

UNIVERSIDAD LASALLISTA

BENAVENTE



FACULTAD DE DERECHO

Con estudios incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México

CLAVE: 879309

**“La Inconstitucionalidad de la declaratoria hecha por la Secretaría
de la Función Pública, donde determina que se cometió
el Delito de Enriquecimiento Ilícito”**

T E S I S

Que para obtener el título de
LICENCIADA EN DERECHO

Presenta:

ROCÍO ALIANA AGUILAR DELGADO

Asesor: LIC. JOSÉ MANUEL GALLEGOS GONZÁLEZ

Celaya, Gto.

Octubre, 2010



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

A DIOS: Como fuente de vida, por permitirme ser y estar en este mundo, por la maravillosa familia que tengo, por todas las oportunidades brindadas, por permitirme realizar mis sueños, por todas las bendiciones que me ha dado, por poner en mi camino a todas aquellas personas que han compartido conmigo en las diferentes etapas de mi vida, pero sobre todo gracias a Dios: por acompañarme en lo recorrido de mi vida, pues tengo un gran Dios, todo lo puedo en Cristo que me fortalece.

A MIS PADRES: Gracias por creer en mí, ustedes son Pioneros de mi ser pues con gran esfuerzo han sacrificado gran parte de su vida para formarme y educarme, a quienes me han dado todo sin escatimar algún esfuerzo, a quienes se que la ilusión de su existencia ha sido verme convertida en una persona de provecho, a quienes nunca podre pagar todos sus desvelos pero sin embargo siempre estaré agradecida por todo lo que me han dado pues sin ustedes esto no hubiera sido posible.

A MI MADRE: A tí en especial por ser el pilar de mi vida, pues me has enseñado con el ejemplo que todo es posible a base de esfuerzos, a ti quien eres quien ha aportado a mi vida el don de la responsabilidad, por creer y depositar tu confianza en mi pues este trabajo es tan tuyo como mío, pues solo es una manera de regresarte todo lo que me has dado, a mi madre quien es como ninguna.

A MIS HERMANOS Y HERMANAS: Por formar parte de la hermosa familia que somos, pues a pesar de las diferentes personalidades siempre hemos sido una gran familia que se da el apoyo incondicional, en donde existe el respeto y cariño mutuo, gracias por apoyarme en todo momento, gracias por escucharme pues no solo son mis hermanos sino mis amigos a quienes siempre les estaré agradecida por cada uno de sus consejos y ejemplos, gracias por cada una de las aportaciones a mi persona pues se que siempre podre contar con ustedes.

A TÍ GERARDO: Gracias por llenar mi vida con tu luz pues mis días están llenos de alegría debido a tu compañía y tu buen sentido del humor, gracias por motivar la seguridad de mis conocimientos, gracias además por aquellos conocimientos brindados con la humildad de tu persona a través de aquellos días que trabajamos juntos y que hoy en día forman parte ya de mi formación profesional, tengo que agradecerte en ser también un gran apoyo en el tiempo que hemos recorrido juntos con tan bellos momentos, gracias por formar parte de mi vida, Te quiero Mucho.

A MIS AMIGOS: Sin excluir a ninguno, a todos y cada uno de ellos pero en especial a Mary, Paloma, Nancy, Annie, Anita, Selene, Vero y Gaby gracias por estar a mi lado en cada una de las etapas de mi vida, gracias a aquellos que se han forjado a mi lado al ser mis compañeros de escuela y compartir los momentos en cada una de las clases en donde juntos hemos aprendido, gracias a aquellos amigos que han estado desde hace tiempo apoyándome y aquellos que han llegado recientemente a mi vida, a todos los quiero mucho y los llevaré siempre en mi corazón, aunque a algunos no los vea tan seguido debido a la distancia pero siempre están siempre en mi corazón pues la distancia no destruye amistades.

A MIS MAESTROS: Gracias por todos los conocimientos brindados en el recorrido de mi formación profesional, gracias por la sabiduría que me han brindado, por forjar e impulsarme a superarme día a día.

A Todos ustedes muchas gracias, los quiero mucho.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

TEORÍA GENERAL DEL PROCESO

(JURISDICCIÓN, PROCESO Y ACCIÓN)

1.1	CONCEPTO DE JURISDICCIÓN	1
1.1.1	CLASES DE JURISDICCIÓN	3
1.1.2	ELEMENTOS DE LA JURISDICCIÓN	4
1.2	CONCEPTO DE COMPETENCIA	4
1.2.1	CLASES DE COMPETENCIA	5
1.2.2	CRITERIOS PARA DETERMINAR LA COMPETENCIA.....	6
1.3	CONCEPTO DE PROCESO.....	8
1.3.1	NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO	9
1.4	CONCEPTO DE PROCEDIMIENTO	12
1.4.1	DIFERENCIA ENTRE PROCESO Y PROCEDIMIENTO	13
1.5	CONCEPTO DE LITIGIO	14
1.6	CONCEPTO DE JUICIO	14
1.7	CONCEPTO DE LITIS	15
1.8	CONCEPTO DE ACCIÓN.....	16

CAPÍTULO II

TEORÍA DEL DELITO

(ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO)

2.1	DEFINICIÓN DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO	19
2.2	LA CONDUCTA CONCEPTO	20
2.2.1	CLASES DE CONDUCTA	21
2.2.2	AUSENCIA DE CONDUCTA	26
2.3	TIPICIDAD CONCEPTO	29
2.3.1	TIPO PENAL CONCEPTO	30
2.3.2	ELEMENTOS DEL TIPO	32
2.3.3	LA CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES	36
2.3.4	ATIPICIDAD O AUSENCIA DE TIPICIDAD.....	39
2.4	LA ANTIJURIDICIDAD CONCEPTO	41
2.4.1	AUSENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD	43

CAPÍTULO III

TEORÍA DEL DELITO

(ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DELITO)

3.1	LA IMPUTABILIDAD CONCEPTO.....	47
-----	--------------------------------	----

3.1.1	ELEMENTOS DE LA IMPUTABILIDAD.....	48
3.2	LA INIMPUTABILIDAD CONCEPTO.....	49
3.2.1	CAUSAS DE LA INIMPUTABILIDAD.....	50
3.3	CULPABILIDAD CONCEPTO.....	52
3.3.1	FORMAS DE CULPABILIDAD.....	53
3.3.2	DOLO CONCEPTO	54
3.3.3	CLASES DE DOLO.....	55
3.3.4	CULPA CONCEPTO.....	57
3.3.5	ELEMENTOS DE LA CULPA	58
3.3.6	CLASES DE CULPA.....	59
3.6	LA INCULPABILIDAD CONCEPTO.....	60
3.6.1	CAUSAS DE LA INCULPABILIDAD	61
3.6.2	EL ERROR CONCEPTO	61
3.6.3	CLASIFICACIÓN DEL ERROR	62
3.6.4	LA COACCIÓN CONCEPTO	63
3.6.5	LA INEXIGIBILIDAD	64
3.6.7	CASO FORTUITO.....	66

CAPÍTULO IV

TIPO PENAL DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

4.1	DEFINICIÓN LEGAL DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.....	68
4.2	ELEMENTOS	68
4.3	CARACTERÍSTICAS DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO	69
4.4	LEY DE RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.....	70
4.5	PROCEDIMIENTOS QUE SE REGULAN	72

4.6 PROCEDIMIENTO POR ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO	80
4.7 EL REGISTRO PATRIMONIAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS	90
4.8 TIEMPO DENTRO DEL CUAL DEBERA LLEVERSA A CABO LA DECLARACIÓN PATRIMONIAL.....	91
4.9 PRÁCTICA DE VISITAS Y AUDITORIAS.....	92

CAPÍTULO V

EL PROCEDIMIENTO PENAL

5.1 CONCEPTO DE PROCEDIMIENTO PENAL	95
5.1.1 OBJETO Y FINES DEL PROCEDIMIENTO	96
5.2 ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL.....	97
5.2.1 PERIODO DE AVERIGUACIÓN PREVIA	97
5.2.2 EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL	99
5.3.3 AVERIGUACIÓN PREVIA CON DETENIDO	101
5.3.4 AVERIGUACIÓN PREVIA SIN DETENIDO	102
5.3.5 CUERPO DEL DELITO.....	103
5.3.6 DIFERENCIAS ENTRE CUERPO DEL DELITO Y ELEMENTOS DEL TIPO.....	105
5.3.7 PROBABLE RESPONSABILIDAD.....	106
5.3.8 DETERMINACIÓN.....	107
5.3.9 AUTO DE RADICACIÓN	108
5.4 DECLARACIÓN PREPARATORIA.....	109
5.4.2 RESOLUCIONES JUDICIALES.....	111
5.4.3 AUTO DE FORMAL PRISIÓN	112

5.4.5	AUTO DE SUJECIÓN AL PROCESO	113
5.4.6	AUTO DE LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR	114
5.5	CONSIGNACIÓN SIN DETENIDO	114
5.6	ORDEN DE COMPARECENCIA	115
5.7	PERIODO DE INSTRUCCIÓN	115
5.8	PRUEBAS	116
5.9	CONFESIONAL	117
5.9.1	INSPECCIÓN.....	119
5.9.2	PERICIAL.....	122
5.9.3	TESTIMONIAL	125
5.9.4	CONFRONTACIÓN	128
5.9.5	CAREO	130
5.9.6	DOCUMENTAL.....	132
5.9.7	SISTEMA DE VALORACIÓN DE PRUEBAS	134
5.9.8	VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS	134
5.10	CIERRE DE LA INSTRUCCIÓN	136
5.10	CONCLUSIONES	137
5.11	CONCLUSIONES DEL ACUSADO POR SÍ O POR SU DEFENSOR	139
5.12	AUDIENCIA FINAL	139
5.13	SENTENCIA.....	140
5.13.1	ELEMENTOS DE LA SENTENCIA.....	141
5.13.2	CLASES DE SENTENCIAS.....	142
5.13.3	TIPOS DE SENTENCIAS	143

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Al realizar un análisis de los diferentes tipos penales existentes, llamó mi atención en particular el Tipo Penal de Enriquecimiento ilícito, por lo que al realizar un estudio de dicho tipo penal me encontré con que su estructura, sus elementos y el procedimiento que se lleva a cabo para determinar la existencia del mismo puede contravenir algunas disposiciones, así como crear una afectación en la esfera jurídica del individuo, es por ello que era necesario llevar a cabo la presente investigación y para tales efectos, en el primer capítulo se aborda el tema de la Teoría General del Proceso y sus Conceptos Jurídicos Fundamentales, en los capítulos II y III se explica la Teoría del Delito, haciendo un bosquejo de los elementos del delito, en el capítulo IV se analizará el Tipo Penal de Enriquecimiento Ilícito, y finalmente en el Capítulo V hare referencia al Procedimiento Penal en cada una de sus etapas, para así lograr llegar a diversas conclusiones inherentes al tema de la presente tesis.

CAPÍTULO I

TEORÍA GENERAL DEL PROCESO

(JURISDICCIÓN, PROCESO Y ACCIÓN)

La Teoría General del Proceso es la parte de la ciencia del derecho procesal que se ocupa del estudio de los conceptos, principios e instituciones que son comunes a las diversas disciplinas procesales especiales.

1.1 CONCEPTO DE JURISDICCIÓN

La Palabra **Jurisdicción** proviene del latín **Jurisdictio** que se forma de la locución **IUS DICERE**, la cual significa “**decir o indicar el Derecho**”¹

Dentro de la Teoría General del Proceso, encontramos inmersa la **Jurisdicción**, como uno de sus conceptos fundamentales a estudio, al aludirse a ella como “**La Función soberana del estado, realizada a través de actos que están proyectados o encaminados a la solución de un litigio o controversia, mediante la aplicación de una ley general a ese caso concreto para solucionarlo o dirimirlo**”²

¹ OVALLE FAVELA JOSÉ. **TEORÍA GENERAL DEL PROCESO**. 4ª ed. Ed. Harla. México 1998. P 109.

² GÓMEZ LARA CIPRIANO. **TEORÍA GENERAL DEL PROCESO**. 8va ed. Ed. Harla. México 1997. P 122.

Del Maestro **Giuseppe Chiovenda**, citado por **Carlos Arellano García**, encontramos a la **Jurisdicción** como **“la función del estado que tiene por fin la actuación concreta de la ley mediante la sustitución, por la actividad de los órganos públicos de la actividad de los particulares o de otros órganos públicos, sea al afirmar la existencia de la voluntad concreta de la ley, sea al hacerla prácticamente efectiva”**.³

También llamada Función Jurisdiccional, Función Judicial, está en el Poder Judicial.

“La Jurisdicción es el poder que ejerce el Estado normalmente a través del Poder Judicial, que se traduce en la aplicación de la norma general al caso concreto para resolver las controversias a través de una Sentencia”. Es poder porque es una potestad, esta potestad se ejerce a través del Poder Judicial normalmente, ya que excepcionalmente también puede ser ejercida por el Poder Legislativo o por el Poder Ejecutivo; en el caso del primero ejerce la jurisdicción en los juicios Políticos (para fincar responsabilidad), en cuanto al Poder Ejecutivo éste ejerce la Función jurisdiccional por medio de las Juntas de Conciliación y Arbitraje (controversias de índole laboral) y también a través de los Tribunales de lo Contencioso administrativo.⁴

³ ARELLANO GARCÍA CARLOS. TEORÍA GENERAL DEL PROCESO. Ed. Porrúa. México 1980.p.p 342-343.

⁴ GUTIERREZ NEGRETE FRANCISCO.CATEDRA DE TEORÍA GENERAL DEL PROCESO. FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE

1.1.1 CLASES DE JURISDICCIÓN

a) CONTENCIOSA

Es aquella en la que el Juez interviene para dirimir un conflicto de intereses entre dos partes, aplicando la norma general al caso concreto y resolviendo esta a través de una sentencia.

b) VOLUNTARIA

Es aquella que no supone oposición de intereses, es decir se pone bajo conocimiento del Juez pero sin que haya controversia y el asunto se resuelve a través de una resolución judicial.

c) CONCURRENTE

Es aquella que va en relación directa con el artículo 104 de la Constitución y consiste en que alguna Ley Federal puede ser aplicada por las autoridades tanto federales como por las locales, pues el mencionado artículo 104 nos habla de todo lo que conocerán los tribunales federales.

Además cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas a elección del actor, de los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, es en ello donde radica esencialmente la jurisdicción concurrente.

Es decir hay leyes Federales que son generales y en el Derecho Mexicano llamamos Jurisdicción concurrente a un fenómeno de atribución competencial simultanea a favor de autoridades judiciales Federales y Locales, esto consiste en que la Ley Federal puede

aplicarse tanto por autoridades Federales como por autoridades Locales.

1.1.2 ELEMENTOS DE LA JURISDICCIÓN

a) NOTIO

Es conocer los asuntos, conflictos de intereses, negocios o controversias para su resolución.

b) VOCATIO

Es la potestad de llamar a juicio a las partes en conflicto, es la aportación de pruebas.

c) JUDITIO

Es la facultad de juzgar propiamente; dicha aplicación del derecho al caso concreto y resolver las controversias a través de la función jurisdiccional.

d) COERTIO O EJECUTIO

Es la imposición forzosa de la resolución dictada por el juzgador aún en contra de la voluntad de las partes, dentro de esta se encuentra el Imperium que es poder ejecutar lo juzgado.

1.2 CONCEPTO DE COMPETENCIA

Es la porción de jurisdicción que se atribuye a los tribunales que pertenecen al mismo orden jurisdiccional y es la institución jurídica

procesal que limita a la función jurisdiccional y en virtud de ella los órganos judiciales podrán conocer y resolver las controversias o negocios que específicamente les señala la ley.

Cabe señalar que cada rama del derecho, ya sea civil, penal etc., tiene su distribución en tribunales. Esa distribución otorga determinada jurisdicción a cada uno de ellos y fija su competencia.

Así pues se afirma que la competencia es la suma de facultades que la ley da al juzgador para ejercer su jurisdicción en un determinado tipo de litigios, ya que el juzgador es el titular de la función jurisdiccional, pero está limitado para ejercerla en cualquier litigio, sólo aquellos para los que esté facultado por la ley, en los que es competente.⁵

1.2.1 CLASES DE COMPETENCIA

a) OBJETIVA

Es la que se refiere al órgano jurisdiccional, con abstracción de quien sea su titular en un momento determinado, es decir está en relación directa con el órgano del Estado.⁶

El artículo 124 de Nuestra Carta Magna, determina: “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales se entienden reservadas a los Estados”.⁷ De ahí provienen dos clases de competencia que es la Federal y la Local.

⁵ OVALLE FAVELA JOSÉ. *TEORÍA GEREAL DEL PROCESO*. 4ed. Ed. Oxford. México 1996.P.109

⁶ GÓMEZ LARA CIPRIANO. *TEORÍA GENERAL DEL PROCESO*. 9 ed. Ed. Harla. México 1996. P.128

⁷ *CONSTITUCION POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS*.138ed.Ed. Porrúa. México.2001.P.153

- Competencia Federal: Es la que se ejerce sobre todo el territorio nacional, de acuerdo con las normas constitucionales
- Competencia Local: Tiene su actividad limitada al territorio de la entidad federativa que corresponden a los juzgados o tribunales que se ejerzan.

b) COMPETENCIA SUBJETIVA

Alude al titular del órgano jurisdiccional, a la persona o personas físicas encargadas del desenvolvimiento del desempeño de las funciones del órgano, es decir está en relación con el titular del Órgano. Los casos en los que el Juez no puede conocer en forma personal se encuentran enumerados por la Ley y se llaman impedimentos, entonces el Juez se encuentra impedido subjetivamente cuando se encuentra con relación íntima como la amistad, enemistad, familiaridad o parentesco con una de las partes.

1.2.2 CRITERIOS PARA DETERMINAR LA COMPETENCIA

Tradicionalmente se ha hablado de cuatro criterios para determinar la competencia objetiva estos son:

- a. Competencia por Territorio: Es la que tiene el tribunal para conocer de asuntos dentro del territorio del Estado en que sucede el hecho o acto jurídico y tenga consecuencias jurídicas. El territorio es el área donde el Estado ejerce soberanía y su Ley tiene aplicación y vigencia.

- b. Competencia por Materia: Es aquella que se refiere específicamente a las materias de que se compone el Derecho y que puede ser civil, penal, fiscal, mercantil, etc.

- c. Competencia por Cuantía: Se refiere al quantum del negocio, es decir cuanto vale el negocio es aquella que está en relación con lo que se está peleando ya que en nuestro Derecho la competencia de los jueces menores y de partido se fija por la cuantía del negocio.

- d. Competencia por Grado: El poder Judicial, tanto federal como local es el único poder que se encuentra jerarquizado, por eso encontramos jueces de menor grado y jueces de mayor grado; hay controversias que sólo pueden ser conocidas por los jueces de primera instancia, actualmente llamados jueces de partido y otras que sólo pueden ser conocidas por jueces superiores o de segundo grado.

- e. Competencia por Prevención o Turno: Se denomina *turno* al orden o modo de distribución interno de las demandas o las consignaciones que ingresan, cuando en un lugar

determinado existen dos o más juzgadores con la misma competencia. Se puede llevar a cabo por periodos de tiempo (horas, días, semanas, etcétera), por número de ingreso, por programas automatizados, etcétera.

Del concepto de Competencia Subjetiva desembocan dos figuras:

- La excusa: Es cuando el Juez por sí solo manifiesta que no puede conocer del caso porque se encuentra en alguno de los casos de impedimento señalados por la ley.
- La recusación: Es cuando el Juez no manifiesta por sí solo que no puede conocer del caso porque se encuentra en alguno de los casos de impedimento señalados por la ley, entonces se le promueve el recurso de recusación, en donde se le dice el por que no puede conocer del caso.

Estas excusas y recusaciones solamente pueden ser conocidas y resueltas por el Supremo Tribunal de Justicia.

1.3 CONCEPTO DE PROCESO

De acuerdo con Pallares, la palabra proceso proviene de procedo, que significa avanzar, además que significa una serie de actos o acontecimientos, que suceden en el tiempo y que mantienen entre si determinadas relaciones de solidaridad o vinculación.⁸

El proceso es un conjunto de actos, regulados por la ley y realizados con la finalidad de alcanzar la aplicación judicial del derecho objetivo y

⁸ PALLARES EDUARDO. PRONTUARIO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. 12 ed. Ed Porrúa. México.1991. P. 640

la satisfacción consiguiente del interés legalmente tutelado en el caso concreto, mediante una decisión del Juez competente.⁹

Por lo que se concluye que el proceso es un conjunto de actos jurídicos procesales, ordenados o concatenados entre si que tienen por finalidad aplicar la norma general al caso concreto para resolver una controversia a través de una sentencia.

1.3.1 NATURALEZA JURIDICA DEL PROCESO

Las teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del proceso, son varias pero todas tienen un fin común y es contestar la pregunta ¿Qué es el proceso?

La doctrina se ha preocupado fundamentalmente por una serie de enfoques o temas básicos de la problemática procesal y una de ellas es la cuestión relativa a lo que es el proceso, es decir su naturaleza, por lo que a continuación se expone brevemente el contenido de las principales teorías que tratan de explicar su naturaleza jurídica.

A). Teoría Privatista: Afirman que el proceso pertenece al derecho privado de ahí su posición y características completamente de derecho civil. Dentro de estas teorías se encuentran:

- La teoría del contrato: Afirma que el proceso es un contrato, un acuerdo de voluntades que se traduce en el mismo.

⁹ RAFEL DE PINA VARA. DICCIONARIO DE DERECHO. Ed. Porrúa. México 1984. P.116.

Esta teoría tiene su antecedente histórico en la Litis Contestatio, que se manifestó en el procedimiento formulario del Derecho Romano en el que el actor acudía ante el magistrado solicitándole una fórmula del caso que se planteaba, en ese instante venía la acción, el actor al recibir la fórmula la proponía al demandado y éste al aceptarla, mediaba así una especie de acuerdo de voluntades entre las partes y comparecían a juicio. La crítica afirma que el actor no necesitaba de la voluntad del demandado para sujetarlo al proceso, sino que basta el emplazamiento para que el demandado quede sujeto al proceso aún en contra de su voluntad.

- La teoría del cuasi contrato: Esta teoría afirma que como el proceso no es un contrato porque no requiere del acuerdo de voluntades de las partes; ni tampoco es delito ni un cuasi delito; por exclusión se llega a la conclusión que se trata de un cuasi contrato.

B). Teorías Publicistas: Afirman que el proceso pertenece al derecho público pues suponen la intervención de un Juez dentro de un proceso, es decir es él quien resuelve la controversia a través de una sentencia. Dentro de estas teorías se encuentran:

- La teoría de la relación jurídica procesal: Es la más aceptada fue creada por Oskar Von Bulow en 1864, publica su obra La Teoría del Proceso y dentro de esta La Teoría de las Excepciones y Presupuestos Procesales, en su obra habla de la naturaleza jurídica del proceso y afirma que el proceso es una relación jurídica procesal por

que genera vínculos jurídicos procesales entre el Juez y las partes y las partes entre si; y que al darse a manera de un triangulo se forma un conjunto de relaciones jurídicas procesales, esta relación jurídica desemboca en un conjunto de derechos y obligaciones procesales que se establecen entre el Juez y las partes y las partes entre si.

La relación jurídica es tridimensional porque se genera entre tres personas principales: el Juez, actor y demandado. Es dinámica porque se da en el tiempo y en el espacio a través de los actos procesales, es compleja porque se da una pluralidad de derechos y obligaciones de manera recíproca, esto quiere decir que hay varios vínculos entre los sujetos principales del proceso, es autónoma pues existe con independencia de la llamada relación jurídica material, que es la controversia, pero que todavía no es llevado a la autoridad judicial para que lo conozca y lo resuelva, es decir, todavía no hay litigio.

- La teoría de la situación Jurídica: Esta teoría es sustentada por James Goldschmidt, quien no está de acuerdo con la teoría de la relación jurídica procesal de Von Bulow, pues dice que es un concepto de absoluta inutilidad científica, porque los llamados presupuestos procesales como lo es la capacidad de las partes y la competencia del Juez, no son condiciones de existencia de una relación jurídica sino de una sentencia de fondo valida y porque no puede hablarse de derechos y obligaciones, sino de cargas procesales las que tiene su

origen en la relación de derecho público que fuera del proceso, existe entre el Estado, el órgano encargado de la jurisdicción y los particulares. El deber del Juez de decidir la controversia no es de naturaleza procesal, sino constitucional y deriva de su carácter de funcionario público. Es una situación, un estado en que se encuentran las partes frente al Juez y solamente tienen posibilidades de que se dicte una sentencia y una esperanza de que ésta sea a su favor.

1.4 CONCEPTO DE PROCEDIMIENTO

El procedimiento es el conjunto de normas que regulan al proceso, es el modo como va desenvolviéndose el proceso, los trámites a que esta sujeto, la manera de substanciarlo, que puede ser ordinaria, sumaria, escrita o verbal, con una o varias instancias, con periodo de prueba o sin el, y así sucesivamente. Es la parte formal del proceso jurisdiccional que es el todo unitario y se identifica con la ley adjetiva que es el Código de Procedimientos Penales del Estado.¹⁰

Se identifica con el procedimiento penal porque en el intervienen dos clases de autoridades, la primera es una autoridad administrativa (ministerio público) y la segunda una autoridad judicial (Juez), por lo tanto lo que hace el ministerio público es el procedimiento, lo que hace

¹⁰ **Op.Cit.** Supra (8) P.640

el Juez es el proceso con la salvedad de que en el procedimiento penal el proceso penal inicia con el Auto de Formal Prisión o con el Auto de Sujeción a proceso y juntas las dos fases se llama procedimiento como un conjunto de actividades reglamentadas.

1.4.1 DIFERENCIA ENTRE PROCESO Y PROCEDIMIENTO

Se distingue el procedimiento del proceso. Este último es un todo, y, está formado por un conjunto de actos procesales. El procedimiento es el modo como va desarrollándose el proceso, los trámites a que está sujeto, la manera de substanciarlo, que puede ser de conocimiento, abreviado, sumarísimo, ejecutivo, no contencioso. Hay procedimiento en la primera instancia, como también en la instancia superior.

Couture, con la claridad que lo caracteriza, dice: El proceso es la totalidad, la unidad. El procedimiento es la sucesión de los actos. Y, añade que el proceso es la sucesión de esos actos hacia el fin de la cosa juzgada.

Carnelutti, más abstracto, emplea la siguiente metáfora. Para distinguir mejor entre proceso y procedimiento se puede pensar en el sistema decimal: el procedimiento es la decena; el proceso es el número

concreto, el cual puede no alcanzar la decena o bien comprender más de una.

1.5 CONCEPTO DE LITIGIO

El litigio es la controversia, el conflicto de intereses, el pleito llevado ante la autoridad jurisdiccional para que lo conozca y lo resuelva.

Litigio es el conflicto de intereses calificado por la pretensión de una de las partes y por la resistencia de la otra. El simple conflicto de intereses no constituye un litigio es necesario además, que se manifieste por la exigencia de una de las partes de que la otra sacrifique su interés al de ella y por la resistencia que oponga la segunda a esa pretensión.

El litigio tiene dos aspectos, el material y el formal; el material consiste en la pugna de intereses y el formal en la pugna de voluntades a que da lugar la pretensión y la resistencia a la pretensión.

1.6 CONCEPTO DE JUICIO

El concepto original de la denominación juicio corresponde o proviene de la lógica aristotélica y no es, en este sentido, sino un mecanismo del razonamiento mediante el cual llegamos a la afirmación de una verdad.

La palabra juicio, tiene dos diversas acepciones: Unas veces se toma por la sola decisión o sentencia del Juez y otras por la reunión ordenada y legal de todos los trámites de un proceso,

Carnelutti nos dice que se entiende por Juicio la presencia del litigio en el proceso.

De lo anterior se puede decir que juicio es la controversia y decisión legítima de una causa ante y por el Juez competente; o sea la legítima discusión de un negocio entre actor y demandado ante Juez competente que la dirige y la termina con su decisión a través de una sentencia.

1.7 CONCEPTO DE LITIS

El término litis que significa liga, son los puntos controvertidos entre la demanda y la contestación de la demanda. También significan las cuestiones de hecho y de derecho que las partes someten al conocimiento y decisión del Juez. La litis queda resuelta en la Sentencia.

1.8 CONCEPTO DE ACCIÓN

El derecho sustantivo nos da los derechos y las obligaciones. La Ley sustantiva nos da el instrumento a través del cual podemos exigir el cumplimiento de la obligación.

De ahí una primera definición de Acción es el instrumento jurídico que la ley nos otorga para poder exigir el cumplimiento de las obligaciones.

El derecho de acción procesal ha sido considerado y puede serlo desde diversos puntos de vista que son los siguientes:

Primeramente se identifica a las acciones con los derechos subjetivos de orden civil, en tanto que éstos se ejercitan ante los tribunales cuando han sido desconocidos o violados. Se define entonces a la acción como el derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido o nos pertenece. De admitirse este concepto hay tantas acciones procesales cuantos derechos subjetivos del orden civil existen y la clasificación de aquellas ha de hacerse teniendo en cuenta a estos últimos.

Desde un segundo punto de vista la acción procesal no se identifica con el derecho subjetivo que protege o tutela. Se distingue de él como un derecho diverso, pero que nace del mismo cuando aquél es violado o desconocido.

Otra definición de acción es el medio de hacer valer ante los tribunales los derechos establecidos por la Ley, esta definición ha sido sostenida por Savigny y la expone con claridad Gassonet en su obra de Derecho Procesal. Como la anterior se caracteriza porque considera a la acción como una institución de derecho privado, circunstancia que ha servido

de base a los jurisprudencias para clasificarlas con el nombre de doctrinas privatísticas.

Cabe subrayar el hecho de que mientras en la primera concepción la acción es un derecho civil autónomo y principal, en la segunda es un derecho accesorio, agregado o derivado de otro en la forma dicha.

Al lado de las concepciones privatísticas o civilistas existen las que atribuyen a la acción la naturaleza de un derecho de orden público. Figura entre ellas en primer término la de Wach, que sostuvo que la acción es un derecho público subjetivo contra el Estado para obtener de él la tutela jurídica de los derechos subjetivos de orden civil.

Desde otro punto de vista la acción es considerada, no como un derecho abstracto y general a la tutela judicial, sino como un derecho ya individualizado y concreto a obtener de los tribunales una sentencia justa que resuelva el conflicto de intereses a favor del peticionario.

Por último no pocos jurisprudencias identifican la acción con la demanda y más concretamente con la pretensión contenida en ella. El derecho de acción abstracto y general tiene las siguientes características:

- Es un derecho abstracto y general que se concede a todo los habitantes de la República y no a determinadas personas.
- El derecho de acción tiene como sujeto pasivo no al Estado, sino al órgano jurisdiccional que debe tramitar el juicio, pronunciar sentencia definitiva, y si es necesario ejecutarla por medios coactivos. El sujeto activo del

derecho es el particular que comparece antes los tribunales en demanda de justicia.

- El derecho de acción no sólo corresponde al demandante o al actor, sino también al demandado, porque los dos pueden legalmente ejercitarlo de acuerdo con lo previsto en los artículos 8 octavo, que establece el derecho de petición, pero al ejercitarlo se convierte en derecho de acción y 17 diecisiete de nuestra Constitución Política.
- El contenido de este derecho consiste en la facultad de poner en actividad la función jurisdiccional, hacer peticiones ante los tribunales con la obligación de estos de resolverlas de acuerdo con la ley.
- Es un derecho imprescriptible que esta fuera del comercio, y por tanto no puede ser cedido, es también irrenunciable.
- No es derecho de naturaleza civil, sino de índole constitucional.

De lo anterior podemos definir a la acción diciendo que es la pretensión que se traduce en lo que el actor quiere y no es otra cosa más que la subordinación de la voluntad del demandado a la voluntad del actor.

CAPÍTULO II

TEORÍA DEL DELITO

(ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO)

"La Teoría del Delito es un sistema categorial clasificatorio y secuencial, en el que, peldaño a peldaño, se va elaborando a partir del concepto básico de la acción, los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito.

A partir de la definición usual de delito (*acción típica, antijurídica y culpable*), se ha estructurado la teoría del delito, correspondiéndole a cada uno de los elementos de aquélla un capítulo en ésta. Así se divide esta teoría general en: **acción o conducta, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad** y la **punibilidad**).

2.1 DEFINICIÓN DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO

Los elementos del delito son los componentes y características, no independientes, que constituyen el concepto del delito, es decir son las partes que lo integran, son los aspectos positivos, a cada uno de los cuales corresponde uno negativo, que llega a ser la negación de aquel

significa que anula o deja sin existencia al positivo y, por tanto al delito.

2.2 LA CONDUCTA CONCEPTO

La conducta es el primero de los elementos objetivos que requiere el delito para existir. Algunos autores le llaman **acción, hecho, acto o actividad**.

La conducta es un comportamiento humano voluntario, activo, o, negativo que produce un resultado.¹¹

Fernando Castellanos Tena, define a este elemento como comportamiento humano voluntario positivo o negativo encaminado a un propósito.¹²

El jurista Von Liszt definió la conducta llamándole acción, como el movimiento corporal voluntario positivo o negativo, desencadenante del proceso causal que modifica el mundo exterior.

Solamente el hombre puede ser sujeto del elemento objetivo del delito llamado conducta debido a que solo los seres humanos pueden cometer conductas positivas o negativas, ya sea una actividad o inactividad.

¹¹ AMUCHATEGUI REQUENA I. GRISELDA. **DERECHO PENAL**. 3ª. ed. Ed. Oxford. México. 2006. Pág. 49

¹² CASTELLANOS FERNANDO. **LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL**. 44ª.ed. Ed. Porrúa. México. 2003. Pág. 149

2.2.1 CLASES DE CONDUCTA:

La conducta solo se puede manifestar de dos formas que son la *acción* y la *omisión*.

En cuanto a la definición de Liszt, se puede apreciar que este autor nos habla de movimientos corporales voluntarios, los cuales pueden ser apreciados desde un punto de vista positivo y desde un punto de vista negativo. Cuando se habla de un punto de vista positivo de la conducta, se está hablando de un hacer positivo, es decir, de una acción, misma que cuando viola una norma prohibitiva se nos convierte en comisión. Si hablamos de un punto de vista negativo de la conducta, tendremos una abstención, un no hacer y cuando con ello se viola una norma dispositiva que nos ordena o manda nos encontramos ante una omisión.

- **ACCIÓN**

La acción es la facultad para actuar, se da por movimientos o comportamientos, sus elementos son la voluntad, la actividad, el resultado y la relación de causalidad conocido también como nexo causal.

La acción consiste en actuar o hacer; es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales, y comete la infracción a la ley por sí mismo o por medio de instrumentos, animales, mecanismos e incluso mediante personas.

El maestro Carlos Bindig, expuso que al cometerse el delito este no resulta contrario a la ley, puesto que la conducta del sujeto activo se ajusta a lo previsto en la Ley; lo que infringe dicho sujeto no es la ley, sino la norma subyacente en ella.

Según Cuello Calón, la acción, en sentido estricto, es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca.

Para Eugenio Florián, la acción es un movimiento del cuerpo humano que se desarrolla en el mundo exterior y por esto determina una variación, aun cuando sea ligera o imperceptible.

Para Leonhard, la conducta humana manifestada por medio de un hacer efectivo, corporal y voluntario, integra la acción en sentido estricto; por ello se le ha denominado “voluntad de causación”.¹³

- **OMISIÓN**

La omisión es realizar la conducta típica con la abstención de actuar, no hacer o dejar de hacer. Constituye el modo o forma negativa del comportamiento, puede ser simple (propia) o comisión por omisión (impropia).

¹³ CARRANCA Y TRUJILLO.DERECHO PENAL MEXICANO PARTE GENERAL. 10ª.ed.Ed. Porrúa. México. 1972. Pág.237.

La omisión, en cambio, radica en un abstenerse de obrar, simplemente en una abstención; en dejar de hacer lo que se debe ejecutar. La omisión es una forma negativa de la acción. De acuerdo con Cuello Calón, la omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando la Ley Penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado.¹⁴

a) ELEMENTOS DE LA ACCIÓN

Los elementos de la acción son la voluntad, la actividad, el resultado y la relación de causalidad, llamado este último también nexo causal.

Para Cuello Calón, los elementos de la acción son: un acto de voluntad y una actividad corporal. Luis Jiménez de Asúa estima que son tres: manifestación de voluntad, resultado y relación de causalidad. Para Edmundo Mezger en la acción se encuentran los siguientes elementos: un querer del agente, un hacer del agente y una relación de causalidad entre el querer y el hacer.

1. Voluntad: Es el querer, por parte del sujeto activo, de cometer el delito. Es propiamente la intención. La idea de acción supone, en primer término una manifestación de voluntad. Se entiende por manifestación de voluntad toda conducta voluntaria; es decir, la conducta que, libre de violencia física o psicológica, está determinada (motivada) por las representaciones. Es siempre un movimiento muscular. La manifestación de voluntad, puede consistir en la realización o en la omisión voluntaria de un movimiento del cuerpo.

¹⁴ CUELLO CALÓN EUGENIO. DERECHO PENAL. T I. 8ª. ed. Ed. Porrúa. México. 1980 Pág. 416.

2. Actividad: Consiste en el “hacer” o actuar. Es el hecho positivo o movimiento humano encaminado a producir el ilícito.
3. Resultado: Es la consecuencia de la conducta; el fin deseado por el agente y previsto en la ley penal.
4. Nexo de causalidad: Es el nexo que une a la conducta con el resultado, el cual debe ser material. Dicho nexo es lo que une a la causa con el efecto, sin lo cual este último no puede atribuirse a la causa. Se insiste en que el nexo causal debe ser material ya que si es moral, espiritual o psicológico será irrelevante para el derecho penal.

b) ELEMENTOS DE LA OMISIÓN

Como la acción, en la omisión existe una manifestación de voluntad que se traduce en un no actuar; concluyese, en consecuencia, que los elementos de la omisión son: a) Voluntad: Encaminándose a no efectuar la acción ordenada por el Derecho; y, b) Inactividad: el sujeto se abstiene de efectuar el acto a cuya realización estaba obligado.

Porte Petit, estima como elementos de la omisión propia: a) La voluntad o no voluntad como los delitos de olvido; b) la inactividad y por último; c) Deber jurídico de obrar, con una finalidad consistente en un resultado típico.¹⁵

¹⁵ PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO. APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL. 15ª. ed. Ed. Porrúa. México. 1993. Pág. 175.

EDUARDO LÓPEZ BETANCOURT manifiesta que la omisión tiene cuatro elementos a saber:

- a) Manifestación de la Voluntad;
- b) Una Conducta pasiva (inactividad);
- c) Deber Jurídico de Obrar;
- d) Resultado Típico Jurídico

La no realización de la conducta, debe ser así, voluntaria y no coaccionada y el sujeto produce el resultado con su inactividad, teniendo el deber jurídico de obrar.¹⁶

Dentro de la omisión debe distinguirse la omisión simple u omisión propia de la comisión por omisión u omisión impropia.

Omisión simple: Consiste en no hacer lo que se debe hacer, ya sea voluntaria o imprudencialmente, con lo cual se produce un delito, aunque no haya un resultado, de modo que se infringe una norma preceptiva.

Comisión por omisión: Es un no hacer voluntario, cuya abstención produce un resultado material, por lo que al violarse una norma preceptiva, se viola una norma prohibitiva.

¹⁶ LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO. INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL. 5ª. ed. Ed. Porrúa. México. 1997. Pag.100

En la comisión por omisión hay una doble violación de deberes; de obrar y de abstenerse, y por ellos se infringen dos normas: una preceptiva y otra prohibitiva; “Existe un delito de comisión por omisión, cuando se produce un resultado típico y material, por un no hacer, voluntario o culposo como los delitos de olvido en los cuales se viola una norma preceptiva penal o de otra rama del Derecho y una norma prohibitiva.

Tanto en la omisión simple como en la comisión por omisión aparecen los elementos de la voluntad e inactividad más en la comisión por omisión aparecen otros dos factores como son; a) Un resultado material (típico) y, b) Una relación de causalidad entre dicho resultado y la abstención.

Cualquiera que sea el resultado de la omisión, debe constituir una figura de delito prevista en la ley.

2.2.2 AUSENCIA DE CONDUCTA

La ausencia de conducta es el elemento negativo de la conducta, abarca la ausencia de acción o de omisión de la misma, en la realización de un ilícito.

La ausencia de la conducta es uno de los aspectos impeditivos para la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico. La conducta es el soporte naturalístico del ilícito penal.¹⁷

La falta de conducta se refiere a los casos en que habiendo movimiento corporal o abstención, estas no obedecen a la voluntad, o sea, que no hubo voluntad. Nuestro **CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO VIGENTE DEL ESTADO DE GUANAJUATO**, en su artículo 33 fracción I, establece la ausencia de conducta al decir que el delito se excluye cuando: "...el hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente.", estableciendo entonces lo que anteriormente manejaba el mencionado Código en su artículo 16 como causas de ausencia o falta de conducta, los cuales señalamos a continuación:

a) **VIS ABSOLUTA O FUERZA FÍSICA SUPERIOR EXTERIOR IRRESISTIBLE**, que es la proveniente de otro hombre. La aparente conducta, desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, es un movimiento corporal producido por la fuerza de otra persona.

b) **VIS MAIOR O FUERZA MAYOR**, es una fuerza proveniente de la naturaleza.

La *Vis Maior* y la *Vis Absoluta* se distinguen por su procedencia, la *Vis Maior* deriva de la fuerza natural, y la *Vis Absoluta* deriva de la fuerza humana.

¹⁷ CASTELLANOS. Op. Cit. Supra (12) p. 162.

c) **IMPEDIMENTO FÍSICO**, aquí el sujeto no se puede mover para evitar un acontecimiento ilícito como es el caso en que se encuentre **maniatado o amarrado, impedido para moverse por un obstáculo insuperable**, en donde como consecuencia no habiendo voluntad tampoco habrá conducta.

d) **CUALQUIER OTRO CASO EN QUE HAYA AUSENCIA DE VOLUNTAD DEL AGENTE**, entrando aquí, los movimientos reflejos como el sueño, el sonambulismo y el hipnotismo.

1. **LOS MOVIMIENTOS REFLEJOS** son movimientos corporales involuntarios, pero si estos pueden ser controlados o pueden ser retardados, se da la existencia del elemento volitivo, y por ende, ya no funcionan como factores negativos del delito; son fenómenos psíquicos en donde la persona humana realiza o no una actividad pero sin voluntad, por estar el sujeto en un estado en donde la voluntad se encuentra suprimida.
2. **EL SUEÑO**, es el descanso regular y periódico de los órganos sensoriales y del movimiento, acompañado de relajación de los músculos y disminución de varias funciones orgánicas y nerviosas, así como de la temperatura del cuerpo.
3. **EL HIPNOTISMO**, es un procedimiento para producir el llamado sueño magnético, por fascinación, influjo personal o por aparatos personales.
4. **EL SONAMBULISMO**, es el estado psíquico inconsciente, mediante el cual la persona que padece sueño anormal tiene cierta aptitud para levantarse, andar, hablar y ejecutar otras cosas, sin que al despertar recuerde algo.

2.3 TIPICIDAD CONCEPTO

La tipicidad es el elemento objetivo del delito que fue adicionado por **ERNESTO VON BELING** en 1906, a la definición dogmática del delito de **FRANZ VON LISZT**.

Para **CELESTINO PORTE PETIT**, la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula: *nullum crimen sine tipo*.¹⁸

Para **JIMÉNEZ DE ASÚA**, la tipicidad es la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracciones.¹⁹

Para que exista el delito como tal, se necesita la realización de una conducta (acción u omisión) o hecho humano; pero, no todo acto o hecho son delictuosos, se requiere que sean típicos, antijurídicos y culpables.

¹⁸ PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO. APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL. 15ª. ed. Ed. Porrúa. México. 1993. . p. 168.

¹⁹ JIMENEZ DE AZÚA, LUIS. TRATADO DE DERECHO PENAL III. 2ª ed. Ed. Losada. Buenos Aires, Argentina. 1958. p. 744.

NUESTRA CONSTITUCIÓN en su artículo 14, nos habla de la tipicidad, estableciendo que: "...en los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata". Por esta razón jurídica no existe delito si no existe tipicidad.

Por tipicidad debe entenderse el encuadramiento o adecuación de la conducta dada en la realidad con la descrita en abstracto por el tipo penal.

La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la Ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es, en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa.

2.3.1 TIPO PENAL CONCEPTO

Es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. Si el legislador llega a suprimir un tipo de una ley penal por consiguiente el delito se excluirá.

Para Cardona Arizmendi y Ojeda Rodríguez, el tipo es la abstracta descripción de una conducta y de los elementos que la delimitan con la amplitud necesaria que permite distinguirla de cualquier otra conducta ilícita.

En la opinión de Fernando Castellanos afirma que el Tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales.

El Tipo es el contenido medular de la norma; es la descripción de la conducta prohibida u ordenada, prevista por el legislador; es la previsión legal que individualiza la conducta humana penalmente relevante, es decir, la fórmula legal que individualiza las conductas prohibidas por la Ley Penal para la protección de bienes jurídicos.

El tipo penal se ha definido por el Maestro Ernesto Von Beling como la descripción en abstracto de la conducta penalmente relevante, o que se considera delito, teniendo en nuestro sistema su base Constitucional en el artículo 14 párrafo tercero que a la letra dice: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.

2.3.2 ELEMENTOS DEL TIPO

En la integración de los tipos penales pueden aparecer ciertos elementos como son: Elementos Objetivos, Elementos Subjetivos y Elementos Normativos, los cuales son necesarios para que una conducta o hecho pueda ser tipificado como delito siempre y cuando el tipo penal los exija puesto que sin estos elementos se precisa la Atipicidad porque la conducta no encuadra en el tipo aunado a ello, no existirá delito por Atipicidad.

a) ELEMENTOS OBJETIVOS

Ahora bien, los Elementos Objetivos del Tipo están constituidos por:

Conducta.- Es el movimiento corporal voluntario positivo o negativo desencadenante del proceso causal que modifica el mundo exterior.

Resultado.- La modificación del mundo exterior o la puesta en peligro del bien jurídico tutelado (interés social jurídicamente protegido).

Nexo Causal.- Es la relación entre la conducta y el resultado.

Especiales Formas de Ejecución.- Son los medios comisivos, en algunos tipos penales se exige que la conducta se desarrolle a través de un medio especial que el tipo requiere.

Modalidades de Lugar, Tiempo u Ocasión: Algunos tipos penales exigen que la conducta se lleve a cabo en un lugar determinado para poder ser tipificados. Así mismo algunos tipos exigen un periodo de tiempo determinado para desarrollar la conducta. Por último, existen también tipos penales que deben ser cumplidos en el momento en que el sujeto activo aprovecha para llevar a cabo la conducta delictuosa.

Sujetos.- Son los individuos que tienen la voluntad de actuar o abstenerse de un hacer y que se dividen a su vez en: Sujeto Activo y Sujeto Pasivo. En los dos hay que tomar en consideración la calidad y el número.

Sujeto Activo.- Es la persona que lleva a cabo la conducta delictuosa, es decir quien realiza el movimiento corporal positivo o negativo que modifica el mundo exterior.

Sujeto Pasivo.- Es la persona que materialmente recibe el daño o el hecho del mismo modo tenemos al sujeto ofendido que en algunos casos tiene relación con el sujeto pasivo o que generalmente coincide con este y es la persona titular del bien jurídico dañado a excepción en el delito de homicidio en donde el sujeto pasivo es el muerto y los ofendidos son los parientes del muerto.

Respecto al número.- Debemos de decir que los tipos penales en su mayoría están redactados en singular, en los cuales un solo sujeto puede agotar estos. Existen además tipos penales que requieren de una pluralidad de sujetos, si esta pluralidad no se cumple en la realización del ilícito será una causa de atipicidad.

Respecto a la calidad.- En los tipos penales hay algunos que requieren necesariamente que el sujeto activo o pasivo ostenten una calidad como por ejemplo; la calidad de ser padre, madre, hijo, ascendiente, descendiente, los servidores públicos, si no se cumple con esto habrá una atipicidad.

Objeto Material.- Constituye la persona o cosa sobre la cual recae la conducta delictuosa.

Objeto Jurídico.- Es el bien jurídico tutelado entendiéndose por este el interés social jurídicamente protegido.

b) ELEMENTOS SUBJETIVOS

Los Elementos Subjetivos del tipo fueron descubiertos por **MAYER** en 1915, algunos tipos penales requieren cierto elemento subjetivo, a los cuales **MAYER** les llamó especiales elementos subjetivos del tipo, que también es necesario acreditar cuando el tipo penal los exige. Estos elementos subjetivos son los siguientes:

- a).- **ÁNIMOS**, es la intención, la voluntad del activo para realizar la conducta delictiva.
- b).- **PROPÓSITOS**, siendo esto la finalidad que se persigue con la realización de la conducta delictiva.
- c).- **FINES**, es lo que se pretenden alcanzar con la comisión del delito.

d).- **CONOCIMIENTOS, SABERES O SABIENDAS**, refiere al conocimiento de algo con seguridad y a pesar de esto se comete el delito.

C) ELEMENTOS NORMATIVOS

A los Elementos Normativos el autor **MEZGER** les llama así porque son Juicios de valor que se dejan a la interpretación subjetiva del Juez tomando en consideración lo que por ellos se entiende en la colectividad y dentro de estos tenemos a los siguientes:

- a).- EL HONOR
- b).- LA HONRA
- c).- LA CASTIDAD
- d).- LA HONESTIDAD
- e).- LA AGENEIDAD DE LA COSA
- f).- LA PROPIEDAD
- g).- LA POSESIÓN

2.3.3 LA CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES

Existe diferencia de criterios para clasificar a los tipos penales. Los estudiosos parten de varios puntos de vista y entre los más destacados autores que pretenden clasificar precisamente los tipos penales, se encuentran Edmundo Mezger, Luis Jiménez de Asúa, Mariano Jiménez Huerta; tomando en cuenta sus ideas, se parte para cada una de las clasificaciones.²⁰

I.- Por su Composición.

Se refiere a la descripción legal de sus elementos, los cuales pueden ser objetivos, subjetivos o normativos. Así el delito es de varias formas:

- a) Normales. Las palabras empleadas se refieren a situaciones puramente objetivas.
- b) Anormales. Son los que tienen elementos subjetivos o normativos, además de los objetivos.

La diferencia entre tipo normal y anormal estriba en que, mientras el primero contiene conceptos puramente objetivos, el segundo describe, además, situaciones valoradas y subjetivas.

²⁰ López Betancourt Eduardo. Op Cit. supra 16. Pág. 134

II.- Por su ordenación metódica.

Según determinadas circunstancias, el delito puede ser:

a) Básico o fundamental son aquellos en los que se describe de manera independiente un modelo de comportamiento humano y, por esa razón, se aplican sin sujeción a ningún otro. Por lo regular, estos tipos contienen el mínimo de elementos y encabezan cada uno de los capítulos del código y constituyen su espina dorsal. Según Luis Jiménez de Asúa, el tipo es básico cuando tiene plena independencia.²¹

b) Especiales Los que además de los elementos propios del básico, contienen otros nuevos o modifican requisitos previstos en el tipo fundamental; por eso se aplican con independencia de éste.

c) Complementados los que refiriéndose a un básico o especial, señalan determinadas circunstancias o aspectos que cualifican la conducta, los sujetos o el objeto descrito en éstos; por esa razón no pueden aplicarse en forma independiente; su vida jurídica depende del tipo básico o especial al cual se refieren y los efectos de su aplicación sólo en el momento procesal de la imposición de la pena.²²

Según Jiménez Huerta, se diferencian entre sí los tipos especiales y complementados, en que los primeros excluyen la aplicación del tipo básico y los complementados presuponen su presencia, a la cual se agrega, como aditamento, la norma en donde se contiene la suplementaria circunstancia o peculiaridad.²³

²¹ JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS. TRATADO DE DERECHO PENAL III. 2ª. ed. Ed. Losada. Buenos Aires. Argentina. 1958. Pág. 325

²² PLASCENCIA VILLANUEVA RAL. TEORIA DEL DELITO. 3º ed. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México. 2004. Pág. 99

²³ JIMENEZ HUERTA MARIO. DERECHO PENAL MEXICANO 2ª ed. Ed. Porrúa. México. 1977. Pág 127

III.- Por su autonomía o dependencia.

Hay delitos que existen por sí solos, mientras que otros necesariamente dependen de otro:

- a) Autónomo Son los que tienen vida propia, sin depender de otro tipo.
- b) Subordinados Dependen de otro tipo. Por su carácter circunstanciado respecto al tipo básico, adquieren vida en razón de éste, al cual no sólo complementan, sino que subordinan.²⁴

IV.- Por su formulación.

Por la forma en que se hace la descripción del tipo, el delito puede ser:

- a) De formulación casuística Son aquellos en los cuales el legislador no describe una modalidad única, sino varias formas de ejecutar el ilícito, el cual puede ser:
 - 1) Alternativo se prevén dos o más hipótesis comisivas y el tipo se colma con cualquiera de ella.
 - 2) Acumulativo Para la integración del delito se requiere que ocurran todas las hipótesis planteadas.
- b) De formulación amplia se describe una hipótesis única, en donde caben todos los modos de ejecución.

V.- Por el daño que causan.

Se refiere a la afectación que el delito produce al bien tutelado, y puede ser:

²⁴ López Betancourt Eduardo. Op Cit. supra 20 Pág.125

a) De daño o lesión Si el tipo tutela los bienes frente a su destrucción o disminución.

b) De peligro cuando la tutela penal protege el bien contra la posibilidad de ser dañado, el peligro puede ser:

1) Efectivo Cuando el riesgo es mayor o existe más probabilidad de causar afectación.

2) Presunto Cuando el riesgo de afectar el bien es menor.

2.3.4 ATIPICIDAD O AUSENCIA DE TIPICIDAD

El aspecto negativo de la tipicidad lo constituye la atipicidad, que es la negación del aspecto positivo y da lugar a la inexistencia del delito.

La atipicidad consiste en la falta total o parcial de la adecuación o encuadramiento del hecho o conducta al tipo. Así, por no satisfacerse en forma total y exacta los requisitos que el tipo señala, el hecho o conducta resulta atípico.

La falta de tipo o ausencia de tipo se refiere a que el hecho o conducta no aparecen en la ley, no existe el tipo; jamás se podrá hablar que algún hecho o conducta pueden ser atípicos porque no hay posibilidad

de encuadrarlos a un tipo inexistente. En la atipicidad el tipo existe pero el hecho o conducta no se adecua al mismo.

En consecuencia, el aspecto negativo de este segundo elemento del delito, lo encontramos cuando falte cualquier elemento objetivo, subjetivo o normativo del tipo; así encontramos los siguientes:

- a).- Falta del bien jurídico tutelado.
- b).- Falta de calidad, o del número en cuanto a sujetos activos o pasivos que exija el tipo.
- c).- No exista manifestación de voluntad.
- d).- No se de el resultado previsto en el tipo.
- e).- No exista relación causal.
- f).- Por ausencia de los medios, formas o circunstancias previstas en la ley.
- g).- Por falta de modalidades de tiempo, lugar u ocasión que exija el tipo.
- h).- Por falta de objeto material y objeto jurídico.

Nuestro Código Penal, en su artículo 33 fracción II, establece la causa de exclusión del delito, y por lo que se refiere a la Atipicidad señala lo siguiente *“El delito se excluye cuando: falta alguno de los elementos del tipo penal de que se trate”*.

Luego entonces existe atipicidad cuando la conducta dada en la realidad no reúne todos los elementos que el tipo penal exige, es decir, que si en la conducta falta uno o más elementos que el tipo penal exige, esta conducta será atípica.

2.4 LA ANTIJURIDICIDAD CONCEPTO

La antijuridicidad la podemos considerar como un elemento positivo del delito, es decir, cuando una conducta es antijurídica, es considerada como delito. Para que la conducta de un ser humano sea delictiva, debe contravenir las normas penales, por lo tanto, no basta que la conducta encuadre en el tipo penal, se necesita que esta conducta sea antijurídica.

Castellanos Tena al referirse a la Antijuridicidad nos menciona que es un concepto negativo, así, lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva, sin embargo, comúnmente se acepta como antijurídico y lo contrario al derecho.²⁵

²⁵ CASTELLANOS TENA FERNANDO. Op. Cit. Supra 12 . Pág.177

La antijuridicidad es lo contrario a derecho, el ámbito penal precisamente radica en contrariar lo establecido en la norma jurídica, para que sea delictuosa la conducta ha de ser típica, antijurídica y culpable, la antijuridicidad es otro de los elementos esenciales del delito.

Se considera un concepto jurídico que supone la comparación entre el acto realizado y lo establecido por la ley y que denota como esta dicho anteriormente conducta contraria a derecho “lo que no es derecho “.

Lo cierto es que la Antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo. En los tipos penales se señalan los valores que es necesario amparar; una conducta es antijurídica cuando vulnera dichos bienes o valores.

Puede decirse que la Antijuridicidad es lo contrario al derecho. Por tanto, que el hecho encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto, sino que se necesita que sea antijurídico, contrario a derecho.²⁶

Podemos decir que la Antijuridicidad es un juicio de valor de orden contradictorio, entre la conducta material del ser humano y la norma

²⁶ JIMENEZ DE ASÚA LUIS. LECCIONES DE DERECHO PENAL.3ª.ed.Ed. Harla. México 1997. p. 176

cultural establecida por el Estado, que sustenta una regla de comportamiento social.

Hay dos especificaciones:

1. Antijuridicidad Formal: Constituye la trasgresión o agresión a la norma establecida por el Estado, y se le conoce como oposición a la Ley.
2. Antijuridicidad Material: Es cuando se da la contradicción a los intereses colectivos.

2.4.1 AUSENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD

Puede ocurrir que la conducta típica esté en aparente oposición al Derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación. Luego las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la Antijuridicidad.²⁷

Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la Antijuridicidad de una conducta típica. Representa un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, a saber: la Antijuridicidad.

En tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a derecho. A las causas de justificación también se les llama justificantes, causas eliminatorias de la Antijuridicidad, causas

²⁷ CASTELLANOS TENA FERNANDO. Op. Cit. Supra 12 . Pág.182

de licitud e incluso los finalistas les llaman causas permisivas, porque son permisos para violar la ley.

Esto es todas aquellas condiciones que tienen el poder de eliminar el carácter antijurídico de una conducta típica.

La legislación mexicana en Artículo 33 del Código Penal Vigente para el Estado de Guanajuato contempla las siguientes causas de justificación:

- 1.- Legítima defensa
- 2.- Estado de necesidad
- 3.- Ejercicio de un derecho
- 4.- Cumplimiento de un deber.

1.- Consiste en repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, cuando exista necesidad racional de la defensa empleada y siempre que no media provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende. La legítima defensa ampara cualquier bien jurídico y sus elementos son, repeler ,agresión, agresión real, agresión inminente, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, necesidad racional de la defensa empleada y, que no medie provocación.

2.- El estado de necesidad es una situación de peligro cierto y grave, cuya superación. Para el amenazado, hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio.

Para Von Liszt afirma que el estado de necesidad “es una situación de peligro actual para los intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos.

3.- Se basa principalmente en la autorización que da el estado para dañar ciertos bienes jurídicos, con motivo de la práctica de un deporte o del derecho a corregir.

Dentro de éstas hipótesis (derecho o deber) puede comprenderse, como formas específicas, las lesiones y el homicidio cometidos en los deportes o como consecuencia de tratamientos medicoquirúrgicos y un tipo de lesiones inferidas con motivo del ejercicio del derecho de corregir.²⁸

4.- Implica que la persona debe tener una obligación con respecto a terceros atendiendo a su trabajo, profesión o circunstancias de parentesco o de solidaridad con otra persona, en donde el Estado autoriza a que se dañen bienes de otros, atendiendo a la obligación del sujeto de enfrentar un peligro para salvaguardar bienes importantes.

Nuestro Código Penal vigente establece en su artículo 33 fracción III, tanto el cumplimiento de un deber como el ejercicio legítimo de un derecho como causas de justificación del delito, y a letra dice: el delito se excluye cuando: se obre en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho.

²⁸ CASTELLANOS TENA FERNANDO. Op. Cit. Supra 12 . Pág 212

El Código Penal para el estado de Guanajuato establece en su artículo 33 fracción IV, El delito se excluye cuando: se actúe con el consentimiento válido del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico afectado sea de aquellos de que pueden disponer lícitamente los particulares.

El Consentimiento del Sujeto Pasivo es la manifestación primordial del principio de la ausencia de interés. Dicho consentimiento debe ser “válido” precisa la ley. Tal expresión debe interpretarse en el sentido de relevancia o eficacia.

Ahora bien, ¿Cuáles son los casos en los que el consentimiento tiene eficacia? Para que se de la relevancia o eficacia del consentimiento como causa de justificación, se requiere:

- 1.- Que provenga del titular del bien jurídico tutelado
- 2.- Que verse sobre bienes disponibles jurídicamente por su titular
- 3.- Que provenga de una persona capaz y
- 4.- Que la voluntad no este viciada

Si se reúnen éstos elementos, la conducta pierde su calidad antijurídica, dejando de ser delictuosa.

Es necesario establecer que el consentimiento debe otorgarse antes o coetáneamente a la realización de la conducta. Como la ley no precisa forma del consentimiento, es dable afirmar que éste puede darse.

CAPÍTULO III

TEORÍA DEL DELITO

(ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DELITO)

3.1 LA IMPUTABILIDAD CONCEPTO

Es la capacidad de entender y de querer la licitud del hecho y de comportarse de acuerdo con esa comprensión.

La *capacidad de entender* es la posibilidad de conocer, comprender y discernir los motivos de la propia conducta y por lo tanto, apreciarla sea en sus relaciones con el mundo externo, sea en su alcance o sea en sus consecuencias.

La *capacidad de querer*, es la posibilidad de determinarse, basándose en motivos conocidos y seleccionados de elegir la conducta adecuada al motivo más razonable.

La imputabilidad es, pues, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo.²⁹

Por otra parte el penalista **MAYER** la imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud y madurez espirituales del autor de valorar los deberes y de obrar conforme a ese conocimiento.

²⁹ **IBIDEM.** Pag. 218

Según **CUELLO CALÓN** la imputabilidad es la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal.

Por consecuencia para que un sujeto sea culpable, es necesario que sea imputable, que sea sano mentalmente y tener la capacidad de entender y de querer, esto se traduce en los dos elementos que integran la imputabilidad

- A) *Elemento Intelectual*.- Es el saber, entender y conocer la ilicitud del hecho.
- B) *Elemento Volitivo*.- Es el querer la ilicitud del hecho.

Reynoso Dávila señala que la imputabilidad presupone que una persona tiene capacidad de querer y conocer, es decir, capacidad volitiva e intelectual de actuar y de entender, para que puedan imputársele o atribuírsele moralmente sus actos, por tener conciencia de la bondad o maldad de sus actos.

Sin embargo, la imputabilidad debe manifestarse al momento del hecho mismo, ya que de lo contrario, si el sujeto al momento del hecho resulta no ser un sujeto capaz, será un *inimputable*.

3.1.1 ELEMENTOS DE LA IMPUTABILIDAD

Respecto de los elementos que constituyen a la imputabilidad señalaremos los siguientes:

a).- **UN ELEMENTO INTELECTUAL.** Consiste en el saber, en el entender y comprender la ilicitud del hecho y de comportarse de acuerdo con esa comprensión.

b).- **UN ELEMENTO VOLITIVO.** Se traduce precisamente en el querer, por consecuencia los elementos de la imputabilidad son; el querer y el entender, en virtud de ello el sujeto imputable tiene la capacidad de querer y entender la ilicitud del hecho, y ello lo convierte en un sujeto imputable con capacidad mental para responder de sus actos ante el derecho Penal, un ser imputable es un sujeto que tiene la capacidad para ser declarado culpable y de esta manera imponerle una pena siempre y cuando no exista una causa de inculpabilidad atendiendo también al principio de que a ningún sujeto no se le puede imponer una pena, si previamente no es declarado culpable.

3.2 LA INIMPUTABILIDAD CONCEPTO

La inimputabilidad no es otra cosa más que el aspecto negativo de la imputabilidad y consiste en la ausencia de capacidad para querer y entender en el ámbito del Derecho Penal, de comprender la ilicitud del hecho y de comportarse de acuerdo a esa comprensión.

Si la imputabilidad es la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito de la conducta o determinarse conforme a esa comprensión, la inimputabilidad, supone consecuentemente la ausencia de dicha capacidad para comprender la ilicitud del hecho o bien, para determinarse conforme a esa comprensión.³⁰

³⁰ IBIDEM. Pag. 221

En nuestro sistema jurídico podemos observar que el Código Penal de nuestro Estado en su artículo 33 treinta y tres fracción VII séptima nos habla de la inimputabilidad que es el aspecto negativo de este elemento subjetivo del delito, señalando que: "El delito se excluye cuando: al momento de realizar el hecho típico, y por causa de enfermedad mental que perturbe gravemente su conciencia, de desarrollo psíquico incompleto o retardado, o de grave perturbación de la conciencia sin base patológica, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión.

3.2.1 CAUSAS DE LA INIMPUTABILIDAD

- a) PERTURBACIÓN GRAVE DE LA CONCIENCIA CON BASE PATOLÓGICA.
- b) PERTURBACIÓN GRAVE DE LA CONCIENCIA SIN BASE PATOLÓGICA.
- c) DESARROLLO MENTAL RETARDADO O INCOMPLETO.
- d) MINORÍA DE EDAD.

De acuerdo al multicitado Artículo 33 en su fracción VII, en relación con los Artículos 35 y 36 de nuestro **CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO:**

- **PERTURBACIÓN GRAVE DE LA CONCIENCIA CON BASE PATOLÓGICA.-** La perturbación de la conciencia significa la perturbación de las relaciones normales existentes entre la conciencia del yo (autoconciencia) y la conciencia del mundo externo. Aquí se encuentran comprendidas todas las enfermedades mentales con excepción de la personalidad antisocial.

- **PERTURBACIÓN GRAVE DE LA CONCIENCIA SIN BASE PATOLÓGICA.-** Son casos de perturbación de la conciencia de tipo emocional, reacciones transitorias como consecuencia de emociones intensas o estados febriles agudos.

Existen situaciones en las cuales el sujeto antes de la ejecución del hecho, voluntaria o culposamente se coloca en una situación de inimputabilidad y en esas condiciones se produce el delito, a estas acciones se les llama LIBERAE IN CAUSA, que significa acciones libres en su causa pero determinables en su efecto, esto es cómo llegó el individuo a ese estado de inimputabilidad, que sin carecer de tal capacidad, actuó voluntaria o culposamente para colocarse en esa situación de inimputabilidad.

Las **ACCIONES LIBERAE IN CAUSA**, corresponden a aparentes casos de excepción a la regla de la imputabilidad respecto del momento preciso de producción del resultado típico.

- **DESARROLLO MENTAL RETARDADO O INCOMPLETO.-** Se refiere a casos de retraso mental como el síndrome de Down, o cualquier otra circunstancia que por su naturaleza pueda impedir la plena vinculación del sujeto con el mundo exterior.
- **MENORES DE 16 AÑOS.-** Por disposición expresa de la ley en Guanajuato, los menores de 16 años son inimputables debido a que no tienen la capacidad de querer, entender y comprender el carácter ilícito del hecho y de comportarse de acuerdo a esa comprensión.

Por lo que cuando un menor infringe la ley, queda inmerso en un tratamiento tutelar administrativo, como lo establece la **CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS** en su Artículo 18, cuarto párrafo, el cual al tenor literal dice: **“La Federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores.**

3.3 CULPABILIDAD CONCEPTO

Porte Petit, citado por Fernando Castellanos define a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto.

Jiménez de Asúa señala que la culpabilidad es “el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.”³¹

JIMÉNEZ DE AZÚA ha definido a la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.

La culpabilidad es la vinculación psíquica entre una conducta con el hecho, así como también la vinculación de la conducta con un orden jurídico, y estas vinculaciones son a través del dolo, la culpa y la preterintencionalidad.

³¹ IBIDEM. Pag. 233

Téngase presente que la culpabilidad se refiere al sujeto determinado, autor de una conducta típica y antijurídica y al contenido psíquico de esa propia conducta.

Por tanto, si una conducta fuese delito debe ser típica, si es típica es antijurídica, si es antijurídica, es imputable y si es imputable es culpable.

3.3.1 FORMAS DE CULPABILIDAD

Son las formas en que el sujeto se relaciona con el orden normativo, dependiendo si este dirige su voluntad a la comisión de un delito y a la obtención de un resultado delictuoso u obtenga por medio del descuido o negligencia.

Se puede considerar dos formas que son: **EL DOLO Y LA CULPA** como elementos de la culpabilidad, esto dependiendo de la forma de como el sujeto dirija su voluntad respecto a la ejecución del hecho que encuadra en el tipo establecido en la ley como delito, o si el agente actúa con negligencia o imprudencia para poder determinar si delinque de manera dolosa o culposa.

Es decir, se actúa con **dolo**, cuando el agente del delito, conociendo la significación de su conducta, decide realizarla; por el contrario **la culpa** existe cuando el agente produce un resultado típico no previéndolo siendo éste previsible o que previo confiando en que este no se produciría, derivado ésta conducta de la falta de observancia o cuidado que al sujeto le incumbe.

En nuestro **CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO VIGENTE DEL ESTADO DE GUANAJUATO** encontramos las formas de culpabilidad en el artículo 13 y 14, en donde se establece el dolo y la culpa.

3.3.2 DOLO CONCEPTO

El Código Penal de nuestro Estado en el artículo 13 trece establece que; “Obra dolosamente quien quiere la realización del hecho legalmente tipificado o lo acepta previéndolo al menos como posible”.

En esta definición se reconoce que la intención, el querer o la voluntad es esencial para la integración del dolo, pero no es la única forma en que se puede actuar dolosamente, ya que su alternativa es la admisión del resultado, que es algo distinto al querer, tiene un exigencia volitiva menor, ya que sólo requiere haberlo previsto y pese a su prevención se realiza la conducta causal del evento en virtud de que el resultado se menosprecia o se ve con indiferencia. De esta manera se logra en la ley una nueva fórmula de dolo que comprende a su vez todas sus especies.

El *dolo* consiste en el actuar consiente y voluntario dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico, es decir en el saber y en el querer, que para Mezger son las vértebras de una acción dolosa y que sirve de base para afirmar que el dolo contiene dos elementos: *el elemento ético y el elemento volitivo*.

A) *Elemento Ético*.- Es actuar con el consentimiento de que la acción es contraria al orden jurídico, es decir, el conocimiento de la significación del hecho respecto del orden jurídico, así como el conocimiento del resultado o el efecto que se causará con la realización del ilícito.

B) *Elemento Volitivo*.- Consiste en la voluntad de llevar a cabo el acto, no basta con que haya un conocimiento de la antijuridicidad y efectos del acto, es menester que esto sea querido por el agente y constituya el fin al que tiende el ilícito, ese querer que se traduce en la voluntad.

3.3.3 CLASES DE DOLO

- a) **Dolo Directo**.- Existe *dolo directo* cuando el agente ha llevado a cabo su voluntad para obtener un resultado querido por él, de esta manera el resultado corresponde a la intención del agente.

- b) **Dolo Indirecto**.- Es conocido también como *dolo de consecuencias necesarias*, porque el agente actúa sabiendo que para obtener el resultado ilícito que desea, seguramente obtendrá otros resultados penalmente tipificados o sea consecuencias

necesarias no perseguidas directamente, pero a pesar de esto ejecuta el hecho.

- c) **Dolo Eventual.**- En el *dolo eventual* el sujeto prevé como posible un resultado delictuoso por la ejecución de su conducta ilícita y a pesar de prever este resultado, no renuncia a la ejecución del hecho, en este tipo de dolo, se quiere la conducta aunque el resultado no es querido directamente, hay una actitud de menosprecio o de indiferencia ante esto lo cual equivale a la aceptación.
- d) **Dolo Indeterminado.**- Existe cuando el agente no se propuso causar el daño que resultó, pero si se resolvió a violar la ley sea cual fuere el resultado. Este tipo de dolo se presenta cuando la voluntad del agente no se proyecta hacia un resultado exclusivo sino indiferente, hacia diversos eventos de mayor o menor gravedad.

Del precepto antes mencionado se desprende el *dolo directo* y el *dolo eventual* ya que el *indirecto* y el *indeterminado* caen dentro del *dolo directo*; ya que se maneja el querer, el resultado delictuoso y la posibilidad de obtener este mismo.

3.3.4 **CULPA CONCEPTO**

La Ley Sustantiva Penal vigente para el Estado de Guanajuato en su artículo 14 catorce define a la culpa de la siguiente manera: “Obra culposamente quien produce un resultado típico que no previó siendo previsible o que previó confiando en que no se produciría, siempre que dicho resultado sea debido a la inobservancia del cuidado que le incumbe, según las condiciones y sus circunstancias personales.

La *culpa* es la segunda forma en que el sujeto se relaciona con el orden normativo, para determinar que una conducta se ha llevado a cabo de manera delictuosa, se necesita, además de otros requisitos: que haya sido determinada por una intención (dolo) o por un descuido, un olvido del cuidado que la disciplina social exige para la vida en la colectividad (culpa). En ausencia del dolo o de la culpa no hay culpabilidad y por consecuencia no habrá delito.

La Culpa es la segunda forma de la Culpabilidad, **CUELLO CALÓN** manifiesta que existe Culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la Ley.³²

Las dos formas de manifestación de la culpa son la *imprudencia* y la *negligencia*; la imprudencia o exceso de actividad supone una actividad positiva, se refiere al obrar irreflexivo sin precaución ni cautela, por otro

³² CUELLO CALÓN EUGENIO. DERECHO PENAL. T I. 8ª. ed. Ed. Porrúa. México. 1980. Pag. 247

lado la negligencia o defecto de obrar, equivale al descuido y se refiere a la omisión de la atención y diligencia debidas por el incumplimiento de un deber, ambas formas, la imprudencia y la negligencia, presentan el carácter común de la falta de prevención debida.³³

3.3.5 ELEMENTOS DE LA CULPA

De los elementos de la culpa se pueden mencionar los siguientes:

- A) *La conducta humana* es necesaria para la existencia del delito, por ende, se requiere la existencia de ese actuar voluntario ya sea positivo o negativo para que la culpa exista.
- B) *La existencia de un estado subjetivo de imprudencia o negligencia* que se traduce al exterior en acciones u omisiones imprevisoras, irreflexivas o faltas de cuidado.
- C) Los resultados de estas acciones deberán ser *previsibles, evitables y tipificadas penalmente*.
- D) *Una relación de causalidad* entre el estado imprudente o negligente y el resultado o daño final.

³³ CASTELLANOS TENA. Op. Cit. (Supra 28), p. 237.

3.5.6 CLASES DE CULPA

Existen dos clases de culpa: *culpa consciente* y *culpa inconsciente*.

- **Culpa Consciente o Con Previsión.**- Esta clase de culpa existe cuando el sujeto ha previsto como posible la obtención de un resultado típico, el cual no quiere, pero abriga la esperanza de que este no se va a dar. Existe la voluntad de la conducta causal y previsión o representación de la posibilidad del resultado, pero se tiene la esperanza de que este no se producirá.

En ocasiones se confunde la culpa consciente con el dolo eventual, ya que en ambos existe la voluntad de ejecutar la conducta y se prevé la posibilidad de obtener un resultado típico, la diferencia estriba en que en el dolo si se quiere la obtención del resultado o el sujeto se comporta con indiferencia o menosprecio ante la obtención de este, mientras que en la culpa consciente no hay deseo por parte del sujeto de que se produzca ningún resultado por el contrario, tiene la esperanza de que este no se producirá.

- **Culpa Inconsciente o Sin Previsión.**- En este tipo de culpa no se prevé un resultado y el cual es penalmente tipificado; existe la voluntariedad de la conducta causal, pero no existe la previsión del resultado típico por desatención de un deber de cuidado ya sea por imprudencia o negligencia.

3.6 LA INCULPABILIDAD CONCEPTO

Es el aspecto negativo de la culpabilidad, es el estudio de las causas que la excluyen o la modifican, esta opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad que son el conocimiento y la voluntad, tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los elementos del delito o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, solo existirá mediante la conjugación de todos los elementos de este, así la tipicidad debe referirse a una conducta, la antijuridicidad a la oposición objetiva, al derecho de una conducta coincidente con el tipo penal y la culpabilidad presupone ya la valoración de la antijuridicidad de la conducta típica considerada desde el punto de vista subjetivo, pero al hablar de la inculpabilidad se hace referencia a la eliminación de este elemento del delito, supuesta una conducta típica y antijurídica de un sujeto imputable.³⁴

Para **EDUARDO LÓPEZ BETANCOURT** la inculpabilidad se va a dar cuando concurren determinadas causas o circunstancias extrañas a la capacidad de conocer y querer, en la ejecución de un hecho realizado por un sujeto imputable.³⁵

³⁴IBIDEM Pag 257-528 .

³⁵ LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO. INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL. 5ª. ed. Ed. Porrúa. México. 1997.). p. 236

3.6.1 CAUSAS DE LA INCULPABILIDAD

Como ya se ha mencionado, para que un sujeto sea culpable, se requiere en la realización de su conducta, la intervención del conocimiento y de la voluntad, por lo tanto, la inculpabilidad debe referirse a estos dos elementos; *intelectual y volitivo*, de esta manera toda causa eliminadora de alguno o de ambos elementos debe ser considerada como causa de inculpabilidad.

Las causas de inculpabilidad son: *el error, la coacción sobre la voluntad y el caso fortuito*.

3.6.2 EL ERROR CONCEPTO

El *error* es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto que conoce y el objeto conocido, el error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto, se conoce, pero se conoce equivocadamente.³⁶

El error afecta al elemento intelectual conocimiento, de la culpabilidad, es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognocente y el objeto conocido, tal como éste es en la

³⁶ CASTELLANOS TENA. Op. Cit. (Supra 34), p. 259.

realidad. Por tanto, el error es causa de inculpabilidad si produce un desconocimiento o conocimiento equivocado de la antijuridicidad de la conducta.

3.6.3 CLASIFICACIÓN DE ERROR

- I. **ERROR DE HECHO ESENCIAL.-** Se presenta por una falsa apreciación de la realidad, el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente, hay desconocimiento de la antijuridicidad de su conducta, por lo que constituye el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo.
- II. **ERROR DE HECHO ESENCIAL VENCIBLE.-** Es aquel error que se puede rectificar. En este se excluye el dolo, pero queda subsistente la culpa careciendo por ello de la naturaleza inculpante.
- III. **ERROR DE HECHO ESENCIAL INVENCIBLE.-** Se presenta cuando el sujeto no tiene posibilidad de saber de ninguna manera que su conducta es antijurídica. Tiene efectos de eximente total pues elimina el dolo y la culpa.
- IV. **ERROR DE DERECHO.-** Versa en que el sujeto es ignorante o desconoce lo que dicta la norma penal y la obligación que tiene de acatarla, por lo que esta clase de error no produce efectos de eximente, porque el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica ni autoriza su violación.

- V. **ERROR DE HECHO ACCIDENTAL.-** Esta clase de error no es causa de inculpabilidad, pues no versa sobre elementos esenciales del hecho sino secundarios. Este error de hecho accidental, puede ser de tres clases: Aberratio Ictus, Aberratio In Persona y Aberratio Delicti, tal y como quedó expresado en el cuadro anteriormente mencionado.
1. **ABERRATIO ICTUS.-** Error en el golpe, el sujeto obtiene un resultado que no es el querido, pero se da uno equivalente.
 2. **ABERRATIO IN PERSONA.-** Error en la persona, el error versa sobre la persona objeto del delito, es decir, se confunde a la persona.
 3. **ABERRATIO DELICTI.-** Error en el delito, se ocasiona un suceso diferente al deseado, es decir, el sujeto cree estar cometiendo un delito, cuando en realidad esta cometiendo otro.

3.6.4 LA COACCIÓN CONCEPTO

Otra causa de inculpabilidad la encontramos en la *coacción*; el artículo cuarenta y cinco del Código Penal actualmente derogado establecía que “No es culpable quien obrare bajo coacción o peligro de un mal actual y grave, sea o no provocado por la acción de un tercero, cuando razonablemente no pueda exigírsele una conducta diversa”.

La coacción es la fuerza de un tercero, la presión de una imposición por parte de un tercero ya sea física o psicológica que operando sobre la voluntad anula la libertad de obrar del sujeto; éste último realiza movimientos humanos pero la voluntad se encuentra coaccionada por un tercero; se presenta deficiencia en la fase volitiva de la culpabilidad por lo cual aparece la coacción, es decir, la coacción es causa determinante de inculpabilidad, la nota característica de la coacción radica en que es un constreñimiento de la voluntad, ya que no debe verse anulado, porque de ser así estamos en presencia de la vis absoluta que excluiría la conducta delictuosa debido a la ausencia de esta.

3.6.5 LA INEXIGIBILIDAD

Con la frase “no exigibilidad de otra conducta”, se da a entender que la realización de un hecho penalmente tipificado, obedece a una situación especialísima, apremiante, que hace excusable ese comportamiento.

Se afirma en la moderna doctrina que la no exigibilidad de otra conducta es causa eliminadora de la culpabilidad, justamente con el error esencial de hecho.³⁷

Conforme a esta doctrina, una conducta no puede considerarse culpable, cuando el agente, dadas las circunstancias de su situación, no pueda exigírsele una conducta distinta de la observada. Se trata de infracciones culpables, cuyo sujeto, por una indulgente conducta de la naturaleza humana y de los verdaderos fines de la pena, puede ser eximido de las sanciones.

³⁷ Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. Supra (36). Pág. 269

Algunos autores la han considerado como un grado de inclinación al hecho prohibido, en el que no se pierde la conciencia ni la capacidad de determinación; por consiguiente, sólo importa la equidad, que puede motivar una excusa, pero no la desintegración del delito, por eliminación de alguno de sus elementos.

En este sentido, varios tratadistas manifiestan que para que un sujeto sea culpable, precisa en su conducta la intervención del conocimiento y de la voluntad, por lo tanto, la inculpabilidad debe referirse a esos dos elementos: intelectual y volitivo. Toda causa eliminativa de alguno de los dos, debe ser estimada como causa de inculpabilidad.

El derecho no puede exigir comportamientos heroicos o, en todo caso, no puede exigir una pena cuando en situaciones extremas alguien prefiere realizar un hecho prohibido por la ley penal, antes que sacrificar su propia vida o su integridad física. En este caso, la no exigibilidad de un comportamiento distinto en esas situaciones no excluye la antijuridicidad sino la culpabilidad, el hecho sigue siendo antijurídico, pero su autor no es culpable.

3.6.7 CASO FORTUITO

Situación imprevisible para la inteligencia humana. Como no es fácil determinar lo que sea imprevisible para el hombre, así como por lo delicado de sus consecuencias jurídicas, tanto penales como civiles.

El caso fortuito, es todo acontecimiento que no puede preverse o que previsto no puede evitarse y que le es irreprochable al agente. Consecuentemente, podemos decir que el caso fortuito empieza a partir del límite donde la culpa finaliza. Por debajo de la culpa, sienta Soler, no hay responsabilidad penal.

Los casos fortuitos, se deben a dos causas: aquellos producidos por la naturaleza y aquellos producidos por el hecho del hombre.

Los casos fortuitos ocasionados por la naturaleza son, por ejemplo el desborde de un río que se sale de su cause normal, los temblores de la tierra, las tempestades, etc. Los casos fortuitos que se deben a hechos producidos por el hombre son, por ejemplo, la guerra, el hecho de la fuerza pública.

Esta causa de inculpabilidad, se configura legalmente cuando a pesar de que la conducta del agente activo es lícita cuidadosa y precavida, surge el resultado típico, aunque imprevisible por la concurrencia de

una causa ajena a la actuación no encaminada a producir el hecho. En el caso fortuito, no existe ni dolo ni culpa.

En consecuencia, el caso fortuito queda fuera de la culpabilidad; si una conducta es cautelosa y absolutamente lícita, pero se une a ella una causa extraña y por ello se produce el resultado coincidente con la descripción legal de un delito, no puede atribuírsele al sujeto porque no lo quiso, ni omitió deber alguno de cuidado o diligencia.

El caso fortuito encuentra su reglamentación en la fracción X del artículo 33 del Código Penal para el Estado de Guanajuato, en el que se señala como causa de exclusión del delito, fracción X.- Cuando el resultado típico se produce por caso fortuito.

En el caso fortuito la conducta nada tiene de culpable; se trata de un problema de metaculpabilidad, en virtud de no ser previsible el resultado. El Estado no puede exigir la previsión de lo humanamente imprevisible.

CAPÍTULO IV

TIPO PENAL DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

4.1 DEFINICIÓN LEGAL DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

ARTÍCULO 250 DEL CÓDIGO PENAL DE GUANAJUATO

“...Al servidor público que durante el tiempo de su cargo y por motivos del mismo, aumente ilícitamente su patrimonio o se conduzca como dueño de bienes no incluidos formalmente en aquel...”, se le aplicara de uno a nueve años de prisión y de sesenta a doscientos días de multa, destitución del empleo o cargo en inhabilitación hasta por dieciocho años.

Las mismas sanciones se aplicaran a quien haga figurar como suyos bienes que el servidor público adquiriera o haya adquirido ilícitamente, a sabiendas de esa circunstancia.

4.2 ELEMENTOS

- a) SUJETO ACTIVO: Calificado: Servidor Publico
- b) SUJETO PASIVO; Público en general

- c) **CONDUCTA:** Aumentar sustancialmente su patrimonio por sí o por interpósita persona, adquirir bienes cuya procedencia lícita no se pueda justificar o conducirse como dueño por sí o por interpósita persona.
- d) **FINALIDAD:** Ocasionar daño económico para cualquiera de las entidades pública, ya sean en el Estado, municipios u organismos descentralizados y enriquecimiento ilícito en detrimento de la Administración Pública.

4.3 CARACTERÍSTICAS DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

- a) **BIEN JURÍDICO TUTELADO:** Administración Pública
- b) **CULPABILIDAD:** Dolosa
- c) **SANCIÓN:** Puede ser;
- Corporal; Admite libertad provisional, en los términos del artículo 387 del código de procedimientos penales.
 - Pecuniaria: De sesenta a doscientos días de multa. El párrafo segundo del tipo establece una agravación de la pena en razón de que el particular obtiene un lucro en su provecho.
 - Especial: Destitución de cargo e inhabilitación.
 - Admite tentativa
 - Forma de persecución: De Oficio.

4.4 LEY DE RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.

La responsabilidad es un concepto de la teoría del derecho que se encuentra en un punto medio entre los calificadores deónticos (prohibiciones, permisos y obligaciones) y las expresiones específicas de las materias jurídicas (delito, aval, contrato, convenio), por lo que se trata de una expresión de uso general en el campo jurídico.³⁸

Los doctrinarios mexicanos mencionan que a partir de la reforma constitucional y con la expedición de la ley a la que haremos referencia en el párrafo siguiente, se ha establecido un sistema tetrapartita de responsabilidad de los servidores públicos cuyo objetivo ha sido prevenir y sancionar la inmoralidad social y la corrupción, teniendo como tipos de responsabilidad, la civil, penal, administrativa y política.³⁹

Con motivo de la expedición de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, de diciembre de 1982, fue reformado el título décimo en su totalidad del Código Penal, por el artículo único del decreto de 28 de diciembre de 1982.

Dicho título trata de los delitos cometidos por servidores públicos y regula los tipos penales siguientes:

Ejercicio indebido de servicio público.

Abuso de autoridad.

Coalición de servidores públicos,

³⁸ HOHFELD, W.N. CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES.4ª. ed. México. Fontamara. 1997.P. 9

³⁹ DELGADILLO GUTIERREZ, LUIS HUMBERTO. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PUBLICOS. Ed. Porrúa. México, 2001. P 16.

Uso indebido de atribuciones y facultades.

Concusión.

Intimidación.

Ejercicio Abusivo de funciones.

Tráfico de influencias.

Cohecho.

Peculado

Enriquecimiento Ilícito.

La Ley no habla de funcionarios, sino, **in genere** de servidores públicos, quizá para que sean sujetos de esas normas todos aquellos que, en una u otra forma, prestan servicios en el engranaje del gobierno incluyendo a los diputados y senadores al Congreso de la Unión, como se desprende del artículo 108 de la Constitución Política, misma que, para los efectos de las responsabilidades reputa como servidores públicos a los representantes de elección popular. Estos últimos son, estrictu sensu, servidores públicos, de acuerdo con sus atribuciones específicas; sin embargo, si todo aquel individuo que en su esfera de competencia, algo tiene que ver con las funciones públicas, eso bastará para ser calificado como servidor público.

4.5 PROCEDIMIENTOS QUE SE REGULAN.

En tanto que la Ley de Responsabilidades anterior a la vigente regulaba, cinco procedimientos, se redujo a cuatro que son:

- 1.- Procedimiento en el juicio político.
- 2.-Procedimiento para funcionarios que disfrutan de inmunidad.
- 3.- Procedimiento de Responsabilidad Administrativa.
- 4.- Procedimiento por Enriquecimiento Ilícito.

Las normas jurídicas que regulan dichos procedimientos son emanadas de:

- 1.-.- La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 2.- La Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.
- 3.- El Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal.
- 4.- El Código Federal de Procedimientos Penales.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece las bases fundamentales de los procedimientos antes mencionados, en los artículos 108, 109, 110 y 111, los cuales transcribimos a continuación:

Artículo 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

“ Para los efectos de las responsabilidades a que alude este Título se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial Federal y del Poder Judicial del Distrito Federal, los funcionarios y empleados, y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, así como a los servidores del Instituto Federal Electoral, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.

El Presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la Patria y delitos graves del orden común.

Los Gobernadores de los Estados, los Diputados a las Legislaturas Locales, los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales y, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, serán responsables por violaciones a esta Constitución y a las leyes federales, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales.

Las Constituciones de los Estados de la República precisarán, en los mismos términos del primer párrafo de este artículo y para los efectos de sus responsabilidades, el carácter de servidores públicos de quienes desempeñen empleo, cargo o comisión en los Estados y en los Municipios”.⁴⁰

El artículo 109 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dice:

“El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados, dentro de los ámbitos de sus respectivas competencias, expedirán las leyes de responsabilidades de los servidores públicos y las demás normas conducentes a sancionar a quienes, teniendo este carácter, incurran en responsabilidad, de conformidad con las siguientes prevenciones.

I. Se impondrán, mediante juicio político, las sanciones indicadas en el artículo 110 a los servidores públicos señalados en el mismo precepto, cuando en el ejercicio de sus funciones incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho.

No procede el juicio político por la mera expresión de ideas.

II. La comisión de delitos por parte de cualquier servidor público será perseguida y sancionada en los términos de la legislación penal y;

III. Se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad,

⁴⁰ SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 138ª Ed. Porrúa, México. 2001. P-63-68

imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisión.

Los procedimientos para la aplicación de las sanciones mencionadas se desarrollarán autónomamente. No podrán imponerse dos veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza.

Las leyes determinarán los casos y las circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo, o por motivos del mismo, por sí o por interpósita persona, aumenten substancialmente su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar. Las leyes penales sancionarán con el decomiso y con la privación de la propiedad de dichos bienes, además de las otras penas que correspondan.

Cualquier ciudadano, bajo su más estricta responsabilidad y mediante la presentación de elementos de prueba, podrá formular denuncia ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión respecto de las conductas a las que se refiere el presente artículo.”⁴¹

Vale la pena mencionar, que antes de la reforma de 1982, el juicio político se construía sobre los entonces denominados delitos oficiales, y ahora se habla de actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho, esto en relación con la fracción I, de este ordenamiento.⁴²

⁴¹ IBIDEM. SUPRA 40

⁴² GARCIA RAMIREZ, SERGIO. PANORAMA DEL DERECHO MEXICANO. UNAM. Ed. Mac Graw Hill. México, 1998.P. 30

El artículo 110 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dice:

“Podrán ser sujetos de juicio político los senadores y diputados al Congreso de la Unión, los ministros de la suprema corte de Justicia de la Nación, los consejeros de la judicatura federal, los secretarios de despacho, los jefes de departamento administrativo los diputados a la asamblea del distrito federal, el jefe de gobierno del distrito federal, el procurador general de la republica, el procurador general de justicia del distrito federal, los magistrados de circuito y jueces de distrito, los magistrados y jueces del fuero común del Distrito Federal, los consejeros de la judicatura del distrito federal, el consejero presidente, los consejeros electorales, y el secretario ejecutivo del instituto federal electoral, los magistrados del tribunal electoral, los directores generales y sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a estas y fideicomisos públicos.

Los gobernadores de los estados, diputados locales, magistrados de los tribunales superiores de justicia locales y, en su caso, los miembros de los consejos de las judicaturas locales, solo podrán ser sujetos de juicio político en los términos de este titulo por violaciones graves a esta Constitución y a las leyes federales que de ella emanen, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales, pero en este caso, la resolución será únicamente declarativa y se comunicara a las legislaturas locales para que, en ejercicio de sus atribuciones, procedan como corresponda.

Las sanciones consistirán en la destitución del servidor público y en su inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público.

Para la aplicación de las sanciones a que se refiere este precepto, la cámara de diputados procederá a la acusación respectiva ante la cámara de senadores, previa declaración de la mayoría absoluta del número de los miembros presentes en sesión de aquella cámara, después de haber sustanciado el procedimiento respectivo y con audiencia del inculcado.

Conociendo de la acusación la cámara de senadores, erigida en jurado de sentencia, aplicará la sanción correspondiente mediante resolución de las dos terceras partes de los miembros presentes en sesión, una vez practicadas las diligencias correspondientes y con audiencia del acusado.

Las declaraciones y resoluciones de las cámaras de diputados y senadores son inatacables.

El efecto de la declaración de que ha lugar a proceder contra el inculcado será separarlo de su encargo en tanto este sujeto a proceso penal. si este culmina en sentencia absolutoria el inculcado podrá reasumir su función. si la sentencia fuese condenatoria y se trata de un delito cometido durante el ejercicio de su encargo, no se concederá al reo la gracia del indulto.

En demandas del orden civil que se entablen contra cualquier servidor público no se requerirá declaración de procedencia.

Las sanciones penales se aplicaran de acuerdo con lo dispuesto en la legislación penal y tratándose de delitos por cuya comisión el autor obtenga un beneficio económico o cause daños o perjuicios patrimoniales, deberán graduarse de acuerdo con el lucro obtenido y con la necesidad de satisfacer los daños y perjuicios causados por su conducta ilícita.

Las sanciones económicas no podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o de los daños o perjuicios causados.

El artículo 3 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos indica que las autoridades competentes para aplicar esta ley son:

La cámara de senadores y diputados al Congreso de la Unión, la asamblea legislativa del Distrito Federal, la Secretaria de la Contraloría y Desarrollo Administrativo, las dependencias del ejecutivo federal, el órgano ejecutivo local del gobierno del distrito federal, el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, el Tribunal Fiscal de la Federación, los Tribunales del Trabajo y los demás órganos que determinen las leyes.

Esencialmente incumbe a dichas autoridades la instrumentación de los procedimientos previstos por la ley citada e igualmente lo referente a la declaración que da lugar a proceder penalmente en contra de alguno de los sujetos a que se refiere el artículo 11 de la Constitución Política.

Respecto al Presidente de la República, sabido es que durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado de traición a la patria y delitos graves del orden común.

Con relación a los particulares, el artículo 109 de la Constitución indica “cualquier ciudadano bajo su más estricta responsabilidad y mediante la presentación de elementos de prueba, podrá formular denuncia ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, respecto de las conductas a que se refiere el presente artículo”.

Los particulares se consideran sujetos procesales intervinientes por cuanto, en virtud del párrafo anteriormente transcrito, están formulados para elevar la instancia respectiva ante la cámara de diputados, a efecto de que esta se avoque al conocimiento de los hechos.

El Ministerio Público del fuero común o federal también son sujetos intervinientes, pues es obvio que pueden solicitar se prive de la inmunidad a quienes gozan de la misma para así proceder penalmente en contra.

Los órganos jurisdiccionales deben de estar incluidos entre los sujetos intervinientes, en razón de que puede haberseles presentado alguna consignación (sin detenido) por el Ministerio Público, con motivo de hechos delictuosos, cometidos por el servidor público que disfrute de inmunidad constitucional, en cuyo caso el órgano jurisdiccional, se enfrentaría a un obstáculo, como lo es la inmunidad del servidor público. Lo indicado es que el juez, se dirija a la cámara de diputados para formular la correspondiente instancia.

4.6 PROCEDIMIENTO POR ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.

En la vigente Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos, se suprimió lo que había dispuesto la ley anterior en relación con el denominado enriquecimiento inexplicable, y se dictaron en cambio normas para el enriquecimiento ilícito.

Este procedimiento era contemplado y regulado por la ley de responsabilidades anterior a la vigente, en sus artículos 85 y siguientes.

El artículo 85, decía a la letra:

Si durante el tiempo que algún funcionario o empleado público federal o del distrito federal, se encuentra en el desempeño de su cargo, o al separarse de él por haber terminado el periodo de sus funciones o por cualquier otro motivo, y estuviera en posesión de bienes, sea por si o por interpósita persona, que sobrepasen notoriamente a sus posibilidades económicas, tomando en consideración sus circunstancias personales y la cuantía de dichos bienes, en relación con el importe de sus ingresos y de sus gastos diarios, dando motivo a presumir fundadamente la falta de probidad de su actuación, el Ministerio Público Federal o del Distrito Federal, en su caso, de oficio o en virtud de denuncia, deberán proceder con toda eficacia y diligencia a investigar la procedencia de dichos bienes y el funcionario o empleado de que se trate estará obligado a justificar que es legítima. Se presumirá, salvo prueba en contrario, y solo para efectos de comprobar

el enriquecimiento y no para efectos civiles, que los bienes de la esposa del funcionario o empleado, cualesquiera que sea su régimen matrimonial, así como los de los hijos menores, son propiedad de dicho funcionario o empleado.

Las autoridades cooperaran activamente para lograr la efectiva aplicación de esta ley en los casos en que el acusado haya hecho depósitos o inversiones en el país o en el extranjero, proveyendo al aseguramiento de los mismos.

Lo preceptuado en el artículo transcrito estará condicionado a lo previsto por el artículo 92 de la propia ley, que en lo conducente decía:

Todo funcionario o empleado público, al tomar posesión de su cargo y al dejarlo, deberá bajo protesta de decir verdad, hacer una manifestación ante el Procurador General de la República o del Distrito Federal, según corresponda, de sus bienes, tales como propiedades, depósitos de numerario en las instituciones de crédito, acciones de sociedades, bonos y otros similares, a fin de que las autoridades competentes estén en aptitud de comparar el patrimonio de aquel antes de haber tomado posesión y durante todo el tiempo de su ejercicio, así como después de haber dejado de desempeñar el mencionado cargo público.

Es evidente que el legislador incurrió en un lamentable error terminológico al establecer como un tipo de procedimientos el enriquecimiento inexplicable. Dentro de un universo causal nada es inexplicable en términos absolutos, la condición de inexplicable es siempre relativa, aparece asociada a aquellos fenómenos cuyas causas se nos hacen aparentes, lo cual no obsta para que, averiguadas las causas, surja la explicación.

Para que el enriquecimiento de funcionarios o empleados públicos pudiera configurar un cierto tipo ilícito la nota predominante, no es lo inexplicable del hecho, sino la concurrencia de los elementos que condicionan la ilicitud.

Parecía claro que los redactores de la Ley de Responsabilidad trataran de introducir, un tipo de ilícito de naturaleza civil, según se colige de las siguientes expresiones extraídas de la propia ley:

Las diligencias que practiquen el Ministerio Público, o el Juez a quien se haga la consignación, tendrán el carácter de simples investigaciones, a menos que aparezca la comisión de algún delito, en cuyo caso se observarán las reglas del procedimiento penal que corresponda.

Agitada la investigación ante el juzgado respectivo, en los casos en que, no tenga el carácter de proceso penal, el Juez lo declarara así.

Quiere decir que con los elementos que arroje la investigación a cargo del Ministerio Público, el Juez no inicia un procedimiento penal, simplemente investiga la legítima procedencia de los bienes que sobrepasan notoriamente las posibilidades económicas del funcionario o empleado enriquecidos. Si ello no quedará justificado, la procedencia de los susodichos bienes se considerará ilegítima, en cuyo caso, el

Juez ordenará que aquellos pasen al dominio de la nación o del Distrito Federal, dejando a salvo los derechos de los particulares que tuvieren alguna acción por ejercitar.

Destacamos los siguientes aspectos:

- 1.- El hecho que fundaba la acusación.
- 2.- La acusación.
- 3.- El acusado.
- 4.- El Juez.
- 5.- Dinámica del Procedimiento.

El hecho que fundaba la acusación.- Sin duda se advirtió que en el párrafo segundo del citado artículo 85 de la Ley de Responsabilidades, hacía referencia expresa al acusado para referirse al funcionario o empleado cuya presunta falta de probidad se investigaba.

El hecho que fundaba la acusación era la falta de probidad presumible en aquellos funcionarios o empleados públicos que durante el periodo del ejercicio de sus funciones, o con posterioridad a él, estuvieren en posesión de bienes, por sí o por interpósita persona, que sobrepasaran notoriamente las posibilidades económicas, tomando en consideración sus circunstancias personales y la cuantía de dichos bienes, en relación con sus ingresos y sus gastos ordinarios.

Es preciso hacer notar que, en tal supuesto, la ley no fijaba un término para el ejercicio de la acción.

El artículo 90 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, dice a la letra:

“La Secretaría de la Función Pública hará al Ministerio Público, en su caso, declaratoria de que el funcionario sujeto a la investigación respectiva, en los términos de la presente ley, no justifico la procedencia lícita del incremento sustancial de su patrimonio de los bienes adquiridos o de aquellos sobre los que se conduzca como dueño, durante el tiempo de su encargo o por motivos del mismo.”

Por lo que respecta a la acusación, el artículo 91 de la Ley de Responsabilidades concedía acción popular para denunciar los casos de enriquecimiento inexplicable. La propia ley protegía a los denunciadores de ser castigados por el delito de calumnia judicial, si justificaren, que al formular la denuncia, hubo motivos justificados para hacerles incurrir en error y que actuarán en beneficio del interés público y no dolosamente.

Artículo 91.- Con denuncia o de oficio, el Ministerio Público Federal o en su caso, el del Distrito Federal ejercerán las acciones que a su representación compete.

El acusado.- Los acusados podrían serlo los servidores públicos de la federación y del distrito federal, sin distinción por razón del fuero; con la sola excepción de que el procedimiento era presidido de un veredicto adverso del senado, como jurado de sentencia, cuando se trataba de un funcionario con goce de fuero constitucional.

El Juez.- El Juez que conocía de los casos de enriquecimiento inexplicable, lo era del fuero común o del fuero federal, según el caso.

Dinámica del procedimiento.- El procedimiento se iniciaba con la denuncia o la intervención de oficio, del Ministerio Público.

Si de las diligencias practicadas por este, aparecían datos bastantes para presumir fundadamente que había existido falta de probidad en la actuación del acusado, el propio ministerio público procedía a su consignación para que justificará ante el Juez que correspondiera, la legítima procedencia de los bienes que poseía, por sí o por interpósita persona; y de no justificarlo; o si resultaba que había comisión de delitos, para que se le sujetará al proceso respectivo.

En todo caso el Juez daría aviso, a la autoridad de quien dependía el nombramiento del funcionario o empleado de que se trataba, si este se encontraba en funciones, para que se le suspendiera en el ejercicio de las mismas, mientras no justificaba la legítima procedencia de sus bienes o, en su caso, se dictaba sentencia absolutoria en el proceso penal respectivo.

Durante el procedimiento de investigaciones el acusado tenía derecho de ser oído en defensa, y a que se le recibieran todas las pruebas que ofreciera, sujetándose para la apreciación de estas, a las disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales o del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, si durante esta etapa de la instrucción, no quedaba justificada la procedencia legítima de los referidos bienes, el Juez procedía a su aseguramiento.

Agotada la investigación ante el juzgado respectivo, en los casos en que no tenía el carácter de proceso del orden penal, el Juez lo declaraba así y mandaba poner el expediente a la vista del acusado y del Ministerio Público, por el término de cinco días, para que tomarán apuntes y formularan por escrito sus alegatos, dentro de los diez días siguientes a los cinco ya señalados.

Si esta vez el acusado justificaba plenamente la legítima procedencia de los bienes de que se trataba, se levantaba el aseguramiento a que estaban afectos y volvían a poder de aquel, previa la correspondiente declaración y orden del juez del conocimiento.

Si el acusado no justificaba la legítima procedencia de los bienes, el Juez hacía la correspondiente declaración y según ya se dijo ordenaba que aquellos pasaran al dominio de la nación o del distrito federal, en su caso, salvo que alguna persona reclamara y justificara la propiedad de los mismos, en vista de lo cual, dejaba a salvo los derechos de dicha persona para que los ejerciera en la vía y términos que correspondiera.

Por mandato constitucional, incumbe al Ministerio Público, la persecución del delito. El hecho de que alguien no pudiera o no

quisiera explicar el origen de su riqueza, no constituía un delito, y si así hubiera sido, no había razón alguna para que el supuesto delito solo se persiguiera en el caso de los funcionarios o empleados públicos.

No obstante, tratándose de estos, el Ministerio Público, de oficio o por denuncia recibida, estaba obligado a practicar una investigación que, para el caso, venía a ser una averiguación previa, y el que, desde este momento podía llamarse indiciado, quedando obligado a justificar la legítima procedencia de sus bienes.

Aquí se introducía una lamentable confusión en orden a los conceptos, puesto que si el Ministerio Público se enfrentaba a un caso tipificado como enriquecimiento inexplicable, su intervención se entendía, encaminada a dar con la explicación, es decir, a establecer objetivamente las causas del hecho, y no a su justificación, entendiéndose por tal el acto subjetivo, de emitir un juicio de valor, acerca de la relación entre el hecho y una norma de derecho violada.

De ser así, bajo el rubro inexplicable se introducía a priori, la noción del injusto, en cuyo caso, la investigación tendría por objeto, determinar la naturaleza de éste, ya que, si se trataba solamente de un daño al patrimonio de la Nación o de los particulares, se estaba en el caso de un ilícito civil y no había delito que perseguir. En principio de orden constitucional que nadie puede ser compelido a declarar en su contra, así pues, no se explicaba cómo podía alguien estar obligado a declarar sobre hechos propios, a sabiendas de que ello podía utilizarse en contra suya.

Pese a todo lo anterior, la no justificación de los hechos, existiera o no la fundada presunción de un hecho punible, se consideraba

elemento suficiente para la consignación del sujeto investigado, ante el Juez penal que correspondiera, caso en el cual este último continuaba la investigación a efecto de poner en claro si la procedencia de los bienes del acusado era legítima o si había lugar a instruir el proceso por la presumible comisión de un delito.

Semejante proceder, trastornaba desde su base los fundamentos de la decantada legalidad del procedimiento. En primer lugar el Ministerio Público no estaba en el caso de ejercer la acción penal, puesto que hasta el momento de la consignación sólo podía presumir falta de probidad, inferida de la no justificación de los hechos, pero desconocía la existencia del delito, que había de perseguirse.

En segundo lugar y como consecuencia de lo anterior, el Juez se concentraba a continuar una labor de simple investigación en mucho, semejante a las diligencias de jurisdicción voluntaria o de preparación a juicio, es decir, no dictaba un auto de radicación, ni abría la instrucción de un proceso, ni tomaba la declaración preparatoria del acusado, pues todo estaba condicionado a que, de la investigación que llevaba a cabo, apareciera la comisión de un acto punible. Ello no obstante podía recibir pruebas y valorarlas, escuchar los alegatos del Ministerio Público y del acusado, proceder al aseguramiento de bienes, sujetándose en esto a las disposiciones del Código de Procedimientos Penales que correspondiera.

Con base en esta apariencia de proceso, no era remoto llegar a los siguientes resultados: que el acusado justificara la legítima procedencia de sus bienes; que no la justificara, que de la investigación de los hechos practicada por el Ministerio Público con

la colaboración del Juez, aparecieran elementos suficientes para abrir un proceso en toda regla.

En su momento, juzgamos innecesario insistir sobre las abrumadoras pruebas de inconsistencia del procedimiento en cuestión, empero, nos sentimos obligados a llevar esta exposición crítica hasta sus últimas consecuencias.

De lo expresado en el párrafo anterior podemos extraer esta conclusión: en el supuesto de que no hubiera lugar a proceder penalmente, el Juez se pronunciaba sobre si se había justificado o no la legítima procedencia de los bienes del acusado; de ello se infería que la no justificación implicaba la ilegitimidad de la procedencia de los bienes pues no cabía suponer, que el Juez diera por justificado un hecho ilegítimo, es decir, contrario a la ley, al derecho.

Ahora bien, si este era el caso, quedaba por averiguar si la norma jurídica contravenida, era de naturaleza civil o penal, lo cual resultaba extemporáneo, pues la declaración del Juez, se producía según palabras textuales de la ley, agotada la investigación, en los casos en que no tenga el carácter de proceso del orden penal concluido el periodo de pruebas y alegatos, y como resultado, los bienes ilegítimos habidos eran restituidos a aquel en cuyo juicio se había causado el daño; pero el delito, si lo había quedaba impune.

De todo lo anterior concluimos: el mal llamado enriquecimiento inexplicable de funcionario y empleados públicos, sólo podía entenderse en términos de enriquecimiento ilegítimo, en tal caso, incumbía al Ministerio Público averiguar si se daban los elementos suficientes para el ejercicio de la acción penal, y de ser así, procedía a la consignación del indiciado para que se siguiera toda la secuela

del proceso con estricto apego a lo dispuesto por el Código de Procedimientos Penales, siendo la reparación del daño solo un incidente que se tramitará dentro de la instrucción del proceso mismo.

4.7 EL REGISTRO PATRIMONIAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

Como presupuesto o base importante para el denominado enriquecimiento ilícito, la Ley de Responsabilidades vigente, ordena que la secretaría de la contraloría, lleve el Registro Patrimonial de los servidores públicos, atendiendo para ello a lo dispuesto por esa ley y otras normas que resulten aplicables. Para esos fines, quedan obligados anualmente a declarar sobre su situación patrimonial y bajo protesta de decir verdad todo el personal que en sí integra el régimen gubernamental.

El artículo 80, dice:

Tienen la obligación de presentar declaración anual de situación patrimonial ante la Secretaría, bajo protesta de decir verdad:

I.- En el Congreso de la Unión: Diputado y Senadores, Oficiales Mayores, Tesoreros y Directores de las Cámaras, y Contador Mayor de Hacienda.

II.- En el Poder Ejecutivo Federal: todos los funcionarios, desde el nivel de jefes de departamentos, hasta el de Presidente de la República, además de los previstos en las fracciones IV, V y IX de este artículo.

III.- En la Administración Pública Paraestatal; Directores Generales, Gerentes, Subdirectores Generales, Subgerentes Generales, Directores Gerentes, Subdirectores y Servidores Públicos de los órganos

descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria y sociedades y asociaciones asimilados y fideicomisos públicos.

4.8 TIEMPO DENTRO DEL CUAL DEBERA LLEVARSE A CABO LA DECLARACIÓN PATRIMONIAL

La declaración que mencionamos con anterioridad, deberá presentarse dentro de los sesenta días naturales siguientes a la toma de posesión, dentro de los treinta días naturales siguientes a la conclusión del encargo y por último, durante el mes de mayo de cada año habrá de presentarse la declaración de situación patrimonial acompañada de una copia de la declaración anual presentada por personas físicas para los efectos de la ley del Impuesto Sobre la Renta, hecha excepción de que en ese mismo año se hubiese presentado la declaración dentro de los sesenta días naturales siguientes a la toma de posesión.

La falta de cumplimiento de lo anterior produce como consecuencia, que quede sin efecto el nombramiento respectivo e igualmente así ocurrirá si no se presento la declaración durante el mes de mayo de cada año a que antes hicimos referencia.

La declaración en su fase inicial como final, habrá de referirse a los bienes inmuebles con fecha y valor de adquisición, al igual que el medio por el cual se llevó a cabo la adquisición.

4.9 PRÁCTICA DE VISITAS Y AUDITORIAS

La Secretaría oficiosamente puede ordenar, previo fundamento y motivación de un acuerdo, la práctica de visitas de investigación y auditorias, cuando los signos exteriores de riqueza son ostensibles y notoriamente superiores a los ingresos lícitos que pudiera tener un servidor público.

Aunque se dice que, cuando tales prácticas requieren orden de autoridad judicial, la Secretaría hará la solicitud correspondiente, aun así, estimamos que tanto el artículo 14 como el 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, es muy clara en cuanto a las garantías que establece, lo que significa que la denominada Secretaría de la Contraloría General de la Federación, solo podrá llevar a cabo la denominada visita de investigación y auditoria, a través del mandamiento judicial correspondiente.

No se considera que semejantes visitas puedan tener fundamento en la fracción correspondiente del artículo 21 Constitucional, por ser muy claro dicho precepto en cuanto a los actos que competen a la auditoria administrativa.

Previamente a la inspección o al inicio de la auditoria, se hará saber al servidor público los hechos que motivan esas actuaciones, presentándole las actas en que aquellos consten, manifestando lo que en derecho le convenga, aún si no estimamos que tal procedimiento este apegado en todo y por todo, a las garantías del llamado debido proceso legal, razón por la cual estará en lo justo todo ciudadano que impida la entrada de esas autoridades a su domicilio, a no ser que exista el mandato judicial debidamente fundado y motivado.

Aunque en el artículo 84 , en su último párrafo dice que previamente a la inspección, o al inicio de la auditoria, se dé cuenta al servidor público de los hechos que motivan esas actuaciones, para que exponga lo que a su derecho convenga, el artículo 85 indica en cambio, que: el servidor público a quien se practique visita de investigación o auditoria podía interponer inconformidad ante la Secretaría contra los hechos contenidos en las actas, mediante escrito que deberá presentar dentro de los cinco días siguientes a la conclusión de aquellas, y que podrá aportar pruebas para justificar su inconformidad, aun así, parece entenderse con claridad que aunque se establezca ese recurso, ya los hechos fueron ejecutados y que cualquier inconformidad no podrá producir mayores beneficios a quien ya resulto perjudicado con una actuación de esa naturaleza.

Para estos casos se dice, que los servidores públicos que incurran en enriquecimiento ilícito, serán sancionados conforme al Código Penal vigente, ordenamiento jurídico que castiga como cohecho las conductas de los servidores públicos que se ubiquen dentro de la hipótesis mencionada.

Para esos efectos se prevé que: se computaran entre los bienes que adquieran los servidores públicos, o con respecto de los cuales se conduzcan como dueños, los que reciban o de los que dispongan su cónyuge y sus dependientes económicos directos, salvo que se acredite que estos los obtuvieron por si mismos o por motivos ajenos al servidor público. El artículo 88 expresa lo siguiente:

Durante el desempeño de su empleo, cargo o comisión, y un año después los servidores públicos no podrán solicitar, aceptar o recibir por sí, o por interpósita persona, dinero o cualquier otra donación, servicio,

empleo, cargo o comisión para así, o para las personas a que se refiere la fracción XIII del artículo 47 y que procedan de cualquier persona cuyas actividades profesionales, comerciales o industriales se encuentren directamente vinculadas, reguladas o supervisadas, por el servidor público en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, que determinen conflicto de intereses.

Para los efectos del párrafo anterior, no se considerarán los que recibe el servidor público en una o más ocasiones, de una misma persona física o moral de las mencionadas en el párrafo precedente, durante un año, cuando el valor acumulado durante ese año no sea superior a diez veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de su recepción.

En ningún caso se podrán recibir de dichas personas títulos valor, bienes inmuebles, cesiones de derechos sobre juicios o controversias en las que se dirima la titularidad de los derechos de posesión o de propiedad sobre bienes de cualquier clase. Se castigará como cohecho las conductas de los servidores públicos que violen lo dispuesto en este artículo y serán sancionados en términos de la legislación penal.

No esperemos resolver los problemas con reformas o adiciones a los preceptos jurídicos, sino con la estricta aplicación de los existentes.

CAPÍTULO V

EL PROCEDIMIENTO PENAL

5.1 CONCEPTO DE PROCEDIMIENTO PENAL

El señor Manuel Rivera Silva define al procedimiento penal como el conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos que tiene por objeto determinar que hechos pueden ser calificados como delitos para aplicar la sanción correspondiente. Este autor menciona tres elementos de su definición, el procedimiento constara de: un conjunto de actividades, así como un conjunto de preceptos y una finalidad.⁴³

Juan José González Bustamante en sus Principios de Derecho Procesal Mexicano manifiesta que “el Procedimiento Penal es el conjunto de actividades y formas regidas por el Derecho Procesal Penal, que se inician desde que la autoridad pública interviene al tener conocimiento de que se ha cometido un delito y lo investiga, y se prolonga hasta el pronunciamiento de la sentencia, donde se obtiene la cabal definición de las relaciones de Derecho Penal.”⁴⁴

De manera primaria podemos decir que el procedimiento penal tiene dos grandes fases y en estas intervienen dos clases de autoridad; en su primera fase llamada averiguación previa interviene el Ministerio Público

⁴³ RIVERA SILVA, MANUEL. El Procedimiento Penal. ed. 29ª., Ed. Porrúa, México 2000. p. 5

⁴⁴ IBIDEM p. 14.

como autoridad administrativa; en la segunda fase del procedimiento penal interviene el Juez quien actúa como autoridad jurisdiccional ejerciendo su función jurisdiccional.

5.1.1 OBJETO Y FINES DEL PROCEDIMIENTO

Cuando se aborda el tema de los fines del procedimiento encontramos fines remotos o mediatos y fines inmediatos, Manuel Rivera Silva dice que el procedimiento tendrá como fin mediato el fin que se persigue con el derecho penal material, es decir la defensa social, Colín Sánchez nos menciona que el fin mediato es el restablecimiento del orden turbado por el delito. Referente a los fines inmediatos del procedimiento, se habla de que el fin general es la aplicación de la ley al caso concreto, siendo otro fin inmediato la aplicación de la ley a determinadas reglas para que de esta manera se evite cualquier confusión en la aplicación de dichas leyes .

Dentro del tema del objeto del proceso se cita la clasificación de Colín Sánchez, la cual nos indica un objeto principal y otro accesorio, en el objeto principal se refiere a la relación jurídica material en donde la conducta del individuo encuadra con la descrita en el tipo penal y en relación al objeto accesorio nos dice que es una consecuencia derivada del objeto propio, señalando a la reparación del daño como esta consecuencia, más sin embargo Colín Sánchez le da a la reparación del daño una categoría de objeto principal.⁴⁵

⁴⁵ RIVERA SILVA. Op .Cit. Supra (43) Pag. 81

5.2 ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL

El artículo segundo del Código de Procedimientos Penales para el estado de Guanajuato, establece cuatro periodos:

- A) Periodo de Averiguación Previa.
- B) Periodo de Instrucción.
- C) Periodo de Juicio.
- D) Periodo de Ejecución

5.2.1 PERIODO DE AVERIGUACIÓN PREVIA.

El periodo de preparación del ejercicio de la acción penal, que es denominada averiguación previa, tiene por objeto, reunir los requisitos exigidos por el artículo dieciséis de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para el ejercicio de la acción penal. El desarrollo de este periodo compete al Ministerio Público.

La averiguación previa inicia en el momento que la autoridad tiene conocimiento de un hecho delictuoso o posiblemente delictuoso y para generar la investigación estos hechos son necesarios ciertos requisitos legales, es decir, de procedibilidad como son: la *denuncia* y la *querrela*.

Denuncia.- Es la narración de hechos que se suponen delictuosos, que puede ser hecha por cualquier persona, ya sea en forma oral o por

escrito, ante el órgano investigador con el fin de que este tenga conocimiento de esos hechos, está se utiliza cuando el delito se persigue de oficio y cabe mencionar que cuando la denuncia es realizada por escrito es necesario ratificarla.

Querella.- Es una narración de hechos que se suponen delictuosos, expuestos por el ofendido o por su representante legal; al igual que la denuncia puede llevarse a cabo en forma oral y en caso de que la querella se presente por escrito también es necesario ratificarla.

Y cuando la ley exija algún otro requisito previo, si este no se ha llenado como puede ser: la no oposición del ofendido cuando este es menor de edad y la querella la presenta a su nombre otra persona, en este caso la autoridad no podrá iniciar la averiguación previa.

Otro de los requisitos trata sobre el supuesto de que “si la querella es formulada por representante, este necesitará un poder general con cláusulas especial para querellarse o poder especial para el caso”.⁴⁶

⁴⁶ GUANAJUATO CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. Artículos 105-107.

5.2.2 EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.

El Ministerio Público, es el único que tiene la atribución de ejercitar la acción penal.

El artículo veintiuno de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece esa atribución que tiene el Ministerio Público, para perseguir los delitos, ya que a la letra dice "...La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función. El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial..."

La actividad persecutora impone dos clases de actividades:

La Actividad Investigadora.- Esta entraña una labor de investigación, de búsqueda constante de pruebas que acrediten la existencia de los delitos y la probable responsabilidad de quienes participan en ellos.

El Ejercicio de la Acción Penal.- Es la reclamación de la aplicación del derecho ante un órgano jurisdiccional cuando se estima que existen hechos que pueden ser constitutivos de delitos.

El Ministerio Público debe agotar la averiguación previa y, en consecuencia, practicar todas aquellas diligencias que sean necesarias para reunir los requisitos del artículo dieciséis Constitucional.

Ahora bien, la averiguación puede derivar hacia dos situaciones diferentes:

- A) Que no se reúnan dichos elementos.
- B) Que se reúnan.

El caso de que las diligencias practicadas por el Ministerio Público no reúnan los requisitos del artículo dieciséis Constitucional, puede subdividirse en otros dos:

1.- Que esté agotada la averiguación, cuyo caso el Ministerio Público decretará el no ejercicio de la acción penal.

2.- Que no esté agotada la averiguación, en cuyo caso el Ministerio Público deberá archivar las diligencias provisionalmente, en tanto desaparece la dificultad material que impidió llevarlas a cabo.

En el segundo caso, pueden presentarse, a su vez, otras dos situaciones: que se encuentre detenido el responsable y que no se encuentre.

5.3.3 AVERIGUACIÓN PREVIA CON DETENIDO

Cuando existe detenido el Ministerio Público goza de un término de cuarenta y ocho horas para agotar la averiguación previa y este término solo se puede duplicar tratándose de Delincuencia Organizada.

En los casos de delito flagrante; entendiéndose que “hay delito flagrante cuando el indiciario es detenido en el momento de estarlo cometiendo, o si inmediatamente después de ejecutado el hecho delictuoso aquel es perseguido materialmente; o alguien lo señala como responsable y se encuentra en su poder el objeto del delito, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su intervención en la comisión del delito”.⁴⁷

En ese caso cualquier persona podrá detener al indiciado poniéndolo a disposición de la autoridad inmediata, y esta misma sin demora, lo pondrá a disposición del Ministerio Público; este también podrá detener a un sujeto cuando se trate de casos urgentes; y tratándose de casos urgentes: ante el riesgo fundado de que pueda sustraerse de la acción de la justicia y por razón de la hora, lugar o circunstancia no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial.

⁴⁷ GUANAJUATO. CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. Artículo 182.

Que el indiciado haya intervenido en cualquier forma en la comisión de algún delito señalado como grave.

En los casos de delito flagrante y en los casos urgentes ningún indiciado podrá ser detenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenar su liberación o ponerlo a disposición de la autoridad judicial. Si la integración de la averiguación previa requiera mayor tiempo del señalado, el detenido será puesto en inmediata libertad, sin perjuicio de que el Ministerio Público en su oportunidad solicite orden de aprehensión.

5.3.4 AVERIGUACIÓN PREVIA SIN DETENIDO

Cuando el Ministerio Público en la averiguación previa trabaje sin detenido, podrá contar con el tiempo que se requiera para recabar elementos que comprueben la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad de un sujeto y así solicitar al juez que libre la correspondiente orden de aprehensión u orden de comparecencia.

La finalidad de la averiguación previa es la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

5.3.5 CUERPO DEL DELITO

Para tratar de explicar el cuerpo del delito primeramente comenzare por explicar las diferentes corrientes que surgieron con respecto al cuerpo del delito. En el sistema jurídico penal mexicano, el concepto de *corpus delicti* durante años jugó un papel medular, al reconocerle al cuerpo del delito un papel fundamental de todo el sistema.

La doctrina ha discutido desde el origen del concepto en torno a su naturaleza; por un lado existen autores que le atribuyen un contenido material, y por el otro, los que consideran aspectos tanto materiales como subjetivos en su contenido. También existen posturas que nos permiten identificar a la expresión *corpus delicti* empleada en tres sentidos distintos, es empleada primeramente como un hecho objetivo, tanto permanente como transitorio, inserto en cada delito, es decir, la acción punible abstracta descrita en cada infracción; en segundo lugar, se emplea como el efecto material que los delitos de hecho permanente dejan después de su perpetración por ejemplo un cadáver; y por último como cualquier huella o vestigio de naturaleza real, que se conserve como reliquia de la acción perpetrada como un puñal.

La dogmática identificaba tradicionalmente al cuerpo del delito con la existencia de un hecho punible y se le otorgaban como características estar integrado por todas las materialidades relativamente permanentes, sobre las cuales o mediante las cuales se cometió el

hecho, así como también cualquier otro objeto que sea efecto inmediato de ese mismo delito o que en otra forma se refiera a él de manera que pueda ser utilizado para su prueba. Es entonces que se trataba de identificar al cuerpo del delito con la materialidad del delito.

Al cuerpo del delito se le han dado diferentes acepciones, los tratadistas antiguos entendían que el cuerpo del delito es el delito mismo; D'Aguesseau decía que el cuerpo del delito no es otra cosa que el delito mismo, cuya existencia estuviera establecida por el testimonio de testigos de fe, concordados entre sí y preservando en sus disposiciones, incapaces de variar y afirmando a la justicia que se ha cometido un crimen. Otros mencionan que está constituido por “el conjunto de elementos materiales e inmateriales comprendidos en la definición legal, incluyendo psicológicos o subjetivos”.⁴⁸

El Código Adjetivo Penal dispone que por cuerpo del delito se “entienden el conjunto de los elementos objetivos y subjetivos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito así como los normativos en el caso de que la descripción típica lo requiera”.⁴⁹

⁴⁸ PLASCENCIA VILLANUEVA, RAUL. Teoría del Delito. Ed. UNAM, México 1998. p. 85-86.

⁴⁹ GUANAJUATO. CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. Artículo 158.

5.3.6 DIFERENCIAS ENTRE CUERPO DEL DELITO Y ELEMENTOS DEL TIPO.

Literalmente cuerpo del delito significa; cosa en que o con que se ha cometido un delito o en la cual existen señales de él.

El cuerpo del delito es un concepto referido a los instrumentos, objetos, utilizados para causar un hecho punible, así como las manifestaciones materiales constitutivas del evento en que se concreta el delito, por ejemplo; el cadáver en el homicidio, el cuerpo del delito lo constituyen todos los elementos materiales que acrediten la realidad de la muerte como el arma o los medios que fueron utilizados.

Entendiéndose por cuerpo del delito el conjunto de elementos objetivos y subjetivos que el tipo penal exija para agotarse, lo que antes era conocido como los elementos del tipo. Todos los tipos penales están constituidos por elementos objetivos, subjetivos y normativos, el cuerpo del delito es la acreditación de todos sus elementos para la configuración de un delito; la diferencia entre los elementos del cuerpo del delito y los elementos del tipo radica en que el cuerpo del delito es un concepto procedimental mientras que los elementos del tipo son un concepto sustantivo.

5.3.7 PROBABLE RESPONSABILIDAD

“Diremos que en términos generales, responsabilidad es el deber jurídico del sujeto de soportar las consecuencias del delito. Sin embargo, parece que el artículo diecinueve Constitucional, entiende por responsabilidad la intervención del sujeto en la realización de una conducta, principal o accesoria de adecuación típica. Obviamente, la concurrencia de alguna de las causas excluyentes enumeradas en el artículo quince del propio ordenamiento, destruye la responsabilidad”.

*La probable responsabilidad se tendrá acreditada cuando de los medios probatorios existentes, se deduzca la participación del sujeto, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.*⁵⁰

Como nos lo señala el artículo ciento cincuenta y ocho del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato.

⁵⁰ ARILLA BAS, FERNANDO. EL PROCEDIMIENTO PENAL EN MEXICO. ed. 22ª, Ed. Porrúa, México 2003. p. 75.

5.3.8 DETERMINACIÓN.

Cuando el Ministerio Público ha llevado a cabo todo el conjunto de diligencias y se ha agotado la averiguación previa, este estará en aptitud de dictar una resolución administrativa llamada *determinación*, que es un acto procedimental que consiste en expresar los razonamientos jurídicos por los cuales se consideran que las pruebas recabadas en la averiguación previa se encuentra demostrado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, también en esta misma resolución se ordena que se ejercite acción penal en contra del indiciado o de los indiciados por el o los hechos posiblemente delictuosos que aparezcan comprobados en la averiguación previa.

En la *consignación*, el Ministerio Público al ejercitar la acción penal; pierde su calidad de autoridad y se convierte en parte acusadora, poniendo a disposición del Juez todo lo actuado durante la averiguación previa; así como las personas e instrumentos en el supuesto de que la averiguación previa se haya llevado a cabo con detenido, quien deberá verificar que se haya detenido al sujeto conforme a derecho, si es así, deberá ratificar la detención; en caso contrario, si esta no fue conforme a derecho deberá de decretar la libertad con las reservas de ley.

Cuando la consignación es sin detenido y se trata de delitos que se sancionan con pena corporal, contendrá pedimento de orden de aprehensión, si el delito es de los que se sancionan con pena alternativa, se realiza únicamente con pedimento de orden de citación u orden de comparecencia.

5.3.9 AUTO DE RADICACIÓN

El ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, obliga al órgano jurisdiccional a resolver sobre la petición que aquél deduce. En consecuencia, tan luego como el Juez reciba la consignación, dictará el *auto de radicación* en el que resolverá si el ejercicio de la acción penal reúne o no los requisitos del artículo dieciséis Constitucional.

Este auto sujeta a las partes y a los terceros al órgano jurisdiccional e inicia el período de preparación del proceso. A partir del momento en que se reciba la consignación con detenido, el Juez dispone de un término de cuarenta y ocho horas para tomar, dentro de él la declaración preparatoria del consignado, y de setenta y dos horas, a partir del mismo momento (o sea veinticuatro horas más), para resolver, también dentro de él, si decreta la formal prisión o la libertad de aquel, es decir, resolver la situación jurídica del indiciado. El plazo de setenta y dos horas se podrá duplicar, al respecto el artículo diecinueve de nuestra Constitución nos señala que el plazo se duplicará únicamente a petición del indiciado, en la forma que señala la ley. Mientras que la ley señala que el plazo se duplicará cuando lo solicite el inculpado por sí o por su defensor, al rendir su declaración preparatoria; siempre que la ampliación de este plazo sea con la finalidad de desahogar pruebas en la misma diligencia, para que el Juez resuelva su situación jurídica. El Ministerio Público no podrá solicitar dicha ampliación, ni el Juez resolverla de oficio.

Solo en los casos que la ley prevea como Delincuencia Organizada, el plazo con el que cuenta el Ministerio Público (cuarenta y ocho horas), para poner a disposición de la autoridad judicial al inculpado, podrá duplicarse.

5.4 DECLARACIÓN PREPARATORIA

El Juez cuando se le deja a disposición al indiciado, acordará la recepción de su *declaración preparatoria*, que como ya se ha mencionado se recibirá dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al de su consignación.

Al notificarle al inculpado dicho acuerdo le hará saber que tiene derecho a obtener su libertad provisional bajo caución o bajo protesta en los términos del artículo veinte fracción primera, inciso A de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; siempre que no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el Juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado por la ley, o cuando el Ministerio Público aporte elementos al Juez para establecer que la libertad del inculpado representa por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución.

Para resolver sobre la forma y el monto de la caución el Juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido, así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.

La ley determinara los casos graves en los cuales el Juez podrá revocar la libertad provisional.

Además en ese mismo acuerdo se le requerirá al indiciado para que nombre defensor y si este no lo hace se le designara uno de oficio.

La declaración se deberá tomar en audiencia pública, comenzará por las generales del inculpado, nombres, apellidos, edad, ocupación, incluso sus apodos si los tuviere, la imputación que existe en su contra, así como los nombres de los denunciantes o querellantes y de los testigos que declaren en su contra.

Se le deberá preguntar si es su deseo declarar y en caso contrario se dejará constancia de ello; las contestaciones del inculpado podrán ser redactadas por él, si no lo hace, las redactara con la mayor exactitud posible el funcionario que practique la diligencia.⁵¹

Tanto la defensa como el agente del Ministerio Público tienen derecho a interrogar al inculpado limitándose a no formular preguntas capciosas o inconducentes.

El objeto de la declaración preparatoria es que el acusado conozca el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo.

5.4.2 RESOLUCIONES JUDICIALES

Después de la declaración preparatoria, es deber del órgano jurisdiccional resolver la situación jurídica del indiciado dentro del término de setenta y dos o de ciento cuarenta y cuatro horas, señalado en el artículo diecinueve de la Constitución, que menciona que el Juez deberá resolver sobre la situación jurídica del indiciado, decretando su formal prisión en caso de hallarse comprobado el cuerpo del delito que se le impute y su probable responsabilidad, o su libertad, en el supuesto de que no se halle comprobado ninguno de ambos extremos, o se halle únicamente el primero. Si el delito solamente mereciera pena pecuniaria o alternativa que incluyere una no corporal, el Juez, en

⁵¹ GUANAJUATO. CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. Artículo 146.

acatamiento a lo dispuesto en el artículo dieciocho Constitucional, en vez de dictar auto de formal prisión, dictará auto de sujeción a proceso, sin restringir la libertad de dicho indiciado, contando el término del artículo diecinueve a partir del momento en que aquél quedo a su disposición.

5.4.3 AUTO DE FORMAL PRISIÓN.

Es una resolución judicial que se dicta para resolver la situación jurídica del indiciado; deberá contener el delito que se impute al acusado, el lugar, tiempo y circunstancia de la ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, este auto se dicta cuando:

- Se haya comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.
- Se le haya tomado declaración preparatoria al indiciado o que se asiente en los autos la constancia de que se negó a declarar.
- Que el delito merezca pena corporal.
- Que no esté acreditada ninguna eximente de responsabilidad a favor del indiciado.

Los efectos del auto de formal prisión son:

- Justifica la prisión preventiva.
- Fija la base del proceso.
- Señala el o los delitos por los que se va a procesar.
- Da tema al proceso.

5.4.5 AUTO DE SUJECCIÓN AL PROCESO

Es otra resolución judicial a través de la cual el Juez puede resolver la situación jurídica del indiciado, constituye la base para procesar, este auto se dicta cuando:

- Se haya comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.
- Se le haya tomado declaración preparatoria al indiciado o que haya quedado asentada en autos la su negativa a declarar.
- Que no esté acreditada ninguna eximente de responsabilidad a favor del indiciado.
- Que el delito no merezca pena corporal o tenga señalada pena alternativa.

Las características de este auto es que el indiciado queda libre pero sujeto a proceso, es decir, que tendrá que comparecer a todas las diligencias y actuaciones que sean necesarias dentro del procedimiento penal.

5.4.6 AUTO DE LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR.

Este auto también resuelve la situación jurídica del indiciado y se dicta cuando no se encuentran comprobados el cuerpo del delito ni la probable responsabilidad, nos encontramos ante la presencia de falta de elementos para procesar, por lo tanto se decreta la libertad del indiciado, con las reservas de ley; lo cual quiere decir que si posteriormente aparecieran pruebas que comprueben el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado; se puede proceder nuevamente en contra del presunto sujeto activo del delito, esto es, el Ministerio Público podrá perfeccionar el ejercicio de la acción penal y pedir que se dicte auto de formal prisión o auto de sujeción al proceso.

5.5 CONSIGNACIÓN SIN DETENIDO.

El Ministerio Público puede llevar a cabo la consignación sin detenido y en este caso, gozará de todo el tiempo que requiera, ya que el término constitucional no empieza a correr puesto que el indiciado no está a disposición del órgano jurisdiccional; lo único que limita al Ministerio Público es la prescripción de la acción penal.

El Ministerio Público solicitara al Juez que dicte una orden de aprehensión, esta la dicta, cuando el delito de que se trate merezca pena corporal, se haya comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, esta orden se notifica al Ministerio Público y este a su vez la hace llegar a la policía ministerial y esta viene a cumplimentar la orden de aprehensión.

5.6 ORDEN DE COMPARECENCIA

Cuando el delito de que se trate se sancione con pena alternativa o pena no privativa de libertad, el Juez librará una *orden de comparecencia* para que el indiciado rinda su declaración preparatoria y al resolver la situación jurídica del indiciado va a dictar un auto de sujeción al proceso.

5.7 PERIODO DE INSTRUCCIÓN

La *instrucción* da inicio en la consignación cuando existe detenido; se considera que la instrucción consta de dos etapas:

La *primer etapa* del periodo de instrucción se lleva a cabo en el término constitucional de setenta y dos horas, aquí se realiza la declaración preparatoria y se aportan pruebas para tratar de evitar de que no nos dicten un auto, ya sea de formal prisión o de sujeción al proceso, también aquí se resuelve la situación jurídica del indiciado; esta etapa abarca desde el auto de radicación hasta el auto de formal prisión o de sujeción al proceso.

En la *segunda etapa*; la instrucción en sentido estricto, aquí se aportan pruebas para tratar de que no nos dicten una sentencia condenatoria, esta etapa comienza con el auto de formal prisión y concluye con el auto que declara cerrada la instrucción.

La instrucción recibe ese nombre, porque va a instruir al Juez por medio del ofrecimiento y desahogo de pruebas; por lo que se hace necesario hablar de las generalidades de la prueba, así como de las pruebas que son utilizadas en el procedimiento penal.

5.8 PRUEBAS

La *prueba* es un instrumento jurídico a través del cual las partes van a mostrar la existencia de un hecho.

“En la prueba pueden distinguirse tres elementos:

- A) Medio de Prueba.- Son los instrumentos por medio de los cuales se trata de comprobar la existencia de un hecho para crear certeza en el juzgador.
- B) Órgano de Prueba.- Es la persona física a través de la cual se aporta el medio de prueba, como los testigos y exigen dos momentos: el primero cuando percibe el hecho y segundo cuando lo transmite.
- C) Objeto de Prueba.- Es el hecho que se trata de demostrar”.⁵²

Se admite como prueba todo aquello que se ofrezca como tal, en términos del artículo veinte fracción quinta de nuestra Constitución, siempre y cuando sea conducente y no vaya contra el derecho o la moral a juicio del Juez o Tribunal, cuando se estime necesario por la

⁵² RIVERA SILVA. Op. Cit. (Supra 21), p. 189.

autoridad judicial, se podrá por algún otro medio de prueba establecer la autenticidad del objeto de la misma.⁵³

Los *medios de prueba* utilizados en el procedimiento penal son:

- A) *Confesional.*
- B) *Inspección.*
- C) *Pericial.*
- D) *Testimonial.*
- E) *Confrontación.*
- F) *Careos.*
- G) *Documental.*

5.9 CONFESIONAL

Para Fernando Arilla Bas, la *confesión* “es el reconocimiento formal por parte del acusado de haber ejecutado los hechos, constitutivos de delito, que se imputan”.⁵⁴

Clariá Olmedo define a la confesión como “el reconocimiento del imputado formulado libre en el hecho en que se funda la pretensión represiva en su contra”.⁵⁵

⁵³ Guanajuato. Código de Procedimientos Penales. Artículo 194.

⁵⁴ ARILLA BAS. Op. Cit. (Supra 27), p. 145.

⁵⁵ SANDOVAL DELGADO, EMILIANO. Medios de Prueba en el Procedimiento Penal. Ed. Cárdenas Distribuidores, p. 3

Este medio de prueba se admitirá como tal en cualquier estado del procedimiento, hasta antes de la pronunciación de la sentencia; la confesión desahogada ante el Ministerio Público en la averiguación previa es *extrajudicial* y será *judicial* cuando se lleve a cabo ante el órgano jurisdiccional que conozca del asunto; cuando la confesión sea desahogada ante un órgano no facultado por la ley, esta carecerá de valor jurídico si no es ratificada ante el Ministerio Público; así también la policía ministerial no podrá obtener confesiones y si lo hace estas carecerán de valor probatorio, lo único que podrá hacer es rendir informes.

Cuando la confesión sea llevada ante el Ministerio Público y ante el Juez deberá reunir ciertos requisitos:

- Que verse sobre hechos propios materia de la imputación con pleno conocimiento y sin que se lleve a cabo con violencia física o moral.
- Debe ser hecha ante el Ministerio Público o ante el Tribunal que conozca de la causa y en presencia del defensor o persona de confianza del inculpado y que éste se encuentre debidamente enterado de la causa.
- No deben existir datos que a juicio del Juez o Tribunal la hagan inverosímil.
- Si únicamente existe como prueba la confesión, no podrá consignarse a ninguna persona.

La confesión tiene el valor de un indicio; un *indicio* son hechos conocidos que nos llevan a una presunción.

5.9.1 INSPECCIÓN

La *inspección* es el examen u observación junto con la descripción de personas, cosas o lugares.

La inspección constituye un medio de prueba directo e indirecto; *directo* cuando el examen u observación es realizado por el propio Juez (Inspección Judicial) e *indirecto* cuando el que realiza el examen u observación es el Ministerio Público (Inspección Ocular).⁵⁶

La inspección se divide en dos partes: la observación y la descripción.

La inspección, en sentido estricto, se agota con la observación, debiendo recaer sobre algo que se percibe con la vista.

Puede tener un doble objeto; examinar el escenario donde se efectuó un acto, para poder percatarse del desarrollo del propio acto u observar las consecuencias que el acto dejó, como sucede en la inspección que se hace de las lesiones que dejan cicatriz.

La descripción es consecuencia emanada de la necesidad de constatar lo visto. La descripción no solamente consta del relato de lo visto, sino también de los planos, fotografías, que se levantan en la diligencia.

⁵⁶ RIVERA SILVA. Op. Cit. (Supra 21), p. 265.

El objeto de la prueba inspeccional es el conocimiento del estado que guarden personas, cosas y lugares.⁵⁷

La inspección judicial se desarrollará de acuerdo a las siguientes reglas:

- Si el delito fuere de aquellos que pueden dejar huellas materiales, se procederá a inspeccionar el lugar en que se perpetró, el instrumento y las cosas objeto o efecto de él, los cuerpos del ofendido y del inculpado si fuere posible, y todas las demás cosas y lugares que puedan tener importancia para la averiguación.
- Para la descripción de lo inspeccionado se pondrán emplear dibujos, planos topográficos, fotografías, moldeados, según sea el caso, o instrumento o medio que probablemente se haya empleado y la forma en que se haya usado.
- Cuando se practique una inspección ocular, podrá examinarse a las personas que estén presentes, que puedan proporcionar algún dato útil a la averiguación previa y para este efecto se le podrá prevenir que no abandonen el lugar; el encargado de practicar una inspección ocular, podrá hacerse acompañar por los peritos que estime necesarios.
- En caso de que el delito de que se trate sea de lesiones, al sanar el lesionado, se procurará hacer la inspección ocular y la descripción de las consecuencias apreciables que haya dejado; en el caso de delitos sexuales y en el aborto, puede concurrir al reconocimiento los médicos, el funcionario que conozca del asunto, si lo creé indispensable y se permitirá asistir a la

⁵⁷ ARILLA BAS. Op. Cit. (Supra 27), p. 179.

diligencia únicamente a las personas que designe la reconocida en caso de que quiera que la acompañen.

La inspección podrá hacerse con carácter de reconstrucción de hechos y su objeto será apreciar las declaraciones que se hayan reunido y los dictámenes periciales que se hayan formulado.

Cuando alguna de las partes solicite la reconstrucción, deberá precisar cuales son los hechos y circunstancias que desea esclarecer, pudiéndose repetir la diligencia cuantas veces sea necesario, a juicio del inculcado, de su defensor, del Ministerio Público, del Juez o del Tribunal.

La reconstrucción se podrá llevar a cabo, aun durante la vista del proceso siempre que la naturaleza del delito y las pruebas rendidas así lo exijan, a juicio del funcionario que conozca del asunto y si el tribunal lo estima necesario, aun y cuando se haya practicado con anterioridad.

La reconstrucción deberá practicarse precisamente a la hora y en el lugar donde se cometió el delito, cuando estas circunstancias tengan influencia en la determinación de los hechos que se reconstruyan, si no es el caso, puede efectuarse en cualquier hora y en cualquier lugar.

No se practicará la reconstrucción sin que hayan sido examinadas las personas que hubieran intervenido en los hechos o que los hayan presenciado y deban tomar parte en ella; deberán estar presentes si es posible todos los que hayan declarado haber participado en los hechos o haberlos presenciado. Cuando no asista alguno de los primeros, puede comisionarse a otra persona para que ocupe su lugar, si por esa

falta de asistencia no puede llevarse a cabo la práctica de la diligencia, se podrá suspender.

Si existen versiones distintas acerca de la forma como ocurrieron los hechos, se podrán practicar las construcciones relativas a cada una de ellas, si fueren conducentes al esclarecimiento de esos hechos, si es necesaria la intervención de peritos, estos dictaminarán sobre cual de las versiones puede acercarse más a la verdad.

La inspección hará prueba plena siempre que se practique con los requisitos legales.⁵⁸

5.9.2 PERICIAL

Siempre que para el examen de personas, hechos u objetos se requieran conocimientos especiales, se procederá con intervención de peritos.

El *perito* es toda persona a quien se atribuye una capacidad técnica, científica o práctica en una ciencia o arte, a esta capacidad técnica científica o práctica se le llama *pericia*.

El *peritaje* consiste en hacer asequible al profano en determinada arte, el conocimiento de un objeto cuya captación sólo es posible mediante técnica especial.⁵⁹

⁵⁸ GUANAJUATO. CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. Artículos 202-206,272.

⁵⁹ RIVERA SILVA. Op. Cit. (Supra 21), p. 235.

El peritaje entraña ciertos elementos que son:

- Un objeto que para el conocimiento del profano se presenta de manera velada.
- Un sujeto que necesita conocer ese objeto, pero su ignorancia en determinada arte le hace imposible la satisfacción de su necesidad (Juez).
- Un sujeto que por sus conocimientos que posee (su técnica le es posible captar el objeto), facilitándolo al que no le es posible captarlo.⁶⁰

El procedimiento de la prueba pericial comenzará primeramente con el número de peritos, que podrán ser dos o más, pero bastará uno cuando solamente éste pueda ser habido o cuando se trate de casos urgentes.

Los peritos deberán tener título oficial en la ciencia o arte sobre la que van a peritar; en caso de que la profesión o arte están reglamentadas, si no es el caso, se nombrarán peritos prácticos.

Se podrá nombrar peritos prácticos cuando no hubiere titulados en el lugar en que se siga la instrucción; en este caso, se mandara exhorto o requisitoria al Tribunal en que los haya; para que emitan su opinión sobre el dictamen de los prácticos.⁶¹

Tanto el Ministerio Público como la defensa del indiciado tendrán derecho a nombrar hasta dos peritos, el Tribunal les hará saber su nombramiento y se les ministrará todos los datos que sean necesarios

⁶⁰ IBIDEM, p. 236.

⁶¹ GUANAJUATO. CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. Artículos 209-211.

para que emitan su opinión. La parte que ofrezca la prueba pericial deberá presentar su cuestionario sobre el que han de rendir su dictamen los peritos, y su parte contraria, dentro del término de tres días, podrá designar peritos de su parte y adicionar el cuestionario; esto último también lo podrá hacer el Tribunal.

La designación de peritos que hagan tanto el Tribunal como el Ministerio Público deberá recaer en las personas que desempeñen ese empleo por nombramiento y a sueldo fijo.

Si no hubiere peritos oficiales titulados, se nombrarán las personas que desempeñen el profesorado del ramo correspondiente en las escuelas oficiales.

Los peritos que acepten el cargo, tienen obligación de protestar su fiel desempeño ante el funcionario que practique las diligencias; esto será con excepción de los peritos oficiales titulados y en casos urgentes, la protesta la rendirán al producir o ratificar su dictamen.

Se les fijará a los peritos el tiempo en que deban presentar su dictamen; si no lo hacen en el tiempo que se les haya fijado; se les apremiará y si a pesar de esto no cumplen, se le podrá consignar al Ministerio Público.

Los peritos emitirán su dictamen por escrito y lo ratificarán en diligencia especial y con previa citación las partes podrán formular preguntas.

Cuando exista discordancia entre las opiniones de los peritos, se citará a una junta de peritos, en esta se discutirán los puntos en que se difiera; y si no se pusieran de acuerdo se nombrará un perito tercero en discordia. El resultado de la junta se hará constar en un acta.⁶²

⁶² Guanajuato. Código de Procedimientos Penales. Artículos 211-216.

5.9.3 TESTIMONIAL

El *testigo* “es la persona física que puede suministrar datos sobre algo que percibió y de lo cual guarda un recuerdo”.⁶³

Caravantes señala que la palabra testigo proviene de “*testando*, en alusión a que quien testifica lo hace según la representación que ha formulado en su mente”.⁶⁴

Chiovenda, afirma que el testigo “es una persona distinta de los sujetos procesales, a quien se llama a exponer al Juez las observaciones propias de hechos ocurridos, de importancia para el proceso”.⁶⁵

El Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato; señala que toda persona que sea citada como testigo está obligada a declarar; exceptuando al tutor, curador, pupilo o cónyuge del inculpado, sus parientes por consanguinidad en línea recta ascendente o descendente, sin limitación de grados, y en la colateral hasta el cuarto grado, los que estén ligados con el inculpado por amor, respeto, cariño o estrecha amistad, aunque si es su deseo estás últimas podrán declarar por su propia voluntad.

Los testigos deben ser examinados separadamente y sólo las partes podrán asistir a la diligencia, salvo que el testigo sea ciego, sordo o mudo o que ignore el idioma.

⁶³ RIVERA SILVA. Op. Cit. (Supra 21), p. 247.

⁶⁴ ORONÓZ M., CARLOS. Las Pruebas en Materia Penal. ed. 3ª., Ed. Pac, S.A. de C.V., p.51.

⁶⁵ PALLARES. Op. Cit. (Supra 4), p. 765.

El funcionario que practique las diligencias, podrá dictar las providencias necesarias para que los testigos no se comuniquen entre sí ni por medio de otra persona, antes de que rindan su declaración.

Antes de que los testigos comiencen a declarar, se les hará saber las penas que establece la ley para los que se producen con falsedad o se nieguen a declarar; a los menores de dieciséis años solamente se les exhortará, es decir, se les invitara para que se conduzcan con verdad.

Después de hecho lo anterior, se preguntará al testigo su nombre, apellido, edad, ocupación, lugar de origen, estado civil, profesión, también se le preguntará si se halla ligado con el inculpado o el ofendido por vínculos de parentesco, amistad o cualquier otro, si tiene motivos de odio, rencor contra alguno de ellos.

Los testigos declararán de viva voz sin que les sea permitido leer respuestas escritas; pero podrán consultar algunas notas o documentos, cuando así lo permita la naturaleza del asunto y a juicio de quien practique la diligencia.

Las declaraciones se redactarán con claridad y usando hasta donde sea posible las mismas palabras empleadas por el testigo.

El Ministerio Público, el defensor y el inculpado, tendrán derecho de interrogar al testigo, pudiendo disponer el Tribunal que los interrogatorios se hagan por su conducto cuando así lo estime necesario y podrá desechar las preguntas que a su juicio sean capciosas o inconducentes.

El Tribunal, para apreciar la declaración de un testigo, tomará en consideración que por su edad, su capacidad e instrucción, tenga el

criterio para juzgar el acto; que por su prioridad, la independencia de su posición y antecedentes personales, tenga completa imparcialidad.

Que el hecho de que se trate sea susceptible de conocerse por medio de los sentidos y que el testigo lo conozca por sí mismo y no por inducciones, ni referencias de otros.

Que su declaración sea clara y precisa, sin dudas sobre la sustancia del hecho o circunstancias esenciales; el testigo no debe ser obligado por fuerza o miedo, ni ser engañado cuando haga su declaración.

Cuando la declaración se refiera a algún objeto puesto en depósito, después de interrogar al testigo sobre las señales que caracterizan el objeto, se pondrá a la vista del testigo para que lo reconozca y firme sobre él, si es posible.

Si la declaración es relativa a un hecho que se haya dejado vestigios en algún lugar, el testigo podrá ser conducido a él para que haga la explicación correspondiente.

Concluida la diligencia, se leerá al testigo su declaración o él mismo la leerá si quiere, para que la ratifique o la enmiende, después de esto será firmada por el testigo, o en el caso, también de su acompañante.

Siempre que se examine a una persona cuya declaración sea sospechosa de falta de veracidad, se hará constancia de esto en el acta que se levante en la diligencia.⁶⁶

⁶⁶ Guanajuato. Código de Procedimientos Penales. Artículos 240-242.

5.9.4 CONFRONTACIÓN

La *confrontación* es un acto procesal para llevar a cabo la identificación de la persona a que alguien hace referencia en sus declaraciones, para así despejar dudas e impresiones.

La confrontación es también llamada *confronto* o *identificación en rueda de presos*.⁶⁷

La confrontación es el reconocimiento o la identificación que se hace de una persona, es un medio complementario de las declaraciones cuando la persona que declara no puede precisar el nombre, apellido, habitación y demás circunstancias que dan a conocer a la persona referida en el testimonio, pero expresa que si se la presentan la puede reconocer.

El Tribunal hace uso de la confrontación para poder perfeccionar el testimonio que resulta incompleto. Esta misma confrontación se llevará a cabo bajo sospecha de que el que declare asegure conocer a una persona y haya motivos para dudar que ese conocimiento sea cierto.

Al respecto de cómo se lleva a cabo la diligencia de confrontación, el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato señala que se procederá colocando en una fila a la persona que deba

⁶⁷ COLÍN SÁNCHEZ, GUILLERMO. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. ed. 15ª., Ed. Porrúa, p. 359.

ser confrontada y a las que hayan de acompañarla y se interrogará al declarante sobre si persiste en su declaración anterior, si conocía con anterioridad a la persona a quien atribuye el hecho o si lo conoció en el momento de ejecutarlo; si después de esto volvió a ver a la persona, si así fue, porque motivo y con que objeto, se le llevará frente a las personas que formen el grupo; se le permitirá mirarlas detenidamente y se le previene que toque con la mano a la que se trate, manifestando las diferencias o semejanzas que tuviere entre el estado actual y el que tenía en la época a la que se refirió en su declaración.

También al practicar la confrontación se cuidará de que la persona que es objeto de ella no se disfrace, ni se desfigure, ni borre las huellas o señales que puedan servir al que tiene que designarla; que aquella se presente acompañada de otros individuos vestidos con ropas semejantes y con las mismas señas que las del confrontado, si es posible y que los que lo acompañen sean de clase análoga atendiendo a su educación, modales y circunstancias especiales.

El que deba ser confrontado, puede elegir el sitio que desee colocarse con relación a los que lo acompañen y pedir que se excluya del grupo a cualquier persona que le parezca sospechosa.⁶⁸

Cuando la pluralidad de las personas amerite varias confrontaciones, estas se verificarán en actos separados.

⁶⁸ Guanajuato. Código de Procedimientos Penales. Artículos 248-251.

5.9.5 CAREO

El *careo* es un acto procesal, cuyo objeto es aclarar los aspectos contradictorios en las declaraciones del procesado o procesados, del ofendido y los testigos o de estos entre sí, para que con ello, estar en posibilidad de valorar esos medios de prueba y alcanzar el conocimiento de la verdad.

Procesalmente, el careo es un medio de prueba autónomo que se utiliza para despejar las dudas provocadas por declaraciones contradictorias, las cuales son forzosas para la existencia del careo.

En el derecho procesal mexicano, el careo se clasifica en: *careo constitucional* y *careo procesal*.

Careo Constitucional.- Su fundamento se encuentra en la fracción cuarta del artículo veinte Constitucional, que establece como garantía individual que el indiciado sea careado con los testigos que depongan en su contra.

Una de las finalidades de esta clase de careos se refiere al hecho, de que el indiciado conozca físicamente a las personas que han declarado en su contra y esto adquiere relevancia para establecer, una adecuada defensa para el indiciado, ya que tendrá la oportunidad de

enterarse del contenido de cada declaración: tendrá la posibilidad de interrogarlos.⁶⁹

Careo Procesal.- Consiste en enfrentar a aquellas personas cuyas declaraciones no concuerden con objeto de que, mediante reconveniones mutuas, se pongan de acuerdo de los hechos controvertidos.⁷⁰

Los careos constitucionales sólo se celebran si el procesado lo solicita; los procesales podrán practicarse cuando exista contradicción sustancial, en las declaraciones de dos personas pudiendo repetirse cuando el tribunal lo estime oportuno o cuando surjan nuevos puntos de contradicción.

Los careos procesales se practicarán dando lectura a las declaraciones que se reputen contradictorias, llamando la atención de los careados sobre sus contradicciones, a fin de que discutan entre sí y pueda aclararse la verdad.

Solo podrán concurrir a la diligencia las personas que deben ser careados, las partes y los intérpretes, si son necesarios, y solamente se practicarán entre dos personas

⁶⁹ ORONÓZ M. Op. Cit (Supra 41), p 101-102.

⁷⁰ ARILLA BAS. Op. Cit. (Supra 27), p. 162.

5.9.6 DOCUMENTAL

Documento desde el punto de vista jurídico, es el objeto material en el cual, por escritura, consta o se significa un hecho.⁷¹

Rafael de Pina, señala que documento “es la representación material idónea para poner de manifiesto la existencia de un hecho, susceptible de servir, en caso necesario como elemento probatorio”.⁷²

En el procedimiento penal, documento “es todo objeto o instrumento donde consta o se expresa de manera escrita, representativa o reproductiva la voluntad de una o más personas, relatos, ideas, hechos o cualquier otro aspecto cuya naturaleza sea factible de manifestarse en esas formas”.

Los documentos se clasifican en: *públicos* y *privados*.

Públicos.- Son aquellos escritos otorgados por una autoridad o funcionario público o personas investidas del ejercicio de la fe pública dentro del ámbito de su competencia y en legal forma.⁷³

Privados.- Son aquellos escritos que se expiden por particulares sin la intervención de un funcionario público o persona autorizada para ejercer la fe pública.⁷⁴

⁷¹ RIVERA SILVA. Op. Cit. (Supra 21), p. 223.

⁷² DE PINA. Op. Cit. (Supra 2), p. 255.

⁷³ IDEM.

⁷⁴ IDEM.

El Tribunal recibirá las pruebas documentales que le presenten las partes durante la instrucción y las agregará al expediente asentando razón en autos.

Los documentos existentes fuera de la jurisdicción del Tribunal en que se siga el procedimiento se pedirán por medio de exhorto para que sean enviados.

Los documentos redactados en idioma extranjero se presentarán en original, acompañados de su traducción al español, si esta fuere objetada se ordenará que sean traducidos por los peritos que el tribunal designe.

La prueba documental podrá ser presentada en cualquier estado del proceso hasta un día antes de la citación de la audiencia de vista.

El valor de la prueba es el grado de credibilidad que contiene para provocar certeza en el ánimo del titular del órgano jurisdiccional.

5.9.7 SISTEMA DE VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS

El procedimiento penal contempla los siguientes sistemas:

Libre.- Se traduce en la facultad otorgada al Juez para disponer de los medios de prueba conducentes a la realización de los fines específicos del proceso y además valorados conforme a los dictados de su conciencia.

Tasado.- Este sistema dispone solo de los medios probatorios establecidos en la ley, así mismo el Juez se sujeta a las reglas fijadas legalmente para valorarlos.

Mixto.- Es una combinación de los dos sistemas anteriores; las pruebas las señala la ley, sin embargo la autoridad puede aceptar todo elemento que se le presente como prueba si a su juicio puede constituirla.

5.9.8 VALORACION DE LAS PRUEBAS

La *valoración de la prueba* es un acto procedimental, caracterizado por un análisis conjunto de todo lo aportado a la investigación, para así obtener un resultado en cuanto al hecho, certeza o duda y a la personalidad del delincuente.

Los parámetros de este valor se encuentran trazados en el Código de Procedimientos Penales de nuestro Estado y se resumen de la siguiente manera:

Los documentos públicos harán prueba plena, salvo el derecho de las partes para redargüirlos de falsedad y para pedir su cotejo con los protocolos de los originales existentes en los archivos.

La inspección, así como el resultado de los cateos, harán prueba plena siempre que se practiquen con los requisitos legales.

Todos los demás medios de prueba o de investigación y la confesión constituyen meros indicios.

Los tribunales, según la naturaleza de los hechos y el enlace lógico y natural más o menos necesario que exista entre la verdad conocida y la que se busca, apreciarán en conciencia el valor de los indicios hasta poder considerarlos como prueba plena; exponiendo en sus resoluciones los razonamientos que hayan tenido en cuenta para valorar jurídicamente la prueba.

5.10 CIERRE DE LA INSTRUCCIÓN

El artículo ciento treinta y ocho de nuestro Código Adjetiva Penal vigente en nuestro Estado, señala que la instrucción deberá terminarse en el menor tiempo posible. Cuando exista auto de formal prisión y el delito tenga señalada una pena máxima que exceda de dos años de prisión, se terminara dentro de diez meses, si la pena máxima es de dos años o menos de prisión, o se hubiere dictado auto de sujeción al proceso, la instrucción deberá terminarse dentro del plazo de tres meses; estos términos se contarán a partir de la fecha del auto de formal prisión o en su caso el auto de sujeción al proceso.

El periodo de instrucción se concluye por resolución del tribunal, cuando este considera que las partes han aportado los medios de prueba ofrecidos, dictando un auto donde se declara terminada o agotada la averiguación.

Cuando el tribunal considere agotada la averiguación, mandará poner el proceso a la vista del Ministerio Público por tres días y por otros tres días a la del acusado y su defensor para que promuevan las pruebas que estime necesarias y que puedan practicarse dentro de los quince días siguientes al en que se notifique el auto que recaiga a la solicitud de pruebas; transcurridos o renunciados los plazos mencionados anteriormente, o si no se promovieron pruebas, el tribunal de oficio, declarará cerrada la instrucción.

5.11 CONCLUSIONES

Para Piña y Palacios en su obra “Derecho Procesal Penal”, señala que las *conclusiones* son el “acto mediante el cual las partes analizan los elementos instructórios y sirviéndose de ellos, fijan sus respectivas situaciones con relación al debate que va a planearse. Las conclusiones tienen por objeto el que las partes puedan expresar en forma concreta el resultado del análisis que han hechos de los actos instructórios, determinando cual va a ser la posición que van a adoptar para el juicio”.⁷⁵

Las conclusiones son presentadas en primer lugar por el Ministerio Público, esto tiene su fundamento en el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato, posteriormente se le da vista a la defensa de todo el proceso, a fin de que, en un término de diez días, contesten el escrito de acusación y formulen, a su vez, las conclusiones precedentes; cuando los acusados fueren varios el término será común para todos.

Las conclusiones formuladas por el Ministerio Público pueden ser: *acusatorias* y *absolutorias*.

ACUSATORIAS

Constituyen una exposición fundada jurídica y doctrinariamente en los elementos instructórios del procedimiento, en esta exposición, el Ministerio Público señala la conducta o hechos delictuosos por los que precisa su acusación, el grado de responsabilidad del acusado, la pena aplicable y las demás sanciones previstas en la ley.

⁷⁵ GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO Y OTROS. Prontuario del Proceso Penal Mexicano. ed. 10ª., Ed. Porrúa, México 2002, p. 891.

La importancia de las conclusiones acusatorias radica en que en ellas se concreta el ejercicio de la acción penal, es decir, que el Ministerio Público va a solicitar la aplicación de la pena.

Las conclusiones acusatorias, ya sean formuladas por el agente del Ministerio Público o por el Procurados se harán conocer al acusado y a su defensor, dándoles vista de todo el proceso, a fin de que, en un término de diez días, contesten el escrito de acusación y formulen, a su vez, las conclusiones precedentes; cuando los acusados fueren varios el término será común para todos.

Si las conclusiones acusatorias se refieren a delito cuya Punibilidad no señale sanción privativa de libertad o la señale alternativa, el Juez pondrá en inmediata libertad al acusado, advirtiéndose que queda sujeto al proceso para su continuación hasta la sentencia ejecutoria.

ABSOLUTORIAS

Son una exposición fundada jurídica y doctrinariamente en los elementos instructórios del procedimiento, en las que el Ministerio Público se apoya para fijar su exposición legal justificando la no acusación del procesado y pide la libertad del mismo, ya sea porque el delito no ha existido; por inimputabilidad del acusado; porque exista una causa de justificación y en casos de caducidad y perdón.

Ante esta circunstancia el Juez enviará las conclusiones acompañadas del proceso, al Procurador General de Justicia en el Estado, el cual oirá

el parecer de los agentes auxiliares y dentro de los quince días al de la fecha en que se haya recibido el proceso, resolverá si son de confirmarse, revocarse o modificarse.

5.11.1 CONCLUSIONES DEL ACUSADO POR SÍ O POR SU DEFENSOR

Una vez formuladas las conclusiones del Ministerio Público, el expediente se pone a disposición de la defensa, para que a su vez formule las suyas.

Cuando haya concluido el término de diez días concedido al acusado y a su defensor y éstos no hubieren presentado conclusiones, se tendrán por formuladas las de inculpabilidad.

5.12 AUDIENCIA FINAL

Se citará a una audiencia el mismo día en que el inculcado o su defensor presenten sus conclusiones, o si no se han presentado, en el momento que se declare que se han formulado las de inculpabilidad, esta audiencia deberá efectuarse dentro de los cinco días siguientes. La citación para esa audiencia produce los efectos de citación para sentencia. En la audiencia el Juez, el Ministerio Público y la defensa podrán interrogar al acusado sobre los hechos materia del juicio.

Podrán repetirse las diligencias de prueba que se hubieren practicado durante la instrucción, siempre que sea necesario y posible a juicio del Tribunal, y si hubieren sido solicitadas por las partes a más tardar el día siguiente al en que se notificó el auto citando para audiencia.

Se dará lectura a las constancias que las partes señalen y después de oír los *alegatos* que son los razonamientos jurídicos por los cuales las partes consideran que con las pruebas presentadas se tiene acreditada la acción o la excepción, se declarará visto el proceso, con lo que terminará la diligencia.

5.13 SENTENCIA

La *sentencia* es una resolución judicial que resuelve el fondo del negocio, resuelve la litis, el litigio, es decir, resuelve el objeto del proceso.

Rivera Silva, señala que “la sentencia es el momento culminante de la actividad jurisdiccional, ya que con ella, el órgano encargado de aplicar el derecho resuelve sobre cual es la consecuencia que el Estado señala para el caso concreto sometido a su conocimiento”.⁷⁶

⁷⁶ RIVERA SILVA, op. Cit. (Supra 21), p. 304.

La sentencia es el acto decisorio culminante de la actividad del órgano jurisdiccional, el cual resuelve si actualiza o no sobre el sujeto pasivo de la acción penal la conminación penal establecida por la ley.⁷⁷

5.13.1 ELEMENTOS DE LA SENTENCIA

La sentencia está conformada por dos tipos de elementos que son: *de forma y de fondo*.

De Forma.

Los elementos de forma tratan de la estructura de la sentencia, en cuanto su forma de redacción y los requisitos que esta deba de tener, como son:

- A) Lugar y fecha en que se dicta.
- B) Identificación del expediente, antes la palabra VISTO, y posteriormente la identificación del expediente.
- C) Los resultandos que son una narración sucinta de lo actuado en el proceso.
- D) Los considerandos que son los puntos de derecho, los artículos en que el Juez se basa para resolver; fundamenta su sentencia y hace la valoración de las pruebas.
- E) Los puntos resolutivos que es lo que el juez resuelve en su sentencia.
- F) El cierre de la resolución.

⁷⁷ ARILLA BAS. Op: Cit. (Supra 27), p. 202.

De Fondo.

Estos derivan de los elementos crítico, lógico y político-jurídico que la integran. Son los siguientes:

- A) Determinación si está comprobado el cuerpo del delito.
- B) Determinación de la manera en que el sujeto pasivo de la acción penal, debe responder o no de la comisión de un hecho.
- C) Determinación si se actualiza o no sobre el sujeto pasivo de la acción penal, la comisión penal establecida por la ley.

5.13.2 CLASES DE SENTENCIAS

Las sentencias se clasifican en: *condenatorias* y *absolutorias*.

Condenatorias.- Previa declaración de la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, actualizan sobre el sujeto pasivo de la acción penal, la conminación penal establecida por la ley.

Absolutorias.- Por no estar comprobado el cuerpo del delito ni la probable responsabilidad, o el cuerpo del delito pero no la probable responsabilidad, por no haber realizado el sujeto pasivo de la acción penal el hecho que se le atribuye o estar probada una causa excluyente de la responsabilidad, no actualizan esa conminación.

5.13.3 TIPOS DE SENTENCIA

Existen tres tipos de sentencias, que son: *definitiva, que causa ejecutoria e interlocutoria.*

Definitiva.

Son las sentencias que resuelven el fondo del negocio, resuelve el objeto del proceso y decide definitivamente la cuestión criminal.

Que Causa Ejecutoria.

Según el artículo trescientos cuarenta y ocho de nuestro ordenamiento Adjetivo Penal para el Estado de Guanajuato, son sentencias que causan ejecutoria:

- I. Las sentencias que se hayan pronunciado en primera instancia y que se hayan consentido expresamente.
- II. Cuando concluido el término que la ley señala para interponer algún recurso y este no se haya interpuesto.
- III. Las sentencias contra las cuales la ley no conceda recurso alguno.

Interlocutoria.

Son resoluciones pronunciadas durante el proceso para resolver algún *incidente* que son pequeños juicios accesorios al juicio principal, es decir, son cuestiones relativas y accesorias al juicio principal.

CONCLUSIONES

Una vez terminado nuestro estudio, enunciaré las conclusiones obtenidas del mismo:

PRIMERA: La teoría general del proceso puede considerarse como la base del Derecho procesal y estudia, principalmente, las instituciones, principios y conceptos que les son comunes a todo tipo de procesos, contando con tres conceptos Jurídicos fundamentales: Jurisdicción, Proceso y Acción.

SEGUNDA: La teoría del delito es un sistema de categorización por niveles, conformado por el estudio de los presupuestos jurídico-penales de carácter general que deben concurrir para establecer la existencia de un delito, es decir, permite resolver cuando un hecho es calificable de delito.

Esta teoría, no se ocupa de los elementos o requisitos específicos de un delito en particular (Lesiones, Daños, homicidio, robo, violación, etc.), sino de los elementos o condiciones básicas y comunes a todos los delitos.

TERCERA: Los elementos del delito son los componentes y características, no independientes, que constituyen el concepto del

delito, teniéndose entonces elementos objetivos y elementos subjetivos del delito.

CUARTA: El procedimiento penal cuenta con cuatro períodos: Periodo de Averiguación Previa, Periodo de Instrucción, Periodo de Juicio y Periodo de Ejecución.

QUINTA: El Enriquecimiento Ilícito es una conducta tipificada como delito, el cual solo puede ser realizada por servidores públicos. Existe enriquecimiento ilícito cuando un servidor público no puede demostrar el origen lícito de su riqueza, o el aumento de su patrimonio, el cual no corresponde con el ingreso que percibe por el ejercicio de sus funciones.

SEXTA: En la persecución de los delitos debe tenderse a la Eficacia Penal (trata de captar las simples sospechas de una realidad antijurídica y culpable), pero hay limitaciones porque no todo lo que parece sospecha de ser antijurídico y culpable, es susceptible de sanción penal, por lo que con la “facultad de investigación de la situación patrimonial de los servidores públicos” otorgada a la Secretaría de la Función Pública, a través de la Ley Federal De Responsabilidades de los Servidores Públicos, se le da preferencia a la Eficacia Penal con quebrantamiento a la Seguridad Jurídica (esta obliga a salvaguardar las normas constitucionales, penales y procesales, que existen en un régimen de Derecho), y luego entonces dicha Ley no se sujeta a lo previsto en el Principio de Supremacía Constitucional, (el

cual establece que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, Leyes y Tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o Leyes de los Estados).

Esto en virtud de que La Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos faculta a la Secretaría de la Función Pública, para que haga al Ministerio Público, en su caso, declaratoria de que el Funcionario sujeto a la investigación respectiva, no justificó la procedencia lícita del incremento sustancial de su patrimonio, de esta forma en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, tal facultad nos hace un reenvío al artículo del Código Penal del Estado de Guanajuato, donde se construye la existencia del Delito de Enriquecimiento Ilícito, luego entonces, dicha investigación realizada por La Secretaría de La Función Pública versa sobre hechos delictivos que posiblemente son causantes de un delito, siendo que por mandato constitucional el único que puede investigar y perseguir delitos es el Ministerio Público.

BIBLIOGRAFÍA

AMUCHATEGUI REQUENA IRMA GRISELDA. DERECHO PENAL 3ª ed. Ed. Oxford
México, 2006. p.p.418.

ARILLA BASS FERNANDO. EL PROCEDIMIENTO PENAL EN MEXICO. 22ª ed.
Ed. Porrúa, México, 2003. p.p 507.

ARELLANO GARCIA CARLOS. TEORÍA GENERAL DEL PROCESO. 21ª ed. Ed.
Porrúa, México, 1980. p.p 472.

CARRANCÁ Y TRUJILLO. DERECHO PENAL MEXICANO.PARTE GENERAL. 10ª ed
Ed. Porrúa. México, 1972. p.p 390.

CASTELLANOS TENA FERNANDO. LINAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO
PENAL 44ª ed. Ed. Porrúa. México, 2003. p.p 363.

CASTELLANOS TENA FERNANDO. LINEAMENTOS ELEMENTALES DE DERECHO
PENAL. 43ª ed. Ed. Porrúa. México, 2002. p.p 253

CUELLO CALÓN EUGENIO. DERECHO PENAL. T. I. 8ª. ed. Ed. Porrúa. México.
1980. P.p. 787.

DELGADILLO GUTIÉRREZ LUIS HUMBERTO. EL SISTEMA DE
RESPONSABILIDADES DE LOS
SERVIDORES PÚBLICOS. 8ª ed.
Ed. Porrúa. México, 2001. p.p 250.

GARCÍA RAMÍREZ SERGIO Y OTROS. PRONTUARIO DEL PROCESO
PENAL MEXICANO. 10ª ed. Ed.
Porrúa. México, 2002. p.p 1276

GÓMEZ LARA CIPRIANO. TEORÍA GENERAL DEL PROCESO. 9ª ed. Ed.
Harla. México, 1996. p.p 337.

JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS. TRATADO DE DERECHO PENAL III. 2ª ed. Ed.
Losada. Buenos Aires. Argentina. 1958. p.p 338.

JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS. LECCIONES DE DERECHO PENAL. Tomo VII. 3ª
ed. Ed. Harla. México, 1997. p.p 367.

JIMÉNEZ HUERTA MARIANO. DERECHO PENAL MEXICANO. Tomo I. 4ª
ed. Ed. Porrúa. México, 1983. p.p 501.

LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO. INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL.
5ª ed. Ed. Porrúa. México, 1997. p.p 303.

LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO. TEORÍA DEL DELITO. 10ª ed. Ed. Porrúa
México, 2002. p.p. 313.

ORONoz M. CARLOS. LAS PRUEBAS EN MATERIA PENAL. 3ª ed. Ed. Pac.
México, 1997. p.p 216.

OVALLE FAVELA JOSÉ. TEORÍA GENERAL DEL PROCESO. 4ª ed. Ed.
Oxford. México, 1999. p.p 468.

PALLARES EDUARDO. PRONTUARIO DE PROCEDIMIENTOS PENALES.
12ª ed. Ed. Porrúa. México, 1991. p.p. 359.

PLASCENCIA VILLANUEVA RAÚL. TEORÍA DEL DELITO. 1ª ed. Ed. UNAM.
México, 1998. p.p. 297.

PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO. APUNTAMIENTOS DE LA PARTE
GENERAL DEL DERECHO PENAL.
15ª. ed. Ed. Porrúa, México.

RIVERA SILVA MANUEL. EL PROCEDIMIENTO PENAL. 29ª. ed. Ed. Porrúa.
México, 2000. p.p 393.

SANDOVAL DELGADO EMILIANO. MEDIOS DE PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO
PENAL. 3ª ed. Ed. Cárdenas Distribuidores
México, 1999. p.p 196

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE GUANAJUATO.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE GUANAJUATO.

LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.

OTRAS FUENTES

GUTIERREZ NEGRETE FRANCISCO. APUNTES DE CÁTEDRA DE TEORÍA
GENERAL DEL PROCESO. Facultad de
Derecho. Universidad Lasallista Benavente.

PINA VARA RAFAEL. DICCIONARIO DE DERECHO. 12ª ed. Ed. Porrúa. México,
1984. p.p. 510.