

879309

9
2es.

UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE



FACULTAD DE DERECHO
Con Estudios Incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México



CLAVE: 879309

LOS MEDIOS DE IMPUGNACION EN MATERIA PENAL

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

Licenciado en Derecho

PRESENTA:

Gerardo Cabrera Sánchez

Asesor: LIC. JOSE MANUEL GALLEGOS GONZALEZ

Celaya, Gto.

Enero 1998

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

264186



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.

DEDICATORIA

A MI MADRE SARITA:

Por haber estado conmigo en cada momento de mi formación, por guiarme en el camino del bien y la constante superación, por tu cariño, tu sacrificio y apoyo brindados a través de todos estos años, factores fundamentales para lograr mis objetivos, ya que sin tu presencia siempre a mi lado hubiera sido imposible la culminación de mi formación profesional, Reiterando mi cariño, respeto y eterna gratitud por tu entrega y dedicación, poniendo en tus manos parte del fruto de tus esfuerzos como lo es la presente tesis que representa la fase terminal de mis estudios y el comienzo de una nueva etapa en mi vida profesional.

A MI ESPOSA MAYRA Y A MI HIJO GERARDO:

Por su cariño y comprensión brindados a través de todo este tiempo, por ser parte importante de la motivación para cumplir con las metas propuestas en mis estudios hasta la culminación de los mismos y por ser día a día la inspiración para mi superación personal.

INDICE

INDICE.

INTRODUCCIÓN.

CAPITULO I.- CONCEPTOS GENERALES.

1.-Definición de los medios de impugnación	1.
2.-Concepto de recursos.....	7.
3.-Los remedios procesales.....	13.
4.-Acerca de los incidentes.....	18.

CAPITULO II .- PROCESOS E INCIDENTES IMPUGNATIVOS.

1.-Naturaleza jurídica y concepto de proceso impugnativo.....	25.
2.-Naturaleza jurídica y concepto de incidente impugnativo.....	30.
3.-La suspensión como efecto del proceso impugnativo.....	35.
4.-La suspensión del proceso por la interposición de incidentes.....	42.

CAPITULO III.- EL RECURSO DE APELACIÓN

1.- Los efectos del medio de impugnación.....	46.
2.- Principios de la apelación.....	50.
3.- Efectos de la apelación.....	55.
4.- Procedimiento y substanciación	58.

CAPITULO IV.- LA REPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO COMO INCIDENTE.

1.- Apelación y reposición	65.
2.- Naturaleza objeto y fin.....	68.

3.- La reposición del procedimiento en nuestro sistema procesal.....	73.
4.- La reposición del procedimiento como un medio impugnativo.....	79.
PROPUESTA.....	84.
CONCLUSIONES.....	87.
BIBLIOGRAFIA.....	89.

INTRODUCCION

INTRODUCCIÓN

Como una forma de reconocer la condición de falibilidad en el ser humano, las leyes, particularmente las procesales, permiten que las decisiones del juzgador puedan ser materia de inconformidad por las partes que litigan, esa manifestación se conoce como: impugnación.

En efecto, a través del uso de los medios de impugnación es posible inconformarse con el sentido de una resolución dictada por un órgano jurisdiccional. Así será otra autoridad -superior- la encargada de revisar el fallo que se combate, claro esta, hasta llegar a la búsqueda primordial del proceso o sea, la verdad histórica.

Cuestión aparte merece el efecto que producen los diversos medios de impugnación, desde luego, que aquel que se inconforma lo hace con una intención: que la decisión controvertida sea sustituida por una diversa que colme sus intereses legales o acoja sus pretensiones.

Sin embargo, la apelación como una forma de impugnación no siempre tiene esas consecuencias que podríamos llamar ordinarias, por que a veces se traducen en a revocación, la modificación o la confirmación (quizás el fin menos deseado). Solo que también, como facultad del juzgador, este puede ordenar la reposición del procedimiento, al haber advertido alguna violación procesal que conculca el interés de la defensa o que bien no se hizo valer oportunamente o paso desapercibida para la defensa.

“Reponer el procedimiento” significa volver el curso procesal hacia atrás, hasta el exacto momento en que tiene génesis la violación u omisión procesal pero que deja insubsistente la sentencia dictada, con la obligación de que el órgano judicial vuelva a dictar una nueva que venga a sustituir a aquella que motivó el recurso.

A mi juicio la reposición del procedimiento más que un efecto del recurso de apelación, debe ser un Incidente dentro de la secuela procesal ordinaria, aunque por

supuesto, su tramitación debería de llevarse a cabo ante un órgano judicial superior a aquel cuya decisión ha de combatirse. Pero, ese procedimiento sumará en que por la naturaleza del mismo, tendría que ser necesario la paralización del procedimiento -al admitirse en ambos efectos- so pena de que lo continuado fuese declarado insubsistente.

Por tal razón decidí intitular este trabajo de investigación como: "La Reposición del procedimiento como Incidente". Pero para llegar a esta afirmación hubo de recorrerse un arduo camino, que a lo largo de cuatro capítulos puede verse la solidez de mi afirmación.

En el primer capítulo, trataré el tema relativo a los "Conceptos Generales" a modo de establecer el panorama donde nos movemos, razón por la que aparecen subtemas como: el concepto de medio de impugnación, su distingo con los recursos y los incidentes y también algo en cierto modo novedoso y a lo que los autores poco hacen referencia, esto es, los remedios procesales.

En el segundo capítulo, al que llamé "Procesos e Incidentes impugnativos", se aboca al análisis de descubrir la naturaleza jurídica del proceso y del incidente, contando claro esta, con el estudio de la consecuencia que más nos importa en relación con el tema, es decir, la suspensión de la causa.

Mientras que, en el tercer capítulo denominado "Recurso de Apelación" se convierte en motivo del tema, lo relativo al recurso más socorrido por la doctrina. Aquí mi intención es simplemente escudriñar y descubrir la problemática que se centra en derredor de éste medio de impugnación intraprocesal a efecto de estar, después, en aptitud de distinguirlo de las consecuencias que habrá de acarrear la reposición del procedimiento.

Y finalmente en el capítulo cuarto llamado "La reposición del procedimiento como incidente" conforma la parte medular del trabajo, donde habrán de notarse mis pretensiones, las razones y motivos que me llevaron a estimar que este conocido -hasta ahora- efecto de la apelación pueda convertirse doctrinalmente y normativamente, en el futuro, en un

incidente. Claro que no se trata de hacer una simple exposición u afirmación, sino también habrá una parte propositiva de lo que sería la tramitación sumarísima de un incidente de esta naturaleza.

Sé que me enfrento a la severa crítica de mis sinodales, a partir de un concepto tan sólido como lo es que la reposición del procedimiento sea una consecuencia no querida de la apelación, pero también reconozco que mi esfuerzo e inquietud han de motivar a la reflexión con lo cual me daré por satisfecho.

Queda entonces aquí la idea primordial de contemplar procesalmente la Reposición del Procedimiento como un Incidente que habrá de ser admitido en ambos efectos y cuya tramitación en suma no debería rebasar los 15 días incluyendo la decisión que emitiera el superior en una sola audiencia.

Pero a fin de cuentas, es en la propuesta donde objetivamente se reflejará la finalidad de esta tesis, que dejo para su análisis.

CAPITULO I
CONCEPTOS GENERALES

SUMARIO.- 1. Definición de medio de impugnación. 2. Concepto de recursos. 3. Los remedios procesales. 4. Acerca de los incidentes.

1. DEFINICIÓN DE MEDIO DE IMPUGNACIÓN.

Los órganos de la jurisdicción dan a conocer sus determinaciones a través de resoluciones judiciales, que deben responder a las diversas promociones de los intervinientes principales del proceso, pero su decisión siempre ha de ajustarse a lo “alegado y probado” durante la secuela procedimental y nunca ir más allá del planteamiento de la litis, procurando ante todo guardar el equilibrio procesal entre las partes y la imparcialidad de su posición al emitir su juicio.

“El contenido de dichas determinaciones es de importancia capital para el desenvolvimiento normal del proceso y para la definición de la pretensión punitiva estatal; en consecuencia, pueden afectar en sus derechos, al Ministerio Público; al autor del delito y al ofendido. Por eso en prevención de males irreparables, susceptibles de romper con toda aspiración de justicia, las leyes consagran el derecho a inconformarse mediante el uso de diversos medios de impugnación, cuya finalidad, es evitar la marcha del proceso por cauces indebidos, o bien, que éste llegue a facilitar una resolución injusta”. (1)

Los medios de impugnación es un modo de reconocer en cierto sentido, la condición humana de la falibilidad, a la que estamos expuestos no sólo el juzgador sino cualquier ser humano y además, es hacer válido el derecho esencial de manifestar la inconformidad. Porque a través de esa manera, se hace posible la enmienda de los yerros judiciales cuando es otro órgano judicial el encargado de revisar la cuestión planteada.

Es de interés público que la justicia se realice, no solo para la tranquilidad de la sociedad, sino también dentro de lo posible, en beneficio de quien directa o

indirectamente resintió el daño causado por la conducta o hecho ilícito. Más si quienes resuelven situaciones de tanta trascendencia son seres humanos; por ende, la falibilidad, las pasiones, los intereses en pugna y muchas otras negociaciones, a veces lícitas y otras tantas -las más- ilícitas, innecesariamente rondan todos los ámbitos de la justicia, provocando el error, la mala fe y el quebranto del deber estatuido por la ley. La rectitud en el juzgador es esencial.

Frente a estas situaciones y a muchas que suelen con bastante frecuencia manifestarse, desde antaño se instruyeron medios de control (recursos o medios jurídicos) para restablecer el equilibrio perdido con motivo del error o del desvío del poder. Así el tribunal autor de la resolución u otro de mayor rango jerárquico, previo examen del proveído impugnado, enmendará la ilegal o improcedente resolución a través de una nueva que elimine a la anterior, anulando por consiguiente cualquier vicio en los actos del procedimiento o en el acto mismo de juzgar, además de sus efectos.

La existencia de los medios de impugnación, no es factor suficiente para los fines señalados, Son necesarios además, un conjunto de actos y formas idóneos para actualizarlos, para hacerlos coincidir con las necesidades del que se haya bajo su imperio, lo cual implica un procedimiento encaminado a realizar su objetivo y fines.

Partiendo de este punto de vista, es procedente ocuparnos de aquéllos y después, del procedimiento a seguir para su realización.

Por la impugnación penal, el sujeto que se considera lesionado por un acto positivo o negativo de la autoridad, y que estima deficiente o erróneo, habrá de resistirse mediante una serie de actos jurídicos que, partiendo de la censura a la conducta de la autoridad, estarán orientados a procurar la sustitución de la conducta de la autoridad, a través de la modificación, revocación o anulación y eventualmente, la reposición de la causa hasta el momento justo de la violación procesal, lo que a la postre dejaría sin efecto el fallo que se somete a la discusión.

"Etimológicamente la palabra "impugnación" proviene de

“irapugnatio e impugnare” que es la acción o efecto de impugnar; que además significa, atacar, contradecir, combatir, luchar, al decir del maestro Fix Zamudio” (2).

Puede ser definido de la manera que propone Ovalle Fabela “los medios de impugnación son instrumentos jurídicos autorizados por las leyes procesales para anular, corregir, modificar o revocar los actos o las resoluciones judiciales que conforme a los impugnadores no se ajustan a un derecho” (3). Y solo podríamos añadir como lo hace Fix Zamudio, “los medios de impugnación no solo pueden oponerse a los actos o resoluciones judiciales sino además a la omisión, que sea precisamente un acto o una resolución” (4).

Toda impugnación, desde el punto de vista jurídico tiene su ratio essendi en una pretendida o real discrepancia entre la conducta de la autoridad y la justicia misma o la ley, que se representa mediante un fallo judicial que afecta el interés de una de las partes del proceso, y desde el punto de vista metajurídico en la falibilidad humana.

Desde el momento en que el impugnante ataca el acto o la omisión de un acto, se rebela su resistencia a él, pero además, tal resistencia es activa y se plasma en actos positivos tendientes a alcanzar la finalidad del medio impugnativo. Aquí conviene precisar que, no debemos confundir el objeto y el fin de los medios de impugnación, con el resultado que de ésta se obtiene, así lo veremos en los puntos siguientes.

En la impugnación no se trata de una mera denuncia de un acto ilegal o injusto, sino de un verdadero actuar para lograr corregir el vicio o defecto aducido.

En todo proceso existe un principio general de impugnación, o sea que las partes deben contar con los medios para combatir las resoluciones de los tribunales, si estas son incorrectas, ilegales, equivocadas o irregulares, deficientes o pronunciadas sin apego a derecho. Por regla general, en todo tipo de proceso existe un principio de impugnación, incluso en aquellos carentes de recursos reglamentados, ya que es muy difícil de encontrar un proceso que no admita un medio de impugnación, es más en muchos casos, mediante otro segundo o ulterior proceso.

El legislador ha acogido, en efecto una regla de la experiencia que enseña cómo dos jueces diferentes tengan el modo de profundizar mejor que uno solo la sustentación y la de la causa y, por consiguiente, de decidir mejor la controversia, siempre en la espera de lograr la concordancia entre la verdad verdadera -valga la expresión- y la verdad histórica deducida del litigio.

Los medios de impugnación son los instrumentos procesales ofrecidos a las partes para provocar aquel control sobre la decisión del juez, y este control es, en general encomendado a su vez a un juez no solo diverso de aquel que ha emitido el pronunciamiento impugnado o discutido, sino también de grado superior, aún cuando no esté en relación jerárquica verdadera y propia con el primero.

No se excluye sin embargo, que en ciertos casos, en consideración al tipo de control invocado, este último sea ejercitado por el mismo juzgador (como lo es el recurso de revisión en materia de amparo) que ha pronunciado la sentencia, objeto del control (revocación, oposición de tercero). Indudablemente, toda la impugnación se basa en la falibilidad humana; es decir los actos del hombre están siempre expuestos a caer o a incurrir en equivocaciones e injusticias. Esta puede ser considerada la razón justificativa de la impugnación.

El medio impugnativo tiene como supuesto un acto (por ejemplo, una sentencia) o la omisión del algún acto procesal considerado de importancia (como no permitirle a algunas de las partes ofrecer prueba o designar defensor).

En la actualidad, los medios impugnativos son reconocidos universalmente. Así por ejemplo, la declaración universal de los derechos del hombre establece que 'toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que lo ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por a ley' (5).

La teoría general del proceso sólo puede enfocar el tema de los medios de impugnación, advirtiendo que éstos son recursos, procedimientos, instancias, o acciones,

reconocidas a favor de las partes, para que estas puedan combatir a los actos o resoluciones de los tribunales, cuando estos sean incorrectos, equivocados, no apegados a derecho o injustos. Si los recursos reglamentados en determinado sistema procesal son dos, tres o cinco, reciben diferentes nombres y si sus alcances o procedimientos, son distintos reitero que ello deriva o depende de factores legislativos o doctrinales peculiares y característicos de la cultura jurídica del lugar del que se trate. En nuestro país con independencia de los recursos y su número no se permiten más de Dos instancias y el Juicio de Amparo.

Entiende Alcalá-Zamora a los medios de impugnación como "actos procesales de las partes dirigidos a obtener un nuevo examen, total o limitado a determinados extremos, y un nuevo procedimiento acerca de la resolución judicial que el impugnador no estima ajustada a derecho, en el fondo o en la forma, o que reputa errónea en cuanto a la fijación de los derechos" (6).

Conviene advertir, desde luego, que este autor establece un neto deslinde, bajo el rubro general de las impugnaciones, entre la oposición, el ulterior proceso y el recurso, de esta suerte, el recurso sólo sería una especie del género integrado por los medios de impugnación y que por cierto en estricto sentido, hay diferencias esenciales entre medios de impugnación y recursos, y por supuesto, también habrá distingos en cuanto a su naturaleza jurídica. Tal cual se apreciarán más adelante.

La finalidad de los medios de impugnación es: "obtener la anulación de los actos u omisiones, la corrección o modificación o bien el hacer que se actué en la forma debida, es decir; superar la omisión" (7).

De esta manera se puede encontrar la anulación a través de los incidentes o de los recursos; la corrección, en los casos de aclaración de sentencia; la modificación mediante la apelación, y para tratar de superar la omisión, se tiene la excitativa de justicia, por citar algunos ejemplos. Por otra parte, se interponen en cualquier estado procesal, no es necesario que concluya la instancia, porque no solo la sentencia es susceptible de impugnarse. Aunque debe reconocerse que en la actualidad la anulación es mero efecto de la impugnación.

Siempre suponen una actividad del que esta legitimado para interponerlo, es decir; requiere de un hacer, de aquel que intenta rebatir un acto, resolución o abstención. Significa entonces, que sólo ha lugar a recurrir por aquel que es afectado en su interés legal, o sea, por quien se encuentra legitimado ad- causam.

En general los medios de impugnación entendidos como un género en la manera de presentar una inconformidad -a través de lo que conocemos como expresión de agravios- , suelen ser clasificados, por la mayoría de los doctrinistas, en la forma que a continuación se enlistarán y con el solo propósito de ser enunciativos, en:

- a.- Incidentes impugnativos
- b.- Recursos y
- c.- Procesos impugnativos.

Ciertamente lo que nadie discute es que los medios de impugnación constituyen el instrumento procesal a través del cual quien lo interpone hace manifiesta su inconformidad con la decisión judicial que combate, y es un modo de acudir a otra instancia legal en búsqueda de un nuevo fallo que culmine el litigio planteado en ese órgano jurisdiccional.

Para hacer mas viable el resultado de esta inconformidad, las leyes procesales conceden al impugnante la oportunidad de hacer una "expresión técnico-legal" de este desacuerdo, hecho lo cual a su vez a la autoridad le facilita el conocimiento de la parte del acto o resolución con el que concretamente se finca el disgusto, bien para su mejor estudio o bien para acercar a la autoridad a la toma de una decisión mas ajustada a la realidad del hecho, o también, por que no, para confirmar el fallo que se somete a su discusión, aunque no sea este el propósito del que se convierte en el recurrente.

En suma a través de la impugnación, el sujeto procesal controvierte los fundamentos, razonamientos y reflexiones que llevaron al juzgador a decidir en la forma que lo hace y, a su vez, es esto, lo que permite al inconforme someter a la consideración del superior jerárquico de aquel que decidió ya un litigio y que conozca los motivos de su inconformidad para

efecto del dictado de una nueva sentencia.

Creo hasta aquí importante describir el panorama general de los medios de impugnación. Aunque desde luego, esto no implica que se ha agotado el tema. Aún queda materia de análisis, pero mi intención solo llega a una mera descripción que ha de ser orientada a nuevos espacios, concretamente, a la trascendencia de los efectos de la impugnación.

2. CONCEPTO DE RECURSOS.

Ya queda insinuado cuál es el objeto y la característica de los recursos: revisar, someter a otro el examen y resolución de un asunto o alguno de sus proveídos integrantes, para enmendar sus ilegalidades si las hay. Esta sujeción a un segundo desideratum, esta nueva discusión de lo ya dispuesto, no se encuentra clara esta, ni en los incidentes, ni en ninguna otra actuación procesal, a lo menos como objetivo expresa y formalmente planteado. Aquí cabe puntualizar que, el recurso es tan sólo una especie de los medios de impugnación.

Por lo mismo el fin de los recursos es remediar y enderezar las providencias torcidas o que al menos así le parecen al inconforme; se evidencia que su fundamento es la falibilidad y la eventual injusticia humana que suponen y que no podían dejarse en lo posible sin ningún correctivo. Y, que a la postre representan una oportunidad más de que sea otro órgano el encargado de hacer una revisión.

"En cualquiera de sus pasos el juez puede equivocarse. Son innumerables los motivos del engaño y a ellos se añaden los yerros maliciosos constituyéndose así como una copiosa fuente de errores en un amplio sentido de la palabra: errores involuntarios por oscuridad o alteración de los hechos, ignorancia o torpeza legal, inadvertida ofuscación pasional o simple extravío de criterio, etc.; errores voluntarios por amistad o animadversión, por miedo o servilismo, por móvil inmoral, soborno u otro interés etc., etc. Giurati en su erudita monografía sobre "Los Errores Judiciales" ha disertado un cúmulo de ejemplos sobre estas cuestiones y refiriéndose

también a la materia misma en que tienen lugar tales errores, advierte cómo su número se amplía a medida que se pasa de las resoluciones condenatorias más graves a otras menos gravosas o más simples, que van formando como círculos concéntricos cada vez más grandes que los anteriores (8).

Así, en el primer círculo se colocarían las ejecuciones o sentencias contra inocentes, que aunque afortunada y relativamente poco frecuentes; forman a lo largo de la historia un acervo más que considerable y sobre todo terrible por la magnitud de sus daños y de su injusticia. En el área siguiente, entrarían a la inversa los casos de los verdaderos delincuentes a quienes se absuelve por falta de pruebas o cualquier otra causa, con perjuicio quizá menos palpable, y en número ya francamente aumentadísimo. Pero, aún le supera el inmenso porcentaje de las resoluciones de encarcelamiento de inculpables o de libertad provisional por falta de méritos, pues todas estas últimas por el mismo hecho de deshacer lo primeramente verificado, acusan el reconocimiento de un error de inmerecida aprehensión o de mala investigación.

De todos modos se comprende que no es lo peor ni lo inevitable el error en cuanto a mera declaración; sino en su perpetración, en su sanción, en sus consecuencias. De aquí la necesidad de medios para impedir o corregir éstas.

Ahora bien; se ha considerado que estos medios tenían que consistir judicialmente en la facultad de revisión de las resoluciones de la causa. Es lo más natural que el desacierto cometido en un primer estudio del punto del negocio, se descubra en un segundo examen, si se garantizan en él determinadas condiciones de calma y discusión que traigan a la luz las ilegalidades aducidas y las razones para su reparación, de modo que el error o deficiencia pueda enmendarse.

“En todo caso ha sido esta forma de protección la única posibilidad procesal manifiesta y si también puede a su vez salir fallida en ocasiones, conduciendo a otros malos resultados o dejando indebidamente subsistentes los mismos; esto es ya tacha de la imperfección inevitable en todo y efecto de la natural importancia de controlar en absoluto todas las posibilidades de desacierto; sin perjuicio de la bondad general y relativa del principio de que resultará mejor ordinariamente lo meditado y decidido por dos o más veces que lo externado a

primera impresión" (9).

Este principio tiene sin embargo sus limitaciones, así como las tiene en consecuencia la concesión de los recursos tanto por razón de su número y calidad como por razón de su materia, oportunidad y requisitos. Es que no son absolutos.

Podría decirse que los recursos no pueden darse sino en el número prefijado por la ley, en el género previsto por la misma para las categorías de resoluciones susceptibles de ellos, en los términos establecidos y con los requisitos de promoción necesarios. Porque, el tener un número ilimitado de recursos en las leyes forales iría en detrimento de los principios "de la justicia pronta y expedita", lo que a la postre acarrea un enorme rezago administrativo en los órganos encargados de la administración de la justicia, y una natural desventaja para los sujetos procesales y más para los que tendrían la condición de víctimas. Además de violentar la "seguridad jurídica".

Pueden considerarse brevemente todos estos puntos, a guisa de explicar las razones que distinguen la naturaleza jurídica de los recursos y su inevitable necesidad en las leyes procesales, como una forma de combatir un yerro del juzgador, a saber:

a) Por el primero, que se refiere más escuetamente a la cantidad de los recursos admisible; se tiende a restablecer como principio ordinario que solo una oportunidad de enmienda debe concederse contra las resoluciones que lo ameriten, es decir, que los proveídos recurribles, deben serlo regularmente una sola vez so pena de convertir los procedimientos en argos y tediosos, convirtiendo la justicia en un aparato burocrático. De lo contrario sería fomentar la inseguridad jurídica cuando que en la propia Constitución se previene la necesidad de hacer efectiva la garantía de justicia pronta y expedita.

b) En un segundo termino, el recurso interponible contra una resolución, no puede ser cualquiera, sino el especial correspondiente según la predeterminación establecida por los Códigos que limitan así la calidad de los medios de enmienda en general y para cada caso en particular. También excepcionalmente aunque dentro de la previsión legal, se podrá

permitir a veces una elección entre dos géneros de recursos, pero de ordinario una sola categoría procede para cada ocasión dada y la fijación de su clase, excluye automáticamente la posibilidad de concurrencia de las otras categorías, dado que podría ocasionarse el fenómeno de contar con resoluciones contradictorias entre sí, respecto a una misma causa litigiosa. Por tal razón, en materia de amparo, por ejemplo, se tiene la prohibición de la duplicidad de recursos.

c) Lo anterior supone la recurrencia de las resoluciones que se trata de enmendar, pero no todas son ni deben ser recurribles, sino que éste carácter se limita a las de cierta materia a que también hay que atender por consiguiente para admitir o rechazar los recursos.

d) La otra cortapisa impuesta a los recursos es relativa por razón del tiempo en que se hacen valer, consiste en que no es indefinida la oportunidad de su interposición. Por el contrario, se establecen términos contados desde que se conoció la resolución reformable, y ya en otro lugar se indicó que precisamente la consecuencia del transcurso de un término procesal es de hacer perder los recursos y derechos que pudieron ejercitarse dentro de él, por que se presumen abandonados o renunciados tales derechos y consentido o aceptado lo que su supo y no se impugnó. A decir verdad, sería tanto como el equivalente a consentir el fallo que pudo ser materia del recurso y, por ende, se tendría ya como una aceptación tácita.

e) Por último, contrariamente a lo que pasa con los trámites ordinarios de la causa, los recursos no proceden de oficio: requieren promoción expresa y a veces otros requisitos y formalidades previas. La razón es que, aunque se fundan en la posibilidad del error, el error no puede suponerse como regla sino como excepción. Puesto que la ley ha tomado las precauciones estimadas convenientes para el acierto de las investigaciones, puesto que los funcionarios a quienes se encomienda, se suponen también acertados y rectos, por sus mismos nombramientos; lo natural es presumir igualmente la justicia de sus resoluciones y no tener para que tocarlas cuando nada se opone a tal presunción y cuando los más interesados en atacarla reconocen su legalidad con el silencio. Sólo cuando estos hablan y se inconforman, puede levantarse alguna duda o cuando menos concederse la oportunidad de un segundo debate y defensa, que de otro modo, sin interés ni convicción sería una inútil tramitación muerta, lo que contradice el principio de la impugnación.

La exigencia de la explícita promoción de un recurso puede llevarse por lo demás hasta el extremo de hacer precisar la clase o denominación legal del mismo sin lo cual no se considerara interpuesto, o limitarse a pedir que el interesado se inconforme y de a entender claramente pero sin fórmulas o nombres especiales, que desea la consideración del punto. Sin duda que esto último aceptado por los nuevos códigos, es lo único humano para la gran mayoría de procesados ignorantes y desvalidos.

En el lenguaje común "recurso" es volver a tomar el curso, lo que equivale a decir que, en el procedimiento penal, el recurso tiene por objeto volver el proceso a su curso ordinario, del cual se había escapado por un vicio procesal o bien por una omisión, ya en el fondo del litigio o ya en sus formalidades procesales.

Su naturaleza jurídica se funda en la necesidad de corregir las providencias torcidas y de reparar el derecho violado. El recurso es un fenómeno de carácter procesal capaz de producir consecuencias jurídicas desde el momento de su interposición. Tiene por objeto corregir los defectos contenidos en las resoluciones judiciales que es una garantía para enmendar sus posibles equivocaciones reprimiendo toda tendencia a la arbitrariedad, desde el momento en que la actuación del inferior tiene que ser revisada y juzgada por un órgano superior.

Se da el nombre de recursos (del italiano "recorsi" o sea, volver a tomar el curso) a los medios de impugnación otorgados a las partes para atacar las decisiones judiciales que les causen agravio, con el fin de que se haga un nuevo examen de la resolución impugnada, ya sea por el mismo tribunal que la dicto o por otro de superior jerarquía.

"La nota esencial del recurso es la devolución de la jurisdicción, es decir, la transferencia del negocio a otro tribunal (de jerarquía superior) para que vuelva a ser examinada" (10).

En el derecho procesal penal, la revisión de la actuación o diligencia con la que el afectado se inconforma requiere de una dinámica, especial traducida en el procedimiento a seguir para el logro del fin propuesto. Por ende, el recurso es un ente jurídico, que

en razón del principio de legalidad característico en nuestro sistema de enjuiciamiento constituye un presupuesto indispensable para a través del derecho que conceda y siguiendo las formas legales necesarias obtener el resultado procedente.

De lo expuesto, se concluye que los recursos son medios establecidos por la ley para impugnar las resoluciones judiciales que, por alguna causa fundada, se consideran injustas, garantizando, de esta manera, en forma mas abundante el buen ejercicio de la función jurisdiccional. A la postre redunda en una mejor observancia del principio de seguridad jurídica, reconocido inclusive a nivel constitucional.

Para la procedencia de los recursos se requiere que se cumplan - entre otras- las exigencias que enumero, a modo de ser más plástica mi exposición y que son las siguientes:

1.- Que la ley procesal conceda expresamente el recurso en contra del fallo reclamado. En la doctrina, se les conoce con el calificativo de que sean intraprocesales.

2.-Que la persona que lo haga valer este autorizada legalmente para ello, o sea, que sea parte afectada por la resolución que se va a discutir. O sea, que exista legitimación ad causam.

3.- Que se ejercite este derecho en el plazo señalado por la ley , a modo de contar con una oportunidad legal.

4.- Que exista interés jurídico en el reclamante. Significa, que solo será admisible el recurso cuando lo interponga aquel que siendo parte procesal se vea afectado en su interés jurídico en el litigio.

Deben ser las anteriores, las premisas que describen y enuncian los requisitos y condiciones mínimas, para dar nacimiento al "recurso" como una institución jurídica. Aunque aquí cabe apuntar, que son requisitos lógicos y no propiamente lo relativo a la calificación

del grado, que es un concepto distinto y que al menos con nuestro trabajo nada tiene que ver.

3. LOS REMEDIOS PROCESALES

Los remedios procesales son medios correlativos de actos y resoluciones judiciales tramitados ante el mismo tribunal. Son dice Fix Zamudio "los medios que pretenden la correlación de los actos y resoluciones judiciales ante el mismo juez que los a dictado" (11). Son pues medios impugnativos de carácter horizontal. Es decir que solo podrán interponerse ante el mismo órgano jurisdiccional que dicta el fallo controvertido, a modo de hacerlo recapacitar.

Dentro de los efectos que producen su tramitación en orden a la competencia son retentivos; esto es, el tribunal no devuelve competencia a otro tribunal diverso, sino que el propio tribunal autor del acto impugnado es el que lo revisa y, en su caso lo corrige. En orden a la ejecución, casi siempre son ejecutivos, aun cuando doctrinalmente podrá mencionarse por conveniencia casos en que son suspensivos.

En el proceso penal encontramos remedios procesales como la llamada "aclaración de resoluciones", mas conocida en la modalidad de aclaración de sentencias, y el medio impugnativo denominado "revocación". Y cuya tramitación es en forma horizontal, porque se pide ante la autoridad que dicta la resolución a aclarar.

Hasta ahora el legislador mexicano ha aludido a la aclaración de resoluciones, pero solo a propósito de las sentencias, y de estas únicamente las sentencias definitivas, no las ejecutorias cuando de lege ferenda sea factible regular la aclaración respecto de cualquier tipo de resolución. Inclusive la mayor parte de las legislaciones procesales conoce este medio como "Aclaración de Sentencia".

Establecida entonces, que nuestra ley procesal solo regula la aclaración de sentencias definitivas conviene precisar sus alcances. El termino "Aclaración" proviene

de aclarare, de ad: a, y claurus: claro, que significa, precisar, explicar, puntualizar, especificar en nuestro caso la sentencia definitiva.

En México la mayoría de los escritores han afirmado en varias ocasiones que la aclaración de sentencias no es un recurso, e incluso, critican al legislador que ha regulado la aclaración en el capítulo de los recursos, aunque ya lo puntualizamos no es un recurso propiamente. En verdad, tales autores son acertados en sus apreciaciones, pues no se trata de un recurso, sino de un remedio procesal.

En sentido contrario se manifiesta González Bustamante quien llegó a afirmar "que es indudable que al modificar o adicionar el fallo, después de concluido y firmado el fallo tiene todas las características de un recurso por lo que se persigue con su interposición es corregir las irregularidades y omisiones que se advierten en la sentencia". (12)

En verdad lo que González Bustamante no alcanzó a ver, es la diferencia entre recurso y remedio procesal, ya que realmente era el remedio procesal al que se estaba refiriendo y no precisamente al recurso con el cual se confundió.

A través de la aclaración de sentencia, explica García Ramírez "se trata, simplemente, de precisar ambigüedades, oscuridades o equívocos; de explorar y exponer el sentido ya presente en la sentencia". (13)

Por su parte, la aclaración, según lo apunta el tratadista Briseño Sierra, será de pedir al juzgador de pedir la sentencia dentro del plazo fijado por la ley procesal, y su objeto será expresar:

a) La contradicción

b) La ambigüedad

c) La oscuridad.

En fin, la aclaración no es un remedio apto para modificar o revocar una resolución puesto que solo podrá completar o interpretar la sentencia.

Por ejemplo, en el caso en que el tribunal de primera instancia al sentenciar, dispone en uno de sus puntos resolutiveos que el condenado deberá restituir al ofendido el inmueble descrito en el cuarto considerando. Sin embargo, al leer esta parte de la sentencia, se advierte que en el se describe varios bienes inmuebles, habida cuenta que en el caso, se trataba de una extensión de terreno más o menos aceptable. Entonces, el remedio que se intente aplicar deberá atender a que el juzgador aclare la deficiencia y en su caso, precise a cual de estos predios se refiere.

El segundo remedio procesal regulado por la ley procesal mexicana es el bautizado como: revocación. El vocablo "revocación" proviene de revoco, revocare, revocatio, revocationis, cuyo significado es cancelar, rescindir, anular, retractarse, invalidar, contraordenar, derogar, etc. Este remedio horizontal tiene como presupuesto una resolución que habrá de ser sustituida por otra.

Viene al caso diferenciar entre "iudicium resindens" (juicio insubsistente", el remedio impugnativo a que me refiero, o sea a la revocación, corresponde al volver a analizar una decisión ya tomada de surte que, se reconsidere por el órgano judicial que emitió ese fallo.

En cuanto a los efectos que produce su tramitación, la revocación es retentiva, o sea no devolutiva. En lo que toca a su ejecución, tal como esta regulada es ejecutiva, es decir la resolución impugnada se puede ejecutar aun cuando se encuentre en estado de impugnación. No obstante, podría surgir la necesidad de darle efecto suspensivo a ciertas resoluciones impugnables en vía de revocación.

Por ejemplo, como en el caso en que el tribunal en su resolución fijó una fecha anterior a los careos al momento en que se lleve a cabo la confrontación. Si esta se ejecuta después de los careos carecería de razón y de eficacia, por que ya para entonces los

personajes del careo y posterior confrontación ya se han conocido al estar frente a sí. Aquí, se aconseja la admisión de la revocación en efecto suspensivo.

En realidad el nombre que se le da a éste remedio no es el correcto, pues su fin no sólo consiste en revocar -es decir, dejar sin efecto una resolución- sino también (para el caso de que proceda), que se dicte una resolución que ha de sustituir a la revocada.

Aunque tanto la apelación como la revocación tiene como objeto de revisión a las resoluciones, sólo algunas son susceptibles de ser impugnadas mediante la revocación, y otras mediante la apelación. Según el sistema utilizado por nuestra ley, ésta da una lista de resoluciones que se especifican como apelables, indicando que las no apelables serán, por consecuencia revocables. De este modo no se enumera de forma casuista cuales resoluciones son susceptibles de revocación. Simplemente, por medio de una expresión negativa (lo que no es apelable es revocable), se precisa cuales son las resoluciones objeto del remedio procesal enlistado.

Sea como fuere ha de recordarse que nuestra ley establece algunos casos de resoluciones que no son impugnables. Debe destacarse que la revocación es un medio impugnativo que procede no sólo contra las resoluciones dictadas por el tribunal de primera instancia sino también por el tribunal de segundo grado y, resueltas, por supuesto, por el propio órgano judicial.

"La oposición" también conocida como "reconsideración" en otros lugares, es un remedio procesal prácticamente desconocido en el enjuiciamiento penal. Y, que aquí en el Estado de Guanajuato no tiene una regulación definida, sin embargo, es de utilidad, al menos para demostrar la inconformidad del recurrente, luego, al no tener un trámite, casi, por regla general, los jueces lo deciden de plano y sin intervención de la parte contraria. Al carecer de sustento legal, su eficacia de acuerdo a la pretensión del recurrente es casi nula e ineficaz.

Al igual que la revocación, la oposición o reconsideración esta orientada a dejar sin efecto la resolución impugnada. Sin embargo, lo que cambia es la mecánica

operativa del medio impugnativo. Mientras que, en la revocación la secuela procesal se configuraría con audiencia o bien de plano y sin citación de las partes, luego, lo aconsejable sería conceder a las partes procesales, la llamada: garantía de audiencia.

“A este medio de control del ejercicio de la acción, Briseño Sierra lo ha considerado como un recurso de queja, y García Ramírez como un recurso administrativo; es decir, una reconsideración administrativa” (14).

Tratase en principio de un remedio, y no de un recurso (revisión), supuesto que el único que puede decidir el no ejercicio de la acción es el Procurador y no los subalternos, de manera que si el primero decide la omisión del ejercicio de la acción penal creo conveniente que en contra de esta determinación administrativa procediera la oposición o reconsideración administrativa.

No obstante, ha de advertirse que si el agente investigador subalterno del Procurador esta facultado para decidir o no el ejercicio de la acción penal, el medio impugnativo no es la reconsideración sino la revisión. Tal es el caso establecido en el artículo 170 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Coahuila. Puede también contemplarse no como remedio, sino como un verdadero recurso, cuando en el caso, el agente del Ministerio Público subalterno se niega arbitrariamente a promover la acción, caso en que hay que recurrir ante el Procurador en vía de revisión.

En nuestro Estado, esta posibilidad no existe, tan sólo en el momento de rendir conclusiones, si éstas son inacusatorias, el juez da vista al Procurador para que emita su opinión, la que inclusive puede variar sustancialmente la inicial postura de la Fiscalía.

Bueno, creo que hablar de la revisión como una forma procesal de combatir el no ejercicio de la acción penal, es otro tema diverso al que aquí me dispongo a tratar, aunque nada impide transformar la ley y la doctrina para impedir que esa facultad omnímoda del Ministerio Público se convierta en una práctica abusiva, pero esto tiene sus propias implicaciones. Mientras que aquí solo me interesa discutir si uno de los ordinarios efectos de la apelación, como es

la reposición del procedimiento, puede ser considerado en lo sucesivo como un incidente con una dinámica procesal propia y que se entienda suspenda al menos provisionalmente el procedimiento penal hasta en tanto y se resuelva esa cuestión incidental.

Los "remedios procesales" en nuestro sistema procesal penal, son poco comunes, es más, solo sirven para evidenciar alguna "inconformidad" planteada por el litigante, siempre que contra esa decisión judicial no quepa recurso o de apelación o bien de revocación, y que a la postre puede usarse por el afectado como una violación procesal, que en todo caso pudiera hacerse valer ante otra autoridad.

4. ACERCA DE LOS INCIDENTES.

En la averiguación penal como en cualquier otra actividad, no siempre se puede obtener el resultado propuesto de un solo intento continuado, sin tropiezos, como no se puede llegar al término de un solo viaje contando solo el recorrer la ruta trazada, sin apartar los obstáculos que se presenten en ella, cuya remoción aunque no forme evidentemente el objetivo del transeúnte implica una necesidad para el adelanto final. En esta tesitura, esos obstáculos por salvar equivaldrían a los incidentes en materia procesal.

En el proceso, como ya se ha repetido, la conclusión que se persigue en el fondo del negocio como se le llama el objeto definitivo y capital; no es otro sino la decisión sobre la culpabilidad o inculpabilidad del procesado, su condena o absolución.

Esto lo establece la sentencia propiamente dicha, la sentencia principal. Pero antes de pronunciar esta resolución mayúscula presentase a menudo dificultades accesorias, pasos que deben salvarse, problemas diferentes pero que requieren anticipada solución: ¿Es competente el juez que esta conociendo de la causa o debe ser otro el que se encargue de dar el fallo que se dicta?, ¿Puede ser puesto el preso en libertad caucional?, ¿Es el acusado menor o mayor de edad? etc.

No todas las cuestiones que ocurren para resolución en el proceso, aparte de la principal, constituye sin embargo incidentes.

Por una parte, su carácter accesorio requiere como se ha dado a comprender su diferenciación de los trámites necesarios y ordinarios de todo proceso. En todo proceso el juez tendrá que dictar el auto de formal prisión, de sujeción a proceso o de soltura discutiendo si están o no comprobados los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del acusado, además de saber si están satisfechos los otros requisitos para que el detenido continúe sujeto a encarcelamiento.

En toda causa, decidirá también llegado el caso si es de tenerse o no por concluida la instrucción y por muchas otras cosas. Empero, la discusión de estos extremos aunque no sea la materia de fondo, de la sentencia; no forman tampoco cuerpo incidental; es el cuerpo mismo del proceso. No es la meta que se procura, pero tampoco es interposición a la misma, ni interrupción o desviación del camino; es el propio camino central en su curso directo de pasos necesarios y previstos.

En general, se llama incidente o incidencia, toda cuestión que surja en el curso del juicio; pero con más propiedad debe estimarse como tal, toda controversia que entorpezca la marcha regular de lo que es objeto del juicio y por naturaleza deba tramitarse y resolverse de un modo especial.

Tal vez en suma, convendría distinguir la mera incidencia o cuestión incidental del incidente propiamente dicho. El incidente requiere sin duda la cuestión incidental, la materia accesorio, pero no basta con esto para constituirlo; precisa además, lo que en el párrafo anterior denominé "cuerpo incidental", esto es, figura propia procesal, individualidad destacada, tramitación en forma y distinta de la tramitación principal, sin perjuicio de que su material concreción escrita se contenga o no en el mismo expediente de autos.

La cuestión incidental simple, puede resolverse de plano; el incidente como tal significa otra contienda en la contienda, otro pequeño juicio dentro del principal.

La resolución que lo define se llama también por eso, aunque impropriamente, "sentencia", sentencia incidental, sentencia interlocutoria o interlocutoria simplemente.

Las cuestiones incidentales no pueden evitarse; son, puede repetirse, cortapisas imprevistas, despejamiento indispensable de obstáculos de fondo para el acceso lógico al fondo del negocio.

Los incidentes como tramitación, pueden limitarse y suprimirse. El procedimiento oral con su principio de concentración, que tan diestramente subraya Chiovenda tiende a eliminarlos o simplificarlos incluyendo su proposición entre las proposiciones ordinarias y reservando la resolución de su contenido a la misma audiencia cuando no, en la sentencia final, sin que en todo caso, su decisión sea impugnada separadamente del fondo.

"Debe diferenciarse el incidente, de las medidas cautelares, pues mientras estas son provisorias, las resoluciones que ponen fin al incidente son principalmente definitivas. Las medidas cautelares no implican necesariamente una cuestión, lo que si ocurre en los incidentes. Las medidas cautelares son solo medidas, en tanto los incidentes son cuestiones que surgen (no son resoluciones), mientras que, las medidas cautelares son asegurativas, lo que no ocurre con los incidentes. Es precisamente todo esto lo que ignora nuestro legislador al colocar como incidente verdaderas medidas de cautela, como la libertad provisional" (15).

Al mismo tiempo, hay que diferenciar el "incidente" de las "cuestiones prejudiciales", que aún cuando pueden coincidir en la similitud del procedimiento ocurre que, las segundas, consisten en cuestiones substanciales o propias para resolver la cuestión penal principal (por ejemplo, como habría de ocurrir en el caso del ilícito penal en que es necesario saber si una persona se encuentra o no casada para estar en posibilidad de declarar el adulterio o la bigamia), en tanto que los incidentes se refieren a cuestiones propias del proceso.

Los incidentes se diferencian de los medios impugnativos en que estos implican necesariamente revisiones, y tampoco pueden definirse como procedimientos, sino simplemente como cuestiones propias del proceso.

También debe diferenciarse al incidente de los procedimientos probatorios, puesto que estos son solo procedimientos o mecanismos empleados para confirmar o rechazar las posiciones de las partes (sus afirmaciones). Los incidentes son solo cuestiones, que en su procedimiento también pueden recurrir a los procedimientos probatorios, pero esto no significa que deban confundirse.

La prolífica gama de incidentes hace que se clasifiquen desde el punto de vista de diversos matices, a guisa de ser enunciativos los enumero como sigue:

a) En atención al ritual. Los incidentes son generales o específicos. Generales, cuando el procedimiento es común y específicos cuando el procedimiento esta especialmente establecido para solucionar determinadas cuestiones. El caso de los generales o no especificados se justifica en atención a que con ellos el legislador deja abierta la puerta para cualquier incidente o cuestión no prevista o que es peculiar o diferente a cuanto a su tratamiento.

b) Por el efecto que produce su simple planteamiento. Los incidentes son de previo y especial pronunciamiento, en el caso de que presenten un obstáculo para la continuación del proceso principal -o sea detienen la marcha del proceso- o simplemente, son de simultánea tramitación, esto es, son paralelos al proceso principal, vale decir que su tramitación no obstaculiza la marcha del proceso principal, habida cuenta que éste sigue su curso común y ordinario.

c) Por el momento en que se plantea. Se dice que los incidentes son previos al proceso principal y concomitantes al proceso principal o posteriores al mismo. A estos últimos también se les llama de ejecución.

En realidad los verdaderos incidentes son los segundos. A los primeros Alcalá Zamora los considera procesos preliminares y a los segundos, Piña y Palacios les llama incidencias. Manzini y Prieto Castro sostienen la existencia de los incidentes de ejecución y, entre los ejemplos que se mencionan podrían acoplarse al campo mexicano, los de reducción de penas, extinción del delito, conversión de las penas, etc.

d) Por la forma de resolverse. Los incidentes pueden requerir de un procedimiento o carecer del mismo. En este último caso, se esta en presencia de los que se resuelven de plano.

e) Por la documentación. Los incidentes se documentan dentro del mismo legajo propio del proceso principal o fuera de él. A estos últimos también se les llama por cuerda separada.

f) Por la naturaleza de la cuestión. Los incidentes pueden ser puros o simples, por un lado y, por el otro, con afectación del fondo. A los primeros también se les llama: incidentes procesales y, son propiamente los verdaderos incidentes, puesto que cuestionan la validez del procedimiento. Los segundos son los incidentes de fondo, esto es, que pueden producir un gravamen irreparable al fondo del asunto, en este segundo caso, la cuestión esta referida al asunto principal.

g) Por el nombre legal. Los incidentes se clasifican en nominados, si la ley les da nombre o innominados si es que carecen de tal.

h) Por el objeto de la cuestión. Existen los siguientes incidentes:

1.- Los referentes a cuestiones de capacidad y competencia. Aquí incluye las cuestiones de competencia objetiva y subjetiva.

Entre los primeros se advierte la inhibitoria, al igual que la declinatoria, y en los de capacidad se mencionan la excusa y la recusación. Aunque por supuesto, son cuestiones que rara vez inciden en el fondo del negocio que se somete a la jurisdicción de un órgano encargado de la administración de justicia.

2.- Los referentes a la articulación de las pretensiones, entre los cuales mencionare los de acumulación y los de escisión procesal. Que no forman parte del estudio de este trabajo.

3.- Los referentes a la paralización del proceso, entre los cuales se encuentran la paralización temporal (incidentes de suspensión y de interrupción) y, la paralización definitiva (incidentes de sobreseimiento).

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Silva Silva, Jorge Alberto. "*Derecho Procesal Penal* " . 2ª. Ed. Harla, México, D.F., 1995.
pág. 413
- (2) Silva Silva, Jorge Alberto. op. cit. pág. 415.
- (3) Id. pág. 416
- (4) Ibidem.
- (5) Acero, Julio. "*El procedimiento penal mexicano* " Ediciones Especiales, México, D.F., 1991. pág. 409
- (6) Briseño Sierra, Humberto. "*El enjuiciamiento penal mexicano* " 3ª. Reimpresión. Ed. Trillas, México, D.F., 1988. pág. 216
- (7) Briseño Sierra, Humberto. op. cit. pág. 218
- (8) Acero, Julio. op. cit. pág. 411
- (9) Id. pág. 222
- (10) Gómez Lara, Cipriano. "*Teoría general del proceso* " 8ª. Ed. Harla, México, D.F., 1994. pág. 307
- (11) Silva Silva, Jorge Alberto. op. cit. 421
- (12) Borja Osorio, Guillermo. "*Derecho procesal penal* " 4ª. Ed. Cajica, Puebla, Pueb. México. 1969. pág. 303
- (13) García Ramírez, Sergio. "*Derecho procesal penal* " 16ª. Ed. Porrúa. México, D.F., pág. 261
- (14) García Ramírez, Sergio. op. cit. pág. 263
- (15) Silva Silva, Jorge Alberto. op. cit. pág. 442

CAPITULO II

PROCESOS E INCIDENTES IMPUGNATIVOS

SUMARIO.-1. Naturaleza jurídica y concepto del proceso. 2. Naturaleza jurídica y concepto del incidente impugnativo. 3 La suspensión como efecto del proceso impugnativo. 4. La suspensión del proceso por interposición del incidente.

1. NATURALEZA JURIDICA Y CONCEPTO DEL PROCESO.

Desde el punto de vista meramente gramatical, cuando es utilizada la expresión "proceso" se alude a una sucesión de actos, vinculados entre sí, respecto de un objeto común. En el proceso jurisdiccional la finalidad que relaciona los diversos actos es la solución de una controversia entre partes que pretenden, en posiciones antagónicas, que se les resuelva favorablemente a sus respectivas reclamaciones, deducidas ante un órgano que ejerce facultades jurisdiccionales.

A su vez el desempeño de facultades jurisdiccionales entraña una aptitud legal para aplicar la norma jurídica general, abstracta e impersonal, a situaciones concretas de controversia, para determinar quien tiene la razón total o parcial, entre las partes que han deducido sus pretensiones ante el órgano estatal facultado para resolver el litigio.

El proceso es, por su propia naturaleza, enteramente dinámico. El órgano jurisdiccional y quienes acuden ante él desarrollan una actuación preliminar al dictado de un fallo con el objetivo antes indicado de resolver la controversia planteada. Al conjunto de todos esos actos es lo que se le denomina proceso, entendido en su acepción científico-jurídica. Y, ya aquí no conviene hacer distingos entre los términos "proceso" y "procedimiento", habida cuenta que sus diferencias son ya hasta ahora harto conocidas, amén de estudiadas por distintos tratadistas, sólo que por ahora no me interesa ahondar más en el punto.

"En ocasiones, se ha utilizado el vocablo "proceso" como sinónimo

de "procedimiento". No hay sinonimia entre ambas expresiones puesto que "procedimiento" es la acción o modo de obrar. Es decir, marca una serie de actos acaecidos en la realidad como consecuencia del desenvolvimiento del proceso en la actuación concreta. En el proceso se contemplan las etapas diversas en abstracto. Podríamos decir que el proceso es abstracto y el procedimiento es concreto. En el proceso se previene una secuela ordenada al desempeño de la función jurisdiccional, mientras que en el procedimiento, la realidad se ha pretendido apegar a esa secuela pero con todos los matices e individualidad que impone el caso real" (16).

El proceso es el desarrollo regulado por la ley de todos los actos concatenados cuyo objetivo es que se diga el derecho a favor de quien tenga la razón total o parcial. El procedimiento es el desarrollo real de un caso en que se ha planteado una determinada controversia.

No hay que identificar el procedimiento y el proceso. Este último es un todo o si se quiere una institución. Está formado por un conjunto de actos procesales que se inician con la presentación y admisión de la demanda, y terminan cuando concluye por las diferentes causas que la ley admite.

El procedimiento es el modo como va desenvolviéndose el proceso, los trámites a que está sujeto, la manera de sustanciarlo, que puede ser ordinaria, sumaria, sumarísima breve o dilatada, escrita o verbal, con una o varias instancias, con periodo de prueba o sin él, y así sucesivamente hasta llegar al punto de obtener el fallo judicial.

"El proceso jurídico es una serie de actos jurídicos que se suceden regularmente en el tiempo y se encuentran concatenados entre sí por el fin u objeto que se quiere realizar con ellos. Lo que da unidad al conjunto y vinculación a los actos, es precisamente la finalidad que se persigue, lo que configura la institución de que se trata" (17).

Por otro lado, la principal doctrina -que a mi juicio es la más acertada- que se ha formulado sobre la naturaleza jurídica del proceso y que es la que mayormente da génesis a nuestra actual Teoría del Proceso es, sin pretender ser exhaustivo pero sí descriptivo

en su exposición, la siguiente:

I.- La de la relación jurídica que sostiene Bulow en 1869. Y que posteriormente difunde Koler y más universalmente por Chiovenda. Es la que tiene más adeptos, según ella; el proceso es una relación jurídica de derecho público y que se establece entre las partes y el juez, o sea, refiere una relación tripartita y se le conoce también como la Teoría de la Relación Jurídico Procesal y que tiene las notas que a continuación se enlistan:

a) es de tracto sucesivo, porque se desarrolla a través del tiempo, y por que forzosamente esta formada por una serie de actos.

b) es autónoma, porque esta regida por su propia ley, y por que existe independientemente de la relación substancial materia del proceso.

c) es tridimensional, porque figuran en ella, el órgano jurisdiccional y las dos partes, actor y demandado.

d) su contenido consiste en los derechos, obligaciones, cargas y facultades que nacen durante el proceso.

e) es heterogénea en el sentido de que los derechos y obligaciones susodichos no son de la misma naturaleza.

f) es colaborante, por que a pesar de que las partes, por decirlo así, luchan una contra la otra, sus actividades, junto con la del juez, deben incidir en el desarrollo normal del proceso. Este punto de vista es de Calamandrei.

g) se establece la relación entre el juez y las partes y no entre estas mismas.

El autor italiano clásico en el derecho procesal, Giuseppe Chiovenda, se ocupa de

conceptuar el proceso de la siguiente manera:

“... Es el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley (en relación a un bien que se presenta como garantizado por ella) por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria” (18).

Por tanto, entendemos por derecho jurisdiccional el cúmulo de actos, regulados normativamente, de los sujetos que intervienen ante un órgano del Estado, con facultades jurisdiccionales, para que se apliquen las normas jurídicas a la solución de la controversia o controversias planteadas.

Procedemos a la explicación detallada de los elementos del concepto propuesto:

1.- Un cúmulo de actos. Es característica de la esencia en el proceso la existencia plural de conducta atribuible a personas físicas o morales, desplegada en el desarrollo del proceso. No es un solo acto de un sujeto, es una serie de actos, de hechos jurídicos, de actos jurídicos, imputables a los sujetos que han de actuar en el proceso. Si fuera dable representar gráficamente al acto y al proceso, el primero lo representaríamos con un punto y al segundo con una línea. La línea está compuesta de una sucesión de puntos. Así el proceso, está integrado por múltiples actos de personas jurídicas físicas y morales.

2.- Regulados normativamente. Para que exista un orden lógico jurídico, previamente establecido, el legislador a previsto, en forma general e impersonal, abstractamente, actos del juez y demás sujetos intervinientes en el proceso y ha fijado las normas orientadoras a seguirse para ventilar las controversias que pudieran ventilarse en el ámbito. En consecuencia, en el proceso existen normas jurídicas que regulan la conducta de quienes intervienen con motivo del desempeño de la función jurisdiccional .

3.- Actos del juez y demás sujetos que intervienen ante un órgano del estado. En el proceso, la conducta que se regula es conducta de personas jurídicas, físicas o

morales, pues, los actos que en el proceso se realizan, unos son del juez o juzgador y otros son de las partes que han deducido pretensiones propias para que se diga el derecho respecto de ellas. Pero hemos empleado expresiones del alcance tan general, porque estamos en la seguridad de que, pueden intervenir otros sujetos, como auxiliares de la administración de justicia, como testigos, peritos, como terceros deduciendo un derecho propio.

4.- Ante un órgano del Estado con facultades jurisdiccionales. No hemos querido hablar de un poder judicial, y empleamos estas expresiones de "órgano del Estado con facultades jurisdiccionales" porque queremos englobar a órganos del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo que formalmente desempeñan tareas administrativas o legislativas pero, que desde el punto de vista material también pueden tener encomendadas tareas jurisdiccionales. Si la función que se desarrolla es de índole jurisdiccional, materialmente considerada, se trata de un proceso jurisdiccional aunque el órgano del Estado que intervenga no pertenezca al poder judicial. Las facultades jurisdiccionales consistirán en poder aplicar la norma jurídica a la situación concreta controvertida.

5.- Aplicación de las normas jurídicas. Utilizamos la referencia a normas jurídicas sin precisar que se trata de normas jurídicas generales puesto que, en ocasiones el juzgador ha de aplicar normas jurídicas individualizadas. Por ejemplo, la controversia suscitada no se plantea sobre la interpretación de una ley sino sobre la interpretación de una o varias cláusulas de un contrato celebrado entre partes. El contrato tiene normas jurídicas que no son generales, sino que son individualizadas

6.- Solución de la controversia o controversias planteadas. El fin último del proceso es la solución de la controversia o controversias planteadas. Hemos establecido previamente que la unidad de la pluralidad de actos se consigue a virtud de una finalidad u objetivo común que, casualmente es la tendencia a la solución de la controversia. Mencionamos el plural de la palabra controversia puesto que en ocasiones se han ejercitado varias acciones simultáneamente y cada una de ellas entrañará una controversia. Además habrá controversias accesorias como por ejemplo, los relativo a los accesorios legales, intereses y costas.

Así por tanto, el procedimiento autónomo de impugnación se justifica sólo en tanto garantice la enmienda de los actos procesales en concordancia con el principio de legalidad y que habrá de redundar en una mejor efectividad de justicia.

El tratadista Julio Acero afirma que "es lo más natural que el desacierto cometido en un primer estudio del punto del negocio, se descubra en un segundo examen, siempre si se garantizan en él determinadas condiciones de calma y discusión que traigan a la luz las ilegalidades aducidas y la seguridad de que habrán de repararse".(19).

El fin perseguido a través de la impugnación, es el restablecimiento del equilibrio perdido en el proceso, es decir, al examinarse de nueva cuenta la resolución, se repararía el daño producido, ordenando la toma de las medidas que la ley prevé.

En suma, mediante el proceso impugnativo se distinguen características como las siguientes:

a) Son autónomos, es decir, cuentan con una dinámica procesal propia prevista en un Ordenamiento legal.

b) Pueden ser uni-instanciales o bi-instanciales.

c) Suspenden la ejecución del auto dictado por una autoridad y cuyo contenido se discute respecto de su legalidad, y

d) tienen por finalidad reparar la violación cometida por la autoridad que dicta el proveído que se combate.

Como bien pudo verse el proceso impugnativo es un "verdadero proceso" valga expresión.

2. NATURALEZA JURIDICA Y CONCEPTO DEL INCIDENTE IMPUGNATIVO.

“En términos generales, la etimología de la palabra “incidente” expresa la función que desempeña en el proceso, tanto civil como penal. Del latín *in caedere* (interrumpir, surgir en medio de), *quia incidunt in re de qua agitur*, constituyen cuestiones accesorias que, relacionadas con la principal, objeto del proceso surgen durante la tramitación de éste” (20). Sin embargo, esta definición aunque muy generalizada, resulta excesivamente superficial. El incidente determina una *crisis del proceso*, es decir, una interrupción de su ritmo.

En una de sus acepciones literales, la más cercana a su significación procesal, por incidente entendemos aquél acontecimiento de mediana importancia que sobreviene en el curso de un asunto. Si este significado meramente gramatical lo quisiéramos acoplar a la materia procesal, sólo tendríamos que indicar que el acontecimiento sobreviene en el curso de un proceso, en el que interviene una autoridad jurisdiccional.

Por eso un excelso tratadista como lo es Franco Sodi escribe que: “En general, se llama incidente o incidencia, toda cuestión que surja en el curso del juicio; pero con más propiedad debe estimarse como tal, toda controversia que entorpezca la marcha regular de lo que es objeto del juicio y que por su naturaleza deba tramitarse y resolverse de un modo especial” (21).

El proceso está normado por diversas disposiciones que establecen la regulación de los actos procesales. Como hemos visto, el proceso tiene un objeto propio cuya cuestión consiste en saber si existió o no delito, o si tal persona fue o no responsable. Esta es la cuestión principal de un proceso no obstante, durante su desarrollo pueden plantearse otro tipo de cuestiones, que no están básicamente orientadas a solucionar la cuestión principal o substancial del proceso, sino que se encaminan a llevarlo en buena marcha.

Así, las cuestiones que bien se plantean durante la tramitación del proceso son dos:

a) *Cuestiones referentes a la litis*, como les llama Carnelutti; esto es, las cuestiones decisorias o cuestiones de fondo o mérito. Son las cuestiones

propias del negocio central o principal. "Son las cuestiones concernientes a la existencia y valoración jurídica de los hechos -prosigue Carneulutti-, que constituyen las *res judicanda*" (22).

b) *Cuestiones referentes al proceso*, cuestiones de orden. Puede ocurrir que una de las partes discuta la competencia del tribunal o se ponga en duda la capacidad de una de las partes. Surge así una nueva que, afirma Carneulutti, "se inserta entre otras cuestiones pero difiere de las cuestiones de fondo porque se refiere, en lugar de la litis, al proceso" (23).

Las cuestiones incidentales deben resolverse *interlocutoriamente* (es decir, dentro del proceso), en tanto que las cuestiones que afectan al fondo deben ser resueltas en la sentencia, salvo que por razones de política procesal se resuelvan antes. Pero en todo caso, serían *sentencias anticipadas* (sentencias parciales, según De la Place, que afirma así le llama en Italia), sentencias que tendrán la misma naturaleza que una de fondo.

No se confunda entonces a las cuestiones de fondo (*quastio principalis*) con las cuestiones referentes al proceso, porque en estas últimas están los incidentes (*quastio incidens*).

Conforme al entendimiento general, la justa idea del incidente que por el contrario sugiere siempre el pensamiento no sólo de la cuestión secundaria, sino también obligatoriamente y en forma independiente debatida, controvertida y resuelta como un impedimento de marcha, que se traduce en una tramitación adicional o lateral, es una desmembración necesaria de procedimientos despejadores de los elementos que obstruyen la finalización principal.

No sólo las argumentaciones teóricas ni las promociones prácticas que se resuelven de plano, impiden el fallo del proceso ni se apartan sensiblemente de su línea

medular, por lo mismo que no implican ni visible retardo, ni controversia formalmente desarrollada, no figuran nexos cuyo desanudamiento distinto se requiere, no cortan la seriada directriz de la averiguación ni responden tampoco, por tanto, a la etimología de la palabra "incidente" del latín "incidere" o quizás de "scindere", equivalente en todo caso de interrumpir o dividir.

Tomando en cuenta la naturaleza intrínseca crítica del incidente, podemos precisar sus caracteres esenciales que, cuando menos, sirven para diferenciarlo de otras formas de actuación procesal. Como a continuación habrán de enumerarse, de modo que sean explicativas y se capte su dimensión, y que son:

1.- La cuestión planteada en el incidente es accesoria, respecto de la principal que se debate en el proceso, de lo cual se infiere necesariamente que la primera sigue la suerte de la segunda. Extinguido el proceso se extingue el incidente que pudiere hallarse en tramitación.

2.- El procedimiento incidental no tiene acomodo alguno en ninguno de los periodos del procedimiento. Este, como ya dijimos, es un conjunto de actos jurídicos vinculados entre sí por relaciones de causalidad y finalidad. El incidente, por su propia naturaleza, interrumpe o altera la vinculación y en veces su decisión niquiera inciden en el fondo del negocio, aunque no se desconoce que en ocasiones lo de por concluido anticipadamente, pero ésta es la excepción.

3.- El incidente se somete por lo tanto, a un procedimiento especial, distinto del proceso principal, el cual unas veces suspende la secuela procedimental de éste último y otras no, según se trate de la naturaleza e importancia de la cuestión incidental, a modo de preservar la materia propia del incidente impugnativo y;

4.- En el procedimiento incidental, relacionado cualitativamente con el principal, es cuantitativamente diferente. Es, como se ha dicho con acierto, un procedimiento pequeño introducido en un procedimiento grande. Pero que debe ser resuelto antes de que se emita el fallo que culmine la instancia.

Son auténticos incidentes, los que señalan una crisis del proceso, o sea, una interrupción o alteración de su ritmo, como los incidentes de competencia, suspensión, acumulación y separación de procesos, recusación y libertad por desvanecimiento de datos.

En efecto, los incidentes de competencia, suspensión y recusación, suspenden el proceso; los de acumulación y separación de procesos, unifican procesos diferentes o dividen un proceso único, respectivamente, y los de libertad por desvanecimiento de datos, lo terminan provisionalmente.

Toda cuestión accesoria para cuya resolución se necesita audiencia de las partes, corresponde a una especie determinada de incidentes, ya que la ley reconoce expresamente la calidad de incidentes a ciertas cuestiones conexas a la principal en la que no es de rigor correr traslado a la contraparte. Aunque ciertamente, a veces conviene oír sus alegaciones y defensas antes de emitir la decisión.

El legislador a través de las últimas reformas, ha sido cada vez más estricto con los incidentes a fin de evitar el abuso de ellos, que casi siempre se hace con el fin de dilatar la administración de justicia.

La jurisprudencia en nuestros tribunales ha dispuesto que la calidad de incidente se determina más que por la tramitación, por la esencia o condición de su definición. La audiencia previa a las partes es siempre un requisito formal, más no de fondo. El incidente es siempre una cuestión accidental y secundaria al juicio principal e inclusive solamente se exige que deba encontrarse resuelto antes del fallo que culmina la instancia.

Así las cosas, en mi concepto, en base a los criterios antes expuestos diré que las características que distinguen a los incidentes son:

I.- Decimos que el incidente es una "cuestión", porque es un problema, es materia de una discusión.

II.- La cuestión es controvertida, por lo menos en potencia. Aunque a veces se requiere conocer el punto de vista de la contraria, la que puede incluso oponerse total o parcialmente con la pretensión de quien ha hecho valer el incidente.

III.- Para tener el carácter de incidente debe surgir la cuestión controvertida dentro de un proceso, puesto que de otro modo sería una controversia independiente. En ese proceso tendría el carácter de accesoria.

IV.- El incidente no es la cuestión principal que se debate y no es la misma cuestión principal objeto del litigio primario.

De esta manera podemos llegar a la máxima siguiente: por regla general, habrá de considerarse que la cuestión es incidental, en el sentido de tener relación con la principal, cuando entre las dos hay una relación jurídica de conexidad o de incompatibilidad, o bien, cuando el incidente se refiere a la validez del procedimiento.

Tratamiento aparte merece el tema de la suspensión del procedimiento por la interposición de un incidente, como habrá de verse.

3. LA SUSPENSIÓN COMO EFECTO DEL PROCESO IMPUGNATIVO.

"Se pueden calificar como procesos impugnativos -señala Fix Zamudio- aquellos en los cuales se combaten actos o resoluciones de autoridad a través de un proceso autónomo, en el cual se inicia una relación jurídico-procesal diversa. En nuestro Ordenamiento Procesal podemos señalar como tales: al juicio de amparo de doble instancia, llamado también, por la doctrina, bi-instancial y que debe considerarse como un verdadero proceso" (24).

No en pocas ocasiones, suele ocurrir que el imputado no está de

acuerdo con los actos o abstenciones realizadas por la autoridad penal. Disiente así de los actos realizados por el Instructor que ordena una aprehensión, porque considera que no se cumplió con ciertas formalidades del procedimiento o bien, puede estar en desacuerdo con el Ministerio Público, quien en la fase de averiguación previa ejecuto un acto procedimental prohibido por la ley, lo que vendría a engendrar la posibilidad real y material de controvertir ese punto a través de un proceso independiente al que origina la inconformidad.

Así, particularmente se trata del Juicio de Amparo en que no es necesario agotar el principio de definitividad.

Se da entonces, en el orden fáctico un conflicto entre el que se considera penalmente afectado y el agente de la autoridad, cuestionándose la legalidad o ilegalidad del acto. Este cuestionamiento evidentemente constituye una controversia o litigio que debe ser resuelto por un órgano jurisdiccional distinto de aquel que dicta el mandato cuya legitimidad se pone a discusión y que es precisamente la materia de la inconformidad.

Esta controversia puede, según nuestras leyes, llevarse a un proceso impugnativo. Al acto o abstención de la autoridad que se cuestiona nuestra ley de amparo le denomina "acto reclamado" y conforma, a la postre, la materia misma de la decisión judicial, la que ha de procurarse, se conserve hasta que se vaya a emitir el juicio.

Existe la posibilidad de que el imputado pueda presentar demanda en contra de cualquier agente de autoridad, por actos o abstenciones realizadas por éste. Establece también la ley, los mecanismos necesarios para resolver tal litigio. Así, los gobernantes quedan obligados a someter sus diferencias ante un tribunal del Estado especializado en estas controversias.

Cabe detenernos para recordar que el Amparo en México esta regulado por una dualidad procedimental. Por un lado, el amparo de única instancia, o llamado amparo directo o uni-instancial, amparo-casación, que es un recurso extraordinario operante contra sentencia penales definitivas; y, por el otro, el amparo de doble instancia o indirecto, operante

contra actos de las autoridades penales que conculquen garantías de legalidad o de seguridad jurídica, lo que corresponde a un verdadero proceso o juicio autónomo y al cual nos estamos refiriendo en este punto.

Este litigio en materia de amparo se forma -apunta Flores García- "por la pretensión del quejoso de que se declare la existencia de una violación constitucional, cometida por una autoridad responsable, quien podrá oponerse al contestar la demanda de amparo, con el informe justificado" (25).

La sustanciación y resolución de conflictos como estos se llevan a cabo en México a través del denominado proceso o juicio de amparo, que no es desconocido en otros países, donde recibe nombres como: "habeas corpus" en el derecho anglosajón, "casación" en el derecho español, entre otros.

El juicio o proceso de amparo, como cualquier otro tipo de proceso, constituye en su objeto una rama de estudio de la Teoría General del Proceso, y no un apéndice del Derecho Constitucional o del Derecho Político. Estructurado bajo el principio acusatorio, se da en el juicio de amparo autónomo la trifuncionalidad característica de todo proceso acusatorio y que a veces es conocida como la relación jurídico-procesal tripartita, a saber: actores o demandantes, demandados y órgano de decisión.

En el proceso de amparo, cualquier gobernado puede constituirse como actor o demandante. Puede ser solo un sujeto, o bien puede darse el litisconsorcio activo. Y, solo en esos casos entonces, la sentencia dictada ha de beneficiar a todos los solicitantes del amparo. Esto no significa que la característica de particularidad de la sentencia de amparo pierda su sentido, habida cuenta que todos los reclamantes se convierten por ese hecho en solicitantes del amparo.

Nuestra ley no le denomina actor o demandante, sino que emplea el desconcertante vocablo "quejoso", como si el proceso de amparo se tratase de una simple queja y no de un verdadero proceso impugnativo.

Normalmente, durante la substanciación del proceso de amparo en materia penal las partes, en especial el imputado demandante, temen se ejecute el "acto reclamado" y se entienda que el quejoso se ha conformado con el mandamiento de la autoridad, porque de ser así, ese consentimiento ó tácito o expreso haría nugatoria para él la posibilidad de recurrirse.

Si la resolución cuestionada consiste por ejemplo, en una Orden de Aprehensión, su ejecución se adelantaría en el tiempo a la resolución que declare su legalidad o ilegalidad.

Es por esto que, mientras se tramita y resuelve el juicio de amparo, el demandante puede pedir al Tribunal de Amparo (como medida provisional) que impida la ejecución del acto reclamado, mientras resuelve la legalidad o ilegalidad de tal acto. Esto es, trátase aquí de otorgarle efecto suspensivo al acto impugnado, mientras se tramita el proceso impugnativo.

De esta manera, el tribunal del conocimiento puede ordenar, conforme a la ley de amparo, que se suspenda la ejecución del acto reclamado (que es el objeto debatido), o permitir su ejecución.

Esta suspensión -especialmente la definitiva- puede ser meramente conservativa (solo paraliza la ejecución) o puede llegar a ser restitutoria, como por ejemplo, al privarlo de la libertad, se le puede restituir en el goce de ésta. Es importante en todo caso que siempre se procure por la conservación de la materia del amparo, dejando las cosas en el estado que se encuentren hasta el instante en que se pidió el amparo, porque de otra manera, no tendría caso ya seguir con su gestión.

"La resolución de suspensión puede decretarse desde el momento mismo en que se presenta la demanda de amparo. A esto nuestra ley le denomina: suspensión provisional del acto reclamado, suspensión provisional que puede confirmarse y tornarse en definitiva, después de haber notificado y oído al demandado" (26).

Para nadie resulta sorpresivo, sin embargo, comprobar que por muy

sumario o concentrado que sea el proceso de amparo, el acto de autoridad puede consumarse mientras el procedimiento transcurre (en un lapso de tiempo que va del momento en que se impugna el acto hasta aquel en que los tribunales federales otorgan su protección, si es que ésta se juzga concebible), en forma que no pueda ya material o jurídicamente revivírsele, o repararse eficazmente el bien o derechos lesionados, de manera que se restablezcan las cosas al estado que guardaban antes de ocurrir la afectación reclamada en el amparo, o restituya al agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales violados.

Mientras la justicia federal resuelve consiente o escrupulosamente si tal acto, impugnado por irrespetuoso de los derechos del quejoso, tiene vía libre para producir todos sus efectos, o por el contrario debe anularse por inconstitucional. Esto significaría preservar la materia del amparo, hasta que se sentencie definitivamente sobre la controversia. Es esta la ratio legis de la suspensión en el proceso de amparo: preservar la materia de él, para que la sentencia, si finalmente se produce tenga sustancia sobre la cual actuar.

Y de esta forma ya comenzamos a enmarcar, individualizar y distinguir, dos funciones diversas que aparecen en nuestras resoluciones torales correspondientes al derecho de amparo. Mientras la sentencia que otorga la protección constitucional anula la fuerza del poder público que trata de usarse por una autoridad en contra de una persona que carece en lo individual de él (aunque resulta ser original cuando actúa colectivamente y forma parte del pueblo); el mandato de suspensión en cambio paraliza transitoriamente el poder de una autoridad puesta en entredicho; el acto, en el primer caso, debe cumplimentarse cuando el quejoso no fue favorecido en su interés legal por la sentencia que culmina el amparo, y entonces puede utilizarse la coerción que tiene la norma jurídica en su supuesto estructural.

La suspensión del acto reclamado solamente puede ser obsequiada cuando se trate de actos positivos de la autoridad responsable y nunca respecto de los actos negativos. Es palmario que la posición omisiva de la autoridad que no se aviene con su obligación de hacer propicia una situación en la cual, las personas pueden acceder al uso de sus garantías constitucionales, no resiste el menor análisis respecto a un manejo suspensivo. Si el acto es negativo, pasivo, contrapuesto a la petición de que la autoridad actúe, malamente podríamos estar

planteando una suspensión del acto. De ahí la congruente conclusión de que la suspensión solo se otorga respecto de actos positivos y no de actos negativos.

Vallarta considera que la suspensión es procedente y se debe decretar cuando hay urgencia notoria o sea, en aquellos casos en que se deje sin materia al juicio de amparo, por que la ejecución del acto reclamado podría consumarse de tal modo que llegue a ser irreparable. Por tal razón contraria, la suspensión es improcedente cuando el acto reclamado no tenga consecuencias irreparables, cuando permanece integra la materia del juicio, y cuando a pesar de que ese acto no se suspenda restituya la cosas al estado que tenían antes de violarse la Constitución. También es acorde al punto, de declarar la improcedencia del amparo contra actos futuros, esta afirmación es vigente en nuestra actual Ley de Amparo.

La suspensión del acto reclamado, en el derecho de amparo es una providencia cautelar cuyo contenido es una determinación jurisdiccional, de carácter instrumental, que ordena a las autoridades señaladas por el quejoso como responsables, mantengan provisoriamente las cosas en el estado que guarden al dictarse la providencia, hasta que se dicte la resolución principal en la controversia constitucional, pero que, bajo la responsabilidad de la ordenadora permite la toma de otras medidas de cautela que otorguen provisionalmente el respeto inmediato a las garantías constitucionales que se dicen violadas, o el disfrute de los beneficios que en forma definitiva y permanente solo puede otorgar la sentencia, eviten el peligro de la consumación irreparable del acto reclamado debido a la demora en el acceso a la resolución final que debe decretarse en el proceso, o asegure la viabilidad de la acción restitutoria o reparatoria para el caso de que otorgare la protección constitucional, permitiéndose la eventual y condicionada ejecución del acto reclamado.

Etimológicamente la palabra "suspensión" deviene del latín *suspensio*, que significa suspender, de *suspendere*, que es levantar, colgar o detener una cosa en alto, en el aire; diferir por algún tiempo una acción, acto u obra.

Por tanto, si suspender significa detener una acción o sus efectos, no destruirla, puesto que lo suspendido subsiste, luego entonces, la suspensión de los actos

reclamados equivale a detener su comienzo, paralizarlos, impedir que se produzcan o se sigan realizando en adelante, pero siempre temporalmente, mientras se decide en forma definitiva el juicio de amparo, habida cuenta que la suspensión no puede ir más allá hasta el infinito.

La "suspensión" toma el carácter de "incidente", porque sobreviene como un proceso cautelar inherente al juicio de amparo, al presentarse la demanda de garantías o durante el curso de la acción constitucional, puede pues, promoverse en cualquier tiempo, en tanto no se dicte sentencia ejecutoria. Y esta creado como una medida precautoria para asegurar en forma temporal, desde que es concedida hasta que se pronuncia sentencia definitiva el goce de los derechos cuya violación se reclama, mediante la conservación del estado que guardan las cosas al momento de ser decretadas. Porque como ya lo dije líneas arriba, hacerlo de otro modo permitiría se prorrogarán los efectos del acto reclamado hasta hacerlo de difícil reparación por no decir que ya en algunos casos sería imposible.

La suspensión del acto reclamado, de acuerdo con el artículo 122 de la Ley de Amparo puede ser:

a) de oficio. Procede por la gravedad del acto reclamado, que pone en peligro o riesgo al particular quejoso; de aquí, las exigencias de celeridad, de ponderación y de urgencia en su prevención.

b) a petición de parte agraviada. Se define por exclusión, de acuerdo con el preámbulo del artículo 124 de la Ley de Amparo, esto es, "la suspensión de los actos no comprendidos dentro del artículo 123, procede a petición de parte agraviada, siempre y cuando esos actos reclamados sean ciertos, que por la naturaleza de los mismos, la permitan y que reunidos esos dos requisitos se satisfagan las demás circunstancias previstas en la primera de las disposiciones mencionadas".

La suspensión provisional es decretada por el juzgador mediante un auto, surte sus efectos desde que es concedida hasta en tanto y es concedida la suspensión definitiva. La suspensión definitiva se resuelve por medio de una sentencia interlocutoria, con

audiencia de las partes, surte sus efectos desde que es decretada y tiene vigencia hasta que se dicta sentencia definitiva en el amparo.

Por tanto, si se concede al amparo, el acto reclamado suspendido no producirá efecto alguno, pero con motivo de la sentencia más no de la suspensión, otorgada con antelación .

La suspensión debe limitarse a lo estrictamente indispensable. Sería absurdo y contraproducente que por la voluntad de cualquiera de las partes, mediante promociónes malintencionadas o por su sola rebeldía se detuviera la investigación de un delito que importa a la sociedad y se dejaran perder irrecuperablemente las huellas y comprobaciones del mismo en torno a la responsabilidad de un sujeto.

4. LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO POR INTERPOSICIÓN DEL INCIDENTE.

Cuando se trata de incidencias por ser determinantes de ciertas condiciones del fallo, se tienen forzosamente que formar y resolver por separado constituyendo verdaderos y completos "Incidentes" que a veces son hasta inevitables e incontrolables.

La detención del procedimiento central se impone como corolario de la naturaleza adjudicada a estas cuestiones y su repetida previdencia no puede satisfacerse sino antes de la emisión del fallo principal.

Es por consiguiente elemental para que exista materia a resolver en el juicio principal que la instrucción nunca se suspenda, ni en general las diligencias de investigación, sino en lo que materialmente no pueda practicarse, por ejemplo: los careos, sin embargo, solo habría que aplazar los tramites del juicio en relación con el fallo, sin perjuicio de que, en su caso, se pueda activar la captura del prófugo sí ésta es la causa de la suspensión o en su caso la conclusión del incidente interruptor.

Además de los casos de interrupción del proceso y sus procedimientos hay otros que se paralizan y son los llamados propiamente casos de suspensión. A modo de ser más gráfico en mi exposición y para no perder el esquema tradicional, enumeraré las características que enuncie con anterioridad, a saber:

1.- La suspensión de las cuestiones prejudiciales, importa en muchos casos la suspensión del procedimiento principal. Como ejemplos mencionaremos los casos en que se debe esperar hasta que se de la autorización administrativa para proceder contra ciertos funcionarios; esperar hasta que se dicte la sentencia que anule el matrimonio, en los casos en que el raptor se case con la raptada; esperar hasta que se resuelva el juicio calumnioso, para poder continuar con el de calumnia; esperar hasta que se de la declaratoria de perjuicio, en el caso de ciertos delitos fiscales, etc.

2.- Los casos que dan lugar a la substanciación de artículo de previo y especial pronunciamiento, dan también lugar a la suspensión del procedimiento principal. He aquí por ejemplo, que mientras se tramita la declinatoria no se puede dictar sentencia y tampoco en los casos en que se este substanciando la recusación.

3.- La ausencia de algún requisito de procedibilidad, como acontece con la falta de la querrela o la falta de excitativa, también produce la suspensión del procedimiento.

4.- La ausencia de peligrosidad social o de mínima peligrosidad social del penalmente demandado puede dar lugar a la suspensión del procedimiento. Tal situación acontece en el sistema procesal de Norteamérica, donde se suspende el procedimiento a condición de que el acusado observe "buena conducta social". Dentro de igual esquema se encuentra la legislación del Estado de Coahuila bajo el nombre de "suspensión, a prueba, del proceso".

5.- El no haberse recibido por el juez de primer grado, la resolución de la Alzada acerca de alguna resolución impugnada en vía de apelación, caso previsto en el Código de Justicia Militar y en el Procesal Penal Federal.

Podríamos decir que, bajo el género de "paralización del proceso" por incidentes, se hallan los siguientes casos:

INTERRUPCIÓN	Cambio de defensor. Huida del procesado. Falta de capacidad mental del procesado. Ausencia del M.P. o del defensor. Fuerza Mayor.
PARALIZACIÓN	
SUSPENSIÓN	Cuestiones prejudiciales. Artículo de previo y especial pronunciamiento. Falta de requisitos de procedibilidad Casos de mínima peligrosidad.

Pero precisamente porque se trata de una paralización indefinida del enjuiciamiento penal, éste se puede reanudar cuando se cumpla cierta condición, la que habrá de consistir en eliminar el obstáculo que dio lugar a la paralización; esto es, es menester sanear el proceso.

La paralización del proceso en un sentido amplio, trata del estancamiento temporal del proceso debido a la existencia de alguna cuestión u obstáculo que impide su continuación. Su reanudación esta sujeta a la condición de que desaparezca el motivo que dio lugar a su paralización. No ocurre lo mismo en el casos de la paralización definitiva, donde no solo se extingue el enjuiciamiento sino también el proceso.

"Aunque en el caso de la paralización temporal se suele hablar de paralización del proceso, lo que en realidad se suspende es el procedimiento o uno de los procedimientos, es decir, se suspende o se paraliza el enjuiciamiento y no necesariamente el proceso, pues ya se le vea como situación, relación, institución, etc; lo que se detiene realmente es lo actuable (el procedimiento)" (27).

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (16) Arellano García, Carlos. " *Teoría general del proceso* " 5ª. Ed. Porrúa, México, D.F. pág.
- (17) Arellano García, Carlos. op. cit. pág. 10
- (18) " *Diccionario de derecho procesal civil* " 5ª. Ed. Porrúa, México, D.F. 1960. pág. 602
- (19) Acero, Julio. op. cit. pág. 8
- (20) Silva Silva, Jorge Alberto. op. cit. pág. 397
- (21) Id. pág. 399
- (22) " *Diccionario..*" pág. 609
- (23) Idem. pág. 618
- (24) Hernández, Octavio A., " *Curso de amparo* " 2ª. Ed. Porrúa, México, D.F., 1991. pág. 222
- (25) V. Castro, Juventino. " *La suspensión del acto reclamado en el amparo* " Ed. Porrúa, México, D.F., 1991. pág. 51
- (26) V. Castro, Juventino. op. cit. pág. 11
- (27) Acero, Julio. op. cit. pág. 391

CAPITULO III
EL RECURSO DE APELACION

SUMARIO.- 1. Los efectos del medio de impugnación. 2. Principios de la apelación. 3. Efectos de la apelación. 4. Procedimiento y substanciación.

1. LOS EFECTOS DEL MEDIO DE IMPUGNACIÓN.

La tramitación -en realidad la mera proposición- de un medio impugnativo es bastante para que se produzcan diversos efectos jurídicos. No está por demás indicar que el medio de impugnación es el género, mientras que, el recurso es simplemente la especie. Pero, obsérvese aquí, que me estoy refiriendo a los efectos que produce la simple proposición y tramitación del medio impugnativo, habida cuenta, que una cosa es el efecto de la interposición del recurso y otra, muy diferente, el efecto del resultado de la impugnación misma.

Generalmente, el tema de los efectos ha sido analizado por los expertos, los legisladores, y en general por los estudiosos en el campo de la Teoría del Proceso y particularmente, en tratándose de la apelación, cuando que es un tema que en rigor atañe a todos los medios impugnativos, y no solo a éste recurso en particular tal cuál si fuese privativo.

Ya sea desde el momento en que se interpone ante la autoridad correspondiente el medio impugnativo o bien, desde que se admite a su tramitación de éste, se producen efectos legales en cuanto a la jurisdicción, en orden a la ejecución o en orden a su extensión subjetiva.

I. En orden a la jurisdicción (aunque más bien sería en orden a la competencia), los efectos pueden ser de dos tipos :

- a) devolutivos, o
- b) retentivos o conservativos.

II. En orden a la ejecución puede ser:

- a) suspensivos, o
- b) ejecutivos.

III. En orden a su extensión subjetiva, pueden ser clasificados de la manera siguiente:

- c) extensivos o
- b) restrictivos.

Vamos explicando pausadamente, esos efectos y en relación a lo indicado en el número romano I van estas afirmaciones:

El *efecto devolutivo* (de devoluto, devolutus, que devuelve), antiguamente significó “devolver la jurisdicción”.

Vale decir, que el antiguo monarca, al crecer su imperio y complicarse su trabajo, delegó su actividad jurisdiccional en los tribunales. El tribunal resolvía, y si su resolución era impugnada, lo que hacia era “devolver la jurisdicción”. Para que el monarca, sea el que revisara (de aquí el calificativo de devolutivo).

Actualmente esto no es posible; la jurisdicción no la devuelve el tribunal a otro superior porque simple y sencillamente el superior no le ha delegado jurisdicción al inferior, sino que este la tiene por disposición de la ley. Más aún cuando podemos percatarnos que en materia penal, no existe la institución procesal del reenvío, que corresponde a una institución propia de la materia mercantil procesal.

“Aunque el vocablo no resulta perfectamente adecuado al significado actual del concepto, “devolutivo” significa, en los tiempos presentes, el llamado a otro órgano jurisdiccional superior, para que ejerza competencia respecto a algún acto de tribunal

inferior, o también el cambio del proceso -parcial o totalmente- del tribunal inferior al superior” (28).

Aquí hay un “envió” para la revisión, decía Couture, o un “tránsito” según Alcalá-Zamora, del proceso decidido por el tribunal inferior, al conocimiento del tribunal en grado superior. En la apelación que es admitida en el efecto devolutivo, se le da competencia a un órgano diverso para que revise el acto impugnado. Normalmente, su conocimiento queda a cargo de un órgano judicial jerárquicamente superior. Este tipo de efecto se presenta en los medios impugnativos verticales, esto es, donde existe otro tribunal que revisa, como el caso de los recursos e inclusive de los juicios autónomos.

Por ejemplo: el tribunal penal se niega a ordenar la detención de una persona o varias personas. El Ministerio Público, mediante el recurso de apelación, provoca con la *interposición* que este se admita en efecto devolutivo, y así el tribunal superior asumirá competencia sobre la orden pedida, decidiendo libremente o si la concede o si la niega, pero no puede ordenar que sea el inferior quien lo decida “nuevamente” a través del “reenvió”.

El llamado *efecto retentivo o conservatorio*, la competencia para resolver respecto al acto impugnado no se lleva a otro tribunal, sino que se conserva o retiene el propio tribunal que resuelve. “Este efecto es propio de los medios horizontales, como ocurre en el caso de los remedios procesales. El mismo tribunal que resuelve es el que revisa” (29).

Por ejemplo: El tribunal ha dispuesto una confrontación en la que deben participar como confrontados sólo dos personas. El peticionario impugna diciendo que son muy pocas las personas entre las que habrá de elegir, y pide se cambie la resolución, aumentándose a un mínimo de 5 personas. Aquí mismo el tribunal que dispuso que deberían ser dos, retiene la competencia para revisar el acto impugnado. En suma del medio interpuesto para mostrar la inconformidad es resuelto en definitiva por aquel que dictó el mismo mandato que se impugna.

En el orden a la ejecución, el *efecto suspensivo* significa que el acto o resolución impugnado queda pendiente de ser ejecutado. “Se condiciona la ejecución de la resolución impugnada hasta que se resuelva o termine el medio impugnativo” (30). Esto es, hasta que en su caso se confirme la legalidad del acto impugnado o bien se modifique.

Por ejemplo. Un tribunal penal impone la pena de muerte. El sentenciado impugna la resolución, esa impugnación que al ser admitida en efecto suspensivo, impide que tal pena o condena se ejecute. Entonces, la ejecución de la resolución se suspende hasta que sea resuelto el medio impugnativo. En el efecto suspensivo, lo que se suspende es la ejecución del acto o resolución impugnada, y no la jurisdicción del tribunal, ni su actuar.

En el *efecto ejecutivo*, “el acto o resolución impugnado se puede ejecutar, aun cuando el medio impugnativo se encuentre pendiente o en trámite” (31). Así normalmente se suspende la ejecución de resoluciones de imposible reparación, en tanto que es viable ejecutar aquellas que pueden ser reparadas.

Por ejemplo: el tribunal dicta una resolución, por medio del cual ordena se procese a una persona. Esta, por el hecho de impugnar, no se libera del procesamiento ordenado.

En orden a la extensión subjetiva -y aquí seguimos a Bettioli- los efectos pueden ser extensivos o restrictivos. “Si uno de los vencidos impugna el acto procesal, la misma impugnación se extiende a los otros imputados (*efecto extensivo*) con tal que el motivo aducido no se refiera exclusivamente a la persona que los ha propuesto” (32).

Por ejemplo: dos personas han sido sentenciadas a morir. Uno apela y la otra se conforma. Por el hecho que una la impugne, el procedimiento impugnativo se abre para los dos.

Mientras que en el efecto extensivo la impugnación afecta a aquellos que no impugnaron, el *restrictivo* se contrae a los impugnantes.

Por ejemplo: dos personas son declaradas responsables de un mismo delito. Una impugna y la otra se conforma. El medio impugnativo sólo se abre para la que impugna (principio de relatividad, como ocurre en el caso del juicio de amparo).

2. PRINCIPIOS DE LA APELACION

"Más que a verdaderos principios, la nueva decisión esta sujeta a ciertas reglas, que necesariamente han de observarse, dentro de las cuales se suele mencionar a las siguientes:

- a) *Tantum devolutum, quantum appellatum.*
- b) *Non reformatio in peius*
- c) *Reformatio in beneficis mediante suplencia de agravio" (33).*

La primera de las reglas, sólo permite el reexamen parcial de la resolución impugnada. El *iudex ad quem*, está limitado por los agravios que sean presentados por el apelante o los apelantes. Y, en nuestra legislación procesal penal lo enmarcamos como en el caso, de que el inconforme sea el Ministerio Público, que siendo un órgano técnico conocedor del derecho, su impugnación debe ser analizada bajo el principio de estricto derecho y sujetarse el tribunal superior exclusivamente a la parte de la resolución con la que se hace manifiesta la disconformidad.

Si al momento de estar realizando el reexamen encuentra que se violó alguna disposición legal, y ésta no fue objeto de la crítica del apelante, el *Ad quem* no podrá subsanar tal omisión, ya que solo deberá ajustarse a los agravios que le sean planteados, por el impugnante.

Los agravios serán límite de la función jurisdiccional. A esta regla también se le conoce como ya se dijo líneas arriba: el principio de estricto derecho.

El "non reformatio in peius" (de peius, peor; no modificación en perjuicio) es una especie de la primera de las reglas y predica que no podrá el iudex Ad quem agravar la sanción impuesta por el iudex A quo al imputado, salvo que existan agravios procedentes al respecto; esto es, si el acusador critica correctamente la sanción y siempre que su expresión de agravios hubiese resultado exitosa.

Aquí cabe precisar dos tipos de reformatio: in peius (en perjuicio) e in beneficis (en beneficio). La primera es la prohibida. Contra la prohibición de la reformatio in peius se han manifestado algunos estudiosos por considerar que se rompe el principio del equilibrio procesal, exigiendo más a una de las partes llámese Ministerio Público frente al acusado, y entre ellos Calamandrei, para quien el proceso "persigue el establecimiento de la verdad real o material... por lo tanto, el juez penal para sentenciar no debe estar sujeto a formulismos y preclusiones" (34). En México, hasta 1929 fue permisible este principio.

Otros autores como Rafael de Pina explican esta prohibición diciendo que "el legislador ha entendido que resultaría cruel en extremo defraudar la esperanza del reo en una solución que representara, si no la absolución, una atenuación o disminución de la sentencia de condena, sustituyéndola con una sentencia agravatoria o superior sanción a la ya impuesta. Esta prohibición tiene una razón exclusivamente de política criminal, porque desde el punto de vista lógico jurídico no tiene sustento alguno" (35).

En el caso de reformatio in beneficis o en favor del reo, mediante la suplencia del agravio bien que sea por deficiencia en su expresión o de su ausencia total, la posibilidad de reexamen del tribunal ad quem es mayor, aún en el supuesto de la ausencia de agravios y que a la postre sería la mejor demostración de su suplencia. Si el juez conoce el derecho e incluso es su vindicador, lo menos que puede hacer es aplicarlo, a pesar de que no sea alegado, invocado o reclamado por la parte afectada.

El principio "iura novit curia" se introduce en el recurso de manera atenuada: sólo para beneficiar el sujeto pasivo del proceso, no para perjudicarlo. Este principio de reformatio in beneficis es su cara o sea, su objetiva manifestación.

Debido a la gran influencia del método de interpretación literal de los códigos procesales mexicanos, en nuestro país se puede diferenciar entre "suplir al agravio" y "suplir la deficiencia del agravio" (36).

Mientras que, la supliencia del agravio implica la ausencia de agravio, en cuyo caso se suple -es decir, se satisface el agravio mismo-, en el suplir la deficiencia se parte de la idea de que el agravio fue expresado, pero mala o incompletamente, y lo que se hace es complementarlo, colmar la parte en que fue deficiente. Pero cuidando siempre de mantener el equilibrio procesal, no dando más allá de lo permitido ni dando menos de los que legalmente habría de tener derecho.

Aunque estas dos explicaciones tienen su razón lógica, la jurisprudencia mexicana ha establecido que, a pesar de que nuestros códigos aludan al término "suplir la deficiencia de los agravios" cuando se trate del sujeto pasivo del proceso penal, también es permisible al tribunal de apelación suplir el agravio total, ya que se trata de la "máxima deficiencia", con lo cual los tribunales de apelación han hecho desaparecer en el orden práctico toda deficiencia.

En materia de apelación la sentencia definitiva tiene aplicación el principio non reformatio in peius, (el cual ya se menciono líneas arriba), conforme al cual, si sólo fueron a la apelación el inculpado o su defensor, el tribunal ad quem no podrá aumentar la sanción impuesta.

Este principio no podrá invocarse si también apeló la sentencia el Ministerio Público, así lo ha reconocido la jurisprudencia al señalar:

"APELACION EN MATERIA LEGAL. El tribunal en segunda instancia no puede agravar la situación del acusado no solamente en cuanto a la imposición de la pena, sino tampoco a la declaración de su responsabilidad, cuando caso contrario se convertirá la apelación en una revisión de oficio que desnaturaliza la calidad de la instancia." Semanario Judicial de la Federación, Apéndice de Jurisprudencia 19775 segunda parte 228, 1ª. Sala 5ª. Epoca, tomo CV, pagina 2843.

La segunda instancia en nuestro medio, no puede abrirse ex officio, como se autoriza para ciertos casos, en las legislaciones de otras entidades federativas del país. La segunda instancia sólo se abrirá a solicitud de parte legítima para resolver sobre agravios que exponga el apelante.

Para los efectos de nuestra materia, entendemos por agravio “la alectación que nuestra esfera jurídica sufre o puede sufrir el impugnante, con motivo del dictado de una resolución judicial” (37).

Estimamos que el concepto de agravio que exponemos, no varía por el hecho de que en un momento dado se declaren infundados o inoperantes por el tribunal de apelación, pues en estos casos, puede afirmarse que no existió la lesión en la esfera de derechos del impugnante y por ende, no sufre agravio derivado de la resolución combatida. De este modo, el agravio sólo existirá cuando efectivamente se vulnere o restrinja la esfera jurídica del impugnante, sin que pueda confundirse el agravio.

La segunda instancia sólo se abre para resolverse sobre los agravios que plantean las partes en contra de la resolución judicial impugnada, esto significa que los agravios son “de estricto derecho”, porque marcan el alcance de la apelación la cual debe ceñirse a la inconformidad planteada y darse solución; de otra manera, este recurso se desvirtuaría al volverse una revisión de oficio y obligando al ad quem a examinar completamente el fallo recurrido, aunque las partes no lo solicitaran, y por supuesto, analizar la legalidad de la resolución.

Este principio general sufre excepciones cuando se trata del inculpado y su defensor, respecto de quienes se establece la suplencia de la queja deficiente, en este sentido, no puede haber mayor suplencia que la ausencia de agravios por parte del inconforme, pero, con o sin agravios, en ambos casos, el ad quem se obliga a una revisión exhaustiva.

En los casos de que el inculpado o su defensor, por ignorancia, torpeza o falta de atingencia no expresen adecuadamente los agravios, se establece para el tribunal de apelación, la obligación de suplir esa deficiencia. También cabe destacar algunos principios que

parecen válidos en la doctrina y que ahora positivamente aún son de vigencia, aunque claro esta con modificaciones de la época actual.

“Ahora bien, desde el punto de vista dogmático Carnelutti formula los siguientes principios jurídicos relativos a la apelación:

a) Las razones propuestas por las partes en el primer grado, sirven en el de apelación y por ello el juez debe de tenerlas en cuenta, aunque aquellas no las reproduzcan.

b) No es necesario renovar en la apelación la asunción de las pruebas constituyentes. Por ejemplo no es necesario volver a oír a los testigos presentados en la primera instancia. Aunque excepcionalmente, el recurrente puede ofrecer pruebas que no hayan sido materia ante el juez natural.

c) Las decadencias procesales en que las partes hayan incurrido en primera instancia, subsisten en la segunda.

d) No entran en el ámbito del juicio de apelación, cuestiones que no hayan sido propuestas al primer juez o en otras palabras, el tema del segundo grado debe ser el mismo del primer grado.

e) La apelación no puede referirse a una parte del litigio no comprendida en primer grado.

f) Cualquier razón puede hacerse valer en segundo grado; aunque no se haya hecho valer en el primero.

g) No es lícito modificar la causa petendi en el segundo grado, porque su cambio trae consigo el cambio de la demanda. Así, la pretensión del recurrente ha de ser la misma en ambas instancias.

h) La ineficacia de la demanda de primer grado excluye el poder del juez de la apelación, pese a la validez de la demanda de la apelación.

i) Toda apelación supone una resolución apelable. No puede haber segundo grado sin que exista primer grado" (38).

En suma, de un modo simplista, la apelación es un recurso que se interpone ante el juez de primera instancia para que el tribunal de segunda modifique o revoque la resolución contra la cual aquél se hace valer. Pero salta a la vista que la persona que interpone el recurso nunca pretende con ello que se confirme el auto o la sentencia recurrida.

3. EFECTOS DE LA APELACION

Se suelen asignar principal y alternativamente una o dos consecuencias al interponerse el recurso de apelación expresándose por eso al admitirla, en su caso, que el recurso procede en "uno o ambos efectos", es decir, en el efecto devolutivo y suspensivo, o en el devolutivo solamente.

Aquí el juzgador ante quien se presenta el recurso debe inmediatamente decidir cuál es el efecto causado y hacerlo saber al inconforme, aunque vale puntualizar, que ya la propia legislación procesal indica, según el tipo de resolución, será el efecto provocado.

Este señalamiento de alcance, es lo que se llama la "*calificación del grado*", susceptible a su vez de impugnarse en la vía correspondiente. Ahora bien ¿en que consiste o cual es el alcance de tales efectos?

"Originalmente, el efecto conocido como "devolutivo", tomo esa denominación del primitivo concepto de recurso, considerándose, como se dijo, que toda jurisdicción

emanaba del rey y que el pronunciar una sentencia o administrar justicia los jueces no lo hacían sino en virtud de una delegación o encomienda de los atributos del soberano; fácil era llegar a sentar también que el apelarse, por las partes, de estos mandamientos, para ante el mismo mandante y soberano, y rendirsele por el inferior el informe correspondiente o remitirle en todo caso el asunto para su revisión y decisión final; no se hacía otra cosa que restituirle los poderes de conocimiento y de definición judicial temporalmente recibidos y ejercitados, devolverle la jurisdicción y el negocio encomendado o delegado" (39).

En la actualidad aunque ya propiamente no se pudiese hablar de una devolución de competencia o de actuaciones; al término de las labores declarativas de un juez y el paso del asunto para su reexamen a la jurisdicción superior, sigue siendo el efecto devolutivo de la apelación.

Este consiste pues en el sometimiento de la cuestión ya debatida, al tribunal de segunda instancia .

Este diferimiento hace a su vez posible la enmienda de la resolución recurrida, que es lo que se persigue por el apelante; de modo que como consecuencia extrema, el efecto devolutivo produce la reforma o confirmación de la materia procesal correspondiente. El efecto devolutivo se da en consecuencia siempre en toda apelación, habida cuenta que, resuelta la instancia se ordena al A quo dar cumplimiento a la decisión del superior devolviéndole su *jus imperium*.

Tal efecto es por lo mismo esencial a la apelación puesto que en términos generales, incluye el objeto y fin de este como de todo recurso que no tendría razón de ser sin él; puesto que al admitirse el recurso, es naturalmente para que se sujete al tribunal respectivo su conocimiento y para que se resuelva por éste.

El efecto suspensivo puede ser en cambio concederse en ciertos aspectos y negarse en otros y en este sentido, es contingente. En cuanto a su implicación, su mismo nombre igualmente lo indica. El efecto suspensivo consiste en suspender, en paralizar las

actividades del juez respecto de la cuestión que se discute, en no ejecutar la resolución recurrida hasta que el tribunal resuelva si es de confirmarse.

Esta suspensión, como se acaba de apuntar, no es siempre forzosa. Hay muchos casos en que puede permitirse u ordenarse que el inferior siga actuando sobre lo decidido, a pesar de la admisión del recurso. Llevando adelante el trámite del asunto y en todo caso, ese mandato impugnado podrá caer si se revoca por la decisión de dicho recurso, pero no se deja de ejecutar por la sola interposición del mismo; sino que por el contrario se impone y produce todos sus efectos hasta que no se revoque.

Esto sucede cuando se trata de apelaciones contra medidas preventivas o contra proveídos de consecuencias más o menos reparables, cuya subsistencia provisional mientras se tramita la alzada, es por otro lado necesaria.

El ejemplo más frecuente en este sentido, es el señalado en el auto de formal prisión, que como se sabe se dicta esencialmente para mantener el encarcelamiento de un presunto delincuente por todo el tiempo que dure el proceso. Al admitirse la apelación contra tal providencia, se somete la misma con sus antecedentes a un nuevo estudio en virtud del ante-indicado e imprescindible efecto devolutivo. Pero si además se diera entrada al efecto suspensivo, no podría sostenerse en tanto la mencionada resolución es decir, no podría continuarse el encarcelamiento decretado y como consecuencia tendría que dejarse quizás en libertad al procesado, mientras se tramitaba el recurso y aunque al fallarse en este, la repetida orden de formal prisión se confirmara; ya no podría seguramente hacerse efectivo, por la más que probable fuga del reo en todos los casos de verdadera y grave culpabilidad.

Cuando la apelación se acepta en un solo efecto, este es el devolutivo, que procede siempre al proceder aquella, por ser inherente al recurso. Cuando la apelación se admite en ambos efectos es que al devolutivo de su interposición se añade el suspensivo; pero este puede fallar. El devolutivo puede darse sólo, el suspensivo no, porque sería absurdo suspender el cumplimiento de una resolución, sin objeto, razón ni término definido. Se suspende para que se revise, por el tiempo que tarde la revisión y por lo mismo que la revisión

pueda modificarlo y hacer innecesario su cumplimiento.

Pero si no hubiera de sujetarse a enmienda o aprobación ninguna, faltaría todo motivo para no acatarla y su desobediencia a más de resultar en absoluto arbitrario, se perpetuaría por tiempo indeterminado convirtiéndose en derogación de plano y a voluntad de las partes, sin forma, debate ni justificación alguna.

El efecto suspensivo como accesorio del devolutivo, tiene por objeto evitar los perjuicios innecesarios de una resolución sujeta a juicio; subsiste por tanto mientras se resuelve dicho juicio, es decir que dura lo que dure la tramitación de la Alzada y termina con ella.

Es decir, que el efecto ordinario de ello equivale a preservar la materia de la apelación.

4. PROCEDIMIENTO Y SUBSTANCIACION

La apelación que antiguamente fue designada como recurso de alzada, es un recurso ordinario a través del cual se reexamina una resolución dictada por el tribunal jerárquicamente inferior y cuyo fin esta orientado a que revoque o modifique dicho fallo, aunque reconocemos que también puede ser confirmado y a veces, hasta puede ordenarse la reposición del procedimiento.

Nuestras leyes procesales, especifican la tramitación de este medio de impugnación, indicando el tipo de resoluciones apelables, el tiempo en que ha de interponerse el recurso, la oportunidad para expresar agravios, la oportunidad de presentar pruebas y en su caso, los sentidos del fallo, como lo veremos más adelante.

El procedimiento del recurso de apelación puede estudiarse atendiendo a las fases que normalmente la caracterizan y que son:

- a) Inconformidad e impugnación
- b) Preparación del recurso,
- c) Preparación de la vista
- d) Reexamen del apelante.
- e) Reexamen del tribunal, y
- f) Nueva decisión.

Las primeras dos fases se tramitan ante el tribunal de primera instancia y las restantes ante el tribunal de apelación.

Las mencionadas dos primeras fases no forman parte del recurso de apelación, pues se trata del supuesto de la interposición del recurso (inconformidad), y de actos preliminares o preparatorios al recurso mismo (preparación del recurso).

Mediante la inconformidad, el apelante expresa objeción, oposición o rechazo a una resolución. Es la formal expresión del rechazo contra el acto procesal del tribunal de primera instancia. La impugnación -que sigue y que supone la inconformidad- es la expresión abierta de combatir el acto impugnado.

La impugnación puede ser total o parcial. Total -recuerda Carnelutti- cuando toda la resolución es impugnada. Parcial, cuando solo existe inconformidad con otros. Ve bigracia, puede haber conformidad por algunos delitos e impugnación por otros, o inconformidad con el delito pero inconformidad con la pena, o con sólo algunas penas.

Una vez interpuesto el recurso de apelación ante el propio tribunal que dictó la resolución impugnada, ante éste se tramita una fase preparatoria o previa al tramite ante el tribunal de segunda instancia. Y donde, por supuesto, ya no decide respecto del fondo del asunto.

“El tribunal A quo tiene facultades provisorias para rechazar o denegar la admisión del recurso. Entre los supuestos, encontramos los siguientes para denegarla:

- a) Que el apelante carezca de legitimación procesal para apelar.
- b) Que la resolución impugnada no sea apelable.
- c) que no se impugno dentro del plazo que la ley concede.
- d) Que existió previa conformidad con la resolución impugnada.
- e) Que se considere como "frívolo o improcedente" el recurso interpuesto" (40).

En caso de no existir impedimento para admitir el recurso, el mismo tribunal de primera instancia lo admitirá ad cautelam, es decir, provisionalmente.

Luego de la admisión, el propio tribunal de primera instancia tiene que calificar el efecto que deberá producir la admisión de tal recurso; esto es, suspensivo o ejecutivo por lo que hace a la ejecución de la resolución impugnada, ya que por lo que toca a la competencia, el recurso de apelación es por naturaleza devolutivo.

El tribunal A quo debe alertar, prevenir al sujeto pasivo del proceso para que designe defensor para la segunda instancia, especialmente cuando la sede del tribunal de segunda instancia se encuentre en lugar diverso de la sede del que pronuncia la resolución.

Por el último el A quo debe, enviar al tribunal de apelación las "constancias" necesarias para su tramitación, que pueden ser el original del expediente, el duplicado en el proceso o copia certificada de las constancias necesarias, esto será siempre en función del efecto en que ha de admitirse el recurso.

Puesto que en el devolutivo, la secuela principal ha de continuar, lo que ya sabemos no sucede cuando el efecto en que se admite la apelación es el conocido como "en ambos efectos".

Cuando el tribunal de apelación recibe las constancias que envía el iudex a quo, éstas se pondrán a la vista de las partes para que promuevan los medios probatorios que estimen convenientes, objeten la admisión del recurso o la calificación del efecto en que no se admitió; como actos previos a la audiencia de vista. Se admiten en la substanciación de la apelación en segunda instancia una muy concentrada etapa instructora, donde podrán tramitarse procedimientos de prueba, en la inteligencia de que, se admitirán siempre que no hayan sido ya materia de prueba -también- ante el A quo.

Dentro de esta misma fase preparatoria si se objeta la admisión del recurso de apelación o el efecto en que fue admitido, el tribunal de segunda instancia deberá resolver lo pertinente en su caso, puesto que, podría acontecer que su fallo posterior viciado de origen diera causa a una nulidad y, ya sabemos que, la nada jurídica, nada produce o sea, ningún efecto puede ocasionar. Solo vale aclarar, que la institución de la "nulidad" no existe ni es reconocida en materia penal.

En esta fase, también denominada de "crítica a la resolución impugnada", el apelante enjuicia negativamente; es decir, censura la resolución impugnada. Este enjuiciamiento recibe el nombre de "agravios".

Por agravios debe de entenderse "aquél razonamiento relacionado con las circunstancias de hecho, del caso jurídico determinado, que tiendan a demostrar y puntualizar la violación o inexacta interpretación de la ley y, como consecuencia, de los preceptos que debieron fundar la sentencia de primer grado; esto es, que no se trata de una mera lesión, sino del argumento que dice o alega haber existido lesión jurídica" (41).

No se confunda a los "agravios" con la "expresión de agravios". Esta última consiste en la exposición de los agravios.

La exposición de los agravios se hará por escrito, recomendando la práctica numerar los agravios y exponer en cada uno el precepto legal que dice violado, así como el concepto de violación.

Luego del reexamen del apelante, que es de parte y subjetivo, continúa el del tribunal, que debe ser objetivo e imparcial que culmina con el dictado de la sentencia.

El examen del tribunal no implica una crítica necesariamente negativa, pues en el reexamen a su cargo no se le prohíbe ponderar los aspectos positivos de la resolución impugnada. E incluso el tribunal de segundo grado está facultado para adherirse a las razones del de primera instancia.

Este reexamen a cargo del tribunal de apelación se muestra tangible en los llamados "considerandos" de su resolución, y que son previos a la nueva decisión, aún cuando la temporalidad no sea fácilmente perceptible. Mencionan los estudiosos que en un sistema de reexamen existen dos tendencias: reexamen total o reexamen parcial.

Un reexamen total una sustitución total del tribunal de apelación al de primera instancia, puesto que el iudex ad quem será competente para enjuiciar toda la resolución ocurrida, independientemente de que se planteen o no agravios.

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

De ambos sistemas, nuestras leyes adoptan el segundo (parcial) como regla general, y el primero (total) sólo en los casos en que el apelante sea el sujeto pasivo del proceso.

Luego de enjuiciada la resolución impugnada, el iudex ad quem concluye con una nueva decisión, ósea con una nueva resolución vertida por éste, La nueva decisión no significa que se multiplique la actividad jurisdiccional del Estado. La unidad de la jurisdicción manifiesta todavía en la nueva decisión. La nueva decisión sólo forma parte de un grado o instancia diverso del mismo proceso y de la misma función jurisdiccional estatal de la acción promovida.

La confirmación no es una finalidad del recurso. Nadie apela con el fin de que se confirme la resolución; no obstante, el resultado de la apelación, al denegarse la pretensión del apelante, conduce a la confirmación.

Luego entonces el resultado (no la finalidad) de la apelación, o dicho en otros términos, la nueva decisión, podrá consistir en revocar, modificar o en confirmar la resolución reexaminada, aunque éste último efecto no es el esperado por las partes.

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

Quedamos entonces, en que el recurso de apelación se convierte en la última instancia o la última oportunidad para que alguna de las partes vea satisfecho su interés procesal con el dictado de una sentencia. Pero no quiere decir, que aquí culmine el proceso, y el resultado llegue a convertirse en la verdad legal, eso porque el perdedor, por así llamarlo, bien puede hacer uso de un medio de impugnación extraordinario y metaprocesal, como lo es el Juicio de Amparo, sólo que en el punto no acapara nuestra atención.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (28) Hernández Pliego, Julio A. " *Programa de derecho procesal penal* " 1ª. Ed. Porrúa, México, D.F. 1996, pág. 272
- (29) Hernández Pliego, Julio A. op. cit. pág. 273
- (30) *Ibidem*.
- (31) González Blanco, Alberto. " *El procedimiento penal mexicano* " 1ª. Ed. Porrúa, México, D.F. 1975, pág. 240
- (32) *Ibidem*.
- (33) Baumann, Jürgen. " *Derecho procesal penal* " Trad. Dr. Conrado A. Frinzi. 3ª. Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1989, pág. 65
- (34) González Blanco, Alberto. op. cit. pág. 241
- (35) " *Diccionario...* " op. cit. pág. 615
- (36) Borja Osorio, Guillermo. op. cit. pág. 307
- (37) " *Revista del poder judicial del Estado de Guanajuato* " No. 34, pág. 12
- (38) Carnelutti, Francesco. " *Instituciones de derecho procesal civil y penal* " Trad. Mir Puig, Santiago. 3ª. Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1988
- (39) Acero, Julio. op. cit. pág. 423
- (40) " *Diccionario...* " op. cit. pág. 618
- (41) " *Revista del...* " pág. 13

CAPITULO IV

LA REPOSICION DEL PROCEDIMIENTO COMO INCIDENTE

SUMARIO.- 1. Apelación y reposición. 2. Naturaleza, Objeto y fin. 3. La reposición del procedimiento en nuestro sistema procesal. 4. La reposición del procedimiento como medio impugnativo.

1. APELACIÓN Y REPOSICIÓN.

La palabra "apelación" proviene de la voz latina "apellatio" que significa llamamiento o reclamación. Es la provocación hecha del juez inferior al superior por parte legítima, por razón del agravio que entiende se le ha causado o puede causársele por la resolución de aquel o la reclamación o recurso que el litigante u otro interesado a quien cause o pueda causar perjuicio la sentencia definitiva, con un gravamen irreparable debido al pronunciamiento del juez inferior.

La apelación es un medio de impugnación ordinario a través del cual el Ministerio Público, el procesado, el acusado o el sentenciado y el ofendido manifiestan su inconformidad con la resolución judicial que se les ha dado a conocer, originando con ello que en tribunal distinto y de superior jerarquía, previo estudio de lo que se consideran agravios dicte una nueva resolución judicial.

En la apelación un tribunal superior en jerarquía (tribunal ad quem) es el encargado de examinar el contenido de las resoluciones judiciales pronunciadas por el inferior (tribunal a quo), con la finalidad de confirmarlas, revocarlas o modificarlas.

Las partidas definieron la apelación como "la querrela que hace alguna de las partes. fase del juicio, a quien el fallo se ha dado en su contra, sólo llaman y recurren a la enmienda de un mayor juez" (42).

Su objeto es examinar si en la resolución recurrida no se aplicó la ley correspondiente o si se aplicó inexactamente, si se violaron los principios reguladores de la

valoración de la prueba, o bien, si se alteraron los hechos o no se fundó o motivó correctamente la resolución dictada por el tribunal a quo, de modo que ameritase la interposición del recurso.

Según Piña y Palacios, apelación es "el medio que la ley permite emplear para que el curso normal del proceso se reanude o termine mediante la intervención de un juez distinto al que efectuó el acto que desvió el curso normal del proceso" (43).

Mientras que, para otros como Rivera Silva, se trata de "un recurso ordinario, devolutivo en virtud del cual un tribunal de segunda instancia confirma, revoca o modifica una resolución impugnada" (44).

Diversas cuestiones suscita el estudio del recurso de apelación, siendo el más simple el de la suplencia de la deficiencia de los agravios. Este consiste en que el tribunal de apelación no atienda solamente al examen de los agravios expresados por las partes, sino que realice una revisión total de las actuaciones procesales, para enmendar y corregir todos aquellos vicios o defectos que se hubiesen cometido en el curso del proceso.

En los países demócratas se ha consagrado en sus leyes procesales el sistema de enjuiciamiento de tipo acusatorio, donde principios como el non reformatio in peius ha quedado proscrito.

La apelación o alzada tiene por objeto someter a la decisión de un tribunal superior, una cuestión ya resuelta en primera instancia. Supone por tanto como recurso de enmienda, según lo observa un jurisconsulto en una garantía de triple aspecto consistente: en la reiteración del examen de lo debatido, en su encomienda a un juez diferente y en la mayor autoridad de éste.

Supone ante todo como es natural y contra los sistemas de la instancia única; la "pluralidad de grados de jurisdicción", es decir, el establecimiento de tribunales revisores, especialmente dedicados a conocimiento de los asuntos de este en grado de apelación o segunda instancia, después de que han pasado por la primera.

“Es discutible si este criterio es estrictamente racional, dada la naturaleza y el concepto moderno de la jurisdicción. La pluralidad de las instancias no se conoció en los orígenes, mientras la justicia fue administrada directamente por el Rey. Cuando en lugar del pueblo sentenciaron jueces determinados, la natural tendencia del que pierde a dolerse de su mala aventura, excitada también por la consecuencia del error y de la mala fe; tomó según los lugares, la forma de un ataque personal contra los jueces y trató de impedir por otros medios la ejecución de la sentencia. Pero al constituirse la jerarquía de los regímenes monárquicos, pareció natural que la sentencia del funcionario inferior se impugnase ante el superior, hasta el Rey, ante el cual todos responden. De aquí una serie frecuentemente numerosa de instancias, conflictos, cuestiones, inconvenientes numerosísimos. Pero al mismo tiempo la apelación al Rey fue un poderoso instrumento para la formación del Derecho (en Roma, en Alemania, en Francia, en Inglaterra)” (45).

Esto de ninguna manera significó el ir haciendo de los juicios una serie interminable de inconformidades o de instancias que dilatarán la administración de justicia, por el contrario, solo se traducía en la posibilidad de acudir al Soberano para que fuese él precisamente quien vertiera la última razón.

“En el estado moderno la pluralidad de las instancias no puede fundarse en la dependencia del juez inferior del superior, puesto que no dependen los jueces en cuanto a la aplicación de la ley, más que de la ley misma; sino en consideraciones de utilidad práctica a fin de obtener la más justa decisión posible. El principio de la pluralidad de las instancias fue combatido por muchos, como contrario a la esencia de la jurisdicción e ilógico porque si el juez superior es mejor que el inferior, lo mismo se conseguiría confiándole directamente el pleito, mientras que a la necesidad de la crítica de las resoluciones puede proveerse de un doble grado de instrucción. A esto, se responde por otros que en la pluralidad de los grados confía más la opinión pública, que el juez que por excelente que sea puede errar y quedar prendado por su mismo error, de manera que es difícil llevarlo a la verdad; que la existencia de un control estimula al juez inferior a mejor juzgar, así como la sentencia de primer grado constituye un freno para el superior” (46).

En resumen: del “falseo del tribunal” o acusación y combate armado contra los jueces, que constituyó la alzada primitiva en los sistemas acusatorios feudales. como al

principio se apuntara; se pasó al concepto de que correspondiendo al Rey como atributo de soberanía, la administración de la justicia; toda jurisdicción emanaba del Rey y podía apelarse ante él de los agravios cometidos de sus jueces o delegados, de la misma manera que se acude y ocurre al mandante para que corrija los actos de sus subordinados.

Se “alzaba” el asunto para que el juez superior se percatara de la inconformidad y tomando referencia de él pudiera intervenir en su solución, pero siempre que así lo solicitara el inconforme.

A tal idea, donde se atiende a la subordinación y de los encargados de juzgar las contiendas; se sustituye todavía como se dijo, la de la simple necesidad de su reexamen en las mejores condiciones del concurso de aptitudes e independencia, como precaución de acierto; y dentro de tal criterio como el coto indispensable a la arbitrariedad judicial; hay que reconocer como imprescindible la subsistencia de la apelación, sobre todo en nuestro procedimiento que no admite resoluciones en conciencia, sino estrictamente apegadas a la ley, como también se anticipó no puede concebirse tal recurso contra los sistemas de libre arbitramento o de jurados que, por su naturaleza de convicción íntima, impenetrable e inviolable, rehusan toda ordinaria revisión.

Así las cosas, ahora entre nuestros procesalistas nadie duda que el resultado de la apelación que en ocasiones se confunde con el fin, pero que son distintos, son: que se confirme, modifique, revoque o que se ordene la reposición del procedimiento.

Y, es aquí, precisamente, donde se centra la discusión sustancial de mi tema de tesis.

2. NATURALEZA OBJETO Y FIN

Es necesario establecer distingos importantes en relación al tema de la apelación como medio ordinario de impugnación y el de la reposición del procedimiento como

una mera consecuencia del resultado de la apelación, habida cuenta que a través de esta diferencia habremos de captar con precisión la importancia de mi postura a lo largo de este trabajo de investigación.

Me refiero específicamente a las notas esenciales como lo son el apuntar cual es el objeto, fin y resultado de la apelación -como ya se venía apuntando líneas arriba- para desde luego, sentar las bases de la naturaleza jurídica de la reposición del procedimiento. A saber:

I.- El *objeto de la apelación* esta representado por la resolución recurrida y el análisis de los agravios, es decir, es la materia sobre la que versara el recurso.

II.- El *fin de la apelación* es, sin duda, que la resolución recurrida se modifique o se revoque. Porque quien recurre el fallo solo esa finalidad le inspira su interposición, porque nunca espera que la decisión permanezca intocada. En suma, solo se busca la modificación o la revocación del fallo atacado.

III.- El *resultado de la apelación* que en ocasiones se confunde con el fin, pero que son distintos, consisten en: que se confirme, modifique o revoque o que *se ordene la reposición del procedimiento*.

Regulado en el mismo capítulo de la apelación, aparece el llamado recurso de reposición que es un acto procesal por el cual, el superior jerárquico de la autoridad judicial, imposibilitado para entrar al estudio y análisis del fondo del asunto fallado en sentencia, anula o invalida determinada actuación judicial apartada de la legalidad, y ordenada al inferior, la reanudación del procedimiento a partir de ese acto que ha sido dejado sin efecto o declarado insubsistente.

Según se advierte, la reposición del procedimiento tampoco puede técnicamente denominarse recurso, por no participar de los fines que caracterizan estos, sino que

más bien, se propone examinar y en su caso nulificar el procedimiento viciado por haberse apartado de la formalidad que señala la ley, para ordenar el cambio, su reanudación a partir de la anulación de ese acto.

Es decir, a través de la reposición, a diferencia de la apelación no se resuelven cuestiones de fondo (errores in iudicando) que impliquen la revocación o confirmación del fallo. Sólo se examinan cuestiones formales que afectan la debida marcha del procedimiento (errores in procedendo), para reorientarlo nuevamente y darle firmeza a partir de la resolución que se apartó de la legalidad, luego entonces, el nuevo fallo solo termina ordenándose reponer el proceso hasta el momento justo en que surge la causa del vicio en el proceso, declarando la irsubsistencia del fallo reclamado.

Aún cuando se niegue de manera expresa la procedencia de la reposición oficiosa, la realidad es que merced a la suplencia de la queja deficiente, no hay obstáculo para que se decrete. A pesar de que el inculpado o su defensor, no hubieren expresado agravio sobre el particular.

En efecto, como la reposición del procedimiento ésta regulada en el capítulo de la apelación es claro que en lo concerniente, le son aplicables las reglas de ésta, mayormente que, por ejemplo en materia federal, de manera categórica se admite la procedencia de la reposición oficiosa. Cuestión que aquí me propongo reglamentar para nuestro sistema procesal penal.

Procede la reposición del procedimiento, en lo general, cuando se presentan las condiciones que se encuentran descritas en el Código De Procedimientos Penales Para El Estado de Gto., las cuales son las siguientes: por no haberse hecho saber al inculpado durante la instrucción o al celebrarse el juicio, el motivo del procedimiento o el nombre de quien le imputa la comisión del delito; por no habersele facilitado la manera de saber al defensor su nombramiento y por habersele impedido comunicarse con él o que dicho defensor lo asistiere en alguna de las diligencias del proceso; por haber omitido la designación del traductor al inculpado, en el caso de que éste no hable el castellano.

También por no habersele ministrado los datos que necesitare su defensa y que constaren en el proceso; por no habersele careado con algún testigo que rindió su declaración en el mismo lugar donde se sigue el proceso, estando también ahí el procesado; por no haber sido citada alguna de las partes para las diligencias que tuviere derecho a presenciar; por no habersele recibido a alguna de las partes, injustificadamente, las pruebas que hubiere ofrecido con arreglo a la ley; por haberse celebrado el juicio sin asistencia del funcionario que deba fallar, de su secretario o testigos de asistencia y del Ministerio Público.

Además por existir omisiones graves de la defensa en perjuicio del sentenciado, como no haberlo asesorado sobre la naturaleza y consecuencias jurídicas de los hechos imputados en el proceso; por no haber asistido a las diligencias que se practicaren con asistencia del inculpado en la averiguación previa y el proceso, y por no haber ofrecido y aportado las pruebas necesarias para la defensa de éste; por haberse hecho la insaculación de jurados en forma distinta de la prevenida por la ley; y por no haberse aceptado injustificadamente al acusado o su defensor, la recusación de alguno o algunos de los jurados hecha en la forma y los términos legales; por no haber integrado por el número y calidad de personas que fija la ley.

Finalmente, por haberse sometido a la resolución del jurado, cuestiones de distinta índole a la señalada por la ley; por haber sido el acusado juzgado por juez de derecho, debiendo haberlo sido por jurado, y viceversa; por habersele condenado por hechos distintos a los considerados en las conclusiones del Ministerio Público; por habersele negado a las partes los recursos procedentes o haberse resuelto la revocación en forma contraria a derecho; y por haberse tenido en cuenta una diligencia que conforme a la ley, fuese nula.

Las consecuencias de una sentencia de segunda instancia que ordena la reposición del procedimiento, se traducen a que el juez inferior, ante la declaratoria de nulidad de las actuaciones que antecedieron la sentencia, tendrá que ordenar nuevamente su práctica, pero ahora con apego a la legalidad establecida por el propio fallo.

A partir de ellas, ordenará también la reanudación del procedimiento judicial, hasta concluir nuevamente por sentencia definitiva, puesto que la anterior quedó sin efectos

como si no hubiera tenido existencia legal.

La nueva sentencia que se pronuncie, no necesariamente tendrá que ser en el mismo sentido que la nulificada, puesto que las actuaciones que se practiquen en cumplimiento del fallo que ordenó la reposición, podrán eventualmente influir en la decisión final del caso.

Antes de entrar de lleno al tema central de la tesis, es menester establecer cual es la naturaleza jurídica de la reposición del procedimiento, para de esa forma entender la razón por la que sostengo la necesidad de estimarlo un incidente. Esta discusión doctrinal esta fincada en los siguientes puntos:

a) Como un recurso: "la reposición del procedimiento no es un recurso, a pesar de coincidir en ser intraprocesales" (47), habida cuenta que no modifica ni revoca el fallo discutido, sino que lo anula. Así entonces, es un medio de impugnación de mera anulación.

b) Como efecto: "un efecto ordinario de la apelación es la reposición del procedimiento cuando existen vicios procesales en primera instancia" (48). La reposición del procedimiento en nuestro sistema procesal solo se refiere a los vicios encontrados en primer grado, aunque no se desconoce que en legislaciones anteriores se reconocía para ambas instancias. Desde este punto de vista, evidentemente que la reposición del procedimiento es una consecuencia de la apelación ante la existencia de vicios procesales que se refieran a las formalidades esenciales del procedimiento.

c) Como casación: en México no existe la casación como institución procesal y "es que la casación es un medio de impugnación que alude a aspectos netamente jurídicos de naturaleza procesal principalmente" (49). Y por eso el juicio de amparo bi- instancial, se dice, equivale a la casación, porque el juicio de amparo uni- instancial es un proceso impugnativo no un sistema de casación. La reposición del procedimiento se asemeja a la casación por cuanto que tiene por finalidad anular, también por que alude a cuestiones de Derecho relacionadas con las formalidades del proceso.

Para concluir, la reposición del procedimiento no es un recurso. es, hasta ahora, un efecto de la apelación que tiene similitudes con la casación.

A mi juicio, la reposición del procedimiento debe convertirse en un incidente de previo y especial pronunciamiento y que ha de tramitarse en ambos efectos y en vía sumarísima, para esto me apoyo en los razonamientos que a continuación enlistaré.

3. LA REPOSICION DEL PROCEDIMIENTO EN NUESTRO SISTEMA PROCESAL

Creo que entre los recursos ordinarios -además de la apelación y revocación debería contemplarse el conocido como reposición del procedimiento (o que doctrinalmente se clasifica como recurso de nulidad), sólo que nuestros códigos actuales lo regulan en el capítulo de la apelación.

Se trataría de un proceso ordinario donde se reexamina el procedimiento seguido de en primera instancia y orientado por el recurrente a que se declare la nulidad del procedimiento, esto es se reabra, renueve o reanude hasta el momento justo de la violación procesal, basándose en los errores in procedendo que se afirma incurrieron.

En este sentido, reponer el procedimiento significa reandarlo o volverlo a caminar de nueva cuenta, y a través de ese recurso ha de lograrse tal fin.

El recurso de la reposición de procedimiento se encuentra refundido en el capítulo de la apelación, lo cual lleva a la confusión. No obstante, por razón del fin en cada uno de ellos, se trata de dos diversos recursos.

Al respecto el maestro Colín Sánchez no considera como recurso a la reposición del procedimiento, ya que dice que "es más bien un efecto de los agravios del apelante, mismos que, en relación con los autos o las constancias de estos y en razón de las graves

violaciones legales, impiden resolver el fondo del recurso, porque para ello es indispensable se declaren nulos los actos viciados y se practiquen de nueva cuenta, en razón de las exigencias ineludibles del principio, de la legalidad que, en sus diversas manifestaciones, gobierna el procedimiento" (50).

De nuestra parte, se trata de un verdadero recurso en el cual se reexamina el procedimiento mismo, como veremos, y no de un simple "efecto" de la apelación.

La reposición del procedimiento también se conoce como recurso de nulidad. Los fines con que normalmente se plantea tanto el incidente de nulidad de actuaciones, como el recurso de nulidad o reposición de procedimiento, coinciden en que a través de estos mecanismos se pretende que se declare sin efecto una actuación; esto es, se invalide un acto y de ser así, en la reposición se provoca una apertura o reinicio.

A nuestra manera de ver, razones de política procesal penal han evitado al máximo que en esta materia se contemplen los incidentes de nulidad (tan susceptibles de defraudar el procedimiento normal) y han auspiciado los recursos. Pero admitir que a través de la reposición del procedimiento pudiésemos combatir una resolución, creo a la larga aumentaría la posibilidad de que hasta la vuelta de la apelación se ordenara la reanudación del asunto hasta el momento en que aparece la violación procesal. Lo que a la postre, acarrea un desgaste tanto en el inculpado como en su defensor, en tiempo y en la incertidumbre procesal

En la reposición del procedimiento (o recurso de nulidad) nos encontramos con una modalidad de casación, y aún cuando ésta corresponde a un recurso extraordinario, no por eso deja de estar emparentada con la reposición. Aunque ese recurso no es reconocido en nuestro medio.

Incluso el Código de 1894 estableció como causas o supuestos de la casación (art. 516 de ese entonces) los que hoy se establecen para la reposición. De manera entonces que, ya tenemos un antecedente histórico que pueda validar mi postura, de estimar la reposición del procedimiento como un recurso y no como el mero efecto de la apelación.

Por su naturaleza, se trata de un recurso diverso de los demás con autonomía propia y orientando a nulificar el procedimiento realizado y reanudarlo a partir del momento en que fue afectado por un error in procedendo. Evitando con ello que la suerte del procesado tuviera que esperar hasta la resolución de la apelación para ver resarcido o enmendado el error.

Briseño Sierra (aun cuando no le declara total autonomía) "lo diferencia de la apelación tradicional, pues es una "apelación en cuanto al fondo", y corresponde a la que hemos designado simplemente como apelación; y otra es la "apelación en cuanto a la forma", que corresponde a la reposición del procedimiento" (51).

El procedimiento en primera instancia, y en especial los errores in procedendo es el objeto principal del recurso.

Aquí hay que recordar la diferencia entre errores in procedendo y errores in iudicando, puesto que los primeros se atribuyen al procedimiento que dio fin a la primera instancia, y los segundos a la resolución misma que lo terminó, como la sentencia.

Los errores in procedendo se corresponden con los que, Calamandrei denomina "vicio de actividad, en tanto que los errores in iudicando, con los vicios de juicio" (52). Al final de cuentas, lo importante es admitir que a través de la impugnación se permiten discutir los "fallos" de los jueces naturales o de primer grado, lo que no solamente pueden incidir en el procedimiento sino en la sentencia misma.

Errores in procedendo - dice Paolo D'Onofrio- "son los que se refieren a la potestad del juez para pronunciar la sentencia, y a las formas procesales; errores in iudicando los que se refieren a la posición y a la interpretación de la norma en relación al caso concreto" (53).

A través de la reposición del procedimiento se provoca un examen o revisión, no de la resolución que puso fin a la instancia, sino del procedimiento que condujo a tal fin.

Se trata de examinar la regularidad del procedimiento, fundado en la afirmación de que ha habido un quebrantamiento a las formalidades esenciales del propio procedimiento.

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

Esta finalidad, es decir, la nulidad del procedimiento, se asemeja a la que persiguen los llamados incidentes de nulidad, tan acogidos en el procedimiento civil. Pero en la reposición del procedimiento no solo se nulifica, pues también se restaura o reinicia el procedimiento a partir del momento que dio a la nulidad.

Dentro de los supuestos de la reposición se encuentran aquellos que el legislador taxativamente considera como formas esenciales del procedimiento y cuyo incumplimiento es motivo, condición o supuesto para que se declare la reposición del procedimiento.

Dentro de esos motivos, encontramos omisión de diligencias esenciales, como por ejemplo, ocultarle al sujeto pasivo del proceso el nombre del acusador, naturaleza y causa de la acusación; no permitirle designar defensor, impedirle comunicarse, haber omitido a los traductores, o suministrarle los datos que pida, omitir careos, no recibirle las pruebas, o negarle los recursos procedentes. Pero, por cierto, estas causas reconocidas en nuestra legislación como necesarias e indispensables para ordenar la reposición del procedimiento las tenemos en el capítulo de las disposiciones de la apelación, aunque no indicadas como un efecto del recurso.

Por graves errores de la defensa, también procede la reposición cuando no fue debidamente asesorado el inculpado, porque el defensor no asistió con el inculpado a la averiguación previa o el proceso judicial, o porque no aportó las pruebas necesarias para su misión.

Otros supuestos son la ausencia del juzgador, el secretario o los testigos de

asistencia o del Ministerio Público a las audiencias; los defectos en las citaciones, al tener en cuenta diligencias previamente declaradas nulas, además; casi todo defecto relativo a la organización y funcionamiento del tribunal.

No obstante, esos errores in procedendo, no bastan, es menester que se haya protestado contra esos errores, o haber intentado el recurso procedente en la instancia. Esto para evitar la tácita conformación, salvo que por medio del autocontrol (revisión ex officio) el tribunal en segunda instancia decida reponer el procedimiento, sin necesidad de expresar agravio alguno.

Se requiere también que exista sentencia definitiva o resolución interlocutoria que haya puesto fin a la primera instancia, o por lo menos un periodo del procedimiento, pues sólo así se entendería la naturaleza misma del recurso.

Si por "recurso" entendemos el derecho concedido a las partes para promover que el proceso vuelva a su curso normal, solo es factible que por medio del recurso se modifique el contenido de las resoluciones, sino también que corrijan los vicios e irregularidades del procedimiento; más debemos tener en cuenta que en los juicios criminales no puede existir una nulidad absoluta que habilite a los órganos de la jurisdicción para poder fallar una causa por la misma naturaleza del proceso penal que no es de carácter dispositivo. Es más, en materia penal no tenemos reconocida la nulidad como una institución procesal, más propia es de la materia civil.

Se trata propiamente en la reposición, de una nulidad específica o más bien de actos anulables en concordancia con las ideas que rigen la materia del acto jurídico. Reponer el procedimiento, significa anular lo efectuado para que se repitan los actos procesales, por considerarse que son viciosos o irregulares. Y estimar la reposición como un recurso nos faculta no solo a anular el acto, sino a la postre también a salvar la irregularidad que le dio origen.

La reposición del procedimiento no se intenta aisladamente. Antes deben haberse agotado los medios de impugnación establecidos en la ley y no corresponde al tribunal de primera instancia reponer sus propios actos, sino al tribunal de apelación. Demanda la

conurrencia de un tribunal a quo y de un tribunal ad quem y debe mediar petición expresa de la parte interesada para que el procedimiento se reponga.

Además, no todos los actos del procedimiento son susceptibles de reponerse, sino únicamente aquellos enumerados de un modo expreso en la Ley Procesal. Para que pueda reclamarse la reposición del procedimiento, es necesario que quien la sufra haya protestado al ocurrir la irregularidad, es decir, que no la haya consentido ni expresa ni tácitamente. Por regla general, la reposición se reclama en la segunda instancia por virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia.

Puesto que la reposición del procedimiento solo es procedente en las condiciones anteriormente señaladas; puede suceder que el tribunal de segunda instancia acierte vicios notorios cometidos en la secuela procesal y que no están en sus facultades corregir por falta de la Ley expresa; y que si se trata de alguna garantía violada en perjuicio del acusado, deba pasar desapercibida por el tribunal por no haberla reclamado la parte interesada.

Es cierto, que los vicios del procedimiento y de manera preferente aquellos que violan alguna garantía constitucional, pueden reclamarse a través de otro recurso extraordinario del proceso como es la vía del amparo indirecto; pero se trata de reconocer en el orden procesal, el mismo derecho para las partes cuando los actos no han sido consentidos y puede reclamarse al llegar la causa al Tribunal de Apelación, sin que sea necesario esperar hasta llegar a la instancia del Amparo.

El efecto de la reposición es anular las actuaciones practicadas a partir de la comisión del vicio del procedimiento para que se repitan, en base a la enmienda, declarando nulo el fallo que la motivó y en su oportunidad se vuelva a dictar un nuevo fallo que culmine la instancia.

El tribunal de apelación, sin entrar al estudio del contenido de los agravios alegados contra la sentencia, debe limitarse a devolver el proceso al Tribunal de Primera Instancia. Para que proceda en los términos anteriormente indicados.

4.LA REPOSICION DEL PROCEDIMIENTO COMO UN MEDIO IMPUGNATIVO

La reposición del procedimiento es la substitución de los actos procedimentales que, por resolución del juez superior, se dejaron sin efecto, en razón de infracciones trascendentales en cuanto a las formalidades no observadas durante una parte o en toda secuela procedimental.

Lo afirmado significa que, a través de una resolución judicial, se irvalidan determinadas actuaciones; por ello, es indispensable practicarlas de nueva cuenta atendiendo en todo al principio de legalidad, con la asistencia de las partes, como si nada hubiese ocurrido antes de la violación procesal. Para ello vayamos a los siguientes enunciados:

A) Naturaleza Jurídica. Para determinar la naturaleza jurídica de la reposición es necesario acudir al pensamiento de los estudiosos de la materia y después de la legislación vigente.

Javier Piña y Palacios la califica de "pseudo recurso", e indica: "En nuestra legislación vigente existen dos procedimientos idénticos en dos órganos de legislación diversas: en la legislación común como reposición del procedimiento, y en la legislación federal como recurso de reparación constitucional" (54).

Juan José González Bustamante indica: "Si por recurso entendemos el derecho concedido a las partes para promover que el proceso vuelva a su curso normal, no sólo es factible que por medio del recurso se modifique el contenido de las resoluciones judiciales, sino también que se corrijan los vicios e irregularidades del procedimiento; más debemos tener en cuenta que en los juicios criminales no puede existir una nulidad absoluta que innabilite a los órganos de jurisdicción para poder fallar una causa, por la misma naturaleza del proceso penal que no es de carácter dispositivo. Se trata propiamente, en la reposición, de una nulidad específica, o más bien de actos anulables en concordancia con las ideas que rigen la materia del acto jurídico.

Reponer el procedimiento significa anular lo actuado, para que se repitan los actos procesales, por considerarse que son viciosos o irregulares" (55).

Carlos Franco Sodi hace notar: "si tenemos en cuenta que la apelación persigue la revocación, modificación o confirmación de la resolución impugnativa, porque en ésta se aplicó inexactamente la ley, o se violaron los principios reguladores de la valoración de la prueba, o sea se alteraron los hechos, y que tales, revocación, modificación o confirmación se hacen en una resolución definitiva del órgano jurisdiccional de segunda instancia, se comprende que la reposición riñe con la estructura jurídica de la apelación, pues al ordenarse una reposición, el resultado de la primera ya no será modificar, revocar o confirmar la resolución recurrida, sino repetir el procedimiento a partir del acto procesal que motiva la reposición" (56).

Los Códigos de Procedimientos Penales incluyen la reposición del procedimiento dentro del capítulo concerniente a la apelación e indican: "no se decretará de oficio".

Cuando se pida, deberá expresarse el agravio en que se apoya la petición, no pudiendo alegarse aquel con el que la parte agraviada se hubiere conformado expresamente o contra el que no se hubiere intentado el recurso que la ley concede, o si no hay recurso, si no se protestó contra dicho agravio en la instancia en que se causó.

En su estudio de la casación, Kisch afirma que ésta se distingue profundamente de la apelación. En efecto, la apelación "puede interponerse para hacer que se corrijan errores de toda clase, tanto de hecho como jurídicos, incluso para emplear nuevos medios de ataque y defensa. La casación por el contrario, sólo puede fundarse en que la resolución impugnada ha recaído con quebrantamiento de los preceptos del procedimiento" (57).

En este punto, hemos de considerar que la casación es, en palabras de Fix Zamudio, "el remedio procesal de anulación que a través de un procedimiento autónomo, examina la actividad procesal del juez para determinar su legalidad, unificando la jurisprudencia y depurando el derecho objetivo" (58). Sobreviven la anulación tanto por error in iudicando, es decir, por vicio en cuanto al contenido de la sentencia, o bien, por error in procedendo, esto es, por vicio

en la tramitación procesal , en el desenvolvimiento de la causa.

Dos son señala Alcalá-Zamora las fases por las que atraviesa el recurso de la casación: *judicium* y *rescindens*, que culmina con el acto del tribunal superior. A su vez, la casación solo procedía, en principio, contra sentencias o resoluciones finales dictadas en segunda instancia o por el jurado de responsabilidades. Podía la casación tener lugar por violación de la ley en la sentencia, esto es, en cuanto al fondo, o por violación de las leyes del procedimiento.

Se permitía que las causas de la casación que ocurriese en primera instancia se alegasen por vía de agravio en la segunda, con los mismos efectos que la casación. Así pues, la reposición resulta ser una casación de violaciones cometidas en primera instancia.

En todos los casos citados coinciden considerablemente los requisitos para la procedencia del recurso, del que conoce el tribunal de alzada y que se dirige contra la sentencia, como ya señalamos al diferenciar el recurso de anulación del de reposición del procedimiento. No puede alegarse como agravio aquel con el que la parte agraviada se hubiese conformado expresamente o contra el cual no hubiese intentado el recurso pertinente o, a falta de este protestado en la instancia en que se causó, limitaciones que es preciso tomar con reservas y examinar casuísticamente, por los motivos a los que nos hemos referido y que no tiene caso repetir ahora.

La frase sobre la instancia en que se causó el agravio no tiene sentido en los Códigos actuales, ya que el agravio que ameritara la reposición sólo puede causarse en primera instancia. En cambio, si tenía caso porque entonces la reposición (o casación) podía enderezarse contra el procedimiento de primera o de segunda instancia. Podríamos decir entonces, que también la casación se asemejó a una revisión oficiosa, porque la casación solo tiene por efecto, la anulación de los actos procesales irregulares.

El efecto de la resolución es anular todo lo actuado a fin de que se reponga desde el momento o acto en que se cometió la violación. Este efecto es idéntico al que atribuía a la casación por vicios de procedimiento, como lo apuntaba en el párrafo anterior y

coincide también con el de la sentencia en que se concede el amparo.

La reposición no se decreta de oficio; cuando se pide debe expresarse el agravio en el que se apoya la petición con las salvedades ya mencionadas, en orden al agravio que se alega.

Se faculta al tribunal de apelación para suplir la deficiencia del agravio y ordenar la reposición, si encuentra que hubo violación manifiesta del procedimiento que haya dejado sin defensa al procesado y que solo por torpeza o negligencia de su defensor no fue combatida debidamente. En cuanto a la extensión de esta suplencia, Rivera Silva indica que se tiende a entender que es absoluta y abarca incluso la falta de solicitud de reposición, además que también se extiende a los casos en que no se haya protestado por el agravio o interpuesto recurso alguno.

En cuanto a los efectos en que el recurso se admite, a falta de prevención especial hay que estar a lo dispuesto para la apelación en general, capítulo que abarca a la reposición. También son aplicables a la reposición las demás normas previstas para la apelación, en cuanto no exista precepto específico y sean compatibles con la naturaleza de aquella. Hay, por ende, medio para combatir la negativa de reposición o el error respecto del efecto en que se admite por parte del A quo, que es el órgano jurisdiccional ante el que se interpone el recurso. Los mandamientos para el gobierno de esta "denegada reposición" son los mismos que regulan la "denegada apelación".

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (42) Hernández Pliego, Julio A. op. cit. pág. 269
- (43) Piña y Palacios, Javier. *"Los recursos en el procedimiento penal"* 1ª. Ed. Secretaria de Gobernación. México. D.F. 1976. Pág. 14
- (44) Rivera Silva, Manuel. op. cit. pág. 73
- (45) Sentís Melendo, Santiago. *"Teoría y práctica del proceso"* 1ª. Ed. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, Argentina. 1959. pág. 84
- (46) *Ibidem.*
- (47) Díaz de León, Marco Antonio. *"Diccionario de derecho procesal penal"* 1ª. Ed. Porrúa, México, D.F. 1986. pág. 221
- (48) Díaz de León, Marco Antonio. op. cit. pág. 224
- (49) *Ibidem.*
- (50) Colín Sánchez, Guillermo. *"Derecho mexicano de procedimientos penales"* 15ª. Ed. Porrúa, México, D.F. 1995. pág. 181
- (51) Briseño Sierra, Humberto. op. cit. pág. 70
- (52) *Ibidem.*
- (53) *Ibidem.*
- (54) Piña y Palacios, Javier. op. cit. pág. 131
- (55) González Bustamante, Juan José. *"Principios de derecho procesal penal mexicano"* 3ª. Ed. Porrúa, México, D.F. 1959. pág. 222
- (56) Franco Sodi, Carlos. *"El procedimiento penal mexicano"* 2ª. Ed. Botas Editores, Madrid, España. 1960. pág. 76
- (57) Leone, Giovanni. *"Tratado de derecho procesal penal"* Trad. Santiago Sentís Melendo. 1ª. Ed. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, Argentina. 1963. pág. 61
- (58) *"Diccionario ..."* op. cit. pág. 98

PROPUESTA

P R O P U E S T A

Construir siempre será más difícil que destruir. Una vez que he mostrado el fondo de mi inquietud, en un sentido crítico que a la postre da tema a este trabajo de titulación, puedo afirmar que la Reposición del Procedimiento debe ser contemplado como un incidente de previo y especial pronunciamiento, de una tramitación sumarísima, que a la larga facilite la labor de la defensa y cumpla con el objetivo de enmarcarlo en el principio de legalidad.

Así las cosas, propongo -ambiciosamente- que el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato en el Título Décimo Primero titulado "Incidentes" en la Sección Segunda se agregue un Capítulo VIII denominado "Reposición del Procedimiento", a efecto de que pueda tener vida y objetividad la afirmación medular del presente trabajo.

De esta suerte la redacción propuesta habría de quedar de la siguiente manera:

"Artículo 481 bis.- La reposición del procedimiento se abrirá a petición de parte siempre y que se estime afectada la defensa, debiéndose expresar con la interposición, los agravios que motiven la petición. El recurso deberá hacerse valer por escrito presentado dentro de las 72 hrs. siguientes a la notificación del proveído que se impugna.

La expresión de agravios deberá contener las alegaciones respecto de la violación de normas procesales, que hubiesen afectado la defensa del inculpado.

Se estimará afectada la defensa y se ordenará la reposición del procedimiento en los siguientes casos:

I.-

XV.-

En este punto habrán de darse por reproducidas las causales que contiene el actual artículo 376 fracciones de la I a la XV de la Ley Procesal Penal.

Interpuesto el incidente ante el Tribunal que dicta el fallo impugnado, éste integrará con las constancias que indique el recurrente, el expediente que enviará al superior jerárquico quien hará la calificación del grado. Admitido, sin más trámite, el Tribunal superior citará a las partes a una audiencia que habrá de celebrarse dentro de los cinco días siguientes, con o sin asistencia de las partes, dictándose la sentencia que culmine la instancia, la que debe hacerse del conocimiento del juez natural para su debida cumplimentación.

No procederá recurso alguno contra la negativa a admitir el incidente”.

Como bien puede verse son razones de orden técnico procesal y prácticas las que llevan a enunciar el Incidente de Reposición del Procedimiento en una forma a la vez fácil y eficiente. Y que por supuesto, mejoran la administración de justicia.

En efecto, por principio de cuentas creo conveniente estimar que se trata de un Incidente porque, son dos las razones principales que inspiran el punto. Sin perjuicio de las que en la etapa de conclusiones habré de señalar ahondando en el tema. A saber las siguientes:

a) no se resuelve el fondo del asunto principal, es decir, no decide sobre la responsabilidad o inculpabilidad del procesado.

b) tiene por objeto enmendar los errores in procedendo durante la fase de instrucción.

También debe tomarse en cuenta que su gestión sumarísima

impediría la continuación de la secuela procesal, sin necesidad de llegar hasta la sentencia y que fuese a través de la apelación que se enmendarán estos errores, que muchas de las veces inciden en el resultado del fallo.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

La reposición del procedimiento es un Incidente que habrá de conocer por razones naturales y evidentes un superior jerárquico de aquel que dicta el auto que se combate, por que de hacerlo de otra manera, difícilmente el juzgador habrá de revocar sus propias decisiones y en todo caso, estaríamos en presencia de un recurso ordinario como lo es la revocación.

A través de la reposición uel procedimiento, seguramente se tendrían mejores fallos judiciales, sin errores en la gestión y tramitación del procedimiento penal, acordes al principio de legalidad.

Un cambio conceptual de esta naturaleza vendría a modificar no solo la doctrina actualmente imperante, sino también la legislación procesal penal, al eliminar del capítulo de la "Apelación" los puntos relativos a la reposición del procedimiento como un efecto de la apelación.

Estimar que la reposición del procedimiento fuese un incidente no es tan descabellado cuando se cuentan con las premisas, que a guisa de conclusiones habré de enunciar enseguida:

1.- La reposición del procedimiento es un incidente de previo y especial pronunciamiento.

2.- La interposición del incidente de reposición del procedimiento deberá hacerse por escrito presentado dentro de las 72 hrs. siguientes a la notificación del proveído que se combate.

3.- La expresión de agravios deberá versar sobre las formalidades del procedimiento penal que se consideran omitidas y que trascienden a la defensa.

4.- La reposición del procedimiento no decide respecto de la culpabilidad o inculpabilidad del sujeto activo.

5.- La reposición del procedimiento solo se abrirá a petición de parte agraviada, quien manifestará las constancias que pide sean remitidas al tribunal que conozca del incidente.

6.- La reposición del procedimiento es un incidente vertical, que deberá conocer siempre el superior jerárquico de aquel que dictó el proveído que se impugna.

7.- La reposición del procedimiento suspenderá la tramitación "normal" del procedimiento ordinario hasta en tanto y no se decida mediante la sentencia respectiva.

8.- Admitido el incidente o desechado, no procederá recurso alguno, a efecto de no retardar la recta administración de justicia.

9.- La reposición del procedimiento solo procederá contra los llamados "errores in procedendo".

10.- La reposición del procedimiento asegura el dictado de fallos más acordes al principio de legalidad.

No pretendo ser exhaustivo en la explicación de cada punto, ni siquiera de agotar el tema, pero a modo de ideas centrales sigo sosteniendo que: la reposición del procedimiento es un incidente que vendría a terminar con la incertidumbre del defensor, de hacer que el procedimiento penal cumpla las expectativas de formalidad que exige cualquier procedimiento, lo que a la larga, haría un procedimiento respetable e interesante para los procesalistas de la materia.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Acero, Julio. "El Procedimiento Civil Mexicano", Ediciones especiales, México, D.F. 1991 .
- 2.- Arellano García, Carlos. "Teoría General del Proceso" 5ª Edición, Editorial, Ed. Depalma, Buenos Aires Argentina 1989.
- 3.- Bauman, Jurgén. "Derecho Procesal Penal", Trad. Dr. Conrado A. Frinzi. 3ª Ed. Depalma, Buenos Aires Argentina. 1989.
- 4.- Borja Osorio, Guillermo. "Derecho Procesal Penal" 4ª Ed. Editorial Cajica. Puebla México. 1969.
- 5.- Briseño Sierra, Humberto. " El E-juiciamiento Penal Mexicano", 3ª Reimpresión, Editorial Trillas, México, D.F. 1988.
- 6.- Carnelutti Francisco. " Instituciones de Derecho Procesal Civil y Penal". Trad. Mir Puig, Santiago. 3ª Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1988.
- 7.- Colín Sánchez, Guillermo, "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales" 15ª Ed. Editorial Porrúa, México, D.F. 1995.
- 8.- Díaz de León, Marco Antonio. "Diccionario de Derecho Procesal Penal" 1ª Ed. Editorial Porrúa, México 1986.
- 9.- Franco Sodi, Carlos. "El Procedimiento Penal Mexicano" 2ª Ed. Editorial Botas Editores, Madrid, España. 1960.
- 10.- García Ramírez, Sergio. "Derecho Procesal Penal" 16ª Ed. Editorial Porrúa, México. D.F. 1995.

- 11.- Gómez Lara, Cipriano. "Teoría General del Proceso". 8ª. Ed. Editorial Harla. México. D.F. 1994.
- 12.- González Bustamante, Juan José. "Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano" 3º. Ed. Editorial Porrúa, México, D.F. 1959.
- 13.- González Blanco, Alberto. "El Procedimiento Penal Mexicano" 1a Ed. Editorial Porrúa, México, D.F. 1975.
- 14.- Hernández, Octavio A. "Curso de Amparo" 2º. Ed. Editorial Porrúa, México. D.F. 1991.
- 15.- Hernández Pliego, Julio A. "Programa de Derecho Procesal Penal" 1º. Ed. Editorial Porrúa, México, D.F. 1996.
- 16.- Leone, Giovanni. "Tratado de Derecho Procesal Penal" Trad. Sentís Melendo, Santiago. 1º. Ed. Ediciones Jurídicas Europa Americanas, Buenos Aires, Argentina. 1963.
- 17.- Piña y Palacios, Javier. "Los Recursos en el Procedimiento Penal" 1º. Ed. Secretaría de Gobernación, México, D.F. 1976.
- 18.- Sentís Melendo, Santiago. "Teoría y Práctica del Proceso" 1º. Ed. Ediciones Jurídicas Europa Americanas, Buenos Aires, Argentina. 1959.
- 19.- Silva Silva, Jorge Alberto. "Derecho Procesal Penal" 2º. Ed. Editorial Harla, México, D.F. 1995.
- 20.- V. Castro, Juventino. "La Suspensión del Acto Reclamado en Amparo" 1º. Ed. Editorial Porrúa, México, D.F. 1991.

LEYES Y CÓDIGOS.

1.- Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos 117º. Ed. Editorial Porrúa, México, D.F. 1997.

2.- Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato. 2º. Ed. Editorial Orlando Cárdenas, Irapuato, Gto., México. 1994.

OTRAS FUENTES.

1.- Diccionario de Derecho Procesal Civil. Eduardo Pallares 14º. Ed. Editorial Porrúa, México, D.F. 1981.

2.- Revista del Poder Judicial del Estado de Guanajuato. No. 34.