tanto los hechos que se imputan al inculpado, como el delito que se configura.

c).- Justifica la Prisión Preventiva: El auto de formal prisión es una garantía que la Constitución consagra en favor del gobernado para justificar la continuación de la privación de su libertad personal; por lo que dictada esta resolución, se inicia la prisión preventiva que va a durar hasta que el Juez dicte la sentencia definitiva de primera instancia. La prisión preventiva es la medida cautelar más penosa y más dura que se puede imponer a una persona que no ha sido declarada todavía culpable del acto antisocial que se le atribuye, pero que es

necesaria frente a la comisión del delito y en atención a las presunciones que surgen de las primeras diligencias practicadas por el Ministerio Público. Este auto de formal prisión declara al inculpado presunto responsable de la comisión del delito que se le atribuye; presunción que admite prueba en contrario dentro del periodo de instrucción. Lo que equivale que el inculpado, quien a partir de este momento deja de serlo para convertirse en procesado, puede demostrar su inocencia contra esa presunción de culpabilidad.

d).- Cumple con el término Constitucional: La existencia del auto de formal prisión prueba o demuestra el cumplimiento del Juez respecto a la obligación que tiene para resolver sobre la situación jurídica del indiciado dentro de las setenta y dos horas que el artículo 19, de la Constitución Federal le impone como obligación. Esta exigencia se cumple materialmente cuando dicha resolución es notificada a las partes[42]. Finalmente, el auto de formal prisión debe contener el lugar y hora en que se pronuncia; así como la fecha, la especificación de la persona en contra de quien se dicta y el delito que se atribuye y; el nombre el Juez, el de su secretario y las correspondientes firmas rubricas de tales funcionarios.

[42] QUINTANA VALTIERRA, Jesús y CABRERA MORALES, Alfonso. Manual de Procedimientos Penales. Editorial Trillas. México, 1995. Pag. 64

CAPÍTULO

V

REFORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA PENAL

5.1 Las Iniciativas Constitucionales

La reforma constitucional del proceso penal de 2008 ha sido producto de un proceso detenido, plural y de acercamientos progresivos hacia el consenso. Efectivamente, esta reforma a la norma primaria fue precedida de múltiples iniciativas que no llegaron a fructificar, pero que sirvieron de útiles antecedentes para el proyecto definitivo, me referiré brevemente a ellas en la imposibilidad de conocerlas en detalle.

De este modo, en 2004 se presentaron dos iniciativas que no llegaron a dictaminarse. En 29 de marzo de ese año, el entonces presidente Fox presentó una iniciativa que puede calificarse de claroscuros, en tanto declaraba su propósito de instaurar un nuevo proceso acusatorio, pero exhibía también diversos resabios inquisitorios. Poco después, el diputado Miguel Ángel García Domínguez, a nombre del Partido de la Revolución Democrática, presentó a su vez una iniciativa que describió la larga trayectoria del proceso penal inquisitivo, así como presentó un diagnóstico y propuestas para la reforma de la justicia penal.

El tema de la reforma del proceso penal continuó vivo en el debate nacional, pero fueron ahora diversas entidades federativas que emprendieron interesantes y novedosos experimentos. Para introducir un juicio de marcado carácter acusatorio y oral, se reformaron los Códigos de Procedimientos Penales de Nuevo León, 28 de julio de 2004, así como del Estado de México, enero de 2006, en tanto que se expidieron nuevos códigos en la materia en Chihuahua, junio de 2006 y Oaxaca, publicado el 9 de septiembre de 2006. Otros estados de la República siguieron ese derrotero. Se trató de un acontecimiento jurídico encomiable, los estados que usualmente esperaban la inspiración central, se colocaron ahora como pioneros para favorecer una nueva justicia penal.

A su turno, los poderes ejecutivo y legislativo federales otorgaron prioridad al tema y presentaron distintas iniciativas.

En este sentido, el 13 de marzo de 2007, el presidente Felipe Calderón presentó una iniciativa de reforma penal ante la Cámara de Senadores, que si bien hacía una declaración de principio a favor de un sistema penal acusatorio y de la oralidad, concedió mayor importancia a diversas medidas de política criminal y para enfrentar la delincuencia organizada, fenómeno que no ha podido detenerse y que está desafiando a las instituciones encargadas de la seguridad.

Por su parte, en la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión legisladores de distintos partidos políticos presentaron diez iniciativas que motivaron y condujeron a una reforma todavía más profunda del proceso penal. Las referidas iniciativas fueron objeto de dictamen por ésta Cámara el 10 de diciembre de 2007. Con motivo de la aprobación de éste dictamen, se entabló en 2008 un intenso diálogo e intercambio de minutas entre las Cámaras de Diputados y Senadores, que condujeron a la aprobación en esta última del proyecto definitivo de reforma el 28 de febrero del año referido, mismo que a su vez fue también aprobado sin modificaciones por las legislaturas locales. La reforma procesal penal constitucional se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008.

Puede afirmarse que la reforma del proceso penal ha sido, en general, bien acogida y despertado muchas esperanzas en los mexicanos. Sin embargo, precisa señalar también que varias de las modificaciones constitucionales aprobadas han suscitado también críticas y riesgos que deben considerarse. Se trata de una reforma calificada como de luces y de sombras, para que aquéllas puedan iluminar nuevos senderos en el proceso penal, se requiere todo el respaldo del Estado mexicano, un trabajo tesonero en la legislación secundaria y adecuado proceso de implementación.

Entre los aciertos de la reforma pueden destacarse los siguientes: nuevo proceso acusatorio y oral; principios procesales modernos y democráticos; derechos del imputado mejor definidos; derechos del ofendido y de las víctimas acrecentados; incorporación de los jueces de control y de sentencia; mecanismos

alternos para la solución de controversias; mejoramiento del sistema de defensoría pública; atenuación del monopolio de la acción penal del Ministerio Público, con criterios de oportunidad y acción privada.

Se han señalado también algunos riesgos evidentes: el descenso del estándar probatorio para la orden de aprehensión y en el ahora llamado auto de vinculación a proceso; los poderes todavía excesivos del Ministerio Público, sin haberse pronunciado sobre su tan necesaria autonomía; la ambigüedad respecto de la prisión preventiva y la desaparición de la libertad provisional bajo caución; la duración de los procesos penales que se mantiene dentro de los mismos parámetros; el régimen establecido para la delincuencia organizada, que de excepcional puede expandirse en el proceso penal.

Los desafíos para implementar un sistema penal acusatorio y oral serán enormes, la comunidad nacional y en particular la comunidad jurídica deberán estar muy alertas. Indudablemente, en esta gran tarea jurídica para la que se ha señalado un plazo de ocho años, las legislaturas federal y locales tendrán una responsabilidad crucial y definitiva, de ellas dependerá que los códigos de procesos penales que se expidan para adecuarse a la reforma sean resultado de un debate inteligente, abierto y constructivo.

Habrá que estar muy pendientes; sin embargo, de la manera en que se lleve a cabo la reforma, pues como bien apunta Vargas Viancos, en varios de los países latinoamericanos las reformas procesales penales fueron hechas sin prever los cambios organizacionales necesarios para su funcionamiento, su requerimiento de personal, las nuevas condiciones de infraestructura necesarias, sobre todo se careció de una estrategia de implementación que permitiera monitorear el proceso y hacer los ajustes correspondientes; especialmente relevante fue la desatención al cambio cultural que tales reformas entrañan.

Los Temas Principales de la Reforma.

Como se expresó en los dictámenes legislativos, la reforma constitucional en materia procesal penal obedece a la necesidad de establecer un nuevo sistema de procuración e impartición de justicia, en virtud de que la actual tiene serios problemas de diseño y operativos que lo hacen ineficiente e injusto. Se requiere por ello transitar de un proceso inquisitivo a un proceso penal acusatorio y predominantemente oral. Se confía que la reforma permitirá al Estado mexicano suministrar una respuesta adecuada a la grave crisis que atraviesa la justicia penal y que todos los sectores políticos y sociales reconocen.

Los principales aspectos de la reforma se pueden sintetizar de la manera siguiente: a) establecimiento del proceso acusatorio; b) principios procesales; c) derechos del imputado; d) derechos del ofendido y de la víctima; e) orden de aprehensión y auto de vinculación a proceso; f) precisiones procesales y terminológicas; g) modificaciones al Ministerio Público; h) nuevo perfil del órgano jurisdiccional; i) mecanismos alternos de solución de controversias; j) delincuencia organizada; k) sistema nacional de seguridad pública.

5.2 El Nuevo Sistema Acusatorio

Se han establecido en la Constitución los principales elementos para un sistema penal acusatorio y oral, que se corresponda con el Estado democrático y garantista de nuestro tiempo. El modelo acusatorio se ha incorporado sustancialmente en modificaciones efectuadas a los artículos 16 a 21 de la Constitución general de la República.

En el artículo 20 constitucional se encuentra el núcleo de la reforma que establece un nuevo proceso penal. En este precepto, se determina que el proceso penal será acusatorio y oral, se enuncian, asimismo, los principios, las características y los derechos de las partes en el mismo. Tales determinaciones es preciso insertarlas en la concepción del proceso acusatorio su sentido moderno, en el que la oralidad actúa como una característica predominante, dado que no puede prescindirse en ningún sistema procesal de pruebas y evidencias escritas.

Para entender el sistema acusatorio es preciso confrontarlo con el sistema inquisitorio, ambos de lejano origen histórico pero con repercusiones hasta nuestros días.

El sistema acusatorio se desenvuelve entre los griegos y romanos, aunque renace en la época moderna. Se caracterizó por el poder de acusación privado, igualdad entre las partes, oralidad y publicidad del debate, apreciación libre de los elementos de convicción, continuidad en el procedimiento y conclusión de éste en vía de síntesis.

Por su lado, el sistema inquisitivo tuvo un origen canónico y monárquico, predominó en el proceso común europeo de los siglos XII al XVII. Este sistema era esencialmente escrito, falto de inmediación, prevalecía el secreto y la dispersión de los actos procesales, había monopolio de la acusación y el juez actuaba dentro del régimen de prueba legal.

Como a ambos sistemas se les señalaron ventajas y defectos surgieron también en diversos países los denominados sistemas mixtos.

En tales circunstancias, cuando la norma constitucional declara que el proceso penal será acusatorio y oral, se inserta en la tendencia hacia un derecho penal democrático, iniciada después de la Revolución Francesa y que ha sido un esfuerzo continuado para corregir los excesos del sistema inquisitivo. Esta tendencia aspira a instituir un proceso acusatorio predominantemente oral, público, con inmediación entre los sujetos procesales, concentración de los actos del proceso y valoración de la prueba conforme a la sana critica. Desde luego ello no implica —y precisa insistir— que deje de haber constancia escrita de las diferentes actuaciones judiciales, así como que desaparezcan las pruebas documentales u otros medios de convicción similares.

Ahora bien, se han delineado en los dictámenes de los legisladores y en las normas constitucionales los nuevos papeles que deben jugar los actores en el proceso: el Ministerio Público deberá desempeñarse ahora sólo como parte

acusadora, con versátil actuación y estrategia en sus tareas; la defensa requerirá mejorar, para ello los defensores públicos gozarán de adecuado estatus constitucional y a los defensores privados se les exigirá mayor profesionalidad; el órgano jurisdiccional será menester que actué como un efectivo director del proceso, al inicio controlará y supervisará la instrucción, después asumirá las tareas del juzgamiento con distinto titular; en fin, en el centro de la escena, el imputado y el ofendido ejercitarán sus correspondientes derechos.

Es verdad que se sentaron las bases para un proceso penal acusatorio en la nueva regulación de los artículos 16 a 20 constitucionales, aunque todavía quedaron en dicho proceso rasgos inquisitivos importantes. Obviamente, los contornos definitivos dependerán en mucho de la legislación secundaria que se expida para implementar la reforma constitucional, que ojalá supere las ambigüedades y errores técnicos que se perciben en el texto que entró en vigor.

No solo eso, para que los nuevos roles de los actores del proceso penal puedan asumirse con éxito, se requiere de profundos cambios en varios aspectos, así en la infraestructura material y administrativa, en el andamiaje institucional y en los recursos humanos, en los propios miembros del foro y en los usuarios del servicio. Es indispensable también para tales cambios actualizar nuestra cultura jurídica; construir un nuevo paradigma para la enseñanza procesal en las facultades de derecho, así como en la formación y capacitación de los operadores judiciales.

Los cambios deben aportar defensores preparados para la oralidad y la negociación, agentes del Ministerio Público que sean eficaces investigadores y manejen con propiedad los criterios de oportunidad, así como jueces que dirijan de manera efectiva el proceso y no se aíslen en la comodidad de su despacho. Obviamente, todos estos perfiles en los actores procesales solo pueden obtenerse si el paradigma de la enseñanza legal y de la carrera judicial se modernizan y renuevan de manera radical.

A) LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL

En el artículo 20 constitucional, en el encabezado y en el apartado A, se recogen los principios generales, alternativos y específicos del proceso penal. El sistema acusatorio se consagra expresamente al empezar el referido precepto, donde se señala: "El proceso penal será acusatorio y oral". En seguida, se expresa que el proceso penal "se regirá por los principios de publicidad, concentración, continuidad e inmediación". Más adelante, el apartado A titulado "De los principios generales" recoge varios de esos principios, introduce otros y también disposiciones procedimentales.

Para entender mejor la parte inicial y el propio apartado A del artículo 20 constitucional se requieren de algunas explicaciones adicionales

Precisa advertir, en primer lugar, que existen diversos puntos de vista y muchas divergencias sobre los principios generales del proceso. Como quiera, puede decirse que usualmente han sido conceptuados como "criterios o ideas fundamentales, contenidos en forma implícita o explícita en el ordenamiento procesal". Tales principios dan forma y carácter a los sistemas procesales y son resultado de una larga evolución histórica, en otras palabras, "son reglas que dominan, encauzan, explican el proceso. Reglas derivadas de la ciencia y de la experiencia".

Se han vertido distintas clasificaciones de los principios generales. Así es conocida la siguiente clasificación: principios básicos, que son los comunes a todas las ramas del derecho procesal; particulares, que se orientan hacia un sector del derecho procesal; alternativos, que representan generalmente una opción (oralidad o escritura, inmediación o mediatez, etcétera). Se suele también hablar de principios políticos y técnicos del proceso, aquéllos establecen o dominan la orientación del enjuiciamiento y los segundos son reglas para la organización práctica del proceso.

Un primer asunto consiste en dilucidar si el principio de oralidad es tal o una simple característica del proceso como dice el legislador, aunque nos parece que pueden ser las dos cosas. Efectivamente, los principios de oralidad y de escritura se les ha denominado alternativos, en cuanto si en un proceso predomina el uso de la palabra hablada sobre la escrita rige el principio de oralidad, como se pretende ahora que suceda en el proceso penal, pero si prevalece el empleo de la palabra escrita sobre la hablada rige el principio de la escritura, como así sucede en los juicios ejecutivos mercantiles. En otros términos, el legislador mexicano ha optado en la reforma procesal penal a favor de que prevalezca el principio de la oralidad y ahora el proceso penal que se implante tendrá la característica de ser predominantemente oral.

Los principios que se enuncian también en el encabezado del artículo 20 constitucional pueden calificarse, en nuestra opinión, de básicos o políticos, en virtud de que pueden aplicarse a cualquier sistema procesal penal, como enseguida se percibe: a) principio de publicidad, todo acto jurisdiccional debe ser público, salvo que existan razones fundadas en la protección de las víctimas o del interés público; b) principio de contradicción, las partes podrán debatir los hechos y argumentos jurídicos de la contraparte, y controvertir cualquier medio de prueba durante el proceso; c) principio de concentración, el desahogo de las pruebas, el desarrollo del debate y la emisión de la resolución deben ocurrir en un mismo acto procesal; d) principio de continuidad, la presentación, recepción, y desahogo de las pruebas, así como todos los actos del debate, se desarrollarán ante el juez y las partes en una audiencia que será continua, sucesiva y secuencial, salvo los casos previstos por la ley.

Finalmente, en el apartado A se encuentran principios generales, principios particulares para el proceso penal y algunas disposiciones complementarías, así tenemos: a) principio de la verdad histórica, porque el proceso penal tiene por objeto "el esclarecimiento de los hechos", fracción I; b) se reitera el principio de inmediación y se introduce el postulado de que la valoración de la prueba debe realizarse de manera libre y lógica, esto es, la valoración razonada o de la sana critica, fracción II; c) se dispone que en la sentencia solo se

consideren como pruebas las desahogadas en la audiencia de juicio, con excepciones para la prueba anticipada, fracción III; d) se ratifican los principios de publicidad, oralidad y contradicción, así como la separación del juicio en dos etapas, fracción IV; e) principio de igualdad de armas para la acusación y la defensa, pero dejando la carga de la prueba a la primera, fracción V; f) principio de imparcialidad y regla preventiva contra la práctica de que ningún juzgador puede tratar asuntos que están sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, fracción VI; g) terminación anticipada del proceso penal, fracción VII; h) el juez solo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado, fracción VIII; i) nulidad de la prueba lícita, fracción IX, y j) los principios procesales se observarán también en las audiencias preliminares al juicio, fracción X.

B) DERECHOS DEL IMPUTADO

Para estar acordes con el nuevo proceso acusatorio se han también reformulado y enriquecido los derechos del imputado en el apartado B del artículo 20 constitucional.

Los derechos del imputado a que se refiere el apartado B son los siguientes: a) presunción de inocencia, esto es, que la culpa y no la inocencia de un imputado debe ser demostrada, este derecho aunque no estaba expresamente establecido en el texto constitucional, se consideraba implícito en éste y se había aceptado en diversos instrumentos internacionales, fracción I; b) derecho a guardar silencio, el imputado puede declarar cuando lo desee, sin que el silencio sea indicio de culpabilidad en su contra, fracción II; c) derecho a que se le informe en su detención, como cuando comparece ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten, fracción III; d) derecho de ofrecimiento de pruebas y auxilios para desarrollarlas, fracción IV; e) derecho a ser juzgado en audiencia pública por un órgano jurisdiccional unitario o colegiado, fracción V; f) derecho a la información, es decir, que le sean facilitados todos los datos que se soliciten para su defensa y que consten en el proceso, fracción VI; g) plazo razonable para el juicio, se preserva la regla de que el imputado sea juzgado

antes de cuatro meses cuando se trata de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años y antes de un año si excede de ese tiempo, fracción VII; h) defensa adecuada por abogado, eliminándose la tradicional figura de la persona de su confianza, fracción VIII; i) limitaciones para la prisión preventiva, no puede prolongarse por falta de honorarios u otra prestación de dinero, no puede exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley para el delito que motiva el proceso, no puede ser superior a dos años salvo que se haya prolongado por el ejercicio de derecho de defensa del imputado, fracción IX.

Una precisión pertinente hace el magistrado Ojeda Bohórque sobre el derecho del imputado previsto en la fracción VII, apartado B, del artículo 20 constitucional, en el sentido de que si la duración de los procesos penales fue un argumento para cambiar el sistema anterior, los plazos máximos para que un imputado sea juzgado no solo se dejan tal cual estaban antes, sino que contradictoriamente en la fracción IX del propio apartado B se dice que la prisión preventiva podrá durar todavía más, hasta dos años.

Otra precisión adecuada se refiere a la desaparición de la libertad bajo caución en el apartado B del artículo 20 constitucional. A este respecto juzgadores federales han apuntado que con la supresión de dicha libertad caucional desparece no solo una garantía individual, sino un derecho humano establecido en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo que necesariamente tendrá que regular la ley secundaria para evitar la prisión preventiva, tal vez de manera diferente, pero tendrá que establecer una figura similar.

C) DERECHOS DEL OFENDIDO Y DE LA VÍCTIMA

Al ofendido y en general las víctimas, que se les consideraba los grandes ausentes del proceso penal, ahora adquieren importantes derechos que les permiten participar en éste de manera más relevante. Se pretendió por el legislador dar reconocimiento al ofendido o a la víctima "como un auténtico sujeto

procesal", para que pueda intervenir directamente en el juicio e interponer los recursos en los términos que establezca la ley. El propósito del legislador es generoso, aunque equipara el término jurídico ofendido con el de víctima que tienen distinto sentido y alcance, ofendido en sentido jurídico es el sujeto pasivo del delito, quien resulta vulnerado en el bien jurídico que el delito afectó, en tanto que víctima es un concepto más amplio, tiene un sentido jurídico también más criminológico, quien resiente algún daño en sus derechos y expectativas, lesión actual o futura en el terreno de sus intereses legítimos, con motivo del delito perpetrado.

Se ha dedicado el apartado C del artículo 20 constitucional para señalar los derechos del ofendido y de la víctima: a) recibir asesoría jurídica, ser informado de sus derechos y del desarrollo del procedimiento penal, fracción I; b) coadyuvar con el Ministerio Público, intervenir en juicio e interponer recursos legales, fracción II; c) recibir atención médica y psicológica de urgencia, fracción III; d) de reparación del daño, con el agregado de que la víctima u ofendido puede también solicitarlo directamente, así como con la indicación de que el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido un fallo condenatorio, fracción IV; e) resguardo de su identidad y otros datos personales cuando sea menor de edad o se trate de delitos en que sea necesaria su protección, fracción V; f) derecho a solicitar medidas cautelares y providencias para protección y restitución de sus derechos, fracción VI; g) derecho a impugnar ante la autoridad judicial las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal, suspensión del procedimiento u omisiones del Ministerio Público en la investigación de delitos, fracción VII.

Íntimamente ligado con el apartado C que hemos analizado está el artículo 17 constitucional, párrafo sexto, que ha previsto establecer un sistema integral de defensoría pública, servicio que demanda cualquier proceso acusatorio para funcionar con eficacia y que indudablemente fortalecería los derechos de las víctimas. Precisamente, en el referido párrafo sexto, se dispone ahora que la Federación, los estados y el Distrito Federal, deberán garantizar la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población; asegurarán asimismo

las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores, cuyos emolumentos no pueden ser menores de los que corresponden al Ministerio Público.

D) ORDEN DE APREHENSIÓN Y AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO

Un tema preocupante es el descenso del "estándar de prueba" para librar las órdenes de aprehensión y los autos de vinculación a proceso (antes llamados de "formal prisión", expresión que el legislador estimó correctamente de cuño inquisitorio y eliminó). En los dictámenes legislativos se expresó que exigir la tradicional comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad para ambos eventos procesales, era demandar un estándar probatorio excesivo, por lo cual solo bastaban ciertos datos de que se ha cometido un hecho delictuoso y la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

De esta manera, en el artículo 16, párrafo segundo, se indica ahora que solo la autoridad judicial podrá librar la orden de aprehensión, siempre que preceda denuncia o querella de un hecho que la ley señale y sancione como delito con pena privativa de libertad, así como "obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el iniciado lo cometió o participó en su comisión". Esta modificación constitucional es cuestionable y puede ser riesgosa, en virtud de que en el nuevo contexto Ministerio Público y jueces de control pueden volver tan laxa la exigencia para emitir la orden de aprehensión que faciliten atentados contra la libertad y los derechos humanos, amén de que las expresiones cuerpo del delito y probable responsabilidad tenían un significado semejante al que ahora se utiliza en la norma constitucional.

Se ha modificado en el artículo 19 constitucional la expresión auto de formal prisión para sustituirla por la de auto de vinculación a proceso. Para la expedición de este auto de vinculación señala el mencionado precepto, en su primer párrafo, se requiere como en la orden de aprehensión, que existan "datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión".

Según el legislador la expresión auto de formal prisión implicaba la idea de una coacción, que por lo general llevaba aparejada alguna afectación de derechos, por ello decidió variarla por la de auto de vinculación a proceso. Es cierto que ésta expresión quizá suena mejor a un oído lego, pero técnicamente es inapropiada como lo ha señalado el distinguido jurista Sergio García Ramírez, cuyo volumen sobre la reforma constitucional reciente es de consulta obligada, porque hablar de que alguien se haya "vinculado a un proceso, esto es, relacionado, asociado, ligado a él, es por lo menos equívoco", en virtud de que están relacionados con el proceso no sólo el inculpado, sino "el propio juzgador, el Ministerio Público, el defensor, los sujetos de la prueba, etcétera".

Desde otro punto de vista, precisa también advertir que en la regulación constitucional anterior se distinguían con claridad dos momentos procesales, la orden de aprehensión y el auto de formal prisión, para los cuales se exigía distinto nivel probatorio, ahora en el nuevo texto se piden los mismos requisitos para ambos eventos procesales. Déjese tomar en cuenta que un auto de vinculación a proceso tiene implicaciones mucho más serias para el indiciado y sus derechos humanos, además, debe considerarse también que en el intervalo de las setenta y dos horas podrían haberse recibido pruebas favorables a éste o alguna excluyente de incriminación, y que no necesariamente serían eficaces porque se exige el mismo estándar probatorio para el referido auto de vinculación y la orden de aprehensión.

E) PRECISIONES PROCESALES Y TERMINOLÓGICAS

Se han también deslindado algunos conceptos procesales y hecho algunas precisiones terminológicas.

Para explicitar el concepto de flagrancia, el legislador quiso señalar su alcance que comprende desde el momento de la comisión del delito hasta el periodo inmediato posterior en que haya persecución física del involucrado, esto es, dicho concepto abarca ahora tanto la flagrancia propiamente dicha como la denominada cuasi flagrancia, no así la flagrancia equiparada que otorga plazos

más largos y da lugar a abusos de la autoridad. De éste modo, en el artículo 16 constitucional, párrafo cuarto, se dice ahora que "Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido", con la obligación para dicha persona de ponerlo a disposición de la autoridad sin demora. Se ha previsto que existirá un registro inmediato de la detención.

Para la orden de cateo se otorga ahora mayor facilidad, pues en el párrafo décimo del artículo 16 constitucional, se ha suprimido el término "escrita" que antes se requería para dichas órdenes. El propósito del legislador es darle celeridad en la resolución de los pedimentos que el Ministerio Público hace al juez para estas medidas cautelares, por ello se visualiza que puedan ser en forma oral, sin perjuicio de que el documento respaldo de la autorización puede enviarse al mismo tiempo o de forma diferida para constancia.

En las comunicaciones privadas que son inviolables, párrafo onceavo del artículo 16, se ha establecido una excepción para cuando sean aportadas en forma voluntaria por los particulares que participen en ellas, en éste caso el juez valorará su alcance siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún otro caso, se agrega, se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.

Se han establecido en el artículo 19 constitucional, segundo párrafo, nuevas reglas para la prisión preventiva, ésta se permite que la solicite ahora el Ministerio Público cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado está siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. Se pretende mediante estas nuevas reglas desterrar el abuso de la prisión preventiva, que había crecido todavía más con la introducción del sistema de delitos graves, que prácticamente "colonizó" los ordenamientos penales, situación que se propone remediar a través

de aplicar la prisión preventiva solo en el caso de los delitos de delincuencia organizada y de los delitos graves que se enumeran en la norma constitucional.

Se ha recogido también el principio de la determinación de la pena en el artículo 22 constitucional, primer párrafo, donde se indica que "Toda pena debe ser proporcional al delito que sanciones y al bien jurídico protegido", se pretende con ello que el legislador secundario, al momento de determinar las penas, busque la congruencia entre la sanción y la importancia del bien jurídico que se tutela, así, entre mayor sea la afectación, la pena deberá ser mayor y viceversa.

Se hicieron varias precisiones terminológicas en el artículo 18 constitucional. En el párrafo primero de dicho precepto se sustituyó la expresión "pena corporal" por la de "pena privativa de libertad", en razón de que aquella expresión comprendía tanto la pena privativa de la libertad como la pena de muerte, habiéndose esta última erradicado. En el párrafo séptimo del propio artículo se ha cambiado la denominación de reo por sentenciado, por tratarse de un vocablo infamante y para adecuar la terminología constitucional a los tratados internacionales. Por último, también se ha substituido, y no para mejorar, en el segundo párrafo del mismo artículo la expresión "readaptación social" por "reinserción social", aquélla tenía un contenido más generoso e implicaba mayor responsabilidad para el Estado, en tanto que ésta implica el solo hecho de que el sentenciado se incorpora de nuevo a la sociedad.

5.3 El Ministerio Público

Un aspecto de la reforma que despierta preocupación y deja pendientes es el Ministerio Público, institución que desde implantada pretendió corregir los abusos de los jueces instructores decimonónicos. Infortunadamente, la institución ministerial no ha dado en la práctica los resultados apetecidos, su eficacia en la investigación por múltiples razones ha sido más que deficiente, además, provisto de excesivas facultades en la averiguación previa, a su voluntad queda el curso de ésta y el propio destino de cualquier indiciado.

Aunque el legislador en la reforma constitucional que se comenta afirmó que se pretendía disminuir "el protagonismo" del Ministerio Público, así como corregir que la averiguación previa se haya convertido en un "mini juicio", sus propósitos no llegaron del todo a la norma, antes bien con las facilidades que se le brindan ahora para obtener la orden de aprehensión, el descenso de los estándares de prueba para la formal prisión, así como los criterios de oportunidad que se le han otorgado, puedan hacerlo todavía una figura más poderosa e incluso temible.

Ojalá que la legislación secundaria que se emita logre conformar la figura de un Ministerio Público renovado, que mejore su trabajo en la investigación y se convierta en un eficaz acusador y representante social. Ojalá también que los contrapesos al Ministerio Público, representados en el juez de control y en un moderno sistema de defensoría logren también el ansiado equilibrio procesal.

Para el ejercicio de la acción penal y para librar la orden de aprehensión, como ya lo dijimos, mucho se ha criticado el propósito del legislador de descender el "estándar de prueba", ahora solo basta que "obren datos" de que se ha cometido un hecho señalado como delito y que "exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o haya participado en su comisión". Para descender el referido estándar de prueba, el legislador enderezó sus críticas a la reforma que exigió comprobar los elementos del delito por su elevado nivel probatorio, así como la noción de cuerpo del delito por las disparidades que tal concepto originó, aunque cabe señalar que tal concepto era ya claro para la jurisprudencia y la doctrina mexicana. El poder que se concede al Ministerio Público para ejercitar la acción penal y para obtener las órdenes de aprehensión con un nivel probatorio mucho más bajo, puede dar lugar en la práctica a frecuentes y serios abusos.

Una facultad novedosa y de suma importancia es la contemplada en el artículo 21, párrafo séptimo, que indica que el Ministerio Público "podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal en los supuestos y condiciones que fije la ley". Esta reforma se hizo con el propósito según el legislador de atenuar el principio de "oficiosidad" (en realidad de

legalidad), para evitar la sobrecarga del sistema de justicia en delitos menores, mismos a los que se aplicarían los criterios de oportunidad, en tanto los recursos disponibles se aplicarían para perseguir los delitos que más ofenden y lesionan a los bienes jurídicos de mayor jerarquía. Si bien este propósito puede tener justificación, el evidente peligro es que bajo estos criterio de oportunidad el Ministerio Público se torne aún más protagónico y pueda incluso negociar impunidades, habrá que ser muy escrupulosos en la regulación de dichos criterios.

Otra facultad también novedosa es la acción penal privada que se contempla en el párrafo segundo del artículo 21, en el cual después de ratificar que el titular del ejercicio de la acción penal ante los tribunales es el Ministerio Público, se expresa "La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial". Mediante esta nueva facultad se pretende atenuar el monopolio de la acción penal de que ha gozado tradicionalmente al Ministerio Público, para que la persecución procesal en ciertos delitos que pueden llamarse "privados", dependa en mayor medida del interés del ofendido, y no del Ministerio Público, que orientará sus esfuerzos hacia la persecución de delitos en lo que el interés general prevalece.

Finalmente, un pendiente innegable que deja la reforma es no haberse ocupado de la autonomía del Ministerio Público, institución que en tanto carezca de independencia para el ejercicio de sus funciones dependerá en mucho de distintas influencias. Desde hace tiempo se ha venido pugnando por la autonomía de las procuradurías, cuyos titulares tienen una dependencia demasiado estricta del presidente de la república y de los gobernadores de los estados, hay general consenso que tanto para el nombramiento como para la remoción de los procuradores deben establecerse procedimientos mucho más abiertos y que garanticen mayor independencia a dicha institución.

A) NUEVO PERFIL DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL

Ha adquirido el órgano jurisdiccional un nuevo perfil, ahora se desdobla en juez de control y juez de sentencia. Actuará el juez de control hasta el

auto ahora llamado de vinculación a proceso, en tanto que ante el juez de sentencia se producirá el debate oral, se desahogarán las pruebas y se pronunciará la resolución correspondiente. El texto constitucional, desafortunadamente, amplio en muchos sentidos, no delinea tales aspectos procesales de manera precisa; tampoco menciona dicho texto al juez de ejecución aludido en los trabajos legislativos previos.

Pese a ello, es un acierto plausible de la reforma constitucional haber introducido la figura del juez de control, para supervisar la legalidad y mantener el equilibrio de las partes en el proceso. Esta figura tiene sus antecedentes en el juez instructor europeo, y más cercanamente en el juez de garantías chileno y otras figuras similares de otros países latinoamericanos, aunque con ciertas diferencias.

Los jueces de control, como se expresa en el artículo 16, párrafo décimo tercero, se establecerán en los poderes judiciales del país, tanto en el orden local como en el federal, desempeñarán una doble función, de garantía y de conocimiento.

En su función de garantía, como se expresa en el artículo 16, párrafo décimo tercero, tales jueces resolverán "las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de la investigación de la autoridad que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos". Dentro de este mismo cometido, los jueces de control se ocuparán también de las impugnaciones de las resoluciones de reserva, no ejercicio de la acción penal, el desistimiento y la suspensión de la acción penal, para también de esa manera salvaguardar los derechos de las partes.

Pero a los jueces de control les corresponderá también una función de conocimiento, que sería sustanciar las audiencias preliminares al juicio (incluidos los procesos abreviados), obviamente también intervendría cuando hubiese composición entre el inculpado y la víctima para resolver el litigio penal. Si así no fuese, el juez cerraría la instrucción y formularía la acusación

correspondiente, mediante el auto ahora llamado de vinculación a proceso y que abriría la etapa de juicio.

En la etapa de juicio corresponde intervenir al juez de sentencia, previsto en el artículo 20 constitucional, apartado A, fracción X, mismo que es menester no haya conocido del juicio previamente. Ante este juez de sentencia se presentarían los argumentos y los elementos probatorios de manera pública, contradictoria y oral. Las sentencias, señala el artículo 17 constitucional, párrafo IV, que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.

En síntesis, la tarea del juez en el proceso penal será ahora más compleja y delicada. Habrá un juez de control en los poderes judiciales federales y locales que, por una parte, garantiza de que las medidas cautelares y otras que solicite el agente del Ministerio Público se controlan conforme a la ley, y por otra, que le incumbe efectuar los actos procesales necesarios para preparar el juicio, a través de audiencias preliminares que conducen al auto de vinculación a proceso o al de libertad. Por otra parte, en cuanto a la etapa de juicio se celebra ante un juez diferente, que no debe haber conocido del caso, como lo previene el artículo 20 constitucional, inciso A, fracción IV; ante éste juez de sentencia la presentación de documentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral.

5.4 Mecanismos alternos de solución de controversias

Otra innovación muy meritoria de la reforma se encuentra en el artículo 17 constitucional, párrafo tercero, en el cual se precisa: "que las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán las reparación del daño y establecerán los caso en que se requerirá supervisión judicial".

Los mecanismos alternos principales que vienen aplicándose en los procedimientos orales que están en vigor en los códigos locales son los siguientes: a) criterios de oportunidad, que se aplican a hechos ilícitos de menor jerarquía y que no afectan el interés público; b) juicio abreviado, cuando el imputado admite el hecho ilícito que se le atribuye, sea solicitado por el Ministerio Público en la audiencia donde se dicta el auto de vinculación a proceso y no haya oposición fundada de la víctima u ofendido; c) acuerdos reparatorios, que consisten en un pacto o arreglo entre el imputado y la víctima, que se aplican sobre todo en los delitos culposos o de contenido patrimonial; d) suspensión del proceso a prueba, en el cual el juez fija el plazo y las condiciones bajo las cuales se suspende el proceso y aprueba el plan de reparación del daño propuesto por el imputado, si transcurre el plazo sin que la suspensión haya sido revocada, se extingue la acción penal y el tribunal dicta el correspondiente sobreseimiento.

5.5 Delincuencia Organizada

Se ha establecido un régimen jurídico de excepción para la llamada delincuencia organizada, mismo que ahora se define en el artículo 16 constitucional, párrafo octavo, entendiéndola como "una organización de hecho de tres o más personas para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia". Se adicionó también la fracción XXI del artículo 73 para dar atribución al Congreso Federal para legislar en materia de delincuencia organizada, con lo cual dicha materia se federaliza y las entidades federativas no podrán legislar en este aspecto.

Cuando se actualice la delincuencia organizada se permiten ahora constitucionalmente una serie de medidas restrictivas, régimen especial que ha sido calificado de un sistema penal de "dos velocidades" o de "doble justicia penal"; habría entonces un sistema general garantista democrático y preponderantemente acusatorio y un sistema menos garantista, menos democrático y parcialmente acusatorio para combatir a la delincuencia organizada.

Los problemas que plantea este doble tratamiento es que este derecho del enemigo se diversifique y resulte en una flexibilización inconveniente para las garantías y los derechos fundamentales de todos los ciudadanos.

En esta dirección, diversas normas constitucionales delinean el régimen de la delincuencia organizada: 1) arraigo de una persona hasta por cuarenta y cinco días, que podrá prorrogase sin que pueda exceder de ochenta días, cuando sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o exista riesgo de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia, artículo 16 constitucional, párrafo séptimo; 2) ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial, este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada, artículo 16, párrafo noveno; 3) para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales, pudiéndose restringir las comunicaciones de los inculpados y sentenciados con terceros, salvo el acceso a su defensor así como imponer medidas de vigilancia especial, artículo 18 constitucional, párrafo noveno; 4) el juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos por medios violentos con armas o explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación el libre desarrollo de la personalidad o de la salud, artículo 19 constitucional, segundo párrafo; 5) si habiéndose dictado el auto de vinculación, el inculpado evade la acción de la justicia o se pone a disposición de un juez en el extranjero se suspende el proceso y los plazos para la prescripción de la acción penal, artículo 19 constitucional, párrafo sexto; 6) extinción de dominio para la delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, respecto de bienes que sean instrumentos, objeto producto del delito, hayan sido utilizados para su comisión o que estén a nombre de terceros pero haya elementos para suponer que son productos de dicha delincuencia, artículo 22 constitucional, párrafo segundo.

5.6 Sistema Nacional de Seguridad Pública

Con el propósito de mejorar este sistema se hicieron reformas a diversos artículos constitucionales, así en el artículo 21, primer párrafo, se dispone ahora que "La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquel en el ejercicio de esta función"; tal modificación, por una parte con el ánimo de subrayar que ambas instituciones tienen a su cargo la función de investigación, y por otra, se varia la redacción anterior, que indicaba que el Ministerio Público "se auxiliaría con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato", expresión ésta a nuestro juicio más conveniente y enérgica.

Se han también efectuado en el artículo 21 constitucional, párrafo noveno, modificaciones para: delimitar conceptualmente el concepto de seguridad pública, remarcando que las instituciones a cargo de esta función deben regirse también por los principios de "objetividad" y "respeto a los derechos humanos".

Para la coordinación del Ministerio Público y de las instituciones de seguridad pública de los tres órdenes de gobierno, en el artículo 21 constitucional, décimo párrafo, se han establecido las bases mínimas siguientes: a) regulación de la selección, ingreso, formación, permanencia, evaluación, reconocimiento y certificación de sus integrantes; b) establecimiento de datos criminalísticos y de personal, ninguna persona podrá ingresar a dichas instituciones si no ha sido debidamente certificada y registrada en el sistema; c) formulación de políticas públicas para prevenir la comisión de delitos; d) participación de la comunidad, que podrá coadyuvar en los procesos de evaluación de las instituciones de seguridad pública y de sus políticas; e) los fondos de ayuda federal para seguridad pública se aportarán a las entidades federativas y municipios, para ser destinado exclusivamente a esos fines. Se complementa esta disposición con una adición al artículo 73, fracción XXIII, que faculta al Congreso federal para legislar de conformidad con tales bases mínimas, así como con la modificación al artículo 115 constitucional, fracción VII, que sigue disponiendo que la policía preventiva estará al mando del presidente municipal, en "los términos de la ley de seguridad pública

del estado", para cuando menos homologar la materia al interior de cada entidad federativa.

Finalmente, en el artículo 123, apartado B, fracción XIII, segundo párrafo, se dispone que los agentes del Ministerio Público, los peritos y los miembros de las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno, podrán ser separados de sus cargos si no cumplen con los requisitos que las leyes exigen para permanecer en dichas instituciones o son removidos por incurrir en responsabilidad. Si por la cualquier causa se termina el servicio y es declarada injustificada por la autoridad jurisdiccional, el Estado solo está obligado a pagar la indemnización y prestaciones de ley, no así a la reincorporación al servicio. Para el personal del Ministerio Público, de las corporaciones policiales y de los servicios periciales, de sus familias y dependientes, se instrumentarán sistemas complementarios de seguridad social.

CONCLUSIONES

ARTÍCULO 16

Como se mencionó en supralíneas, el citado artículo se modifica para reducir los requisitos de la orden de aprehensión; limitar los supuestos de flagrancia; constitucionalizar el arraigo para los casos de delincuencia organizada; definir qué se entiende por ésta última; ampliar los supuestos autorizados de interceptación o intervención de comunicaciones privadas, así como introducir los jueces de control; pero para lo que importa en el presente estudio, solo se analizará lo pertinente a la orden de aprehensión.

A) LA ORDEN JUDICIAL DE APREHENSIÓN

En el dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales de Justicia de la Cámara de Diputados del 10 de diciembre de 2007, se propone reducir el nivel de prueba necesario para la emisión de la orden de aprehensión, para lo cual se suprimen los requisitos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad. La expresión cuerpo del delito fue introducida en el artículo 19 de la Constitución de 1917, como un requisito para que pudiera expedirse el auto de formal prisión. No se previó originalmente que el artículo 16 para la orden judicial de aprehensión, lo que motivó que la Suprema Corte de Justicia de la Nación considerara que para dictar la orden de aprehensión no era requisito que se acreditara el cuerpo del delito.

Era la época en la que se decía que un vaso de agua y una orden de aprehensión no se le niegan a nadie. A pesar de que el texto original del artículo 16 no se refería al cuerpo del delito, si se exigía que la orden judicial de aprehensión estuviese precedida de una denuncia o querella de un hecho determinado que la ley castigara con pena privativa de la libertad, que estuviese apoyada por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por datos que hicieran probable la responsabilidad del inculpado.

En el texto reformado por el decreto de 18 de junio de 2008, se suprimen los requisitos del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad. En

su lugar, el párrafo reformado señala que para que se pueda librar la orden judicial de aprehensión se requiere sólo que "obren datos que establezcan que se ha cometido" el hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad, "y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. Frente al concepto de cuerpo del delito, que otorga a los justiciables la seguridad jurídica que no se procederá contra ellos si no hay datos que acrediten o prueben el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos que en el caso de que la descripción típica lo requiera, el nuevo texto elude hablar de prueba y de requisitos específicos que deban ser probados para que pueda librarse la orden judicial de aprehensión. En vez de acreditar el cuerpo del delito, el texto exige sólo que obren los datos que establezca que se ha cometido el hecho delictivo, es decir, la reforma no sólo reduce lo que se llama estándar de la prueba, sino que prácticamente elimina cualquier requerimiento de prueba, al señalar que sólo deben haber datos que establezcan, y no que prueben o acrediten, que se ha cometido el hecho delictivo, sin indicar qué elementos del hecho delictivo deben quedar establecidos por tales datos.

Por otro lado, el texto anterior del párrafo segundo del artículo 16 exige que existan datos que hagan probable la responsabilidad del indiciado, es decir, que tales datos sean suficientes para hacer verosímil, razonablemente creíble, la participación del inculpado en la comisión del delito. La misma palabra indiciado designa a la persona que los indicios señalan como probable responsable de la comisión del delito. El tercer párrafo del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales dispone que "la probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito y no exista a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de responsabilidad". El concepto de probable responsabilidad requiere de pruebas o cuando menos indicios que permitan afirmar que la persona contra la cual se gira el orden judicial de aprehensión participó en el hecho delictivo.

En el texto reformado del párrafo segundo del artículo 16 constitucional la prueba de la probable responsabilidad del indiciado se sustituye

por los simples datos que establezcan “que existe la probabilidad de que el indiciado” cometió el hecho delictivo o participó en su comisión. No se requieren pruebas ni siquiera indicios, sino solo datos, pero no para que acrediten la probable responsabilidad del indiciado, sino simplemente que exista la probabilidad de que el indiciado haya cometido el hecho delictivo: es decir, prácticamente la probable responsabilidad se convierte en el texto reformado en la simple existencia de la posibilidad de que el inculpado haya participado en el hecho delictivo.

Es evidente que la supresión de cuerpo de delito y de probable responsabilidad se va a facilitar enormemente el libramiento de las órdenes judiciales de aprehensión; pero también es claro que el texto reformado no ofrece ninguna seguridad jurídica para que tales órdenes no sean liberadas en contra de las personas que no hayan participado en la comisión de los supuestos hechos delictivos.

ARTÍCULO 19

Las modificaciones a este precepto constitucional consisten básicamente en que se cambia el nombre de auto de formal prisión, para llamarlo **auto de vinculación al proceso**, y se establecen nuevas bases para regular la prisión preventiva. Estas reformas entrarán en vigor hasta que la legislación ordinaria, ya sea la Federación o de las entidades federativas, establezca el sistema procesal “penal” previsto en el Decreto del 18 de junio de 2008, conforme lo dispone su artículo segundo transitorio.

A) EL AUTO DE VINCULACIÓN AL PROCESO

En el dictamen de la Comisiones unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia de 10 de diciembre de 2007 se pretende justificar el cambio de denominación en los siguientes términos:

En esta reforma se modifica el nombre tradicional de auto de sujeción a proceso para sustituirlo por el de auto de vinculación al

proceso. La idea de sujeción denota justamente una coacción que por lo general lleva aparejada una afección de derecho; en cambio, vinculación únicamente de refiere a la información formal que el ministerio público realiza al indiciado para los efectos de que se conozca puntualmente los motivos por los que se sigue una investigación y para que el juez intervenga para controlar actuaciones que pudiera derivar en la afectación de un derecho fundamental…

El primer error en que incurre el dictamen consiste en que el llamado auto de vinculación no sustituye sólo al auto de sujeción a proceso, sino sobre todo el auto de formal prisión, al que no hace ninguna referencia. En sentido estricto, el auto tradicional y de mayor relevancia práctica es el auto de formal prisión, el cual fue regulado desde la Constituciones de 1917, en tanto que el auto de sujeción a proceso se introdujo en el artículo 19 de la constitución hasta la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 3 de septiembre de 1993, si bien ya se encontraba previsto con anterioridad en los códigos de procedimientos penales. El auto de formal prisión se dicta cuando el delito por el que se va a seguir el proceso tiene señalada una pena privativa de libertad; el de sujeción al proceso, cuando la pena no es privativa de libertad o es alternativa.

Si bien es cierto que la expresión auto de formal prisión no comprende todas las funciones procesales tiene dicho auto, por lo que resulta inadecuado, al momento de decidir su sustitución habría resultado preferible utilizar expresiones que formen parte de la cultura jurídica mexicana, tales como auto de sujeción al proceso o bien la denominación española de auto de procesamiento.

La palabra vinculación, además de ser completamente ajena al proceso penal mexicano, carece de significado que el dictamen pretende atribuirle. En el Diccionario de la lengua española se señala que vinculación es acción y efecto de vincular o vincularse, y que vincular, en el derecho, quiere decir “sujetar o gravar los bienes a vínculo para perpetuarlos en empleo o familia determinados

por el fundador", así como "asegurar, atar con prisiones"[1]. En consecuencia, la expresión auto de vinculación está muy lejos de tener el significado que los autores de la reforme pretenden darle y su utilización para sustituir el nombre de resoluciones que forman parte de la cultura jurídica mexicana no parece obedecer más que a una decisión autoritaria, caprichosa, de los autores de la reforma.

Al igual que ocurrió con la reforma al artículo 16, en el presente artículo se sustituyen los conceptos de cuerpo de delito y de probable responsabilidad para en su lugar señalar que en el auto de vinculación a proceso se expresarán "los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión".

En este contexto, si bien los autores de la reforma intentaron modificar los artículos mencionados en pro de una mejor aplicación de la Ley, lo cierto es que, como se mencionó, ésta se encuentra incompleta, pues faltan demasiados aspectos que definir, ya que se le otorgan facultades casi ilimitadas a la autoridad. Debo decir que **sí existió un cambio**, como se planteó al principio de este estudio, sin embargo este fue direccionado erróneamente, es decir, solo se querían reformar artículos que en sí lo necesitaban, pero fueron pensados rápidamente derivado de la presión social ante la falla del sistema inquisitivo, destruyendo el estado de derecho que actualmente existe en el país, pues además de necesitar la infraestructura para poder llevar acabo los juicios de manera correcta, se requiere del personal correcto para llevar a cabo las investigaciones, situación que tampoco existe en el país.

---

[1] Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, 22ª. Ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001, t. II, p.p. 2303.

Bibliografía

ADATO GREEN VICTORIA. **DERECHOS DE LOS DETENIDOS Y SUJETOS A PROCESO**. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2000. p.p. 78

ARAGÓN MARTÍNEZ MARTÍN. **BREVE CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL**. 4ª. ed. Oaxaca, Oaxaca.2003.p.p.299

ARELLANO GARCÍA CARLOS. **TEORÍA GENERAL DEL PROCESO**. 2da. ed. Ed. Porrúa. Universidad de Texas. 1980. p.p. 472

ARTEAGA NAVA ELISUR. **DERECHO CONSTITUCIONAL**. 2da ed. Ed. Oxford. México 1999.p.p. 84

BAILÓN VALDOVINOS ROSALÍO. **DERECHO PROCESAL PENAL**. Ed. Limusa. México D.F. 2003. p.p. 196

BENEBENTOS OMAR ABEL. **TEORÍA GENERAL DEL PROCESO**. Tomo I. Ed Juris. Rosario, Argentina, 2002. p.p. 183

BURGOA IGNACIO. **DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO**. 5ta. ed. Ed. Porrúa. México 1984. p.p 1028

CARPIZO JORGE Y OTRO. **DERECHO CONSTITUCIONAL**. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F. 1991

COLÍN SÁNCHEZ GUILLERMO. **DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES**. Ed. Porrúa. México. 1984. p.p. 687

GONZÁLEZ LLANES MARIO A. **PROCEDIMIENTOS PENALES.**. 2da. ed. Ed. FISCALES ISEF. México. 2003. p.p. 67

J. PUPPIO VICENTE. **TEORÍA GENERAL DEL PROCESO**. 7ma. ed. Ed. Universidad Católica Andrés, Bello. Caracas. 2008. p.p. 372

MALDONADO VENEGAS LUIS. **LECCIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL**. 2da. ed. Ed. Porrúa. México. 2002. p.p. 436.

PAVÓN VASCONCELOS FRANCISCO HERIBERTO. **DERECHO PENAL MEXICANO**. PARTE ESPECIAL. 4ta. ed. Ed. Porrúa. México 2000. p.p. 467

ROJAS GÓMES MIGUEL ENRIQUE. **TEORÍA DEL PROCESO**. Ed. Universidad Externado de Colombia. Colombia. 2004. p.p. 345

TENA RAMÍREZ FELIPE. **DERECHO CONSTITUICIONAL MEXICANO**. 39ª. ed. Ed. Porrúa. México 1980. p.p. 651

LEGISLACIONES

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Constitución Política
ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Código Penal Adjetivo

OTRAS FUENTES

Revista Jurídica UNAM. Las reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución.
Revista de la Judicatura Federal. Separación del auto de vinculación a proceso y la prisión preventiva. Jaime Allier Campuzano
Internet. Sistemas de Enjuiciamiento Inquisitivo y Mixto.
Revista Jurídica UNAM. El Procedimiento Penal en México en materia común: Hacia una modelo integral de su funcionamiento en la práctica. Edgar R. Aguilera.
Jurídica-Anuario. Sobre la Teoría General del Proceso. Fernando Flores García
Revista Jurídica. Poder Judicial del Estado de Nayarit. No. 50. Año 6, Julio. Septiembre 2006
Tesis. Universidad de Bogotá. 2003. La resistencia del sistema penal inquisitivo. Perspectiva histórico-jurídica. María Helena Ordoñez Gómez. Diego Mauricio Cano Murillo.