

11 879309
UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE

FACULTAD DE DERECHO

Con Estudios Incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México

CLAVE: 879309



" EFECTOS DEL AUTO DE SOLTURA "

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

Jakeline del Carmen Chavero Flores

ASESOR DE TESIS: LIC. FRANCISCO GUTIERREZ NEGRETE

287889

CELAYA, GTO.

NOVIEMBRE DEL 2004.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS

A Dios mi Señor:

Porque es y será siempre mi amigo inseparable, es la luz que ilumina cada día de mi vida, cuando más lo necesito siempre ésta a mi lado, sabe de mis metas y fracasos, dándome siempre las fuerzas para afrontarlos con sabiduría y entereza, si no fuera por él jamás hubiese alcanzado esta meta de mi vida, ni muchos otros proyectos que he logrado.

A mi Mamá:

Quien me dio la vida, pero no solo eso, sino que me ha dado los principios y valores que me rigen, ella significa para mí muchas cosas, siempre ha estado a mi lado, me ha dejado aprender de mis errores, pero siempre está ahí a la deriva para brindarme su mano, por ella soy lo que soy, una mujer y una profesionalista de bien. Sin duda alguna mi Madre es para mí la mejor.

A mi Papá:

A quien admiro y respeto por ser un hombre que pese a las adversidades y carencias que tuvo desde niño, ha sabido enfrentarlas muy bien, me ha enseñado a trabajar día a día con honradez, he aprendido de él que para obtener algo en ésta vida, se debe a veces sacrificar algunas cosas, me ha enseñado a ser productiva, pero sobre todo me ha enseñado a nunca dejarme vencer.

A mi Tía Licha:

Porque a pesar de estar lejos de mi vida, fue factor fundamental para poder concluir esta Tesis, ella sabe que la quiero mucho, pero hay algo que le admiro y ese algo, es que ha sabido abrirse paso en la vida sin temor alguno, me hace mucha falta, ya que cuando la tuve probablemente no la supe valorar tanto, sin embargo le aprendí algo que es básico para ser feliz, "amar sin condición".

A mis Tías: Nena y Kitty

Quienes han sido no sólo eso, mis tías, sino que han sido mis mejores confidentes, son mujeres emprendedoras, que pese a los obstáculos que se les han puesto en su camino, los han vencido con mucho valor, mi Tía Kitty es una alma de Dios, siempre ha sido muy sentimental, pero ello no le quita que ha sabido hacer frente a todo y a todos por su pequeña hija; mi Tía Nena es de carácter fuerte, a veces un tanto energética, pero es algo que le admiro porque sólo así se tiene carácter, ella tiene muchas cualidades que sería difícil enumerar.

A mis Hermanos: Francisco Javier y Emmanuel

Porque a pesar de ser hermanos somos tan diferentes, los quiero mucho a pesar de que casi nunca nos ponemos de acuerdo en algo, hemos tenido grandes diferencias como hermanos, pero yo espero que mis pocas experiencias les sirvan de peldaño en sus vidas, deseo de todo corazón que Dios mi señor, les ayude a seguir por el buen camino, que no se dejen vencer ante nada ni ante nadie, que sepan la gran satisfacción que me embarga ahora que he culminado mi Carrera Profesional, pero sobre todo la satisfacción que sientes nuestros Padres, así que deseo que esta misma satisfacción se repita con Ustedes.

A Dany:

Mi amiga incondicional, me ha apoyado mucho, cuando es momento de hablarme con la verdad lo hace, desde que la conozco ha estado al pendiente de mí, me ayudo a superar muchos de mis temores, siempre ha tenido una palabra de aliento para mí, un sabio consejo, en fin le agradezco su Amistad, porque hay muy pocas amigas como ella. Hay algo que le aprendí, y lo cual aplique a mi vida: "Vive el momento, y si después hay que sufrir, hazlo, pero no dejes las cosas bellas de tu vida a un lado por temores absurdos".

A mis Amigas de la Universidad: Carmen, Arlette, Moni y Adris

Compañeras inseparables, juntas vivimos momentos maravillosos, pero también pasamos épocas difíciles, en el transcurso de nuestra Carrera tuvimos altas y bajas como todos los amigos, pero es gracias a nuestra Amistad, que los vencimos, actualmente ya casi no nos vemos, pero seguimos unidas por el corazón, ya que no nada más compartimos un aula de clase o una Carrera juntas, sino compartimos mucho más.

A Oscar Luis:

Quien llegó a mi vida en el momento preciso, cambio mi destino por completo, a pesar de estar lejos por ahora, la distancia entre nosotros no ha sido obstáculo alguno, me ha apoyado muchísimo, es un hombre increíble, amoroso, tierno, comprensivo, en fin tiene un sin límite de cualidades que siempre busque en alguien, me impulso a continuar con esta Tesis, me ha enseñado a no ser cobarde ante los problemas que se me han presentado, pero sobre todo me ha enseñado a no temerle al Amor.

Al Lic. Roberto Navarro González:

Por el cual curse esta Carrera de Derecho, ya que desde pequeña le admire, siempre quise ser como él, pues a pesar de su basta preparación, es una persona por demás sencilla en su trato, amable y sobre todo afectiva, espero algún día poder llegar tan lejos como él.

**A mi Asesor de Tesis:
Lic. Francisco Gutiérrez Negrete.**

A quien le debo esta satisfacción, pues a parte de ser mi Asesor fue un ejemplo a seguir en mi Carrera, aprendí mucho de él, aunque a veces es algo enérgico, eso me ayudo mucho a saber defenderme, a no quedarme con el conocimiento adquirido, sino día a día adquirir más conocimientos, a tomarle amor al estudio, pero sobre todo a dominar mis nervios ante un público, jamás lo olvidare.

A mis Catedráticos de ésta mi Universidad:

Porque no nada más se limitaron a ser mis Maestros, sino que siempre fueron grandes amigos, en quienes me pude apoyar, y quienes me dieron las bases fundamentales para poder sobrellevar esta profesión tan linda que tengo.

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I

DERECHO CONSTITUCIONAL

Páginas:

1.1 Concepto de Constitución.....	1
1.2 Partes de la Constitución.....	3
1.3 Concepto de Garantía Individual	4
1.4 Clasificación de las garantías individuales y definición de cada una.....	6
A. Garantía de Igualdad.....	6
B. Garantía de Libertad.....	7
C. Garantía de Propiedad.....	7
D. Garantía de Seguridad Jurídica.....	7
1.5 El artículo 23 Constitucional	9

CAPITULO II

JURISDICCION, COMPETENCIA Y ACCION

2.1 Concepto de Función Jurisdiccional	11
--	----

2.1.1 Elementos que integran la Función Jurisdiccional	12
A- Notio	12
B- Vocatio	12
C- Juditio	12
D- Coertio o Ejecutivo	13
2.2 Concepto de Proceso.....	13
2.3 Concepto de Procedimiento.....	13
2.4 Concepto de Juicio.....	14
2.5 Concepto de Litigio.....	14
2.6 Jurisdicción y Competencia	14
2.6.1 Competencia Objetiva	15
A-Competencia Federal, Local, Estatal o	
Común.....	16
B- Competencia por Territorio.....	16
C- Competencia por Materia.....	16
D- Competencia por cuantía o importancia del asunto	17
E- Competencia por grado	17
2.6.2 Competencia Subjetiva.....	18
A- Los Impedimentos.....	18
B- La Excusa.....	19
C- La Recusación.....	19
2.7 Naturaleza Jurídica del Proceso.....	19
I- Teorías Privatistas.....	19
A- Teoría de Proceso del contrato	20

B-Teoría del Proceso del Cuasicontrato	20
C-Teoría de la Pluralidad de Relaciones	21
D-Teoría de la Entidad Jurídica Compleja	21
E-Teoría de la Institución	22
II-Teorías Publicistas	23
A-Teoría de la Relación Jurídica Procesal	23
B- Teoría de la Situación Jurídica Procesal	23
2.8 Presupuestos Procésales	27
2.9 Los Presupuestos Procesales en relación con la Demanda	32
2.10 La acción	32
A-Teoría de la Acción como Tutela Concreta	33
B-Teoría de la Acción como Derecho a la Jurisdicción	34
C-Teoría de la Acción como Derecho Potestativo	35
D-Teoría de la Acción como Derecho Abstracto de	
Obrar	35

CAPITULO III

EL PROCEDIMIENTO PENAL

3.1 Definición de Derecho Procesal Penal, Derecho de Procedimientos Penales y de Proceso Penal	38
3.2 Periodos del Procedimiento Penal: averiguación Previa, Instrucción, Juicio, y Sentencia	41

3.3 Limites, Fines y Contenido de cada uno de los Periodos en que Manuel Rivera Silva divide al Procedimiento Penal.....	42
3.4 Fines del Procedimiento	47

CAPITULO IV

AVERIGUACION PREVIA

4.1 Averiguación Previa. Su iniciación	49
4.2 La Denuncia y sus Requisito.....	53
4.3 La Querella o Acusación y sus requisitos.....	55
4.4 Fines de la Averiguación Previa: Comprobación del Cuerpo del Delito y la Probable Responsabilidad.....	57
4.5 Elementos del Tipo Penal.....	58
4.5.1 Elementos Objetivos.....	58
A- Conducta	58
B- Resultado.....	58
C- Nexo Causal.....	59
D- Especiales Formas de ejecución.....	59
E- Modalidades de Lugar, Tiempo, Modo u Ocasión.....	59
F- Respecto al Tiempo.....	59
G- Modo u Ocasión.....	59
H- Objeto.....	59
4.5.2 Elementos Subjetivos.....	60

4.6 La Determinación e inicio del Periodo de la Instrucción.....	61
4.6.1 Termino Constitucional: Que comprende	
consignación, declaración preparatoria y formas de	
resolver la situación jurídica del indiciado	61
A-Auto de Formal Prisión.....	65
B-Auto de Sujeción a Proceso	66
C-Auto de Soltura o por falta de elementos para	
procesar.....	66
4.6.2 Periodo de Instrucción en Estricto Sentido ...	67
4.7 Periodo de Juicio.....	68
4.8 Ejecución de la Sentencia en Materia Penal.....	71

CAPITULO V

ANALISIS DE LA ULTIMA GARANTIA DE SEGURIDAD JURIDICA

DEL ARTICULO 23 CONSTITUCIONAL

5.1 Acepiones que integran la última garantía de Seguridad Jurídica	
del artículo 23 Constitucional	73
5.2 Definición de práctica, absolución e instancia según diversos	
autores.....	74
5.3 Significado de Absolución de la Instancia77
5.4 Sobreseimiento del Proceso.....	79
5.5 Concepto de Sentencia Penal82

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

La presente investigación jurídica, se encuentra basada en dos grandes aspectos a tratar: el primero es el consagrado en la última garantía de seguridad jurídica del artículo 23 de nuestra Carta Magna, que a la letra dice: "Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia" y el segundo aspecto, radica en los efectos que se originan cuando el Juez al fenecer el término de las 72 horas, resuelve la situación jurídica del indiciado con los siguientes autos: auto de formal prisión, auto de sujeción a proceso y auto de soltura, siendo éste último, el que atrajo mi atención, en virtud de que si toda autoridad judicial que conozca de un proceso penal tiene la obligación de pronunciar en éste, una Sentencia absolutoria o condenatoria, según sea el caso, porque entonces al dictarse el auto de soltura, el Juez no absuelve ni condena al indiciado, y le otorga su libertad pero con las reservas de ley, es decir, que si con posterioridad encuentra nuevas pruebas que lo lleven a comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, el Juez podrá dictar un auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Lo que me lleva a deducir que en forma habitual el Juez cuando dicta un auto de soltura, lleva acabo la práctica prohibida expresamente en nuestra Carta Magna, ya que esta absolviendo de la instancia, porque no pronuncia una Sentencia a favor del indiciado, pero tampoco lo condena, simplemente deja al indiciado en un completo estado de inseguridad jurídica, que independientemente de si es o no responsable del delito no es justo que se encuentre en ese estado de inseguridad.

La presente Tesis Profesional, esta integrada por cinco capítulos, el primero de ellos versa sobre el Derecho Constitucional, el segundo comprende la Jurisdicción, Competencia y Acción, el tercero se basa en el Procedimiento Penal, el cuarto radica en la Averiguación Previa y el último que trata sobre el análisis del artículo 23 Constitucional, capítulo en donde se sustenta toda la Tesis.

Esta Tesis Profesional, ha representado para mí un trabajo por demás interesante, el cual he desarrollado con ayuda de mi querido asesor Lic. Francisco Gutiérrez Negrete, quien fue mi Catedrático en los cinco años que duro mi Carrera, y al cual le debo muchas cosas como son: aprender a dominar el miedo de expresar mis ideas frente a un Público, aprender a no conformarme con el conocimiento que se tiene, sino abrirse al nuevo conocimiento, en fin es tanto lo que le agradezco que no podría resumirlo aquí. El hecho de presentar esta Tesis no solamente es con la finalidad de obtener el Título de Lic. En Derecho, sino el hecho de poder aportar un aspecto importante a la Comunidad Universitaria de mi querida Casa de Estudios, la Universidad Lasallista Benavente.

El hecho de haber culminado esta Tesis, se debe en gran parte al esfuerzo y sacrificio de mis Padres, los cuales son para mí un ejemplo a seguir, ya que su apoyo constante, fue para mí fundamental para poder concluir mi Carrera Profesional.

Jakeline del Carmen Chavero Flores

CAPITULO I

DERECHO CONSTITUCIONAL

1.1. CONCEPTO DE CONSTITUCION

Para dar un concepto sobre lo que es la Constitución, debemos recordar que al crecer los grupos humanos, surgió la necesidad de que alguien tomara decisiones para dirigir las actividades de los demás, así como para garantizar la subsistencia y seguridad de todos; es así como se empezaron a regular las relaciones entre ellos, y a resolver los conflictos que se suscitaban, originando todo esto que surgiera una persona o grupo de personas que ejercieran la autoridad y tuvieran a su cargo la administración del grupo, es así como nace el Estado.

Y todo Estado tienen necesariamente una Constitución, pues en ella se determina la forma de gobierno que se adopta, los órganos que deben ejercer el poder, las funciones y atribuciones que le corresponden, entendiendo por atribución lo que la Ley le permite hacer a la autoridad y por función, aquella actividad a través de la cual el Estado va a cumplir con sus atribuciones; así como los derechos que deben disfrutar los habitantes, la forma de ejercitarlos, y en general, todas las disposiciones necesarias

para garantizar la armonía social, la tranquilidad, la equidad y la justicia dentro de una marco de libertad.

Por lo anterior podemos definir a la Constitución como lo hace Rafael de Pina Vara: "Orden jurídico que constituye el Estado, determinando su estructura política, sus funciones características, los poderes encargados de cumplirlas, los derechos y obligaciones de los ciudadanos y el sistema de garantías necesarias para el mantenimiento de la legalidad".¹

Consecuentemente podemos decir que la Constitución es la base política y jurídica, fundamental del Estado.

Así mismo, cabe mencionar que la Constitución es fuente formal del Derecho, y la única que posee el carácter de fuente primaria colocada por encima del Estado, por ende la Ley Suprema de toda la Unión, siendo oportuno expresar el ya consabido Principio de Supremacía Constitucional consagrado en el artículo 133, el que a la letra dice: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión...".

¹ De Pina Vara Rafael. Diccionario de Derecho. Decimonovena ed. Ed. Porrúa. México 1993. p184.

Es oportuno decir que el ya mencionado Principio de Supremacía Constitucional implica que la Constitución tiene en todo preferencia aplicativa sobre cualquier disposición de índole secundaria que la llegare a contrariar, Principio que tiene eficacia y validez respecto a todas las autoridades del país.

1.2 PARTES EN QUE SE DIVIDE LA CONSTITUCION.

En los Estados Democráticos o Estados Liberales, con base en el principio que he mencionado, nuestra Ley Suprema se encuentra formada de 2 partes: Una parte Orgánica, y una parte Dogmática.

La primera parte que es la Orgánica, establece las normas sobre la forma de organización del Estado, del modo como se integran los poderes públicos, siendo aquí el momento preciso para hablar sobre el Principio de la División de Poderes consagrado en el artículo 49 de nuestra ya multimencionada Constitución, el cual expresa lo siguiente: "El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial...".

De conformidad con lo dispuesto en dicho ordenamiento, el poder constituye una unidad y se deposita en tres órganos que ejercen el gobierno en forma conjunta sin que ninguno de ellos tenga hegemonía sobre los otros. A cada uno de ellos se le ha confiado un aspecto importante

de la actividad gubernativa; sus funciones y atribuciones están claramente especificadas en nuestra Ley Suprema; ninguno de dichos Poderes puede invadir el ámbito que corresponde a cualquiera de los otros, pues los actos que ejecuten fuera de su campo de acción carecerán de validez legal.

Una vez expuesto lo anterior, diremos que la Parte Dogmática establece los derechos y libertades fundamentales de las personas, con el fin de garantizarlos e impedir abusos del poder público.

1.3 CONCEPTO DE GARANTIA INDIVIDUAL.

El termino garantía, de manera general significa: "aseguramiento de una obligación mediante la afectación de una cosa determinada".² Entonces el concepto de Garantías Individuales sería: Son una relación de derecho existente entre el gobernado como persona física o jurídico-colectiva, y las autoridades del Estado como entidades jurídicas y políticas con personalidad jurídica propias. Por lo anterior, cabe señalar que las llamadas garantías individuales tienen como naturaleza jurídica, el que realmente son derechos públicos subjetivos; y son derechos, porque son facultades otorgadas a las personas; son públicos porque son otorgados a los particulares con el propósito de limitar los abusos del Poder del Estado, y de ésta forma este no podrá afectar esos derechos, solo en los propios términos que marque la Constitución, y por último son subjetivos, ya que son

²Ibidem. p 299.

inherentes a las personas, y dichos derechos públicos subjetivos se encuentran consagrados en los artículos 1 al 29 y el 123 Constitucional.

Por lo anterior, cabe decir, que existe una Bilateralidad entre el Estado y el particular, considerando que la Bilateralidad de la norma, implica que esta es impero atributiva, o sea, que a la vez que concede derechos, impone deberes a las personas que intervienen en una relación en forma recíproca, de esta manera el Estado resulta, el titular de la obligación de respeto y el particular como gobernado el titular del derecho público subjetivo, por lo que es evidente la relación jurídica y recíproca entre ambos.

Además el concepto de garantía individual, esta formado, por los siguientes elementos:

“a) Relación jurídica de supra a subordinación entre el gobernado (sujeto activo) y el Estado y sus autoridades (sujetos pasivos).

b) Derecho público subjetivo que emana de dicha relación en favor del gobernado.

c) Obligación correlativa a cargo del Estado y sus autoridades, consistentes en respetar el consabido derecho y en

observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídica del mismo.

d) Previsión y regulación de la citada relación por la Ley Fundamental".³

1.4 CLASIFICACION DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES Y DEFINICION DE CADA UNA.

A partir de la Constitución de 1814, se clasificaron las garantías en: Garantías de Igualdad, Garantías de Libertad, Garantías de Propiedad y Garantías de Seguridad Jurídica.

Siendo esta misma la clasificación adopta por nuestra Constitución de 1917.

A. Garantía de Igualdad.

Es aquella por virtud de la cual todo individuo goza de los mismos derechos públicos subjetivos, independientemente de sus características congénitas o adquiridas.

³Burgoa Orijuela Ignacio. Las Garantías Individuales. Vigésima Séptima ed. Ed. Porrúa. México 1997.p187.

B. Garantía de Libertad.

Consiste en el respeto, de parte del Estado, de ciertas libertades específicamente determinadas indispensables para que el hombre consiga sus fines.

C. Garantía de Propiedad.

Deriva de la manifestación de que la nación ha tenido, el derecho de transmitir el dominio de ellas (tierras y aguas) a los particulares, constituyendo la propiedad privada.

D. Garantía de Seguridad Jurídica.

"Conjunto de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una autoridad para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por sus derechos públicos subjetivos".⁴

Por ende, un acto de autoridad que afecte los derechos públicos subjetivos de un individuo como gobernado, sin observar dichos requisitos, condiciones, elementos, o circunstancias previos representara una violación al orden jurídico constitucional.

⁴ Bazdresch. Garantías Constitucionales. Curso Introductorio Actualizado. Segunda ed. Ed. Trillas. México 1994. p 162

Lo anterior significa que la autoridad para que pueda actuar es necesario que la Ley le otorgue una atribución, consecuentemente sino existe esa atribución o si la autoridad va mas allá de lo que la ley le permite estará violando el orden jurídico. Pues existe el Principio de Legalidad que dice: La autoridad únicamente puede hacer lo que la Ley le permite, en tanto que el particular lo que la ley no le prohíbe, es decir, ningún órgano del Estado puede tomar una decisión individual que no sea conforme a una disposición general anteriormente dictada, ya que en términos generales podemos expresar que la legalidad significa: "Conformidad con el Derecho".

El Principio de Legalidad se encuentra consagrado en los artículos 1, 14 y 16 Constitucional. Este Principio tiene gran trascendencia en el derecho publico moderno, ya que:

a) Constituye una de las garantías más valiosas que el Estado declara y otorga al hombre y se obliga a respetar. Por ella se consideran ilícitos cualquier acto de autoridad que no se sujete a lo que la ley estrictamente le permite.

b) Todo poder jurídico, toda facultad de mandar han de tener su fundamento en la Ley. El acto que no tenga su fundamento específico en una ley, será sancionado.

c) El Principio de Legalidad es uno de los Principios que caracteriza al Estado de Derecho, ya que sin el no podría existir.

d) Donde no existe el Principio de Legalidad o no es acatado debidamente por las autoridades o los gobernados, desaparece la seguridad jurídica, la justicia queda burlada y la paz y la moral social sufre serios quebrantos.

1.5 EL ARTICULO 23 CONSTITUCIONAL.

El artículo 23 de nuestra Ley Suprema, consagra 3 garantías de Seguridad Jurídica, respecto del tema que estamos tratando en esta garantía de Seguridad Jurídica se establece lo siguiente: "Ningún juicio criminal deberá tener mas de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia". Esto significa, que "en cualquier juicio penal se debe condenar o absolver al procesado, ya que la Sentencia puede ser Condenatoria al encontrar acreditados el Cuerpo del Delito y la Probable Responsabilidad, o puede ser absolutoria al no encontrar acreditados el Cuerpo del Delito y la Probable Responsabilidad, aunque existen excepciones, como cuando el Ministerio Publico se desiste de la acción penal o formula conclusiones no acusatorias, pues en este caso el proceso se sobresee. "Por lo que la absolución de la instancia consiste en que un proceso Penal determinado no concluye con una Sentencia absolutoria o condenatoria, si no que queda suspendido el

procedimiento en tanto no aparezcan nuevos datos para poder continuarlo".⁵

Siendo importante acentuar que la última garantía de seguridad jurídica consagrada en el último precepto del artículo 23, es la base de esta tesis, ya que al término de la misma, demostrare si efectivamente los efectos del auto de soltura, también llamado auto por falta de elementos para procesar, constituye o no la práctica de absolver de la instancia, práctica expresamente prohibida por nuestra Ley Fundamental.

Es preciso y básico hacer la aclaración, de que el concepto de cuerpo del delito vuelve a ser utilizado, en virtud de que por reforma al artículo 16 constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 4 de Febrero del año Dos mil, se cambio nuevamente el concepto de elementos del tipo penal por el de cuerpo del delito.

⁵ Ibidem. p 669.

CAPITULO II

JURISDICCION, COMPETENCIA Y ACCION

2.1. CONCEPTO DE FUNCION JURISDICCIONAL.

Como quedo asentado en el capitulo anterior, todo estado tiene necesariamente una Constitución, la cual se encuentra formada por dos partes; una parte orgánica y una parte dogmática, siendo en la orgánica en donde se establece la División de Poderes, la que implica la separación de los órganos del Estado en tres poderes diferentes e independientes unos de otros, siendo estos poderes los siguientes: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.

Ahora bien, es importante señalar que la Teoría general del Proceso, tiene como concepto básico a la Función Jurisdiccional, función que significa "el poder que tiene el estado a través del Poder Judicial de aplicar la norma general al caso concreto para resolver una controversia".

Pero, esta Función Jurisdiccional no únicamente se encuentra conferida al Poder Judicial, sino también al Poder Ejecutivo, el cual la ejerce a través de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, cuando éstas resuelven

una controversia de índole laboral por medio de una resolución llamada Laudo, y al Poder Legislativo, en el momento en que éste se erige en gran jurado para llevar a cabo el Juicio Político en donde se pretende desaforar a un sujeto que goce de éste privilegio.

2.1.1 ELEMENTOS QUE INTEGRAN LA FUNCION JURISDICCIONAL.

La Función Jurisdiccional se encuentra integrada por cuatro elementos a saber:

A. Notio.

Que es el poder para conocer las controversias que se suscitan en la colectividad.

B. Vocatio

Es el poder para citar a las partes en conflicto para que iluminen el punto de vista del Juzgador a través de las pruebas.

C. Juditio.

Es el poder para dictar una resolución, resolviendo las controversias planteadas.

D. Coercito o Ejecutivo

Que es la imposición forzosa de la resolución, aún en contra de la voluntad de las partes.

Los anteriores elementos nos llevan a deducir que la Función Jurisdiccional no se desarrolla en forma desordenada, sino que debe desarrollarse a través de ciertas vías, y para poder comprender éste orden, es necesario tener el conocimiento de los siguientes conceptos: Proceso, Procedimiento, Juicio y Litigio.

2.2 Concepto de Proceso.

Se entiende por éste, el conjunto de actos ordenados o concatenados y relacionados entre sí, con una finalidad, que es aplicar la norma general al caso concreto resolviendo la controversia.

2.3 Concepto de Procedimiento.

Conjunto de normas jurídicas que regulan los actos del Proceso.

2.4 Concepto de Juicio.

Es la etapa del Proceso en la cual se pronuncia o se dicta la Sentencia, es decir, el Juicio es la Sentencia misma y ésta es una resolución judicial a través de la cual el Juez resuelve una controversia.

Ahora bien, por lo que respecta a Francisco Carnelutti, éste autor afirma que "se entiende por Juicio, la presencia del litigio en el Proceso".⁶

2.5 Concepto de Litigio.

Siguiendo el criterio de Carnelutti, se entiende por litigio "el conflicto de intereses calificados por la pretensión de una de las partes y por la resistencia de la otra, en otras palabras, es la controversia llevada ante la autoridad para que ésta la conozca y la resuelva".⁷

2.6 JURISDICCION Y COMPETENCIA.

Existen dos clases de Jurisdicción: la jurisdicción contenciosa y la voluntaria.

⁶ Carnelutti citado por Gómez Lara Cipriano. Teoría General del Proceso. Octava ed. Ed. Harla. México 1990.p.3.

⁷ Ibidem. p 3.

En la jurisdicción Contenciosa, existe litigio o conflicto de intereses, y es resuelta por el Juez. Y la jurisdicción voluntaria, se da cuando no existe controversia en ese conjunto de actos ordenados, un ejemplo de esto lo tenemos en la Adopción.

No obstante que todos los Jueces tienen la Función Jurisdiccional, existe una institución que la limita, llamada Competencia, y en virtud de ésta los Jueces únicamente podrán conocer y resolver de los asuntos y controversias que específicamente les señale la Ley, ya que si el Juez no es competente de acuerdo al Principio de Legalidad no podrá actuar. De este modo surgen dos clases de Competencia: la competencia objetiva y la subjetiva.

2.6.1 Competencia Objetiva

Se encuentra referida al órgano jurisdiccional, o sea al Juzgado o Tribunal.

Pero, a su vez la Competencia objetiva se divide en otras competencias, como son: la competencia Federal y Competencia Local, Estatal o común, la competencia por territorio, la competencia por materia, la competencia por cuantía o importancia del asunto y la competencia por grado.

A. Competencia Federal y Competencia Local, Estatal o Común.

Ambas determinadas por el artículo 124 constitucional, el que establece lo siguientes; "Las facultades que no estén expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados". De aquí la existencia de éstas dos clases de competencia.

B. Competencia por territorio.

Esta implica que un Juez, un Juzgado o Tribunal, sólo podrán conocer de aquellos asuntos que se susciten en un determinado territorio o espacio.

C. Competencia por Materia

Surge como consecuencia de la vida social moderna, la cual trae consigo la necesidad de una división del trabajo jurisdiccional. Por lo que en un lugar grande la primera especialidad que aparece es la de los Jueces en materia civil por una parte, y de los Jueces competentes en materia penal por la otra, es decir, es la competencia referida a la materia jurídica.

D. Competencia por Cuantía o Importancia del asunto.

Se refiere al monto del negocio, es decir, cuanto vale el negocio. En la actualidad se calcula el monto por salarios mínimos; de determinada cantidad hacia abajo conocen los Juzgados menores y de determinada cantidad hacia arriba conocen los juzgados de primera instancia o de partido.

E. Competencia por Grado.

Para poder explicar ésta, es necesario mencionar que el Poder Judicial, es el único poder del Estado que se encuentra jerarquizado, es decir, que en el podemos encontrar Jueces de Menor y de mayor grado de tal manera que la ley específicamente señala cuales son los asuntos que conocen los Jueces de ulterior grado y cuales son los asuntos que conocen los Jueces de menor grado, el ejemplo característico de esto lo encontramos en el recurso de Apelación, que sólo puede ser conocido y resuelto por los Jueces Superiores, en nuestro caso debemos de decir, que en la actualidad todo recurso de apelación solamente puede ser resuelto por los Magistrados del Supremo Tribunal de Justicia, por lo que todo recurso de Apelación en contra de una resolución dictada tanto por un Juez menor como por un Juez de Primera Instancia o de Partido, solo podrá ser resuelto por el Supremo Tribunal de Justicia del Estado.

2.6.2 Competencia Subjetiva.

Se refiere al titular del órgano jurisdiccional.

Ahora bien, en la competencia subjetiva como existe un titular o persona física encargada del órgano jurisdiccional, este puede en algunos casos encontrarse imposibilitado por causas legales para conocer de un determinado asunto, a pesar de que todo Juez debe ser imparcial ante las partes, es decir, no debe tener motivos como la simpatía, la gratitud, el amor, el odio, etc., con ninguna de ellas, porque de ser así, la Sentencia que se dicte afectara los intereses de alguna de las partes o de ambas.

Ocasionando todo esto, tres cuestiones importantes a saber, y que son: los impedimentos, la excusa y la recusación.

A. Los impedimentos.

Que consisten en la descripción de situaciones o razones que la Ley considera como circunstancias de hecho o de derecho que hacen presumir parcialidad del titular del órgano jurisdiccional por razones de amistad o enemistad, lazos familiares, etc., con las partes.

B. La Excusa.

Aquí el titular del órgano jurisdiccional conoce de la existencia de un impedimento, por lo tanto se encuentra obligado por la ley a excusarse, o sea, a dejar de conocer de ese asunto por sí mismo y remitirlo al Superior para que éste resuelva lo que considere conveniente.

C. La Recusación.

Es un instrumento jurídico, por medio del cual las partes al verse afectadas por la existencia de un impedimento, pueden iniciar la recusación, es decir, solicitar que el Juez impedido sea separado del conocimiento de ese asunto.

2.7 NATURALEZA JURIDICA DEL PROCESO.

Han existido varias teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del Proceso como son: las teorías privatistas y las teorías publicistas.

I. Teorías Privatistas.

Que consideran al Proceso como de Derecho Privado. Y a estas pertenecen las siguientes:

A. Teoría del Proceso como Contrato.

Esta teoría equipara al proceso como un contrato, pues se basa en el procedimiento formulario del derecho romano, el cual comprende dos etapas, la primera de éstas radica en la *litis contestatio*, que es el acuerdo que las partes expresaban con respecto a la fórmula expedida por el magistrado, acuerdo sin el cual no se podría pasar a la segunda etapa en donde se designaba al juez que conocería del procedimiento.

Y debido a ese acuerdo de voluntades es que la teoría contractualista considera al Proceso como un contrato, aunque si bien el Proceso Jurisdiccional no requiere de un acuerdo previo entre las partes para poder iniciarse y desarrollarse ante el Juez, ya que la obligación de las partes de sujetarse al Proceso se deriva de la ley y no de un contrato como lo expone esta teoría.

B. Teoría del Proceso como Cuasicontrato.

Para esta teoría el Proceso no es un contrato, debido a que no existe acuerdo de voluntades entre las partes, ni tampoco es un delito, ni un cuasidelito, por exclusión es algo como un contrato, o sea, un cuasicontrato.

Teoría evidentemente absurda, pues no toman en cuenta a la ley, de la que precisamente surgen las obligaciones entre las partes.

C. Teoría de la Pluralidad de relaciones.

Esta posición doctrinal se atribuye a Carnelutti, para la cual el proceso "no es una sola relación jurídica procesal, sino un conjunto de relaciones que van naciendo y extinguiéndose a medida que el Proceso se desarrolla".⁸

D. Teoría de la entidad jurídica compleja.

Para Gaetano Foschini, es el "proceso una entidad jurídica compleja, caracterizada por la pluralidad de sus elementos estrechamente coordinados entre sí. Este autor afirma que dicha pluralidad de elementos puede examinarse desde diferentes puntos: desde el punto de vista normativo, del estático y del dinámico, para los tres es el proceso un acto jurídico complejo".⁹

Sin embargo, lo que el autor expresa, no es una teoría sobre la naturaleza jurídica del proceso, sino una recopilación de varias teorías, es por tanto una teoría ecléctica.

⁸ Ibidem. p 285.

⁹ Idem. p 285.

E. Teoría de la Institución.

Es Jaime Guasp quien sostiene la idea de que el proceso es una institución y para él esta es "un conjunto de actividades relacionadas entre sí, por el vínculo de una idea común objetiva, a la que figuran adheridas, sea esa o no su finalidad específica, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes procede aquella actividad". Esto aplicado al Procedimiento significa que: "la idea común objetiva que aparece en él, es la actuación o denegación de la pretensión, las voluntades adheridas a esta idea son las de los diversos sujetos que en el proceso figuran, entre las que la idea común crea una serie de vínculos de carácter jurídico también".¹⁰

En otras palabras Jaime Guasp, considera al proceso como una institución, para que en ella las partes formulen sus pretensiones y estas sean calificadas y resueltas por el órgano jurisdiccional.

No obstante lo anterior, esta posición es fuertemente criticada por dos razones: la primera es que el vocablo institución tiene diferente acepciones, por lo tanto es ambiguo, y la segunda razón es que: "la idea común objetiva del proceso no es la actuación o denegación de la pretensión.

¹⁰ Ibidem. p 286.

Esta afirmación implica, contemplar al proceso exclusivamente desde el punto de vista de la parte actora, como si la parte demandada careciese del derecho de defensa y como si el juzgador no tuviere el deber de verificar primero la validez de la relación jurídica procesal, para después analizar el conflicto de fondo planteado por las partes". ¹¹

II. Teorías Publicistas.

Para las que el proceso es considerado como de Derecho Publico. Encontrándose en éstas las siguientes:

A. Teoría de la relación jurídica procesal.

Expuesta por Oscar Von Bülow, quien sostenía que el proceso es una relación jurídica, entendiéndose por ésta toda relación que genera derechos y obligaciones, por lo que la consideraba como de derecho publico, ya que tanto los derechos como las obligaciones procesales se establecen entre los ciudadanos y los funcionarios del estado, siendo evidente que esta relación jurídica no pertenece al derecho privado.

La relación jurídica procesal comprende ciertas características a saber:

¹¹ Ibidem. p 286.

a) Es dinámica porque se desarrolla a través del tiempo.

b) Es autónoma, porque esta regida por su propia ley, y porque tiene vida y condiciones propias.

c) Es compleja, porque no solo comprende un solo derecho u obligación, sino un conjunto indefinido de derechos y obligaciones

d) Es tridimensional, porque figuran en ella el órgano jurisdiccional y las dos partes que son el actor y el demandado.

e) Es heterogénea, porque los derechos y las obligaciones que se generan no son de la misma naturaleza.

f) Es colaborante, porque a pesar de que las partes defienden sus intereses una contra la otra, sus actividades, junto con la de juez, deben sujetarse al desarrollo normal del proceso;

g) Es de tracto sucesivo, porque forzosamente se forma por una serie de actos procesales.

h) Su contenido consiste en los derechos, obligaciones, cargas y facultades que nacen durante el proceso;

i) Se establece la relación entre el juez y las partes y no entre estas mismas".¹²

También es preciso señalar que la relación jurídica procesal termina cuando se dicta la sentencia, o a través de algún medio anormal como lo es el desistimiento, la caducidad, el sobreseimiento, etc.

B. Teoría de la Situación Jurídica Procesal.

Es James Goldschmidt quien propone esta teoría, en la cual asegura que el Proceso no es una relación jurídica procesal, sino una situación jurídica procesal, ya que el proceso no se constituye por la relación jurídica entre las partes y el Juez, pues una vez que estas acuden al proceso, no hay derechos y obligaciones, sino únicamente situaciones jurídicas.

¹² Pallares Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Vigésima cuarta ed. Ed. Porua. México 1998. p 703.

Y agrega que: "la incertidumbre es consustancial al Proceso, ya que la Sentencia Judicial nunca puede preverse con seguridad y así mismo expresa que: Durante tiempo de paz, la relación de un estado con su territorio y sus súbditos es estática, es decir se constituye un imperio intangible. Pero en cuanto la guerra estalla, todo se encuentra en la punta de la espada; los derechos más intangibles se convierten en expectativas, posibilidades y cargas, es así como todo derecho puede aniquilarse como consecuencia de haber desaprovechado una ocasión o descuidado una carga; lo contrario sucede en la guerra, pues ésta puede proporcionar al vencedor el disfrute de un derecho que en realidad no le corresponde".¹³

Es para Goldshmidt la situación jurídica, el estado de una persona desde el punto de vista de la Sentencia judicial, el cual se espera con arreglo a las normas jurídicas.

Como este autor es quien introduce los conceptos de expectativas, posibilidades y cargas, es necesario saber en que consiste cada uno, y así se dice que las expectativas son "esperanzas de obtener futuras ventajas procesales, sin necesidad de acto procesal alguno. Las posibilidades son "las situaciones que permiten obtener una ventaja procesal"¹⁴ y la carga procesal es una conducta que se debe desarrollar en beneficio propio, so pena que sino se realiza se tendrá una sentencia

¹³ Ibidem. p 695.

¹⁴ Pallares. op.cit. Supra (11). p 361.

adversa, a diferencia de la obligación, que es desarrollar una conducta en beneficio de otro, de aquí que quien afirma en el proceso debe probar su dicho, y por lo tanto una vez cerrada la litis, si las partes no ofrecieren las pruebas, el Juez condenará o absolverá en base a la carga de la prueba, pues si ésta corresponde al demandado y este no prueba, el Juez lo condenará; pero si la carga de la prueba le corresponde al actor y no prueba, el Juez absolverá al demandado.

Aunque si bien es precisamente de estas dos teorías publicistas, la teoría de Oskar Von Bülow la más aceptada y difundida, debemos de reconocer que el mérito de Goldschmidt fue la introducción del concepto de carga procesal a la ciencia del Derecho Procesal.

2.8 PRESUPUESTOS PROCESALES.

Para Bülow existían presupuestos procesales en relación con los sujetos del proceso, con el objeto del proceso, con la demanda y su notificación al demandado.

Con respecto a los sujetos del proceso, éstos deben cumplir ciertos requisitos, como lo son: la competencia del juez, la capacidad de las partes, y la legitimación de las partes, así como en el caso de haberlos, la legitimación de sus representantes.

En cuanto a la competencia del juez, esta ya ha quedado explicada al principio de este capítulo. Pero para poder explicar lo que es la capacidad procesal de las partes es determinante hacer referencia a lo que se entiende por sujetos del proceso. "El concepto de sujetos del proceso es más amplio que el de parte, así son sujetos del proceso: el juez, los peritos, los testigos, otra serie de auxiliares de la función jurisdiccional, y por supuesto, las propias partes que son los sujetos que reclaman una decisión jurisdiccional respecto a la pretensión que en el proceso se debate"¹⁵, además el concepto de parte tiene dos puntos de vista que son: desde el punto de vista material y desde el punto de vista formal.

Por parte material se entiende la persona que interviene en el proceso como actor o como demandado, que tiene sus intereses controvertidos y por lo tanto las resoluciones del juez los afecta en forma directa. Y la parte formal, son aquellos sujetos que intervienen en el proceso, esgrimiendo la acción o la excepción como representantes de las partes materiales, pero sus intereses no están controvertidos, ni las resoluciones del juez les afectan en forma directa, como sucede en el caso de los abogados, que intervienen como apoderados o mandatarios judiciales del actor o del demandado.

Ahora bien, es la parte material la que se encuentra íntimamente vinculada con la relación jurídica material que es el nexo que

¹⁵ Gómez Lara. op.cit Supra (5). p 252.

se establece entre el actor y el demandado, en el momento en que estas tienen un conflicto de intereses, pero cuando ese conflicto de intereses es llevado ante la autoridad competente para que esta conozca y resuelva, nos encontramos en presencia del litigio que genera una relación jurídica procesal.

Sin embargo no basta para ser parte en sentido procesal, la sola personalidad jurídica, que es el atributo que la ley le otorga a la persona para que pueda actuar en el mundo de los jurídico, sino que debe de tener capacidad. Y por capacidad debe entenderse; la aptitud para poder ser sujeto de derechos y obligaciones. Esta capacidad puede ser de goce o de ejercicio. La capacidad de goce, es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. La capacidad de ejercicio, es la aptitud para ejercer o hacer valer por si mismo, los derechos u obligaciones de los que se es titular. Estas dos clases de capacidades equivalen a lo que en el derecho procesal son la capacidad para ser parte y la capacidad procesal; la primera consiste en la aptitud de una persona para figurar como parte en un proceso, es decir, para ser parte actora o parte demandada, y la segunda es la aptitud para comparecer en juicio y realizar validamente los actos procesales que corresponden a las partes.

Por lo que se refiere a la capacidad para ser parte, la regla general es que todas las personas, tanto físicas como jurídico-colectivas, pueden ser parte en el proceso, no obstante que ésta regla tenga algunas

excepciones, por ejemplo, en el proceso penal solo puede ser parte acusadora el Ministerio Público.

Por lo que concierne a la capacidad procesal, la regla es que todas las personas en pleno ejercicio de sus facultades pueden comparecer en juicio. Las personas físicas pueden hacerlo por sí mismas o bien por medio de un representante designado voluntariamente a través de un mandato judicial o de un poder para pleitos y cobranzas. Las personas jurídico - colectivas pueden comparecer en juicio por medio de sus órganos de representación, como son: el director, el presidente del consejo administrativo, etc, o por los mandatarios o apoderados que, de acuerdo con sus facultades designen dichos órganos, siempre y cuando estos órganos tengan el poder suficiente para hacerlo; lo que significa que las personas jurídico - colectivas pueden comparecer en juicio tanto a través de sus representantes orgánicos, como por medio de representantes voluntarios.

Las personas que no tienen capacidad procesal, por no estar en pleno ejercicio de sus derechos como los menores y las personas declaradas en estado de interdicción, deben comparecer en juicio a través de sus representantes legales, que son quienes ejercen la patria potestad del menor o en su caso los tutores o curadores.

Además, para poder comparecer en el proceso, ya sea como parte actora o como parte demandada, se debe estar legitimado, y la

legitimación es el señalamiento que hace la ley para que una persona pueda fungir como actor o como demandado. La legitimación puede ser *ad causam*, o sea, en la causa, y *ad procesum*, o sea, en el proceso. La legitimación *ad causam*, consiste en "la autorización que la ley otorga a una persona para ser parte en un proceso determinado, por su vinculación específica con el litigio".¹⁶ Y la legitimación *ad procesum*, es la facultad para poder actuar en el proceso, como actor, como demandado, como tercero, o representante de estos. También la legitimación puede ser activa o pasiva. La legitimación activa es " la facultad que posee un sujeto para iniciar un proceso; por el contrario la legitimación pasiva se refiere a la situación de aquel sujeto de derecho en contra del cual se quiere enderezar el proceso".¹⁷

Los presupuestos procesales en relación con el objeto del proceso, "se puede mencionar la exigencia de que el litigio que se va a plantear en un proceso no haya sido ya previamente resuelto mediante sentencia firme dictada en un proceso anterior, encontrándonos en este caso ante lo que es la cosa juzgada, o bien, sometido a un proceso también anterior, el cual se encuentre todavía pendiente de resolución o en curso, siendo esto la litispendencia".¹⁸

¹⁶ Ovalle Fabela José. Teoría General del Proceso. Cuarta ed. Ed. Harla. México 1998. p 269.

¹⁷ Gómez Lara. Op.cit. Supra (14). p 261.

¹⁸ Ibidem. p 84.

En sí el objeto del proceso es el litigio, y a su vez el objeto del litigio "es el bien respecto del cual hay conflicto de intereses".¹⁹

2.9 LOS PRESUPUESTOS PROCESALES EN RELACION CON LA DEMANDA.

La demanda se define de la siguiente manera: acto jurídico procesal en donde se plantea el problema y se ejercita la acción. Siendo la demanda el primer acto que se realiza ante el órgano jurisdiccional, esta debe ser clara, concisa, fundada en derecho e ir acompañada de los documentos necesarios para acreditar la acción del actor, así como de los documentos base de la acción.

Otro de los presupuestos procesales es la notificación, y ésta es una forma de comunicarse en el proceso del juez para las partes, para que éstas conozcan su resolución.

2.10 LA ACCION.

En la actualidad, la palabra acción tiene diferentes significados, y por lo mismo existen numerosas teorías que tratan de precisar la naturaleza jurídica de la acción, entre las que tenemos: La teoría clásica, y las teorías modernas o de la autonomía de la acción.

¹⁹ Pallares.op.cit. Supra (13). p 584.

La teoría clásica es monolítica, no tiene variantes y se denomina así porque viene desde la concepción que los romanos tenían de la acción. Así, Celso la definía " como el derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido," la cual fue completada por los glosadores, quedando así: derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido o lo que nos pertenece".²⁰

Las teorías modernas son las siguientes:

A. Teoría de la acción como tutela concreta.

Esta teoría inicia con el nuevo concepto de acción, que se instituye con el "estudio de Windscheid, en donde se refiere a la *actio romana* y su polémica con Teodoro Muther, que contribuyeron a la diferenciación entre el derecho a la prestación en su dirección personal y el derecho de acción como derecho autónomo.

Así Windscheid dice: que lo que nace de la violación de un derecho, no es un derecho de accionar, sino una pretensión contra el autor de la violación, que se transforma en acción cuando se hace valer en juicio y esa dirección personal o tendencia a someter la voluntad del otro es para Windscheid la pretensión jurídica deducida en juicio como lo advierte Chiovenda."²¹

²⁰ Gómez Lara. Op.cit. supra (14). p 144.

²¹ Ibidem. p 145.

La polémica Windscheid - Muther. inicia con el hecho de que contrariamente a lo afirmado por Windscheid de que la acción era la pretensión deducida en juicio contra el demandado, Muther concibe a la acción como un derecho publico subjetivo, mediante el cual se obtiene la tutela jurídica y se dirige contra el Estado para la obtención de una sentencia favorable y contra el demandado para el cumplimiento de una prestación insatisfecha. Cabe señalar a Wach quien "considera a la acción como un derecho autónomo contra el estado y frente al demandado. De allí sus caracteres: es un derecho publico al que corresponde por parte del estado la obligación de dispersar la tutela del derecho, pero es un derecho concreto en cuanto su eficacia afecta solo al adversario: la acción corresponde a quien tiene derecho a una sentencia favorable".²²

B. Teoría de la acción como derecho a la jurisdicción.

Es Eduardo J. Couture uno de los exponentes más destacados sobre esta corriente, y él cual define a la acción como: "el poder jurídico que se tiene para acudir a los órganos de la jurisdicción. Es para esta teoría la acción un acto provocatorio de la jurisdicción.

²² Ibidem. p. 146

C. Teoría de la acción como derecho Potestativo.

Teoría atribuida a Chiovenda, para él cual la acción "es el poder jurídico de dar vida a la condición, para la actuación de la ley por el órgano jurisdiccional. La acción para Chiovenda es un poder jurídico de la categoría de los derechos potestativos, entendidos estos como los derechos a los cuales no corresponde una obligación, porque el sujeto a quien esta dirigido dicho poder jurídico, no es deudor de una prestación, ni debe hacer nada para satisfacer el interés de quien lo ejercita. Pero Alsina, critica esta teoría, porque considera que en muchos casos es indispensable para la intervención del órgano jurisdiccional, la existencia de una manifestación de voluntad del particular, pues el tribunal no actúa de oficio, y al modo de expresar esa voluntad se le designa con el nombre de acción.

D. Teoría de la acción como derecho abstracto de obrar.

Alsina la llama así, porque dice: la acción es dada no solo a quien tiene razón, sino a cualquiera que se dirija al juez en demanda de una decisión sobre una pretensión; la acción por consiguiente, puede ser deducida aún por quien éste equivocado y por ello es abstracta del fundamento de la demanda".²³

²³ Ibidem. p 149.

Por otra parte, de acuerdo con Couture, la palabra acción tiene en el derecho procesal, tres acepciones distintas:

Como sinónimo del derecho subjetivo material, que trata de hacerse valer en juicio, o sea, el derecho específico de perseguir en el juicio lo que nos es debido.

Como la pretensión o reclamación de las partes, cuando formulan su demanda o acusación respectivamente. Pues bien, es la pretensión, aquella reclamación específica que hace la parte actora en contra de la parte demandada, con respecto algún bien jurídico.

Como el derecho publico subjetivo, que las personas tienen para provocar la actividad del órgano jurisdiccional con el fin de que una vez realizados los actos procesales correspondientes emita una sentencia sobre una pretensión litigiosa, aunque dicha resolución vaya a ser adversa a sus intereses.

Consecuentemente se desprende que acción como concepto general, es el derecho publico subjetivo, que tiene todo sujeto de derecho de acudir ante los órganos jurisdiccionales para provocar la función jurisdiccional.

Ahora la acción en cuanto a su ejercicio no solo es un derecho público subjetivo, sino que también implica una prohibición individual de índole pública como lo expresa Ignacio Burgoa, con respecto a que el estado le brinda al sujeto, ya sea persona física o jurídico-colectiva, la facultad jurídica de acudir a los tribunales en defensa de sus intereses, al mismo tiempo les esta imponiendo una prohibición consistente en no hacerse justicia por su propia mano.

Lo anterior se encuentra constitucionalmente consagrado en el artículo 17 el cual a la letra dice: " Ninguna persona podrá hacerse justicia por si misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho".

Siendo así "el derecho de petición y la prohibición que tiene todo gobernado de administrarse justicia por si mismo, establecidos respectivamente en los artículos 8 y 17 constitucionales, los fundamentos del derecho de acción".

CAPITULO III

EL PROCEDIMIENTO PENAL

3.1 DEFINICION DE DERECHO PROCESAL PENAL, DERECHO DE PROCEDIMIENTOS PENALES Y DE PROCESO PENAL.

Para dar una definición lo más completa posible de lo que es derecho Procesal Penal y derecho de procedimientos penales, es indispensable aclarar que los conceptos del proceso y procedimiento no son sinónimos, pues si bien todo proceso requiere para su desarrollo un procedimiento, no todo procedimiento es un proceso. "El proceso se caracteriza por su finalidad jurisdiccional compositiva del litigio, mientras que el procedimiento puede manifestarse fuera del campo procesal, y se reduce a una coordinación de actos relacionados entre sí por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un Proceso".²⁴

De una manera más fácil de entender, podemos expresar que el Proceso es: un conjunto de procedimientos, entendidos estos, como un conjunto de formas o maneras de actuar, y el procedimiento se refiere a la

²⁴ Ovalle Favela. Op.cit. supra (15). p 179.

forma de actuar; y en éste sentido hay muchos y variados procedimientos jurídicos; por ejemplo: los procedimientos administrativos, notariales, etc.

Aclarando que Proceso y Procedimiento no es lo mismo, cabe mencionar que existen varios autores que definen lo que es el derecho procesal penal, como son:

Ovalle Fabela José.- Para él, es la disciplina que estudia el conjunto de las normas que regulan el proceso destinado a solucionar las controversias sobre la comisión de delitos y la aplicación de las sanciones correspondientes a quienes resulten responsables de haberlos perpetrados.

Manuel Rivera Silva.- Expresa que " es un conjunto de normas que rigen las actividades que se desarrollan en una parte del procedimiento y que técnicamente se llaman proceso".

Marco Antonio Díaz de León.- Afirma que " es el conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto la regulación del desarrollo y eficacia de ese conjunto de relaciones jurídicas denominadas proceso penal".

No obstante que existen varios autores que definen el derecho procesal penal, no sucede lo mismo en cuanto a la definición de Derecho de procedimientos penales y así:

Para **Manuel Rivera Silva**, el derecho de procedimientos penales “ es el conjunto de normas que rigen los procedimientos penales”.

Guillermo Colín Sánchez, establece que: “es el conjunto de normas que regulan y determinan los actos, las formas y formalidades que deben observarse durante el Procedimiento, para hacer factible la aplicación del derecho penal sustantivo”.²⁵

Respecto a la definición de procedimiento penal, hay autores que lo definen así: “ conjunto de actividades y formas regidas por el derecho procesal penal que se inicia desde que la autoridad publica interviene al tener conocimiento de que se ha cometido un delito y lo investiga, y se prolonga hasta el pronunciamiento de una sentencia en donde se obtiene la cabal definición de las relaciones de Derecho Penal”²⁶, esto según **Juan José González Bustamante**.

Para **Manuel Rivera Silva**, es el procedimiento penal, “un conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos que tiene por objeto determinar que hechos pueden ser

²⁵ Colín Sánchez Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Decimoséptima ed. Ed. Porrúa. México 1998. p 4.

²⁶ González Bustamante citado por Rivera Silva Manuel. El Procedimiento Penal. Vigésimo séptima ed. Ed. Porrúa. México 1998. p14.

calificados como delitos para en su caso aplicar la sanción correspondiente".²⁷

3.2 PERIODOS DEL PROCEDIMIENTO PENAL: AVERIGUACION PREVIA, INSTRUCCION, JUICIO Y SENTENCIA.

En nuestro Estado de Guamaquato, el Código de procedimientos penales en vigor, divide al procedimiento penal en cuatro periodos:

I. AVERIGUACION PREVIA.- Que comprende desde que se tiene conocimiento de un delito, esto es, a través de una denuncia o querrela, hasta la consignación ante los tribunales.

II. INSTRUCCION.- Que va desde el auto de radicación o auto cabeza de proceso, hasta antes de las conclusiones.

III. JUICIO.- Va desde conclusiones hasta la sentencia.

IV. EJECUCION.- Que va desde la sentencia ejecutoriada (sentencia firme) hasta que se extingue la sanción impuesta.

Es importante hacer referencia que el procedimiento penal, comprende desde la Averiguación Previa, hasta la ejecución de la

²⁷ Ibidem. p 5.

sentencia, y el proceso penal comprende solo la instrucción y el juicio. consecuentemente la Averiguación Previa y la Ejecución de la sentencia corresponden realizarlos al Poder Ejecutivo y la Instrucción y el Juicio corresponde al Poder Judicial.

3.3 LIMITES, FINES Y CONTENIDO DE CADA UNO DE LOS PERIODOS EN QUE MANUEL RIVERA SILVA, DIVIDE EL PROCEDIMIENTO PENAL.

A pesar de que nuestro Código establece claramente los periodos en que se divide el procedimiento penal, existen autores que hacen una división diferente, como lo hace Rivera Silva; para éste autor el procedimiento penal se divide únicamente en tres periodos a saber:

- a) Periodo de preparación de la acción procesal
- b) Periodo de preparación del proceso y,
- c) Periodo del proceso.

Periodos en los cuales se encuentran inmersos los de nuestro Código de Procedimientos Penales, aunque en forma distinta, y así el primer periodo de preparación de la acción procesal " se inicia con la

Averiguación Previa y termina con la consignación, en otras palabras principia con el acto en el que la autoridad investigadora que es el Ministerio Publico tiene conocimiento de un hecho considerado como delito y termina con la consignación que hace el Ministerio Publico al órgano jurisdiccional. Siendo precisamente el momento en que se hace la consignación el limite de este periodo; su fin es la reunión de los datos que sean necesarios para que el Ministerio Publico pueda provocar al órgano jurisdiccional a que cumpla con su función, que es aplicar la norma general al caso concreto, y su contenido es el conjunto de actividades realizadas por y ante un órgano especial que es el Ministerio Publico, y la Policía Judicial " ²⁸la cual se encuentra bajo el mando y las ordenes de aquel.

El segundo periodo de preparación del proceso, inicia con el auto de radicación o auto cabeza de proceso, y termina cuando el juez resuelve la situación jurídica del indiciado, es decir, " se inicia con la primera actividad que ejecuta el órgano jurisdiccional una vez que tiene conocimiento de la consignación, y termina con la resolución que sirve de base al proceso, la cual puede ser con una auto de formal prisión o auto de sujeción al proceso. La finalidad perseguida en este periodo es reunir los datos que van a servir de base al proceso, o sea, comprobar la comisión de un delito y la posible responsabilidad de un delincuente. El contenido de

²⁸ Ibidem. pp 26 y27.

este periodo esta integrado por un conjunto de actividades legalmente reguladas y dirigidas por el órgano jurisdiccional ".²⁹

El tercer periodo que es el del proceso, a su vez lo divide en: Instrucción; Periodo Preparatorio del Juicio; Discusión o Audiencia; y Fallo, Juicio o Sentencia.

La instrucción inicia con la resolución de la situación jurídica del indiciado, la cual puede ser con un auto de formal prisión, o un auto de sujeción al proceso, los cuales nos dan la base para poder procesar, y termina con el auto que declara cerrada la instrucción. El fin que se persigue es aportar al juez los medios para que pueda cumplir su cometido, es decir, darle a conocer los datos suficientes para que posteriormente pueda dictar sentencia. " El contenido de este periodo es un conjunto de actividades realizadas por o ante los tribunales; o sea, la aportación de las pruebas que van a servir para la decisión que tome el juez ".³⁰

El periodo preparatorio a juicio, inicia con el auto que declara cerrada la instrucción y termina con la citación para audiencia. El fin de éste periodo es que el Ministerio Publico precise su acusación, y el procesado su defensa. " El contenido de este periodo se encuentra en la

²⁹ Idem. p 27.

³⁰ Ibidem. p 28.

formulación de las conclusiones, o sea, los escritos en que cada parte determina su postura ".³¹

El periodo de audiencia, abarca precisamente la audiencia. En nuestro Código de Procedimientos Penales en vigor, se establece que en el procedimiento ante los jueces de partido, el mismo día en que el inculcado o su defensor presenten sus conclusiones, se citara a una audiencia que deberá efectuarse dentro de los cinco días siguientes, y en este caso podrán interrogar al acusado sobre los hechos materia del juicio, el Juez, el Ministerio Publico y la defensa. Podrán repetirse las diligencias de prueba que se hubieren practicado durante la instrucción, siempre que fuere necesario y posible a juicio del tribunal, y si hubieren sido solicitados por las partes a mas tardar el día siguiente al que se notifico el auto citando para la audiencia. Se dará lectura a las constancias que las partes señalen y después de oír los alegatos de las mismas se declara visto el proceso, con lo que terminara la diligencia. Y cuando se trate de delitos de la competencia de los jueces menores, la audiencia principiara presentando el Ministerio Publico sus conclusiones y contestándolas a continuación la defensa.

Si aquellas fueren acusatorias, se seguirá el procedimiento llevado a cabo ante los jueces de partido, dictándose sentencia en la misma audiencia. Si las conclusiones fueren no acusatorias, se suspenderá la audiencia, y el Tribunal las enviara, con el proceso, al Procurador General

³¹ Ibidem. pp 28 y 29.

de Justicia señalando cual es la omisión o contradicción, si estas fueren el motivo del envío. El Procurador General de Justicia oirá el parecer de los agentes auxiliares, y dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se haya recibido el proceso, resolverá si son de confirmarse, revocarse o modificarse las conclusiones. Teniendo como fin la audiencia llevar a cabo los alegatos por las partes, y como contenido el conjunto de actividades realizadas por las partes ante el órgano jurisdiccional.

El cuarto periodo que es el del Fallo, comprende desde que se declara " visto " el proceso, hasta la pronunciación de la sentencia. Su fin es que el órgano jurisdiccional aplique la norma general al caso concreto, valorando las pruebas que existen y su contenido es la pronunciación de la sentencia.

Cabe señalar que para Rivera Silva, la ejecución de la sentencia no pertenece al procedimiento penal, pues según este autor si la finalidad del procedimiento es aplicar la ley general al caso concreto, lógico es que el procedimiento termine con la sentencia, y no abarque la ejecución de la misma, ya que esta se presenta después de la creación de la norma individual, además agrega que la ejecución de la sentencia corresponde aplicarla a otro poder que es el Ejecutivo y no al Poder Judicial, y sigue defendiendo su postura al aclarar que, si bien el periodo de preparación de la acción penal es realizada por un órgano que no pertenece al Poder Judicial, la gran relación de estos con el que hacer

jurisdiccional permiten que queden por su esencia teleológica, dentro del procedimiento.

3.4 FINES DEL PROCEDIMIENTO PENAL.

Los fines del procedimiento penal se divide en primer lugar, en generales y particulares. " Los primeros se refieren al procedimiento en general, y los particulares se refieren a cada uno de los periodos del procedimiento en particular. A su vez los generales se dividen en Mediatos e Inmediatos. Los Mediatos son los que sigue el procedimiento a través del derecho penal, y los Inmediatos son los que persigue el procedimiento, con su carácter de procedimiento penal. Los mediatos pueden ser Genéricos y Específicos, siendo los Genéricos los perseguidos por el derecho en general, y los Específicos son los perseguidos por el derecho en cuanto Derecho penal, ahora bien en cuanto al fin Genérico podemos decir, que el derecho puede orientarse hacia una meta individualista o hacia una meta tras individualista , es individualista cuando la misión del derecho reside en servir al individuo por encima de todas las cosas, y es tras individualista cuando el derecho sirve en primer lugar, a algo que se estima esta por encima del individuo, como lo son a religión, el estado o la cultura. El fin específico del derecho penal es la fijación de lo que no se debe hacer (delitos) para lograr la realización de la defensa social.

Los fines Inmediatos son dos; los Genéricos y los Especiales. Los genéricos son los que en forma global se persiguen con el procedimiento y que son: aplicar la ley, y sujetar la aplicación de la ley a un procedimiento especial; y los especiales son los que se persiguen con todos y cada uno de los actos del procedimiento como son: investigar, reunir y comprobar los datos cuya existencia es indispensable acreditar para aplicar las consecuencias que la ley prevé.

Frente a los fines mediatos e inmediatos que pertenecen a los generales por referirse a todo el procedimiento, aparecen como ya quedo señalado los fines particulares, los que son propios de cada uno de los periodos, y así en cuanto al periodo de preparación de la acción, tenemos el reunir los datos necesarios para el ejercicio de la acción penal.

El fin del periodo de preparación del proceso, es comprobar los datos que sirven de base al proceso, y que son: el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado. "Por último los fines del periodo del proceso en cuanto a la Instrucción, es ilustrar al juez para que éste pueda dictar la sentencia, y el del periodo de preparación a la audiencia es que las partes precisen sus respectivas posiciones; el de la audiencia es que las partes expongan sus alegatos ante el órgano jurisdiccional, el cual los oirá, y el fin de la sentencia como reiteradamente se ha explicado es aplicar la norma general al caso concreto".³²

³² Ibidem. pp 24-26.

CAPITULO IV

AVERIGUACION PREVIA

4.1 AVERIGUACION PREVIA. SU INICIACION.

La preparación del ejercicio de la acción penal, se realiza en la Averiguación Previa, la cual para poder iniciarse requiere del cumplimiento de ciertos requisitos llamados de Procedibilidad y que son: la denuncia o la Querella, también conocida esta última como acusación.

El Procedimiento Penal se inicia a través de los ya mencionados requisitos de procedibilidad, que como sabemos son: la denuncia, la acusación o querella. La Denuncia que como concepto general, es un aviso que cualquier persona le hace saber al Ministerio Público y que puede consistir en una narración de hechos posiblemente delictuosos; y la acusación o querella, que es la manifestación de voluntad del ofendido, para que el delito se persiga, o sea, es una conducta sin la cual el Ministerio Público no puede iniciar la Averiguación Previa, y así podemos decir que hay delitos que se persiguen por Querella y delitos que se persiguen de oficio.

Los delitos que se persiguen de Oficio, solo requieren de una denuncia proveniente de cualquier persona, y los delitos que se persiguen por querrela, requieren de la manifestación de voluntad del ofendido. La misma ley nos indica cuando un delito se persigue por querrela y cuando se persigue de Oficio. Nuestro mismo Código Adjetivo, establece que el Ministerio Público esta obligado a proceder de Oficio a la investigación de los delitos de que se tenga noticia, excepto en los casos siguientes:

1. Cuando se trate de los delitos en los que solamente se pueda proceder por querrela necesaria, si esta no se ha presentado; y
2. Cuando la ley exija algún requisito previo, si este no se ha llenado.

Una vez que el Ministerio Público recibe la Denuncia o la Querrela procede a realizar lo que se conoce como Averiguación Previa, la cual tiene como fines: comprobar el Cuerpo del Delito y la Probable responsabilidad del indiciado, a efecto de ejercitar la acción penal a través de la consignación.

Es importante saber que la palabra Averiguación gramaticalmente, "proviene de ad, que significa a; verificare que significa verdadero; y facere que es hacer, cuyo significado final seria el de indagar

la verdad hasta conseguir descubrirla.”³³ Pero como concepto jurídico, Averiguación Previa significa, el conjunto de actividades que desempeña el Ministerio Público, tendientes a comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad. Además es una etapa procedimental que antecede a la consignación a los Tribunales, y aún más, existen algunos autores que la consideran como un procedimiento que se desarrolla antes del Proceso Penal, con la finalidad de preparar el ejercicio de la acción penal.

Nuestro Código Adjetivo establece también que todo indiciado tendrá derecho durante la Averiguación Previa o el Proceso a ser puesto en libertad provisional bajo caución inmediatamente que lo solicite, siempre y cuando no se encuentre involucrado en delitos considerados como graves por nuestro Código Adjetivo; y que garantice el monto estimado de la reparación del daño, así como que caucioné el cumplimiento de las obligaciones a su cargo que la misma ley le establece en razón del proceso. La libertad provisional bajo caución es la que se le concede al indiciado con el fin de que goce de ella mientras dure el proceso penal que se le instruya, pagando o garantizando el indiciado la caución que le señale el Juez Penal.

Cuando el Ministerio Público trabaja con detenido en la Averiguación Previa goza de 48 horas para agotarla, no así cuando no hay

³³ Silva Silva Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. 2ª ed. Ed.Harla. México 1990. p253

detenido, pues en este caso goza de todo el tiempo que requiera para integrar la Averiguación Previa, obviamente tomando en cuenta la prescripción de la acción penal. Así mismo, nuestra constitución prevé que ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de 48 horas, plazo en el que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; y que este plazo únicamente podrá duplicarse sólo en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada, entendiéndose por esta, cuando tres o más personas se organizan bajo las reglas de jerarquía para cometer de modo violento o reiterado o con fines predominantemente lucrativos, cualquiera de los delitos considerados como graves por la ley; pero si la averiguación previa requiere de mayor tiempo del señalado, el detenido será puesto en inmediata libertad, sin perjuicio de que el Ministerio Público en su oportunidad le solicite al Juez que libre orden de aprehensión.

Como la atribución de librar ordenes de aprehensión es exclusiva de la autoridad judicial, nuestra Carta Magna establece que únicamente en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse al acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

Ahora bien, si una vez, practicadas las diligencias no existen los elementos suficientes para hacer la consignación a los Tribunales o no se pueden practicar otras por alguna dificultad que lo impida pero, si con posterioridad se pueden allegar datos para proseguir la Averiguación, el expediente se reservara hasta que aparezcan esos datos, mientras se le ordenara a la Policía Judicial que realice las investigaciones tendientes a lograr esclarecer los hechos.

Pero si cuando ya se han practicado todas las diligencias y no se logra comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, se ordenara el archivo de la Averiguación Previa.

4.2 LA DENUNCIA Y SUS REQUISITOS.

Al principio de este capítulo mencione a la Denuncia y a la Querrela como conceptos generales, sin embargo no esta por demás explicar de una manera más específica que son y cuales son los requisitos de cada una.

La palabra Denuncia, gramaticalmente significa: aviso, o sea, poner en conocimiento de la autoridad competente verbalmente o por escrito, lo que se sabe respecto a la comisión de hechos que pueden ser delictivos.

Pero como concepto jurídico, la denuncia "es la relación de hechos que se suponen delictuosos, efectuada ante la autoridad investigadora con el fin de que esta tenga conocimiento de ellos, y de esta forma sus requisitos son:

- a) Una relación de hechos que se estiman delictuosos

- b) Que esa relación de hechos se haga ante el órgano investigador, y

- c) Que sea hecha por cualquier persona".³⁴

Y así, toda persona que tenga conocimiento de la comisión de un delito que deba perseguirse de oficio, esta obligada a denunciarlo ante el Ministerio Público y, en caso de urgencia, ante cualquier funcionario o agente de policía, y también aquella persona que en ejercicio de funciones publicas tenga conocimiento de la probable existencia de un delito que deba perseguirse de oficio, esta obligada a participarlo inmediatamente al Ministerio Público, transmitiéndole todos los datos que tuviere, poniendo a su disposición, desde luego, a los inculcados, si hubieren sido detenidos.

La denuncia al igual que la querrela, cuando se formulen verbalmente se harán constar en acta que levantara el funcionario que las reciba. Y si se formulan por escrito deberán contener la firma o huella digital del que la presente y su domicilio; y en éste caso se citara al que la

³⁴ Rivera Silva. Op.cit. supra (25). P 98.

formule para que la ratifique y proporcione los datos que se considere oportuno pedirle.

Como la denuncia se hace ante el Ministerio Público, es preciso saber qué es el Ministerio Público, y así decimos que éste, es un órgano del estado encargado de perseguir los delitos y de ejercitar la acción penal ante el Juez, así que el Ministerio Público tiene las siguientes características: constituye un cuerpo orgánico; porque funciona como una institución; actúa bajo una dirección, que es la del Procurador General de Justicia del Estado; depende del Poder Ejecutivo, y su titular es designado por éste; aunque tiene pluralidad de miembros, posee indivisibilidad en sus funciones, por consiguiente es una unidad; actúa en la Averiguación Previa como autoridad y como parte acusadora a partir de la consignación; tiene a sus ordenes a la Policía Judicial, y tiene el monopolio del ejercicio de la acción penal, ya que como lo establece el artículo 21 de nuestra Ley Suprema, corresponde exclusivamente al Ministerio Público la investigación y persecución de los delitos.

4.3 LA QUERELLA O ACUSACION Y SUS REQUISITOS.

La querella "es la relación de hechos expuesta por el ofendido ante el órgano investigador, con el deseo manifiesto de que se persiga al autor del delito. Los requisitos de la querella son:

a) Una relación de hechos,

b) Que esta relación sea hecha por la parte ofendida, y

c) y que se manifieste el deseo de que se persiga al autor del delito".³⁵

La querrela del ofendido es necesaria, solamente en los casos en que así lo determine el Código. Penal. Cuando el ofendido sea menor de edad, puede querellarse por si mismo, y si a su nombre lo hace otra persona, surtirá sus efectos la querrela, siempre y cuando no haya oposición del ofendido. Además la querrela podrá formularse por representante legal con poder general con cláusula especial para querellarse o poder especial para el caso.

En cuanto a las personas jurídico - colectivas, como son de naturaleza distinta a la Persona física, por lo tanto necesitan la intervención de apoderado o representante legal, para que éste ejerza el derecho de esa persona jurídico - colectiva afectada por la comisión del posible hecho delictuoso, la cual deberá tener poder general o poder para pleitos y cobranzas con cláusula especial.

³⁵ Ibidem. p 142.

4.4 FINES DE LA AVERIGUACION PREVIA: COMPROBACION DEL CUERPO DEL DELITO Y DE LA PROBABLE RESPONSABILIDAD.

Como quedo asentado en el capítulo 1 de esta tesis, la palabra "cuerpo del delito" vuelve a reaparecer, y como los fines de la Averiguación Previa son precisamente: el comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, es preciso indicar que se entiende por estos. Y así, decimos que el Cuerpo del Delito, es el conjunto de elementos objetivos que integran el tipo penal, pero cuando el tipo penal exige un especial elemento subjetivo o normativo tenemos que acreditarlo también. El tipo penal es la descripción en abstracto de la conducta que se considera delito.

Hecha la explicación que antecede, podemos decir, que comprobar el cuerpo del delito, es demostrar la existencia de un hecho, con todos sus elementos constitutivos tal como lo define la ley al considerarlo como delito. Nuestro Código Adjetivo establece que tanto el cuerpo del delito como la probable responsabilidad se acreditaran por cualquier medio probatorio que señale la ley.

Con respecto a la probable responsabilidad, es necesario en primer lugar saber que la responsabilidad es el deber jurídico en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad sobre el hecho imputado, y que por probable se entiende por posible algo que puede ser o existir; así que existe probable responsabilidad cuando se

presentan determinadas pruebas por las cuales se pueda suponer la responsabilidad de un sujeto. Además es la parte subjetiva del delito, en virtud de que está referida en si misma al sujeto, y esto se traduce en la posible culpabilidad por la intervención del sujeto en el desarrollo del delito a través del dolo o de la culpa.

4.5 ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

Cabe señalar que anterior a la reforma, cuando nuestra ley determinaba como requisito de la Averiguación Previa la comprobación de los elementos del tipo, según la doctrina éstos se podían clasificar en objetivos y subjetivos.

4.5.1 ELEMENTOS OBJETIVOS.

Dentro de los elementos objetivos encontrábamos los siguientes:

A. Conducta.- Que es la manifestación externa de voluntad positiva (acción) o negativa (abstención) desencadenaste del proceso causal, que modifica el mundo exterior.

B. Resultado.- Es la modificación del mundo exterior, y puede presentarse en la realidad desde 2 puntos de vista: Puesta en peligro del bien jurídico tutelado y como la lesión o el daño del bien jurídicamente tutelado.

C. Nexa Causal.- Es el vinculo existente entre la conducta como causa y el resultado como efecto.

D. Especiales formas de ejecución.- Son los medios comisivos, o sea, la vía que se recorre para poder tipificar.

E. Modalidades de Lugar, Tiempo, Modo u Ocasión.- En cuanto al lugar, existen algunos tipos penales que exigen que la conducta se desarrolle en un lugar determinado como en el caso del asalto, el cual debe ser en despoblado o paraje solitario para que pueda tipificarse

F. Respecto al tiempo, hay tipos penales que exigen cierto lapso de tiempo, como es el caso del infanticidio, en el cual la muerte del infante debe darse al momento del nacimiento o dentro de las 72 horas.

G. Y el Modo u ocasión, como es la alevosía en el homicidio calificado.

H. Objeto.- Este puede ser material o jurídico. El objeto material, es la persona o cosa sobre la que recae la conducta, y el objeto jurídico, es el bien jurídicamente tutelado.

Por ultimo como elemento objetivo, tenemos a los sujetos que

pueden ser activos o pasivos. El sujeto activo, es quien realiza la conducta delictuosa y existen dos características a saber:

1.- **La calidad.** Por ejemplo ser padre, madre, hermano, concubino, etc., es decir la relación que se tenga con el sujeto.

2.- **El número,** como es en caso del adulterio y de la asociación delictuosa, en donde intervienen varias personas.

El sujeto pasivo, es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma. Por lo general el sujeto pasivo coincide ser el ofendido, pero no siempre es así, como sucede en el caso del homicidio, en donde el ofendido u ofendidos son los familiares.

4.5.2 ELEMENTOS SUBJETIVOS.

Como elementos subjetivos, tenemos los siguientes: ánimos, propósitos, conocimientos, fines y saberes.

Pero además hay otros elementos subjetivos que se llaman "normativos", como son: la honorabilidad, la honestidad, la castidad, la ajeneidad de la cosa, la propiedad, la posesión, la honra, la deshonra, estos elementos normativos, son juicios de valor, y se dan a la interpretación del Juez, tomando en consideración lo que por ellos se entiende en la colectividad.

4.6 LA DETERMINACION E INICIO DEL PERIODO DE INSTRUCCION.

Una vez agotada la Averiguación previa, el Ministerio Público realiza su Determinación, que consiste en una resolución en la cual considera que con las pruebas recabadas se tienen por comprobados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

Así como la Averiguación Previa comprende desde que se tiene conocimiento de un delito por medio de los requisitos de procedibilidad, hasta la Consignación a los Tribunales, la Instrucción comprende desde la consignación a los Tribunales hasta que se declare cerrada la Instrucción, por lo que comprende dos etapas a saber: La del Termino Constitucional y la del Periodo de Instrucción en estricto sentido.

4.6.1 TERMINO CONSTITUCIONAL: QUE COMPRENDE CONSIGNACION, DECLARACION PREPARATORIA Y FORMAS DE RESOLVER LA SITUACION JURIDICA DEL INDICIADO.

Tan pronto como aparezcan de la Averiguación Previa que se han cumplido los requisitos de procedibilidad que exige el artículo 16 constitucional; para que pueda procederse a la detención de una persona, se ejercitara la acción penal señalando los hechos delictuosos que la

motiven. Y la consignación es el acto por el cual de manera escrita el Ministerio Público ejercita la acción penal y la acción penal es el poder jurídico que tiene el Ministerio Público de excitar el ejercicio de la jurisdicción penal, para que el Juez mediante un Proceso dicte una Sentencia ya sea condenatoria o absolutoria. A diferencia de la acción civil en la cual le corresponde ejercitarla al particular gobernado de manera directa; la acción penal le corresponde ejercitarla al Ministerio Público exclusivamente. Además, la Consignación puede darse en dos formas: sin detenido y con detenido.

Si la consignación se hace sin detenido, el Juez dicta el auto de radicación o también llamado auto cabeza de proceso, el cual es la primera resolución que dicta el Juez Penal en un expediente en el que se acaba de consignar al indiciado, una vez dictado éste auto de radicación, estudia la Averiguación Previa, y en caso de considerar comprobados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, en el mismo auto ordena se gire la orden de aprehensión en contra del presunto responsable, siempre y cuando el delito sea sancionado con pena corporal o privativa de la libertad, pues si se trata de delito que no merezca pena corporal o tenga señalada pena alternativa, se girara una orden de citación o comparecencia.

Tratándose de consignación con detenido, el Juez dicta el auto de radicación y en ese mismo auto procederá a determinar si la detención

fue apegada o no a lo establecido por el artículo 16 constitucional; en el primer caso ratificara la detención y en el segundo decretara la libertad con las reservas de ley, para a continuación proceder a tomar la Declaración Preparatoria del indiciado en un término que no exceda de las 48 horas siguientes a la consignación.

La Declaración Preparatoria es el acto procesal en el que comparece el indiciado ante el Juez, para que le haga saber la conducta o hecho típico antijurídico y culpable por el que el Ministerio Público ejercita la acción penal en su contra, para que bajo ese supuesto manifieste lo que a sus intereses convenga y en ese acto conteste el cargo que se le imputa.

El término en que se tomara la Declaración Preparatoria como quedo establecido, será dentro de las 48 horas siguientes a la Consignación, el cual se empezara a contar a partir del momento en que el indiciado queda a disposición del juez, es por ésto que es importante hacer constar la fecha y la hora en el auto de radicación. La Declaración Preparatoria será llevada a cabo en audiencia pública, tal y como lo establece el artículo 20 constitucional. Además ésta comenzara por las generales del indiciado, en las que se incluirán también los apodos que tenga, y si habla o entiende bien el idioma español, así como sus demás circunstancias personales, pero si el indiciado no habla o no entiende el idioma español, se le designara un traductor que lo asista. Se le hará saber que tiene derecho a las garantías que establece el artículo 20 constitucional, tales como son la de nombrar un

abogado o persona de su confianza; solicitar inmediatamente su libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se den los requisitos establecidos por la ley para poder otorgársela; se le hará saber el nombre de quien lo acusa; así como el delito que se le imputa y demás garantías establecidas en el ya mencionado artículo.

Cabe agregar que en materia penal, la relación jurídica procesal mencionada en el capítulo Segundo de ésta tesis, se establece en la Declaración Preparatoria a diferencia de la Civil, que como sabemos se establece en el emplazamiento. Y se da en la Declaración Preparatoria porque es aquí precisamente en donde el Juez le da a conocer el cargo que se le imputa y en donde se le da la oportunidad para que lo conteste.

Después de rendida la Declaración Preparatoria, lo que procede es que el Juez resuelva la situación jurídica dentro de las 72 horas contadas a partir de la consignación, sin embargo, este plazo del término constitucional podrá duplicarse según nuestra Carta Magna, cuando lo solicite el indiciado por sí o por su defensor, al rendir su declaración preparatoria siempre que dicha ampliación sea con la finalidad de desahogar las pruebas que en esa misma diligencia ofrezca, para que el juez resuelva su situación; la cual puede resolverse de tres formas: con un auto de formal prisión, con un auto de sujeción a proceso o con un auto de libertad por falta de elementos para procesar, o también conocido como auto de soltura.

a) Auto de Formal Prisión.

El auto de formal prisión es una de las resoluciones que el Juez puede dictar para resolver la situación jurídica del indiciado; constituye la base para procesar, con ésta resolución se justifica la prisión preventiva señalándose el delito o los delitos por los que se va a procesar. Esta resolución se dicta cuando se encuentran comprobados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, mereciendo el delito de que se trata pena privativa de libertad, y habiéndosele tomado al indiciado su declaración preparatoria dentro del término establecido por la ley. En el supuesto caso de que el indiciado no haya querido declarar, se asentara en autos la constancia respectiva y se procederá a dictarse el auto de formal prisión, siempre y cuando se reúnan los requisitos que hemos señalado.

Por otra parte, La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de proroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.

b) Auto de Sujeción a Proceso.

Es otra de las resoluciones judiciales que puede dictar el Juez para resolver la situación jurídica del indiciado en el término constitucional, y se dicta cuando el delito cuya existencia se haya comprobado no merezca pena privativa de la libertad, o éste contemple sanción alternativa, además que este comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, y que se le haya tomado al indiciado su declaración preparatoria. Al igual que el de formal prisión este auto también da base al proceso.

c) Auto de Soltura o por falta de elementos para procesar.

Es otra de las resoluciones dictadas por el Juez, con la cual se resuelve la situación jurídica del indiciado y se dicta cuando no se tienen por acreditados: el cuerpo del delito, ni la probable responsabilidad. En este auto se declara la libertad del indiciado por falta de elementos para procesar, pero con las reservas de ley, pues en caso de que el Ministerio Público posteriormente aporte nuevos datos en los que se acredite el cuerpo del delito y la probable responsabilidad podrá perfeccionar el ejercicio de la acción penal. De este auto se hablara más adelante en forma particular, por ser tema fundamental de ésta tesis.

4.6.2 PERIODO DE INSTRUCCION EN ESTRICTO SENTIDO.

Hemos dicho que según nuestra ley, el periodo de instrucción comprende desde la consignación hasta que se declara cerrada la instrucción, por lo que debemos recordar que éste periodo de instrucción que establece nuestra ley, se compone de dos fases; la primera de ellas: es la del término constitucional y la segunda es la instrucción, que nosotros llamaremos en estricto sentido. Este periodo de Instrucción en estricto sentido, es un periodo de pruebas del proceso penal, en el cual se ofrecen y desahogan pruebas, e inicia desde el momento en que el Juez ha resuelto la situación jurídica del indiciado con un auto de formal prisión o con un auto de sujeción a proceso, autos que dan la base para poder procesar; y deberá terminarse en el menor tiempo posible, por lo que cuando exista un auto de formal prisión y el delito tenga señalada una pena máxima que exceda de dos años de prisión, se terminará dentro de diez meses; pero si la pena máxima es de dos años de prisión o menor, o si se ha dictado auto de sujeción a proceso, la instrucción deberá terminarse dentro de tres meses, empezando a contarse el término a partir de la fecha en que se dicte el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, según el delito de que se trate. Y así, una vez que el juez considera que ya se han desahogado las pruebas, declara por terminada la Instrucción, dando vista a las partes por tres días para que manifiesten si aún hay pruebas por desahogar; si las hay se desahogaran dentro del término de 15 días; por lo que transcurridos o renunciados los plazos mencionados, o bien si no se hubieren promovido

pruebas, el Juez de Oficio, declarara cerrada la Instrucción, originando esto la iniciación del tercer periodo que es el de Juicio.

4.7 PERIODO DE JUICIO

El periodo de Juicio comprende desde que se declara cerrada la Instrucción hasta que se dicta la Sentencia definitiva. Así que, una vez cerrada la Instrucción, se mandara poner la causa a la vista del Ministerio Público por 10 días para que formulen sus conclusiones por escrito; y las conclusiones son los razonamientos que expresan las partes al Juez, y en los que manifiestan sus puntos de vista sobre los hechos que versa el proceso, y sobre las pruebas desahogadas. Si ya ha transcurrido el plazo de los 10 días y el Ministerio Público no presenta sus conclusiones, el Juez inmediatamente informara mediante notificación personal al Procurador General de Justicia del Estado de esta omisión, para que éste formule u ordene la formulación de las conclusiones pertinentes en un plazo no mayor de quince días hábiles. Ahora bien, cuando el Ministerio Público formula sus conclusiones, hace una exposición breve de los hechos y de las circunstancias peculiares del procesado, propone las cuestiones de derecho que se presenten, y citara las leyes, ejecutorias o doctrinas aplicables, y en sus conclusiones deberá precisar si hay o no lugar a acusación. Siempre las conclusiones de la defensa son absolutorias, y por lo regular las del Ministerio Público son acusatorias. Pero si las conclusiones del Ministerio Público fueren

absolutorias, o bien si en las formuladas no se comprendiere algún delito que resulte probado de la instrucción; o si son contrarias a las constancias procesales, el Tribunal las enviará con el Proceso, al Procurador señalando cual es la omisión o contradicción, si éstas fueren el motivo del envío. El Procurador oirá el parecer de los agentes auxiliares, y dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se haya recibido el proceso, resolverá si son de confirmarse, revocarse o modificarse dichas conclusiones. En el caso de que las conclusiones sean acusatorias, ya sean formuladas por el agente o por el Procurador en su caso, se harán conocer al acusado y a su defensor dándoles vista de todo el proceso, a fin de que, en un término igual al del Ministerio Público, contesten el escrito de acusación y formulen a su vez, las conclusiones que crean procedentes. Además, si las conclusiones acusatorias se refieren a delito cuya punibilidad no señale sanción privativa de la libertad, o señale pena alternativa, el juez pondrá en inmediata libertad al acusado, advirtiéndole que queda sujeto al proceso para su continuación hasta la sentencia ejecutoria, pero si al concluirse el término concedido al acusado y a su defensor, estos no han presentado conclusiones se tendrán por formuladas las de inculpabilidad de acuerdo a lo establecido en nuestro Código de Procedimientos Penales.

Así como en la Consignación se ejercita la acción penal, es precisamente en las conclusiones en donde se concretiza el ejercicio de la acción penal, ya que el solo ejercicio de la acción penal o la formulación de conclusiones acusatorias, lleva implícito pedimento de aseguramiento

de bienes y de condena al pago de la reparación del daño.

El mismo día en que al concluirse el término concedido al acusado y a su defensor, éstos no hubieren presentado conclusiones, se tendrán por formuladas las de inculpabilidad, citándose a las partes a una audiencia que se llevara a cabo dentro de los cinco días siguientes. Esta citación para audiencia produce los efectos de citación para sentencia. En la Audiencia podrán interrogar al acusado sobre los hechos materia del juicio tanto el juez, el Ministerio Público y la defensa, pudiéndose repetir las diligencias de prueba que se hubieren practicado durante el periodo de instrucción. Se dará lectura a las constancias que las partes señalen y después de oír los alegatos de las mismas se declarara visto el proceso, con lo que terminara la diligencia.

Terminada la Audiencia mencionada, lo que procede es que el Juez dicte la Sentencia, la cual resuelve el fondo del negocio. Existen varias clases de Sentencias, entre ellas encontramos a la definitiva, a la interlocutoria y a la Sentencia que causa ejecutoria. Las sentencias definitivas son las que resuelven el fondo del negocio; aunque se llaman definitivas si se pueden combatir con los medios de impugnación llamados: recursos. Las sentencias interlocutorias, son las resoluciones judiciales que resuelven un incidente, y un incidente es una cuestión relativa y accesoria al juicio principal. Las sentencias ejecutoriadas o que causan ejecutoria, son las sentencias que causan estado, y constituyen la verdad legal, es decir, es

la cosa juzgada, y no pueden ser combatidas con ningún recurso ordinario. Una sentencia se considera que causa ejecutoria en los siguientes supuestos: cuando las sentencias pronunciadas en primera instancia, se hayan consentido expresamente; cuando concluido el término que la ley señala para interponer algún recurso éste no se haya interpuesto y, cuando la ley no conceda recurso alguno.

Cabe destacar que no se debe confundir a la sentencia ejecutoriada con la ejecución de la sentencia, pues la primera es la sentencia que está firme y que da lugar a la cosa juzgada, y la ejecución de la sentencia es el cumplimiento de lo que el juez ha resuelto.

Los elementos de la sentencia son: lugar y fecha; empezar con la palabra "**VISTO**" seguida de la identificación del expediente; los resultados, que es la relación sucinta de todo lo que sucedió en el expediente; los considerandos que son los fundamentos de derecho, en éstos es donde se basa el juez para resolver la controversia; y los puntos resolutive, que es propiamente la sentencia, aquí se resuelve la controversia, tomando en consideración que se hayan valorados las pruebas.

4.8 EJECUCION DE LA SENTENCIA EN MATERIA PENAL.

La ejecución de la sentencia comprende desde la sentencia

que causa ejecutoria hasta que se extingue la sanción impuesta, y así, nuestro Código Adjetivo establece que en toda sentencia condenatoria el Juez que la dicte, prevendrá que se amoneste al reo para que no vuelva a delinquir.

La ejecución de las sentencias irrevocables en materia penal corresponde al Poder Ejecutivo, quien determinara en su caso, el lugar en que deba sufrir el reo la pena corporal.

CAPITULO V

ANALISIS DE LA ULTIMA GARANTIA DE SEGURIDAD JURIDICA DEL ARTICULO 23 CONSTITUCIONAL.

5.1 ACEPCIONES QUE INTEGRAN LA ULTIMA GARANTIA DE SEGURIDAD JURIDICA DEL ARTICULO 23 CONSTITUCIONAL.

Nuestra Constitución en su parte dogmática, específicamente en su artículo 23 nos establece lo siguiente: "Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia".

Como ya hemos expresado el artículo 23 Constitucional en su última parte prohíbe expresamente la práctica de absolver de la instancia, como consecuencia de ello a sido aquí en donde encontré el problema a resolver que nos ocupa en esta tesis profesional referente a esta prohibición constitucional en relación con el auto de soltura o de libertad por falta de

elementos para procesar, que como hemos dicho con anterioridad el Juez lo dicta en el termino constitucional, resolviendo la situación jurídica de indiciado cuando no se haya comprobado el cuerpo del delito ni la probable responsabilidad, decretándose así una libertad que según nuestro código de procedimientos penales se concede con las reservas de ley; es decir, que se trata de una libertad condicionada.

Y esto es así porque en el supuesto caso de que con posterioridad el Ministerio Público perfeccione el ejercicio de la acción penal, el indiciado podrá estar sometido a un proceso en relación al cual se le decreto su libertad por falta de méritos para procesar, como lo he dicho es aquí la esencia misma del problema que trato de investigar referente a que si el auto de libertad en realidad es o no una absolución de la instancia, situación que expresamente prohíbe nuestra constitución en la parte final de su artículo 23. Como consecuencia de lo anterior es menester hacer el estudio correspondiente ha dicha garantía constitucional tratando de fijar primeramente que se entiende por práctica.

5.2 DEFINICION DE PRACTICA, ABSOLUCION E INSTANCIA, SEGUN DIVERSOS AUTORES.

Para Rafael De Pina Vara, se entiende por práctica: "La actividad encaminada a la aplicación del derecho". Para Eduardo Pallares es: " La ciencia de instruir un proceso y de seguir los procedimientos convenientes,

según el orden judicial y en la forma prescrita por las leyes y los usos de los tribunales; la costumbre jurídica, el estilo de proceder". Para Díaz de León es "la forma de proceder de los litigantes y funcionarios judiciales en la tramitación y resolución de los asuntos que por costumbre llegan a tener cierta vigencia, aunque no se ajusta a las normas procedimentales correspondientes".

Por otra parte la palabra absolver, significa para Eduardo Pallares, "dejar en libertad al reo y por cumplida una obligación o carga". El mismo Eduardo Pallares en la obra mencionada nos afirma que según el Diccionario de derecho privado y que por cierto no hace mención en ninguna nota a pie de página, que por absolver se entiende aquella institución del derecho procesal que consiste en la liberación de una obligación real o pretendida, mediante una actividad propia o una resolución judicial. Abarca por tanto dos conceptos diversos: absolución de posiciones y absolución de juicio".

En el derecho procesal se entiende por absolución, tanto la sentencia dada en favor del demandado por haberse declarado improcedente la acción como, los efectos jurídicos que de ella dimanar. Siempre que un fallo definitivo declare al reo libre de la demanda, se produce una absolución. Para Díaz de León, absolución, "es la resolución judicial dada en sentencia definitiva por la cual el órgano jurisdiccional exculpa al procesado de la pretensión punitiva planteada en su contra por

el órgano acusador (Ministerio Público), cualquiera sea la causa de esa absolución".

En cuanto al concepto de instancia, Eduardo J. Couture, en su acepción más común dice que instancia, "significa requerimiento, petición o solicitud, se dice entonces que los actos procesales se realizan de oficio o a instancia de parte, según quien los realice pudiendo ser el juez por iniciativa propia o a requerimiento de alguno de los interesados. En una acepción más restringida, se denomina instancia el ejercicio de la acción procesal ante el mismo juez. Otra acepción es la denominación que se da a cada una de las etapas o grados del proceso, y que va desde la promoción del juicio hasta la primera sentencia definitiva, o desde la interposición del recurso de apelación hasta la sentencia que sobre él se dicte. Se habla entonces, de sentencia de primera o de segunda instancia, de jueces de primera o de segunda instancia. Por lo que el proceso se desenvuelve, pues, en instancias o grados".³⁶

Eduardo Pallares dice que la palabra instancia "tiene dos acepciones, una general con la que se expresa cualquier petición, solicitud o demanda que se hace a la autoridad, y otra especial, que quiere decir el ejercicio de la acción judicial desde la demanda hasta la sentencia definitiva. La primera instancia se lleva a cabo ante el juez inferior, y la segunda ante el tribunal de apelación".

³⁶ Díaz de León Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Tomo I. 3ª ed. Ed. Porrúa. México 1997. pp1234 y 1235.

5.5 CONCEPTO DE SENTENCIA PENAL.

¿Qué es la Sentencia?. Pues bien, como quedo asentado en el capítulo anterior, es una resolución judicial que resuelve el fondo del negocio, esto sería en materia de teoría general del proceso, pero en materia penal, Colín Sánchez define a la Sentencia como: " la resolución del Estado por conducto del Juez fundada en los elementos del injusto punible, y en las circunstancias objetivas, subjetivas y normativas condicionantes del delito y en la cual se define la pretensión punitiva estatal, individualizándose le derecho y poniendo con ello fin a la instancia".³⁸

Se dice que en materia de Teoría General del Proceso, las sentencias se clasifican en: definitivas, interlocutorias y ejecutoriadas; no es preciso explicar cada una, ya que en el capítulo precedente lo hice. No obstante, es básico señalar que se entiende por Sentencia Condenatoria y Absolutoria, entendiéndose por la primera: aquella resolución judicial en donde se afirma la existencia del delito, y tomando en cuenta la responsabilidad del sujeto activo, lo declara culpable, imponiéndole por ello una pena o medida de seguridad, y en cambio la sentencia absolutoria, determina la absolución del acusado, en virtud de que, las pruebas no justifican la existencia del cuerpo del delito, ni la probable responsabilidad del indiciado.

³⁸ Colín. Op.cit. supra (24) .p 574.

Ahora bien, no esta por demás volver a señalar que toda Sentencia Judicial contendrá, los siguientes elementos: Prefacio, resultandos, considerandos y parte resolutive.

Y que en el prefacio, se expresan, los datos necesarios para identificar al expediente, como son: la fecha y lugar en donde se dicto, el Juez que la pronuncie, el número de expediente, nombres y apellidos del sentenciado, su sobrenombre, el lugar de nacimiento, edad, estado civil, domicilio y profesión u oficio, y demás generales. Los resultandos, que es la relación sucinta de todo lo que sucedió en el expediente, que va desde la averiguación previa, ejercicio de la acción penal, desahogo de pruebas, y demás etapas del Procedimiento hasta llegar a la Sentencia propiamente dicha. Los considerandos, que son los fundamentos de derecho, en los cuales se basa el Juez para resolver la controversia. Y los puntos resolutive, en los cuales, el Juez llega a una conclusión, resolviendo la controversia planteada.

Tal vez se podría pensar que el auto de soltura equivale al incidente de Libertad por desvanecimiento de datos, pero no es así, porque este incidente procede después de haberse dictado el auto de formal prisión, y una vez que aparecen plenamente desvanecidos los datos que sirvieron para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del procesado.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La Constitución es fuente formal del Derecho, y es la Ley Suprema de la Unión, de acuerdo al artículo 133 de la misma; y se encuentra formada de dos partes: Una parte Orgánica y una Dogmática.

SEGUNDA. En la parte Orgánica de nuestra Ley Suprema, se establecen las normas sobre la forma de organización del Estado, la integración de los tres Poderes, y la Parte Dogmática establece las garantías individuales, con el fin de garantizarlas e impedir abusos del Poder Público, consagradas en los artículos 1 al 29 y el 123.

TERCERA. El artículo 23 Constitucional, consagra tres garantías de Seguridad Jurídica, siendo la última de éstas el tema central de éste trabajo de investigación, en la cual se expresa lo siguiente: "Queda Prohibida la práctica de absolver de la instancia". Lo que significa que toda autoridad Judicial que conozca de un Proceso Penal tiene la obligación de pronunciar en éste una Sentencia Absolutoria o Condenatoria.

CUARTA. El Poder Judicial, normalmente ejerce la Función Jurisdiccional, la cual se encuentra integrada por: La Notio, Vocatio, Juditio, y la Coertio o Ejecutivo.

QUINTA El Proceso, es el conjunto de actos ordenados o concatenados y relacionados entre sí, con una finalidad, que es aplicar la norma general al caso concreto resolviendo la controversia, y el Procedimiento, es el conjunto de normas jurídicas que regulan los actos del Proceso.

SEXTA Los conceptos de Proceso y Procedimientos como se puede apreciar no son sinónimos, pues si bien todo proceso requiere para su desarrollo de un procedimiento, no todo procedimiento es un proceso.

SEPTIMA El Derecho Procesal Penal es un conjunto de normas jurídicas que regulan el proceso destinado a solucionar las controversias sobre la comisión de delitos y la aplicación de sanciones correspondientes.

OCTAVA En nuestro Estado de Guanajuato, el Código de Procedimientos Penales en vigor, divide al Procedimiento Penal en 4 Periodos: Averiguación Previa, Instrucción, Juicio, y Ejecución.

NOVENA El Procedimiento Penal se inicia a través de una Denuncia o Querrela, y una vez recibida cualquiera de estas por el Ministerio

Público, éste procede a realizar la Averiguación Previa, la cual tiene como fines: Comprobar el Cuerpo del Delito y la Probable Responsabilidad del indiciado.

DECIMA. Una vez agotada la Averiguación Previa, el Ministerio Público realiza la Determinación, para inmediatamente Consignar ante el Juez, el cual iniciara el Periodo de Instrucción tomándole la declaración preparatoria al indiciado, para posteriormente resolver su situación jurídica, dentro de un plazo de 72 horas, que se contarán a partir de la consignación.

DECIMA PRIMERA. La situación jurídica del Indiciado se resuelve de tres formas: con un auto de formal prisión, con un auto de sujeción a proceso o con un auto de soltura. Siendo éste último auto, el que me dio la pauta para llevar a cabo esta tesis profesional, en virtud de que al ser dictado por el Juez, trae consigo los siguientes efectos: Deja abierto el proceso, ya que no Condena ni absuelve al indiciado, deja al indiciado en un estado absoluto de inseguridad jurídica, ya que se le da su libertad pero con las respectivas reservas de ley, pues en caso de que con posterioridad se encuentren nuevos elementos que hagan probar el cuerpo del delito y su probable responsabilidad, podrá el Juez dictarle un auto de formal prisión o de sujeción a proceso, según sea el caso, por lo que incurre en la práctica tan prohibida por nuestra Carta Magna de absolver de la Instancia, ya que ésta comprende desde que se inicia el

Procedimiento Penal a través de la Denuncia o Querrela hasta que se dicta la Sentencia, lo que trae como consecuencia que no se concluya la instancia.

BIBLIOGRAFIA

Doctrina

Bermúdez Molina Estuardo Mario. Del Cuerpo del Delito a los Elementos del Tipo. Procuraduría General de la Republica. México 1996. pp. 125.

Bidart Campos German J. Derecho Constitucional. Tomo II. Primera ed. Ed. Ediar. Buenos Aires 1966. pp. 458.

Briseña Sierra. Derecho Procesal. Primera ed. Ed. Cárdenas. Volumen I. México 1969. pp. 430.

Briseña Sierra. Derecho Procesal. Primera ed. Ed. Cárdenas. Volumen II. México 1969. pp. 430.

Burgoa Orihuela Ignacio. Las Garantías Individuales. Vigésima séptima Ed. Porrúa. México 1997. pp. 485

Colin Sánchez Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Decimoséptima ed. Ed.Porrúa. México 1998. pp.845

Couture J. Eduardo. Elementos del derecho Procesal Civil. Tercera ed. Ed. De Palma. Buenos Aires 1978. pp. 580.

Gómez Lara Cipriano. Teoría General del Proceso. Octava Ed. Harla. México 1990. pp. 429

Ovalle Fabela José. Teoría General del Proceso. Cuarta Ed. Harla. México 1998. pp. 351

Rivera Silva Manuel. El Procedimiento Penal. Vigésimo séptima Ed. Porrúa. México 1998. pp. 393

Rocco Ugo. Teoría General del Proceso Civil. Primera ed. Ed. Porrúa. México 1959. pp. 420.

Silva Silva Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. Segunda Ed. Harla. México 1990.pp. 455

Sodi Franco Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano. Cuarta ed. Ed. Porrúa. México 1957. pp. 388.

Legislación:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Estado de Guanajuato. Código Penal y de Procedimientos Penales.

Otras Fuentes:

De Pina Vara Rafael. Diccionario de Derecho. Decimanovena ed. Ed.Porrúa. México 1993.pp. 503

Díaz de León Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Tomo 1. Tercera Ed. Porrúa. México 1997.pp. 1358

Pallares Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Vigésima cuarta ed. Ed. Porrúa. México 1998.pp. 907

Semanario Judicial de la Federación, Quinta época, T. CXXIII, p.1266 Amparo penal directo 2339/53, 3 de marzo de 1995, unanimidad de 4 votos.

Semanario Judicial de la Federación, Quinta época, T. XXXVIII, p. 453 Amparo Penal en revisión 2645/31, Cruz Escamilla Miguel de la, 17 de mayo de 1993, unanimidad de 5 votos.

Semanario Judicial de la Federación, Quinta época, T. XXXI, p.375, Amparo Penal en revisión 2201/29, Camacho Raymundo, 21 de enero de 1931, unanimidad de votos.

Semanario Judicial de la Federación, Quinta época. T. XCVI, p.1153, Amparo penal en revisión 6573/47, Medina Gamboa Gonzalo, 10 de mayo de 1948, unanimidad de 4 votos.