



UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE

FACULTAD DE DERECHO

Con estudios incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México
CLAVE: 879309

LAS DILIGENCIAS DE PRUEBAS EN LA AUDIENCIA FINAL DEL PROCEDIMIENTO PENAL

T E S I S

Que para obtener el título de
LICENCIADO EN DERECHO

Presenta:
JOSUÉ URIEL BALDERAS MALDONADO

Asesor: Lic. Francisco Gutiérrez Negrete

Celaya, Gto.

Enero 2010



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A Dios por permitirme este pequeño
gran paso en mi vida.

A mis padres y hermanos, por el gran apoyo
que siempre me han brindado.

A mi hijo, por ser la luz de mi vida

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO PRIMERO

DERECHO PENAL.

	Página
1.1. El Derecho Penal.	1
1.1.1. El Derecho Penal en su sentido Objetivo.	4
1.1.2. El Derecho Penal en su sentido Subjetivo.	5
1.1.3. El Derecho Penal Sustantivo.	6
1.1.4. El Derecho Penal Adjetivo.	7
1.2. Dogmas Penales.	8
1.3. Norma Penal.	9
1.4. Diferentes definiciones del delito.	10

CAPÍTULO SEGUNDO

ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO.

2.1. Conducta.	15
2.1.1. Acción.	17
2.1.2. Omisión.	18
2.1.3. Ausencia de Conducta.	20
2.2. Tipicidad y su Ausencia.	22

2.2.1. Concepto de Tipicidad.	23
2.2.2. Tipo Penal.	24
2.2.3. Elementos del Tipo Penal y Cuerpo del Delito.	25
2.2.4. Atipicidad.	32
2.3. Antijuridicidad y su Ausencia.	33
2.3.1. Antijuridicidad.	33
2.3.2. Antijuridicidad Formal y Material.	36
2.4. Causas de Justificación.	36

CAPÍTULO TERCERO

ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DELITO.

3.1. Imputabilidad.	47
3.1.1. Elementos de la Imputabilidad.	48
3.2. Inimputabilidad.	48
3.2.1. Causas de Inimputabilidad.	49
3.3. Culpabilidad y su aspecto negativo.	51

CAPÍTULO CUARTO

TEORÍA GENERAL DEL PROCESO.

4.1. Jurisdicción.	52
4.2. Competencia.	55
4.3. Proceso.	60
4.4. Procedimiento.	64

4.4.1. Litigio.	65
4.4.2. Juicio.	66
4.4.3. Acción.	67

CAPÍTULO CINCO

DERECHO PROCESAL PENAL.

5.1. Derecho sustantivo y derecho adjetivo.	68
5.2. El Procedimiento Penal.	68
5.2.1. Etapas del Procedimiento Penal.	69
5.2.2. La averiguación previa.	70
5.2.3. Requisitos de procedibilidad.	71
5.2.4. La finalidad del Ministerio Público en la averiguación previa.	74
5.2.5. La detención.	77
5.2.6. La reserva y el archivo del expediente en la averiguación previa.	82
5.2.7. La determinación.	83
5.2.8. La consignación.	83
5.3. La instrucción.	93
5.3.1. La primera fase de la instrucción.	95
5.3.1.1. La declaración preparatoria.	95
5.3.2. La resolución de la situación jurídica del indiciado.	100
5.4. La segunda fase de la instrucción.	108
5.4.1. La prueba procesal.	109
5.4.2. Los medios de probar.	112
5.4.2.1. El objeto de prueba.	113
5.4.2.2. El órgano de la prueba.	113

5.4.2.3. Los diversos medios de probar.	114
5.4.2.4. Valor jurídico de los medios de probar.	139
5.4.3. El auto que declara agotada la averiguación.	141
5.4.4. El auto que declara cerrada la instrucción.	143
5.5. El juicio.	143
5.5.1. Las conclusiones.	145
5.5.2. La audiencia final del juicio.	151
5.6. La sentencia.	156

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo de investigación ha sido realizado ya que durante mi trayectoria de estudiante llamó mi atención la posibilidad de que las diligencias de prueba en su desahogo dentro de la instrucción podrían ser repetidas una vez cerrada la instrucción y específicamente en la audiencia final del Procedimiento Penal. De tal manera que estructuramos el presente trabajo de la siguiente manera: Primeramente por un capítulo correspondiente a Derecho Penal, El siguiente capítulo correspondiente a los Elementos Objetivos del Delito, dentro de los cuales tenemos a la conducta, la tipicidad, antijuridicidad y sus aspectos negativos de cada uno de estos elementos; continuando con el capítulo denominado Elementos Subjetivos del Delito, el cual versa sobre la Imputabilidad y la Culpabilidad; en seguida plasmamos la Teoría General del Proceso para desembocar en el Derecho Procesal Penal, y de esta manera culminar con el trabajo de investigación planteado que lleva como tema “Las Diligencias de Pruebas en la Audiencia Final del Procedimiento Penal”.

CAPÍTULO PRIMERO

DERECHO PENAL.

1.1. EL DERECHO PENAL.

En toda sociedad es necesario un orden, de naturaleza jurídica, pues sin ese orden reinaría el caos. El estado estará siempre subordinado a la Ley, y no debe actuar al margen del Derecho, por esto, la represión y castigo de los actos u omisiones que afectan con mayor o máxima relevancia al grupo social, se rige por normas jurídicas cuyo conjunto integra a lo que es el Derecho Penal.

Empezaremos diciendo que el Derecho Penal es el ámbito del ordenamiento jurídico que se ocupa de la determinación de los delitos y faltas, de las penas que procede imponer a los delincuentes y de las medidas de seguridad establecidas por el Estado para la prevención de la delincuencia. La tipificación de las conductas como delictivas puede variar, en alguna medida, según los tiempos y los países, pero en todo caso se tutela a las personas que forman parte integrante del conglomerado social y a los bienes jurídicos tutelados (vida, integridad física, propiedad, honor). Requisitos del Derecho Penal son la proporcionalidad entre el delito y la

pena y el respeto al principio de legalidad, formulado según la tradición procedente del derecho romano mediante la sentencia: "*nullum crimen, nulla poena sine previa lege*" ("ningún crimen, ninguna pena sin ley previa").

Al Derecho Penal, lo podemos definir diciendo que es el conjunto de normas de Derecho Público que estudia los delitos, las penas y medidas de seguridad aplicables a quienes realicen las conductas previstas como delitos, con el fin de proteger los bienes jurídicos fundamentales de la sociedad y de los individuos.¹

Otra definición de Derecho Penal es: el conjunto normativo perteneciente al Derecho Público Interno que tiene por objeto al delito, al delincuente y a la pena o medida de seguridad, para mantener el orden social mediante el respeto de los bienes jurídicos tutelados por la ley.²

Por lo que respecta a la definición del maestro Guillermo Colín, el Derecho Penal es la rama del Derecho Público Interno, cuyas disposiciones se encaminan a mantener el orden social, reprimiendo los delitos por medio de las penas, también prevé medidas de seguridad cuando son consecuencia de actos ejecutados por enfermos o menores de edad.³, Es decir por inimputables.

¹ ORELLANA WIARCO OCTAVIO ALBERTO. CURSO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL. Ed. Porrúa. México. 1999. p.p. 5.

² AMUCHATEGUI REQUENA IRMA. DERECHO PENAL. Ed. Harla. México 1998. p.p. 14.

³ COLÍN SÁNCHEZ GUILLERMO. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES 17ª. ed. Ed. Porrúa. México. 1998. p. p. 3.

El maestro español Cuello Calón afirma que el Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado y que determinan los delitos y las penas.⁴

Por lo que respecta al maestro Jiménez de Asúa. El Derecho Penal es el conjunto de disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.⁵

Eugenio Raúl Zaffaroni señala que el Derecho Penal es el conjunto de leyes, que traduce normas que pretende tutelar bienes jurídicos, y que precisan el alcance de su tutela, cuya violación se llama delito y aspira a que tenga como consecuencia una coerción jurídica particularmente grave, que procura evitar la comisión de nuevos delitos por parte del autor.⁶

En tanto para Betancourt el Derecho Penal consiste en un conjunto sistemático de conocimientos obtenidos del ordenamiento positivo, referente al delito, al delincuente, a las penas y a las medidas de seguridad.⁷

⁴ CUELLO CALÓN EUGENIO Citado por LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO. INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL. 4ª. ed. Ed. Porrúa México. 1996. p.p. 47.

⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS. Citado por ÍDEM. p.p. 48.

⁶ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. Citado por LÓPEZ BETANCOURT op. Cit. p.p. 47-50.

⁷ LOPEZ BETANCOURT EDUARDO. Op Cit. p.p. 281.

De esta manera Betancourt se refiere al Derecho Penal como ciencia no como ordenamiento jurídico, siendo así, el Derecho Penal no tiene obligatoriedad, pues esta la tendrá en cuanto sea considerado como conjunto de normas.

1.1.1. EL DERECHO PENAL EN SU SENTIDO OBJETIVO.

Cuando hablamos de Derecho Penal Objetivo nos referimos al conjunto de normas jurídicas emanadas del poder público que establece los delitos y señala las penas y medidas de seguridad, así como su forma de aplicación.

En otras palabras es la ley, regla o norma que nos manda, que nos permite o que nos prohíbe.

Para Pessina es el conjunto de principios relativos al castigo del delito. Según Edmundo Mezger el Derecho Penal Objetivo es el conjunto de reglas que norman el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando en el delito como presupuesto, la pena como su consecuencia jurídica. En México Raúl Carrancá y Trujillo estima que el Derecho Penal, objetivamente considerado, es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define

los delitos, determina penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de la misma a los casos de incriminación.⁸

1.1.2. EL DERECHO PENAL EN SU SENTIDO SUBJETIVO.

En sentido Subjetivo se dice que el Derecho Penal es la facultad o derecho del Estado para sancionar, para castigar, es el “ius punuendi”. El Estado determina que conductas son delictivas y que penas o medidas de seguridad deben aplicarse al delincuente.

El Derecho Penal en sentido Subjetivo, consiste en la facultad de hacer o no hacer una cosa, sería el derecho de castigar, que resulta limitado por las propias leyes que los Estados dictan, esto es así, en garantía de la libertad, ya que las actividades estatales han quedado, por lo mismo concretadas a lo que la ley establece: “nullum crimen, nulla poena sine lege”. Estrictamente no hay derechos subjetivos, sino más bien, pretensiones del sujeto activo.⁹

El Derecho Penal en sentido subjetivo es el derecho de castigar (ius punuendi) es el derecho del estado al conminar la ejecución de ciertos hechos (delitos) con penas, y en el caso de su comisión, a imponerlas y a ejecutarlas. En esta noción esta contenido el fundamento filosófico del

⁸ PESSINA, MEZGER, Y CARRANCÁ. Citados por CASTELLANOS TENA FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DEL DERECHO PENAL. 34ª. ed. Ed. Porrúa. México. 1994. p.p. 21.

⁹ IBÍDEM.

derecho Penal. Habrá de definirse como el derecho del Estado a definir los delitos y a determinar, imponer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad. Para Julio Klein, para quien la sanción penal no es un derecho sino un deber del estado. El único deber ser que se contiene en la norma primaria penal. El Derecho Penal Subjetivo, es el conjunto de atribuciones del Estado, emanados de normas, para determinar los casos en que debe imponerse las penas y las medidas de seguridad.¹⁰

1.1.3. EL DERECHO PENAL SUSTANTIVO.

Cuando nos referimos a los delitos, penas y medidas de seguridad, es decir, a la materia, a la sustancia del propio Derecho Penal, estamos frente a normas de Derecho Penal Sustantivo, también se conoce como Derecho Material.

El Derecho Penal se integra por normas relativas al delito, a la pena, y a las demás medidas de lucha contra la criminalidad, por lo tanto, la verdadera sustancia del Derecho Penal la constituyen tales elementos, de ahí la denominación Derecho Penal sustantivo o material. Para Eusebio Gómez el Derecho Penal Sustantivo concreta la noción del delito y determina sus consecuencias. Las normas del Derecho Penal Sustantivo no

¹⁰ JULIO KLEIN. Citado por CASTELLANOS TENA. Op. Cit. p.p. 22.

deben aplicarse en forma arbitraria o caprichosa, sino de manera sistemática y ordenada.¹¹

El Estado tiene la potestad para regular las condiciones del castigo y de la aplicación de las medidas asegurativas, como complemento o subtítulo de la pena. Esta regulación corresponde al llamado Derecho Penal Sustantivo.

El Derecho Penal Sustantivo regula la punibilidad de los delitos que afectan directamente e inmediatamente la seguridad de los derechos particulares y sociales de los individuos, establecidos y protegidos por la ley.

1.1.4. EL DERECHO PENAL ADJETIVO.

Derecho Penal Adjetivo. Es el complemento necesario del derecho sustantivo, se trata del conjunto de normas que se ocupan de señalar la forma de aplicar las normas jurídico-penales en los casos concretos: se le llama más comúnmente derecho Procesal o instrumental, que constituye la forma en que se aplica la materia penal.

El Código Penal para el Distrito Federal constituye el Derecho Penal Sustantivo, y el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal constituye el Derecho Penal Adjetivo.

¹¹ IBÍDEM.

Para Eugenio Florian es un conjunto de normas que regulan y disciplinan el proceso en su conjunto y los actos particulares que le caracterizan.¹²

1.2. DOGMAS PENALES.

En torno a las ideas liberales de estricta legalidad que constituyen verdaderas garantías para la persona humana, se han establecido diversos principios, el clásico y más importante dice: “nullum crimen, nulla poena sine lege”, es decir, no hay crimen sin ley y tampoco hay pena sin ley, de ahí se deriva que la pena solo puede aplicarse a consecuencia del delito y aquélla y este, únicamente encuentra su origen en la ley.

No hay delito sin ley que lo formule previamente, “nullum crimen sine lege, nullum crimen sine proevia lege poena” (artículo 14 Constitucional párrafo tercero). No puede aplicarse pena que no esté establecida por ley, “nulla poena sine lege, nullum crimen sine poena legale” (artículo 14 Constitucional párrafo tercero). Nadie puede ser sometido a un juez que no derive su jurisdicción de la ley: “nemo iudex sine lege”, en consecuencia el órgano jurisdiccional que tiene que funcionar legalmente ha de ser el que por ley debe conocer del delito y la competencia en relación con éste, no puede ser reconocida a tribunales extraordinarios. El artículo 13 Constitucional

¹² EUGENIO FLORIAN Citado por COLÍN SÁNCHEZ GUILLERMO. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTO PENALES. 17ª. ed. Ed. Porrúa México. 1999. p.p. 4.

comienza así: nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales.

No puede aplicarse pena sino mediante juicio: “nulla poena sine iudicio, nemo domnetur nisi per legale iudicium”. El citado artículo 14 Constitucional párrafo segundo mantiene que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos sino mediante un juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Por último la forma de ejecución de la pena debe estar previamente establecida por la ley. Sin este corolario principio de que no hay pena sin ley quedaría incompleto por las arbitrariedades a que la ejecución pudiera dar lugar.

Cuando se dice “nulla poena sin lege” no debe entenderse que sea la ley la creadora de los delitos, pues todo lo que ella hace es reconocer su existencia, y fijar la correlativa sanción, el delito es la violación de una norma que esta mas allá de la ley, su violación que siempre es injusta por más que solo pueda ser sancionada cuando la ley la tipifica y la culmina con pena.

1.3. NORMA PENAL.

Por norma entendemos “toda regla de comportamiento obligatorio”.

La norma jurídica en general, tiene como característica que es bilateral (porque además de conceder derechos impone obligaciones de manera correlativa); es heterónoma (porque su origen no está en la voluntad de la persona que se sujeta a ella y porque existe otra persona que nos la puede aplicar); es externa (porque regula el comportamiento del hombre hacia su ámbito social, es decir, regula la conducta externa del hombre) y es coercible, es decir que existe la posibilidad de imponer normas a través de la fuerza.

Para su estudio encontramos que la norma penal, se encuentra estructurada por dos elementos fundamentales que son:

1.- SUPUESTO, PRESUPUESTO, POSTULADO DE HECHO O HIPÓTESIS.- Donde se establece el modelo de conducta que debemos observar para vivir pacíficamente, esto es, la conducta que debe ser.

2.- LA CONSECUENCIA. – Que se traduce en la sanción.

La norma penal, entonces a diferencia de la Norma Jurídica General, tiene como característica esencial que su sanción se traduce en una pena.

1.4. DIFERENTES DEFINICIONES DEL DELITO.

La palabra delito deriva del verbo latino “delinquere”, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

Varios autores han tratado de producir una definición del delito con validez universal para todos los tiempos y lugares. Como el delito está íntimamente relacionado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, los hechos que unas veces han tenido ese carácter lo han perdido en función de situaciones diversas. Aun así, es posible caracterizar el delito jurídicamente por medio de formulas generales determinantes de sus atributos esenciales.

Llegamos a la definición de delito de la siguiente manera:

Con el sistema clásico o causalista Franz Von Liszt, en 1881 tratando de descubrir los conceptos básicos del delito, hace un estudio de su Código Penal Sustantivo alemán y descubre que todo lo establecido en la parte especial eran acciones, y que estas acciones eran contrarias a derecho y por eso les llamo antijurídicas, y estas acciones antijurídicas eran atribuibles a los sujetos a título de dolo o de culpa y a esto le llamo culpabilidad. Por lo tanto, para Franz Von Liszt delito es “acción antijurídica y culpable”. Con lo anterior se establecen las bases fundamentales del sistema clásico de la dogmática penal alemana.

Siguiendo esta misma corriente en 1906 Ernesto Von Beling publica su teoría del delito y en ella su teoría del tipo penal. Este es el primero que sistematiza el tipo y agrega a la definición del delito la tipicidad diciendo que el delito es una acción típica, antijurídica y culpable. El tipo penal de Beling por lo tanto es un tipo descriptivo, avaloradamente neutro y puramente

objetivo. Es descriptivo porque solo define la conducta que se considera delito. Es avaloradamente neutro por qué no está relacionado con los juicios de valor y es puramente objetivo porque solo contiene elementos objetivos o materiales.

En 1915 Ernesto Mayer define el delito igual que Beling afirmando que el delito es la acción típica, antijurídica y culpable, pero la definición de Mayer tiene un mérito ya que empieza a relacionar el elemento tipicidad con el juicio de valor de la antijuridicidad, dándole a la tipicidad una característica de indicio de la antijuridicidad, pero considerándolo aun independiente de ella y afirmando en consecuencia, que toda acción o conducta típica puede ser antijurídica, siempre y cuando no exista una causa de justificación, así aparece la “Ratio Cognoscendi” de la antijuridicidad.

Con Edmundo Mezger la tipicidad ya no es un elemento autónomo, pues lo relaciona íntimamente con la antijuridicidad, apareciendo de esta forma la “Ratio Essendi” de la Antijuridicidad, esto es, que la tipicidad es el fundamento esencial de la antijuridicidad.

Afirmando, así en su mecanismo, que toda conducta típica es antijurídica siempre y cuando no exista una causa de justificación y definiendo al delito como conducta típicamente antijurídica y culpable.

Anteriormente, nuestro Código Penal Sustantivo para el Estado de Guanajuato, definía al delito como una conducta, típicamente, antijurídica, imputable, culpable y punible, cuya concepción positiva y negativa es la siguiente:

ASPECTO POSITIVO

ASPECTO NEGATIVO

CONDUCTA

AUSENCIA DE CONDUCTA

TIPICIDAD

ATIPICIDAD

ANTI JURIDICIDAD

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

IMPUTABILIDAD

INIMPUTABILIDAD

CULPABILIDAD

INCULPABILIDAD

PUNIBILIDAD

EXCUSAS ABSOLUTORIAS

No obstante, habiendo desaparecido la definición dogmática del delito en nuestro actual Código Penal para el Estado de Guanajuato, se presume su existencia, ya que en su artículo 33, encontramos todas las eximentes de

responsabilidad, esto es, en el se establece todo el aspecto negativo del delito, a excepción de las excusas absolutorias que se encuentran diseminadas en todo el Código en la parte especial.

CAPÍTULO SEGUNDO

ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO.

2.1. CONDUCTA.

La conducta, es el primer elemento positivo del delito, la cual analizada dentro del ámbito del Derecho Penal, se ha considerado como un elemento esencial que estructura al delito y que contribuye con los demás ingredientes constitutivos a integrarlo. Suele aplicarse para designar a este primer elemento del delito, los términos conducta, hecho, acción, acto; sin embargo, nosotros consideramos más aceptable la expresión conducta, ya que es un comportamiento, y dentro del comportamiento, cabe el aspecto positivo (la acción o el actuar) y el aspecto negativo (la omisión o el abstenerse de obrar).

Fernando Castellanos ha definido a la conducta como un comportamiento humano, voluntario positivo o negativo, encaminado a un propósito;¹³ en tanto Von Liszt, a este elemento objetivo lo denominaba acción y se traducía en el movimiento corporal voluntario, positivo o negativo, desencadenante del proceso causal que modifica el mundo exterior.

¹³ CASTELLANOS TENA FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL 34^a. ed. Ed. Porrúa. México. 1994. p.p. 147.

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. Es voluntario dicho comportamiento porque es decisión libre del sujeto y está encaminado a un propósito, porque tiene una finalidad al realizarse la acción u omisión.¹⁴

De esta manera, para que exista este llamado elemento objetivo del delito, es necesario que exista la voluntad, y solamente así podremos hablar de conducta o acción. De acuerdo con Jiménez Huerta, tal palabra es significativa de que todo delito consta de un comportamiento humano voluntario. Dicho así, en el Derecho Penal la conducta puede manifestarse de dos formas: por acción y por omisión, las cuales definiremos en los siguientes puntos a tratar.

2.1.1. ACCIÓN.

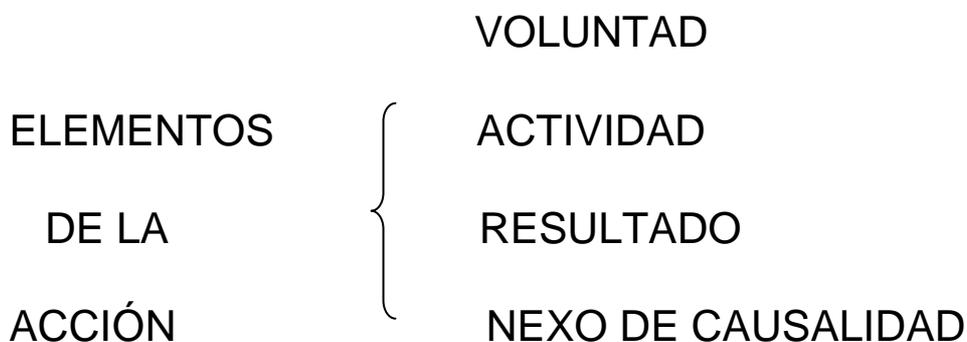
En sentido estricto, la acción es la actividad voluntaria realizada por el sujeto, integrada por el movimiento, que es un elemento físico; y por la voluntad, que es un elemento psíquico.

La acción o comisión, consiste en un actuar, en un hacer, en un llevar a cabo; es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo

¹⁴ LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO. TEORÍA DEL DELITO. 2ª. ed. Ed. Porrúa. México. 1995 p.p. 73.

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.¹⁵

La acción, quebranta una norma de carácter prohibitivo, convirtiéndose así en una comisión.



Son elementos de la Acción:

- LA VOLUNTAD.- Es el querer por parte del sujeto activo, de cometer el delito; es propiamente la intención.
- LA ACTIVIDAD.- Consistente en el hacer o el actuar. Es el hecho positivo o movimiento corporal humano encaminado a cometer el delito.

¹⁵ CASTELLANOS TENA. OP. CIT. p.p. 156.

- EL RESULTADO.- Es la consecuencia de la conducta; es la modificación del mundo exterior.
- EL NEXO DE CAUSALIDAD.- Es el ligamento, vínculo o relación que une a la conducta con el resultado, el cual es objetivo.

2.1.2. OMISIÓN.

Frente a la acción como conducta en sentido positivo, tenemos por otro lado a la omisión, la cual consiste en el no hacer, en tener la voluntad de inactividad al presentarse el deber de obrar establecido en las normas penales; radica en una abstención de actuar, esto es, no hacer o dejar de hacer, constituyendo así, la forma negativa del comportamiento o de la acción, que se constituye en omisión cuando viola una norma dispositiva que ordena o manda.

LA OMISIÓN	}	- SIMPLE O PROPIA
PUEDE SER		-COMISIÓN POR OMISIÓN
DE DOS FORMAS		O COMISIÓN IMPROPIA

La omisión simple u omisión propia, consiste en un no hacer lo que se debe hacer, violando así, una norma dispositiva y originando entonces, los delitos de simple omisión.

Los delitos de omisión consisten en la abstención del sujeto, cuando la ley ordena la realización de un acto determinado. Esta omisión es la conducta inactiva, es la manifestación de la voluntad exteriorizada pasivamente en una inactividad, para que esta omisión sea sujeta de Derecho Penal, debe existir el deber jurídico de hacer algo.

La voluntad en la comisión consiste en no querer realizar la acción que se espera y que es exigida, en la comisión también existe un elemento psicológico: la voluntad.

La omisión impropia, da nacimiento a los delitos de comisión por omisión y consiste en una doble violación de deberes; una de obrar y una de abstenerse de obrar, y por ello se infringen dos normas: una dispositiva y una prohibitiva.

La esencia de la omisión impropia, se encuentra en la inactividad voluntaria que al infringir un mandato de hacer acarrea la violación de una norma prohibitiva o mandato de abstenerse, produciendo un resultado tanto típico o jurídico como material.

Para la existencia de la comisión por omisión se requiere primeramente una omisión, un no hacer que traiga consigo un quebrantamiento de una norma dispositiva lo cual debe tener una consecuencia mediata querida, admitida y consentida por el agente¹⁶, violándose a su vez una norma prohibitiva.

2.1.3. AUSENCIA DE CONDUCTA.

Es el aspecto negativo de la conducta.

La ausencia de conducta es uno de los aspectos impositivos 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.

Actualmente, nuestro Código Penal para el Estado de Guanajuato la ausencia de conducta se encuentra actualmente en su artículo 33 fracción I nos dice literalmente lo siguiente:

Artículo 33.- El delito se excluye cuando:

¹⁶ ÍDEM. p.p. 154.

¹⁷ ÍDEM. p.p. 162

I. El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente.

De esta manera, como ya se ha dicho anteriormente que cada aspecto positivo del delito tiene su aspecto negativo y ante la presencia de su aspecto negativo se elimina el correspondiente elemento y consecuentemente no habrá delito por faltar un elemento de definición. Pues bien, el elemento objetivo conducta tiene su aspecto negativo que se traduce en las causas de Ausencia de Conducta. Nuestro Código Penal anterior establecía como causas de ausencia de conducta a la “*Vis Maior*” o *Fuerza Mayor*, “*Vis Absoluta*” o *Fuerza Física Irresistible*, *Impedimento Físico* y cualquier otra causa que nulifique la voluntad.

De esta forma debemos de decir que la “*Vis Maior*” o *Fuerza Mayor*, el sujeto se mueve obligado por las fuerzas de la naturaleza obteniéndose así un resultado típico, un resultado ilícito que constituye una ausencia de conducta como consecuencia de que el sujeto se ha movido pero no por su voluntad sino por una fuerza superior proveniente de la naturaleza.

En cuanto a la “*Vis Absoluta*” o *Fuerza Física Irresistible*, el sujeto se mueve como consecuencia de una fuerza proveniente, en este caso no de la naturaleza, sino proveniente de otro ser humano en donde tampoco puede haber conducta supuesto que el sujeto se ha movido sin su voluntad.

En relación con el 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.

Y finalmente, nuestra ley anterior se refería a cualquier causa que nulificara la voluntad y dentro de ese aspecto de ausencia de conducta se comprendía al sueño, al sonambulismo, al hipnotismo, a los movimientos reflejos.

Lo anterior nos lleva a reafirmar que para que exista conducta es necesario la existencia de movimientos corporales positivos o negativos, pero todos ellos regidos por la voluntad o capacidad de autodeterminación del hombre, por lo que podemos decir que pueda haber movimientos corporales, pero que sí estos no son voluntarios no podemos hablar de la existencia de la conducta.

2.2, TIPICIDAD Y SU AUSENCIA.

En este apartado desglosaremos un poco del tema de la tipicidad y su ausencia.

2.2.1. CONCEPTO DE 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.

En su primera acepción se define como el segundo elemento objetivo del delito.

En su segunda acepción es el juicio de valor con el que se valora o desvalora la conducta que se considera delito. Conducta que reúne los requisitos que el tipo penal exige para poder tipificar.

En su tercera acepción es la adecuación de la conducta dada en la realidad con la descrita en el tipo penal. Hay tipicidad cuando la conducta dada en la realidad se adecua en el tipo penal; cuando reúne los requisitos o elementos necesarios que el tipo penal exige.

La tipicidad, que fue adicionada por Ernesto Von Beling en 1906, a la definición dogmática del delito de Franz Von Liszt.

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 aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”. Por esta razón jurídica no existe delito si no existe tipicidad.

La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo penal, es decir, el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis legal. Así pues, habrá tipicidad cuando la conducta de alguien encaje exactamente en la abstracción plasmada en la ley.

Para Celestino Porte Petit, la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la formula “nullum crimen sine tipo”.¹⁸

Asimismo, es necesario mencionar que la tipicidad representa un juicio de valor, juicio con el cual vamos a valorar la conducta que se da en la realidad para determinar si reúne o no, los elementos que el tipo penal exige, por tanto, la conducta será típica cuando descubriendo que por reunir dichos elementos se adecua al tipo penal efectuando por ende una valoración de la misma. En consecuencia, la tipicidad es un elemento esencial objetivo del delito, sin el cual, éste no podrá configurarse.

2.2.2. TIPO PENAL.

Etimológicamente, tipo significa modelo, que aplicado a la materia jurídico penal se refiere al modelo legal que prescribe las conductas delictivas.¹⁹

¹⁸ PORTE PETIT citado por Castellanos Op. Cit. Supra (15) p.p. 168.

¹⁹ ORELLANA WIARCO Op. Cit. Supra (1) p.p. 216.

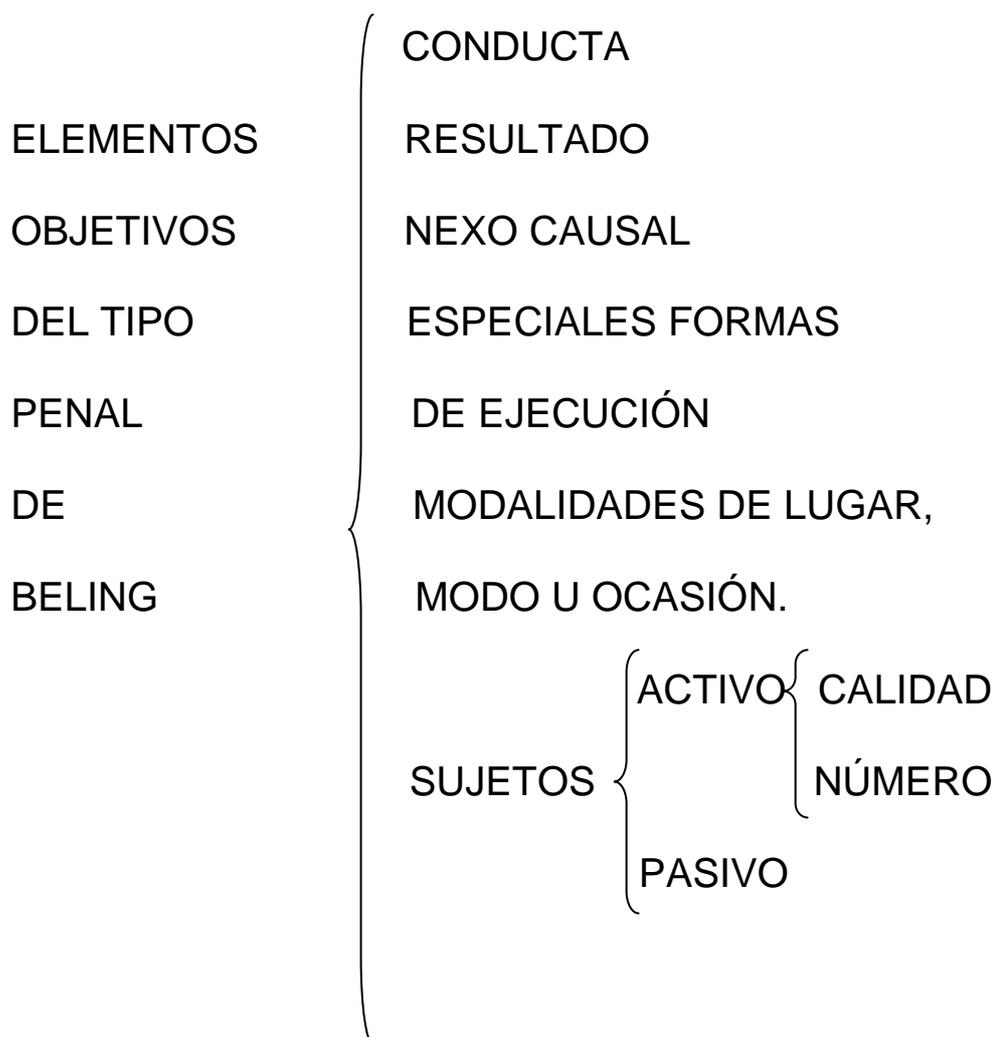
A diferencia de la tipicidad, el tipo penal, es una creación legislativa, es la descripción que hace el estado de una determinada conducta en los preceptos penales, es la descripción legal de un delito o bien, la abstracción plasmada en la ley de la figura delictiva.²⁰

Cada tipo penal señala sus propios elementos, los cuales deberán reunirse en su totalidad de acuerdo en lo señalado en el tipo, de manera que la conducta realizada sea idéntica a la abstracción legal.

2.2.3. ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y CUERPO DEL DELITO.

De acuerdo con lo anterior, en este punto, procederemos a describir los elementos objetivos del tipo penal de Beling, que a saber, son los siguientes:

²⁰ AMUCHATEGUI REQUENA. Op. Cit. Supra (2) p. 56.



A) CONDUCTA. Esta descrita en el tipo penal. Manifestación de la voluntad al exterior que se traduce en un movimiento corporal o movimiento humano que debe ser voluntario.

B) RESULTADO. Modificación del mundo exterior.

C) NEXO CAUSAL. Ligamento o vínculo que une a la conducta con el resultado.

D) ESPECIALES FORMAS DE EJECUCIÓN. Son los medios comisivos. Algunos tipos penales requieren para poder tipificar que la conducta recorra cierto camino que son los medios comisivos y estos son las formas especiales de ejecución del delito, por ejemplo: la violación, al establecer como medio comisivo la violencia física o moral.

E) MODALIDADES DE LUGAR, TIEMPO, MODO U OCASIÓN. Algunos tipos penales exigen para poder tipificar que la conducta se desarrolle en un lugar, en un tiempo y de un modo u ocasión determinados, de lo contrario no habrá tipicidad.

SUJETOS {
 ACTIVO. El que lleva a cabo la conducta delictuosa.
 PASIVO. El que resiente la conducta delictuosa.

El pasivo y el ofendido casi siempre coinciden a excepción del delito de homicidio en donde el sujeto pasivo es el muerto y el ofendido los familiares.

Respecto de los sujetos hay que tener en consideración la calidad y el número. En cuanto a la calidad, algunos tipos penales exigen que el sujeto activo tenga una calidad determinada: de ser padre, madre, hijo, esposo, ascendiente, descendiente, trabajador de Estado. Respecto del número, debemos decir que la mayoría de los tipos penales están redactados en

singular, o sea, que el activo es una sola persona. Solo algunos tipos requieren de la pluralidad del sujeto activo como lo es, en la asociación delictuosa.

F) OBJETO MATERIAL.- Persona o cosa sobre la que recae la conducta delictuosa. Algunos autores consideran también el objeto jurídico, que es el bien jurídico tutelado, el cual no es otra cosa más que el interés social jurídicamente protegido.

Algunos tipos penales no establecen elementos objetivos, también establecen elementos subjetivos, los cuales fueron descubiertos por Mayer en 1915, y les llamo especiales elementos subjetivos del tipo penal y son: ánimos, propósitos, fines, saberes, sabiendas, conocimientos, entre otros.

Además de estos elementos descubiertos por Mayer, Mezger descubre otros elementos subjetivos a los que llamo “elementos subjetivos normativos”, estos son juicios de valor que se dejan a la interpretación subjetiva del juez, pero tomando en consideración lo que por ellos se entiende en la sociedad como: honor, honestidad, honorabilidad, castidad, propiedad, posesión, honra, deshonor, entre otros.

Con respecto al Cuerpo del Delito, debemos puntualizar, que en el sistema jurídico mexicano, el concepto de “corpus delicti” es esencial y esta empleado como el conjunto de elementos materiales que integran cada especie delictiva. Erróneamente, se ha entendido por cuerpo del delito, el

instrumento con el cual el delito se ha cometido, o el que ha servido al delincuente para su perpetración, o las señales, huellas o vestigios que el delito dejó, como lo sería en poder de un ladrón, la cosa robada. Sin embargo, el cuerpo del delito, es el conjunto de los elementos físicos de los elementos materiales, ya sean principales ya sean accesorios, de que se compone el delito.²¹

Nuestra legislación estatal adjetiva nos dice en su artículo 158 que: El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción, y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos, para darle curso al proceso.

Entendiendo para efectos de éste Código, por cuerpo del delito el conjunto de elementos que su integración requiera, de acuerdo a su definición legal.

Ahora bien, en 1994, según la reforma constitucional, el Ministerio Público tenía que comprobar los elementos del tipo, pero a partir del 4 de febrero de 1999, se reforman los artículos 16 y 19 y se eliminan los elementos del tipo para regresar nuevamente a lo que se conoce como Cuerpo del Delito.

²¹ GONZÁLEZ BUSTAMANTE JUAN JOSÉ. PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO. 8ª. ed. Ed. Porrúa. México 1985 p.p. 150-160.

Si bien el tipo penal se define como la descripción en abstracto de una conducta que se considera delito, existen varias corrientes a cerca de la definición del Cuerpo del Delito:

Una primera corriente afirmaba que el cuerpo del delito, era el instrumento u objeto con que se cometía el delito.

La segunda corriente sostenía que era el objeto material, persona o cosa donde había recaído la conducta delictiva.

La tercera corriente se concretaba a decir que el cuerpo del delito eran los elementos objetivos del delito, esto es, conducta, tipicidad y antijuridicidad;

La cuarta y última corriente decía que el cuerpo del delito eran los elementos objetivos del tipo, siendo esta corriente la que tuvo más aceptación.

Siendo así, concluimos que de acuerdo con esta ultima corriente y el artículo 158 del Código anteriormente mencionado, el Cuerpo del delito y elementos del tipo, son la misma cosa, su única diferencia radica en que la concepción de los elementos del tipo, pertenecen al Derecho Sustantivo, en tanto la expresión Cuerpo del Delito pertenece al Derecho Adjetivo.

CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES.

- a. Normales y Anormales
- b. Fundamentales o Básicos
- c. Especiales
- d. Complementados
- e. Autónomos o Independientes
- f. De formulación casuística
- g. De formulación amplia
- h. De daño y de peligro

- a) Normales y Anormales.- Son tipos normales cuando contienen puros elementos objetivos y anormales además de contener elementos objetivos se requiere una valoración cultural o jurídica, es decir requiere de elementos subjetivos.
- b) Fundamentales o Básicos.- Los tipos básicos constituyen la esencia o fundamento de otros tipos, dan origen a una familia de tipos penales todos protegiendo el mismo bien jurídico tutelado. Pueden ser de dos clases: especiales y complementados que a su vez pueden ser agravados y privilegiados.
- c) Especiales.- Presumen la existencia del básico pero lo excluye.

- d) Complementados.- Estos tipos presumen la existencia del básico pero no lo excluye, se integran con el tipo básico y una circunstancia o peculiaridad distinta.
- e) Autónomos o Independientes.- Son tipos que no necesitan de otro tipo penal para subsistir.
- f) De formulación casuística.- Son aquellos tipos penales en los cuales el legislador no describe una modalidad única, sino varias formas de ejecutar el ilícito.
- g) De formulación amplia.- En ellos se describe una sola hipótesis en donde puede caber cualquier forma o medio de ejecución.
- h) De daño y de peligro.- Los tipos penales de daño consisten en proteger los bienes frente a la disminución o destrucción total del bien jurídico tutelado. Por otro lado, será de peligro cuando se tutela bienes contra la posibilidad de ser dañados.

2.2.4. ATIPICIDAD.

La atipicidad es la falta de adecuación de la conducta al tipo penal.

Es el aspecto negativo de la tipicidad.

La atipicidad existe cuando la conducta realizada, no encuadra en el tipo penal, por faltar alguno de los elementos que el mismo tipo exija, presentándose esta figura en las siguientes situaciones o causas:

- Ausencia de calidad o número exigidos por la ley en cuanto a los sujetos (activo, pasivo u ofendido).
- Si falta el objeto material o el objeto jurídico.
- Cuando no se dan las modalidades de tiempo, lugar u ocasión, requeridas en el tipo.
- No realizarse el hecho por los medios de ejecución.
- Si falta algún elemento subjetivo del tipo legalmente exigido.
- Por la ausencia de algún elemento normativo del tipo legalmente exigido.

2.3. ANTIJURIDICIDAD Y SU AUSENCIA.

2.3.1. ANTIJURIDICIDAD.

Toda conducta para ser estimada como delictuosa, es necesario que sea una conducta típica, antijurídica y culpable.

Buscando un concepto de la palabra antijuridicidad vemos que es una palabra que se forma por el prefijo griego “anti” que significa contra, en

este caso el concepto de antijuridicidad comúnmente se acepta como lo contrario a derecho.

De esta manera recordamos el mecanismo de Mayer que empieza a relacionar la tipicidad con la antijuridicidad, dándole a la primera un carácter indiciario de la segunda, debemos decir, que una conducta típica puede ser antijurídica siempre y cuando no exista una causa de justificación, y por lo que respecta a Mezger, este relaciona totalmente la tipicidad con la antijuridicidad, afirmando que toda conducta típica es antijurídica siempre y cuando no exista una causa de justificación. Entonces para que exista la antijuridicidad de una conducta típica aparece amparada bajo una causa de justificación, la conducta típica no será antijurídica, ya que se justifica y por lo tanto genera ilicitud. Pero es importante destacar que la antijuridicidad consiste en la contradicción de la conducta con la norma, naturalmente desde el punto de vista objetivo. Por lo tanto, pueden existir conductas típicas que no son antijurídicas cuando están amparadas por una causa de justificación.

Recordando lo anterior, en que señalábamos que la antijuridicidad se conceptúa como “lo contrario a derecho”, surge diferentes teorías sobre este concepto, así Francisco Carrara sostenía que el delito era lo contrario a la ley, pero Carlos Binding, rechazó lo que sostenía Carrara y señaló que el delincuente no viola la ley penal, sino más bien el acto se ajusta a ella.

Señalaba que cuando un hombre mata a otro no vulnera la ley, pero si quebranta la norma que está por encima de la ley. Por eso Binding afirmó que la norma crea lo antijurídico y la ley crea la acción punible. Entonces lo que realmente se viola es la norma jurídico penal y no la ley, norma que no se encuentra descrita sino que se encuentra implícita en la norma penal.

Posteriormente al seguirse estudiando el concepto de antijuridicidad y sobre todo apoyando en la teoría de Binding, Ernesto Mayer creó la teoría de las normas de cultura, al estudiar analíticamente el concepto de antijuridicidad concluyendo que el orden jurídico es, en realidad un orden cultural y que por lo tanto la antijuridicidad es la infracción de las normas de cultura reconocidas por el Estado. Respecto a esto, se ha afirmado que las normas de cultura son valores que la sociedad ha creado para poder vivir dentro de la colectividad, estas normas de cultura o valores son recogidos por el legislador y elevados a la categoría de bienes jurídicos tutelados, de esta manera el legislador procede a imponerles el deber de respeto y este deber de respeto no es otra cosa que la norma jurídico penal y así finalmente el legislador crea el tipo penal.

Por último cabe mencionar que la antijuridicidad presente un carácter puramente objetivo, es decir, que atiende únicamente al acto y a la conducta manifestada exteriormente por el sujeto que viola el bien protegido por la ley penal.

2.3.2. ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL.

Dentro de la antijuridicidad se admite solamente un criterio unitario resultado de un juicio sustancial. Sin embargo Franz Von Liszt elaboro una tesis dualista acerca de la antijuridicidad. Indicaba que este elemento constitutivo del delito es contemplado bajo dos aspectos, es decir, una antijuridicidad formal y una material.

Dentro de la primera señalaba que el acto será formalmente antijurídico cuando existe una infracción a la norma establecida por el estado, por el contrario existirá antijuridicidad material cuando una conducta sea contraria a los intereses de la sociedad caracterizado por la violación de las normas ético-sociales aceptadas por el derecho.

2.4. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

Respecto de este elemento objetivo del delito en cita, su aspecto negativo se encuentra formado por las causas de Justificación que son excluyentes de responsabilidad, señaladas específicamente por la ley y estas causas que generan licitud de la conducta típica son las siguientes:

- A. Legítima defensa
- B. Estado de necesidad
- C. Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho

D. Consentimiento valido del sujeto pasivo siempre y cuando el bien jurídico tutelado este a su disposición.

a) LEGÍTIMA DEFENSA.

Es uno de los aspectos negativos de la antijuridicidad en donde el Estado otorga al particular el derecho de repeler el peligro inminente que representa tanto a sus bienes como a su persona constituyendo una licitud de esa conducta, en virtud de que el Estado no puede brindar la protección mínima. En esta figura tenemos dos situaciones: primero, que es la amenaza inminente de un bien tutelado por la ley y el segundo, que es el reconocimiento de esa propia norma jurídica de permitir al ofendido su defensa obligado al actuar contra el peligro de la ofensa injusta, esto es, el ataque o agresión a cualquier bien jurídico tutelado, propio o ajeno.

Para Cuello Calón²² es legítima defensa, la necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor. Según Franz Von Liszt, se legitima la defensa necesaria para repeler una agresión actual y contraría al Derecho mediante una agresión contra el atacante. Para Jiménez de Asúa²³ la legítima defensa es repulsa de la agresión ilegítima actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa

²² IBÍDEM. p.p. 191

²³ Op. Cit. Supra (9). p.p. 289

y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirla o repelerla.

Por lo tanto Legítima Defensa es la repulsa de una agresión antijurídica actual o inminente por el atacado o por terceras personas contra el agresor sin traspasar la medida que es necesaria para su protección.²⁴

El artículo 33 de nuestro Código Penal para el Estado de Guanajuato., nos dice en su fracción V lo que es la legítima defensa:

“Artículo 33.- El delito se excluye cuando:

V.- Se obre en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, contra agresión ilegítima, actual o inminente, siempre que exista necesidad razonable de la defensa empleada para repelerla o impedirla”.

ELEMENTOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.

- Una agresión injusta y actual
- Un peligro inminente derivado de la agresión sobre bienes jurídicamente tutelados
- La repulsa de dicha agresión

²⁴ CASTELLANOS TENA. Op. Cit. Supra (5). p. p. 191

Por *agresión* debe entenderse con Mezger, la conducta de un ser que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos, esto es, la posibilidad de un daño que tiene que ser de orden real para producir una lesión a los intereses jurídicos protegidos por la ley.

Inminente es en el momento que sea presente o muy próximo a causar daño por lo que inminente significa lo cercano a.

Por último *repeler*, significa evitar o rechazar por cualquier medio una acción de un tercero.

EL EXCESO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA.

El Maestro Soler²⁵ llamó al exceso en la legítima defensa a la intensificación necesaria de la acción inicialmente justificada, es decir, cuando se traspasa lo necesariamente para repeler una agresión, ya sea porque los daños de la conducta del agresor eran reparables por los medios legales permitidos o porque podían evitarse por estos medios.

No debe existir norma jurídica que obligue al sujeto a soportar las consecuencias jurídicas de una acción determinada. En conclusión, si no hay agresión o una presunta agresión no hay legítima defensa ya que esta protege la posibilidad de que dañen los bienes jurídicamente protegidos.

²⁵ IBÍDEM. p.p. 198

b) ESTADO DE NECESIDAD.

Generalmente, se admite con Franz Von Liszt, que “el estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en que no queda otro remedio que la violación de intereses de otro, jurídicamente protegidos”.²⁶

Ha sido reconocido desde hace siglos bajo la fórmula de “*necessitas legem non habet*”, el clásico ejemplo del estado de necesidad que impulsa a una persona a lesionar el bien jurídico de otro, es el de los dos náufragos sostenidos en una tabla, la cual sólo podrá sostener el peso de uno, por tanto se genera una lucha entre ambos privando de la vida a uno de ellos a fin de poder sobrevivir el otro.

Surge cuando al existir un peligro actual o inminente para bienes o intereses jurídicamente tutelados y ante la imposibilidad de existencia de ambos bienes el Estado autoriza la salvación de uno de ellos, mediante la realización de un daño en la persona o bienes de otro de menor o igual valor siempre que no exista otro medio más práctico y menos perjudicial y se encuentra establecido en la fracción VI del artículo 33 del Código Penal para el Estado de Guanajuato, el cual a la letra dice:

²⁶ VILLALOBOS IGNACIO. DERECHO PENAL MEXICANO. 5ª ed. Ed. Porrúa, México, 1990, p. 373

El delito se excluye cuando:

VI.- En situación de peligro para un bien jurídico, propio o ajeno, se lesionare otro bien para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos.

- a) Que el peligro sea actual o inminente;*
- b) Que el titular del bien salvado no haya provocado dolosamente el peligro; y*
- c) Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.*

ELEMENTOS DEL ESTADO DE NECESIDAD.

- Una situación de peligro, real, actual o inminente. Como lo dice dicha disposición por peligro debemos de entender la posibilidad de que un bien jurídico preponderante reciba la lesión o la posibilidad de que reciba un daño, el peligro debe de ser actual, es decir en un momento presente o bien, que dicho peligro se vea venir.
- Que ese peligro no haya sido ocasionado intencionalmente por el agente, es decir no debe ser creado dolosamente por ninguno de los participantes, este puede ser surgido por terceras personas ajenas a cuestiones fenomenológicas o que sea creado culposamente.
- Que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado (propio o ajeno)

- y por último, que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para eliminar el peligro.

DIFERENCIAS ENTRE LEGÍTIMA DEFENSA Y ESTADO DE NECESIDAD.

En el estado de necesidad la lesión es sobre bienes de un inocente y en la legítima defensa se afectan bienes jurídicos de un injusto agresor.

En la legítima defensa hay agresión y se crea una lucha, una situación de choque entre un interés ilegítimo (agresión) y otro lícito (la reacción, contra-ataque o defensa). Mientras en el estado de necesidad hay ausencia de agresión y no existe una lucha sino un conflicto entre intereses legítimos.

En la legítima defensa existe un ataque o repulsa, se habla de la defensa de uno de ellos donde debe de eliminar el peligro que pone el uno al otro, en tanto que el estado de necesidad surge por cuestiones fenomenológicas y por terceros o por los participantes en forma culposa.

En el estado de necesidad ninguno de los sujetos crea el peligro, mientras que en la legítima defensa uno de ellos crea el peligro.

c) CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO.

Se encuentra contemplado como una causa de justificación atendiendo a que esta especie, el estado emite reglas específicas de participación de algunas personas en contiendas o acciones que producen un enfrentamiento entre dos o varias personas justificándose en forma jurídicamente formal de que existe un Interés Preponderante de la sociedad para autorizar: Las lesiones o el homicidio que pueda derivar de un evento deportivo como el boxeo por ejemplo, así mismo las lesiones y el homicidio como consecuencia de tratamientos médico-quirúrgicos. Ya no es excluyente de las lesiones que surjan de un derecho de los padres o de quien ejerce la tutela para corregir a los hijos o quien este bajo esa tutela, por el contrario el causar lesiones a los menores o pupilos bajo la guarda de quien tenga la patria potestad o la tutela, además de las penas correspondiente por lesiones se le suspenderá y privará del ejercicio de estos derechos.

Del mismo modo encontramos dicha causa de justificación en nuestro Código Penal para el Estado de Guanajuato en el multicitado numeral que a la letra dice lo siguiente.

Artículo 33.- El delito se excluye cuando.

III.- Se obre en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho.

Formalmente se dice que es una causa de justificación mientras que materialmente no está justificada porque hay hechos, daños y lesiones. El Estado justifica por el interés preponderante social, porque se pretende controlar los delitos en la sociedad. Se autoriza a producir lesiones de orden leve, es decir que no pongan en peligro la vida y tarden en sanar más de 15 días pero que no traigan ninguna secuela en la víctima y levísimo, esto es que no se ponga en peligro la vida y tarden en sanar menos de 15 días.

En el evento deportivo el Estado les da un derecho siempre y cuando este se encuentre regulado por él, pero cuando por ejemplo; dos personas deciden hacer una pelea clandestina en donde se hacen apuestas, ya no se encuentra regulado por el Estado y es sancionado pues aquí si se sancionara el homicidio o las lesiones si llegan a darse.

Por otra parte también se establece como una de las causas de Interés Preponderante en donde la persona que produce un daño a otros bienes debe hacerlo fundamentado en un deber u obligación que puede ser la obligación derivada de su función o trabajo en donde tiene el deber de enfrentarse al peligro y también cuando una persona interviene en una obligación de solidaridad siempre y cuando tenga la posibilidad humana y este dentro de sus alcances razonables para enfrentarse al peligro y eliminarlo, aquí debe de analizarse que quien enfrenta el peligro debe utilizar el medio más practicable y menos perjudicial. Como es el caso del policía en el robo de un banco, en donde el ladrón utiliza la violencia y el policía en ejercicio de sus funciones se enfrenta al peligro de desarmar al ladrón

utilizando para ello un medio razonable sin excederse ya que por el contrario cometería un delito.

En cuanto a las lesiones consecutivas de tratamientos médico quirúrgicos, González de la Vega afirma: que la antijuridicidad se ve destruida por el reconocimiento que el Estado, en las diferentes actividades, hace de la licitud de las intervenciones curativas y estéticas, o por la justificación desprendida de obrar en estado de necesidad para evitar un mal mayor. La justificación formal deriva de la autorización oficial, la material de la preponderancia de intereses.²⁷

d) **CONSENTIMIENTO VÁLIDO DEL SUJETO PASIVO SIEMPRE Y CUANDO EL BIEN JURÍDICO TUTELADO ESTE A SU DISPOSICIÓN.**

Por último esta causa de justificación se encuentra establecida en el Artículo 33, fracción IV del Código Penal para el Estado de Guanajuato el cual señala que el delito se excluye cuando: Se actúe con el consentimiento válido del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico afectado sea de aquéllos de que pueden disponer lícitamente los particulares.

²⁷ CASTELLANOS TENA FERNANDO. Op. Cit. Supra(5), p.p. 215

Es decir, que el bien jurídico se encuentre disponible y sea lícito, que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo y que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio, o bien que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo.

CAPÍTULO TERCERO

ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DELITO.

3.1. IMPUTABILIDAD.

Para que el sujeto conozca la ilicitud de su actuar y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce.

La imputabilidad, para el Maestro Max Ernesto Mayer, es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente. Para Franz Von Liszt, es la capacidad de obrar en Derecho Penal, es decir, de realizar actos referidos al Derecho Penal que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción.

Por lo tanto, respecto de este cuarto elemento subjetivo del delito lo podemos definir como: La posibilidad de ejercer las facultades de conocimiento y voluntad, aptitud intelectual y volitiva, capacidad de querer y entender de un sujeto tendiente a conocer la ilicitud de su actuar, determinándose en función de aquello que conoce. Es pues la capacidad del sujeto ante el Derecho Penal.

De esta manera, un sujeto es imputable cuando tiene capacidad intelectual y volitiva, conocimiento y voluntad, cuando tiene aptitud de querer y entender, tendiente a conocer la ilicitud de su acto y querer realizarlo. Y tiene dos elementos que son el elemento físico y el psíquico. Por tanto, el sujeto primero tiene que ser imputable para luego ser culpable; así no puede haber culpabilidad si previamente no se es imputable.

Pues, son imputables quienes tienen desarrollada la mente y no padecen alguna anomalía psicológica que los imposibilite para entender y querer, en el momento de la conducta a realizarse de acuerdo a lo exigido por la ley.

3.1.1. ELEMENTOS DE LA IMPUTABILIDAD.

Los Elementos de la Imputabilidad son:

- Elemento intelectual: Es el saber, entender y conocer la licitud del hecho.
- Elemento Volitivo: Es el querer la ilicitud del hecho o la conducta realizada.

3.2. INIMPUTABILIDAD.

La Inimputabilidad, constituye el aspecto negativo de la imputabilidad. Y es cuando el sujeto que en el momento de la ejecución del hecho por

causas de enfermedad mental que perturbe gravemente su conciencia, porque tiene un desarrollo psíquico incompleto o retardado o de grave perturbación de la conciencia sin base patológica, además de las peculiaridades de su personalidad y las circunstancias específicas de su comportamiento no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y de determinar su conducta de acuerdo con esa comprensión.

Las causas de inimputabilidad son, todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud mental, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

3.2.1. CAUSAS DE 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.

Como lo dice el multicitado artículo 33 en su fracción VII, en relación con los artículos 35, 36 y 37 del Código Penal para el Estado de Guanajuato.

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 como 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 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 Y SU ASPECTO NEGATIVO.

Una conducta será delictuosa no solo cuando sea típica y antijurídica, sino además culpable, por lo que se refiere a este elemento del delito y su aspecto negativo, por ser materia de estudio de ésta tesis serán analizados con más profundidad en el capítulo quinto; no obstante, en este capítulo daremos un concepto de culpabilidad e inculpabilidad como proceso lógico de referencia.

En el amplio sentido puede definirse a la culpabilidad como conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica, por ello consideramos a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.²⁸

La inculpabilidad, opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad que son conocimiento y voluntad.

²⁸ CASTELLANOS. Op. Cit. p.p. 234.

CAPÍTULO CUARTO

TEORÍA GENERAL DEL PROCESO.

Las categorías jurídico procesales, consideradas como los conceptos jurídico fundamentales del derecho procesal aceptadas por la generalidad de doctinarios, ante la divergencia de autores como Briceño Sierra, sobresale la opinión de Piero Calamandrei, que en virtud de una nota a pie de página de su maestro Giuseppe Chiovenda elabora su Teoría del Proceso, y nos dice que los conceptos jurídico fundamentales son: la jurisdicción, el proceso y la acción.

4.1. JURISDICCIÓN.

El término jurisdicción proviene del latín “ius”, derecho y “dicere”, decir, lo que significa decir, indicar o aplicar el derecho.

La jurisdicción es la función (poder, potestad, obligación) que realiza el estado y que la ejerce normal u ordinariamente a través del poder judicial y que se traduce en la aplicación de la norma general al caso concreto, para resolver una controversia a través de una sentencia impartiendo justicia.

Existe controversia es decir si la jurisdicción es un poder o una función, ante dicha controversia doctrinal, al que mayor ha tenido aceptación es la que considera a la jurisdicción como función. Nosotros adoptaremos al igual que Couture y Cipriano Gómez Lara, el término función, puesto que es más amplio que el poder, potestad o facultad, ya que la actividad jurisdiccional no se desenvuelve tan solo en su poder o facultad, sino también en deberes, tales como el de ejercitar la función jurisdiccional, valorar las pruebas, pronunciar sentencia, respetar los principios del derecho procesal, respetar los derechos públicos subjetivos de las partes, entre otros.

ELEMENTOS DE LA JURISDICCIÓN

La jurisdicción se realiza mediante cuatro actividades o elementos: *La Notio, Vocatio, Iuditio y Ejecutio o Coertio*.

La Notio (cognición) es el poder para conocer de las controversias que se susciten dentro de la colectividad.

La Vocatio significa convocar, llamar. Se traduce en llamar a las partes para que iluminen el punto de vista del juez a través de los medios de prueba y de esta manera estar en la posibilidad de resolver controversias dictando sentencias.

Judicio quiere decir juzgar. Es el poder que tienen los jueces para resolver controversias dictando sentencias.

Coertio o Ejecutivo es el poder para imponer aun en contra de la voluntad de las partes la sentencia o resolución dictada. Es el poder para aplicar, ejecutar la sentencia.

CLASES DE JURISDICCIÓN.

Las clases de jurisdicción que nosotros reconocemos como tales propiamente dichas son:

Jurisdicción Contenciosa.- se tiene cuando existen controversias, conflicto de intereses, cuando existe pleito.

Jurisdicción Voluntaria.- Se tiene cuando no existe controversia, conflicto de intereses, pleito sin embargo la ley nos exige que para acreditar un hecho o derecho tenemos que acudir a la autoridad judicial para que a través de una resolución se nos reconozca un hecho o derecho.

Jurisdicción Concurrente.- Existen leyes federales que son generales, consiste en que la ley federal puede ser aplicada tanto por las autoridades federales como por las locales. Tiene su fundamento Constitucional en el artículo 104 fracción I-A.

4.2. COMPETENCIA.

La competencia nos dice Ovalle es: “la suma de facultades que la ley da al juzgador para ejercer su jurisdicción en determinado tipo de litigios o conflictos”.²⁹ De Pina y Castillo Larrañaga de manera más sencilla nos dice que es la medida del poder o facultad otorgando a un órgano jurisdiccional para entender un determinado asunto.

Por otra parte se ha definido como una institución jurídico procesal que limita la función jurisdiccional y que en virtud de ella se traduce en que los jueces solamente podrán reconocer y resolver de los asuntos que expresamente le señale la ley y la ley es tajante, de tal manera que si un juez no tiene competencia es un juez incompetente, por lo tanto su sentencia será nula.³⁰ La competencia emana del principio de legalidad en el que “la autoridad únicamente puede hacer lo que la ley le permite en tanto el particular lo que la ley no le prohíbe”, el cual se encuentra su fundamento principal en los artículos 1, 14 y 16 Constitucionales.

Hay dos clases de competencia:

- 1) Competencia Objetiva.- La cual está en relación con el órgano jurisdiccional

²⁹ OVALLE FAVELA. JOSÉ. TEORÍA GENERAL DEL PROCESO. Ed. Harla. México 1991. p.p. 107

³⁰ GUTIÉRREZ NEGRETE. TEORÍA GENERAL DEL PROCESO. Cátedra. Facultad de Derecho de la Universidad Lasallista Benavente.

- 2) Competencia Subjetiva.- La cual está en relación con el titular del órgano jurisdiccional, es decir, con el juez.

1.- COMPETENCIA OBJETIVA.

PRIMERA CLASIFICACIÓN.

a) Federal y b) Local.- También se les ha denominado competencia, materia, ámbito de validez, fuero; estas competencias se refieren al ámbito de aplicación y de validez de la ley, tanto la competencia federal como la local pueden ser por Materia, Territorio, Cuantía, Grado.

La competencia federal y local derivan del artículo 124 Constitucional, el cual determina que las facultades que no estén determinadas en la constitución concedidas a las autoridades federales se entenderá que son otorgadas a las autoridades de los estados. En materia penal se relaciona con el artículo 73 Constitucional en su fracción XXI segundo párrafo “El Congreso tiene facultad: Para establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse, así como legislar en materia de delincuencia organizada.

Las autoridades federales podrán conocer también de los delitos del fuero común, cuando éstos tengan conexidad con delitos federales;

En las materias concurrentes previstas en esta Constitución las leyes federales establecerán los supuestos en que las autoridades del fuero común podrán conocer y resolver sobre delitos federales.

SEGUNDA CLASIFICACIÓN.

Por Materia.- Se refiere a la competencia de acuerdo con las áreas o rama del derecho, según sea penal, civil, mercantil, es decir, de acuerdo con la ley sustantiva.

Por Territorio.- Se refiere al ámbito, espacio geográfico y territorial, denominado en el ámbito local partido judicial y en el ámbito federal circuitos y distritos.

Por Cuantía.- Se refiere al quantum del negocio, se refiere a la cantidad de dinero sobre el cual versa el litigio.

Por Grado.- Se refiere a la organización jerárquica del Poder Judicial Federal o Local, el cual se organiza de forma escalonada. Hay asuntos que solamente pueden ser conocidos por jueces de ulterior grado, como ejemplo tenemos al recurso de apelación.

TERCERA CLASIFICACIÓN.

También existe competencia por:

Prevenición.- Forma subsidiaria de competencia mediante la cual conocerá del litigio quien primero conozca. Cuando hay dos jueces que tengan competencia en relación con un mismo asunto.

Turno.- Forma complementaria de competencia, consistente en el conocimiento de un litigio según el orden o forma de organización interna del juzgado, conociendo ya sea por hora, día, semana, según la distribución interna de los expedientes del juzgado.

2.- COMPETENCIA SUBJETIVA.

La competencia subjetiva esta en relación con el titular del órgano, es decir, con el juez. Un juez debe ser imparcial en su resolución, es decir, debe reconocer el principio de igualdad entre las partes, no debe tener motivo de interés, simpatía, de gratitud, odio o amistad.

Los impedimentos son las circunstancias de hecho o de derecho que hacen presumir la parcialidad del titular del órgano jurisdiccional. Son los casos, asuntos que un juez no puede conocer, cuando tiene amistad, enemistad o parentesco.

Los impedimentos desembocan en dos figuras:

- a) Excusa.- Un juez honesto se excusa, es la manifestación de voluntad de un juez de no poder ser competente, de no poder conocer del asunto. La excusa la realiza el titular del órgano jurisdiccional cuando considera que las circunstancias de hecho o de derecho establecidas en la ley pueden provocar parcialidad en su resolución.

- b) Recusación.- Cuando un juez no es honesto, no se excusa y hay por lo tanto recusación, pudiendo hacer uso de esta figura. La recusación la realiza cualquiera de las partes cuando se considera que el titular del órgano jurisdiccional se ubica en el supuesto de impedimentos determinado por la ley que provoquen parcialidad en la resolución. Es la manifestación de voluntad de las partes, respecto de que determinado juez no es competente y por lo tanto no puede conocer del asunto.

CONFLICTOS DE COMPETENCIA.

Existen dos figuras, dos formas de llevarse a cabo la incompetencia:

- a) Declinatoria.- Se promueve de manera directa al juez que se considera incompetente para que deje o se abstenga de conocer del asunto y remita el expediente al juez competente.

b) Inhibitoria.- Se promueve de manera directa ante el juez considerado competente para que el solicite al juez incompetente se inhiba o abstenga de conocer el asunto.

4.3. PROCESO.

En su acepción común, el vocablo proceso significa progreso, transcurso del tiempo, acción de ir hacia delante, desenvolvimiento. En sí mismo, todo proceso es una secuencia.

Entendemos por proceso al conjunto de actos, ordenados y concatenados y que tiene por finalidad la función jurisdiccional consistente en aplicar la norma general al caso concreto, para resolver una controversia a través de una sentencia, impartiendo justicia.

NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO.

Las dos grandes corrientes en que se dividen las teorías predominantes del proceso son las Teorías Privatistas y las Teorías Publicistas.

1) TEORÍAS PRIVATISTAS.

Considera que el proceso pertenece al derecho privado, como tales tenemos las siguientes:

A) EL PROCESO COMO CONTRATO.

La base fundamental de esta teoría, se basa en el contrato, entendiendo por éste el acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones, el cual transportado a la materia procesal, será el acuerdo de voluntades de las partes para el sometimiento al juicio. La esencia de esta teoría esta en relación con el sometimiento del demandado al proceso en contra de su voluntad.

Teoría que es rechazada, puesto que en el proceso, no es necesario un previo acuerdo de voluntad por parte del demandado para dar marcha a la actividad jurisdiccional, puesto que la acción se puede ejercitar aun en contra de la voluntad del demandado.

B) EL PROCESO COMO CUASICONTRATO.

Al proceso se le concibió por exclusión como un cuasicontrato ya que los doctrinarios de la época mencionaban que si no era un contrato ni mucho menos un delito o un cuasidelito, sería así por exclusión un cuasicontrato, argumentando que si bien no existe voluntad o consentimiento del demandado para someterse a la actividad jurisdiccional, no obstante si

engendra obligaciones. Esta teoría carece de valor, puesto que no es argumentada correctamente ya que lo hacen por exclusión.

2) TEORÍAS PUBLICISTAS.

Las teorías publicistas consideran que el proceso pertenece al Derecho Público, como tales tenemos las siguientes:

A) EL PROCESO COMO RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL.

El máximo exponente de ésta teoría lo tenemos con Oscar Von Bulow, quien durante el periodo del procesalismo científico, expone en su obra “ La teoría de las excepciones y de los presupuestos procesales”, el cual pugna por la autonomía de la acción, así como también desarrolla su Teoría de la Relación Jurídica Procesal.

Von Bulow en su obra de la teoría de las excepciones y de los presupuestos procesales, afirma que la naturaleza jurídica del proceso consiste en una relación jurídica procesal, es decir que el proceso es un conjunto de vínculos que a través de la presencia de derechos y obligaciones procesales, se establecen entre el juez y las partes, entre las partes entre si y el juez, a manera de un triangulo.

Esta relación jurídica procesal tiene sus propias características y de esta manera se afirma que es dinámica porque se desarrolla en el tiempo y en el espacio a través de los actos del proceso, tiene movimiento; es

tridimensional porque se desarrolla entre los tres sujetos más importantes del proceso, es decir, entre el juez y las partes; es compleja porque constituye una serie de vínculos, y finalmente es autónoma porque existe con independencia de la relación jurídica material.

De lo anterior deducimos que la relación jurídica procesal y la relación jurídica material, son dos cuestiones diferentes, por lo que diremos que la relación jurídica material o sustancial es un vínculo que se establece entre el acreedor y el deudor y por lo mismo es lineal y no tridimensional como la relación jurídica procesal; esta relación jurídica material que como ya se dijo, une al acreedor con su deudor y viceversa, no es otra cosa más que el conflicto de intereses antes de ser llevado al conocimiento de la autoridad jurisdiccional, conflicto que se presenta por el incumplimiento del titular de la obligación ante el titular del derecho insatisfecho, y además puede existir incluso a nivel de hipótesis, es decir, que muy bien puede no existir y sin embargo el actor puede ejercitar su acción, pues es indudable que el ejercicio del derecho de acción no tiene ninguna limitante; y una vez que esta relación jurídica material se lleva al conocimiento del juez, con ello se da origen a la relación jurídica procesal que se complementaría en el momento mismo de que se lleve a cabo el emplazamiento al demandado, dándose nacimiento en forma efectiva a la relación jurídica procesal que existe entonces, con independencia de la relación jurídica material.

B) EL PROCESO COMO SITUACIÓN JURÍDICA.

Su principal exponente es Goldsmith, el cual explica que en el proceso lo que existen son situaciones jurídicas a las que denomina: cargas, expectativas y posibilidades. La razón que da a su teoría este tratadista, se basa en la visión fáctica de incertidumbre en que sitúa al proceso, y explica que el proceso es como la guerra, en donde se exponen en la punta de la espada y se ponen en juego los derechos, que se convierten en expectativas, cargas y posibilidades que si no se llegan a interponer se puede llegar a obtener una sentencia adversa, proporcionándole al vencedor un disfrute de un derecho que no se tenía con posterioridad.

Conceptúa la Situación Jurídica diciendo que “Es el estado de una persona desde el punto de vista de la sentencia judicial, que se espera con arreglo a las normas jurídicas”. Es decir, la espera de la pretensión fundada conforme a derecho hecha valer en proceso por la parte actora o demandada.

4.4. PROCEDIMIENTO.

Hay tres conceptos de cómo es entendido actualmente el procedimiento según sus diversas manifestaciones.

- 1) Entendido como Ley Adjetiva.- El procedimiento es un conjunto de normas jurídicas que regulan el proceso.

- 2) Se identifica con la Jurisdicción Voluntaria.- Es un conjunto de actividades reglamentarias en aquellos casos en que no hay controversia, pero la ley requiere la acreditación de un hecho o derecho a través de una resolución judicial. Como no hay controversia, será considerado procedimiento y no proceso, pues en este si existe la controversia.

- 3) Se identifica con el Procedimiento Penal.- Se llama así porque en el intervienen dos clases de autoridades:
 - a) Una autoridad Administrativa que es el Ministerio Público.
 - b) Una autoridad Judicial que es el Juez.

4.4.1. LITIGIO.

Nos dice Francesco Carnelutti que litigio es el conflicto de intereses jurídicamente calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro. El litigio no es un concepto necesariamente de esencia procesal, todo proceso presupone un litigio pero no todo litigio desemboca en un proceso. No toda controversia desemboca en un proceso, es por ello que nos dice Carnelutti que dicho litigio debe ser calificado jurídicamente

para poder ser procesal, dicho concepto además de sernos útil para saber cuándo una controversia es procesal, nos sirve para determinar la materia sobre la que versa el proceso, puesto que el objeto del proceso es el litigio.

Los sujetos que intervienen será el actor proponiendo su acción con su pretensión y el demandado oponiendo su resistencia con su excepción. Así pues el litigio se encuentra con la pretensión en la demanda y con su resistencia en la contestación.

Es así que los elementos del litigio son: los sujetos, el objeto, materia o contenido del litigio y las pretensiones del actor y la resistencia del demandado.

4.4.2. JUICIO.

El concepto de juicio tiene dos acepciones:

- 1) Como sentencia propiamente dicha, en el que se entiende por juicio la sentencia, que es una resolución judicial.
- 2) La postulada por Francesco Carnelutti, que entiende por juicio la presencia del litigio en el proceso.

4.4.3. ACCIÓN.

La acción ha sido entendida de diversas formas, existen en la actualidad tres acepciones que se le dan al término acción:

1.- COMO DERECHO PÚBLICO SUBJETIVO PARA PROVOCAR LA

FUNCIÓN JURISDICCIONAL.- La acción es un derecho que tiene su fundamento en el artículo 8 Constitucional, el cual consagra el derecho público subjetivo del derecho de petición, dicho derecho llevado a cabo ante la autoridad jurisdiccional se nos convierte en derecho de acción. Dicho derecho consiste en la facultad que las personas tienen para promover la actividad del órgano jurisdiccional, con el fin de que, una vez realizados los actos procesales correspondientes, emita una sentencia sobre una pretensión litigiosa.

2.- COMO DERECHO SUSTANTIVO O DERECHO MATERIAL VIOLADO.-

Se identifica a la acción con el derecho sustantivo o de fondo, es decir que tenemos un derecho insatisfecho que trata de hacerse valer en juicio.

3.- COMO PRETENSIÓN.-

Entendemos por pretensión la exigencia de la subordinación del interés ajeno al interés propio, o dicho de otra forma, a nuestra voluntad.

CAPÍTULO QUINTO

DERECHO PROCESAL PENAL.

5.1. DERECHO SUSTANTIVO Y DERECHO ADJETIVO.

La función legislativa se desarrolla en dos vertientes, es decir, la creación de leyes sustantivas y adjetivas, conceptuando así al “Derecho Sustantivo” como el conjunto de normas jurídicas que regulan las instituciones, derechos y obligaciones y el medio a través del cual podemos exigir el cumplimiento de la obligación. En este orden de ideas el “Derecho Adjetivo” es el conjunto de normas jurídicas que regulan la aplicación de las normas sustantivas.

En ese orden de ideas, el Derecho Penal se integra con normas relativas al delito, a la pena y a las medidas de seguridad. El Derecho Procesal Penal, se integra con un conjunto de normas relativas a la forma de aplicación de las normas sustantivas penales.

5.2. EL PROCEDIMIENTO PENAL.

Rivera Silva conceptúa al procedimiento penal como “el conjunto de actividades reglamentadas que tiene por objeto determinar que hechos

pueden ser calificados como delito, para en su caso aplicar la sanción correspondiente”.³¹

Dicho procedimiento penal se desarrolla a través de varias etapas procedimentales contempladas en nuestra ley adjetiva.

5.2.1. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL.

Las etapas del procedimiento penal se establecen en el artículo 2º del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato, el cual establece que: “El procedimiento penal tiene cuatro periodos:

I.- El de Averiguación Previa a la consignación a los tribunales, que comprende las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejecuta la acción penal;

II.- El de Instrucción, que comprende las diligencias practicadas por los tribunales con el fin de averiguar la existencia de los delitos, las circunstancias en que hubieren sido cometidos y la responsabilidad o irresponsabilidad de los inculpados;

³¹ RIVERA SILVA MANUEL. EL PROCEDIMIENTO PENAL. 4ta. ed. Ed. Porrúa. México 1967. p.p.67

III.- El de juicio, durante el cual el Ministerio Público precisa su acusación y el acusado su defensa ante los tribunales, y estos valoran las pruebas y pronuncian sentencias definitivas;

IV.- El de ejecución, que comprende desde el momento en que causa ejecutoria la sentencia de los Tribunales hasta la extinción de las sanciones aplicadas.

5.2.2. LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

La averiguación previa también es llamada “Etapa de preparación de la acción penal”³². Comprende las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción penal. Se traduce en la actividad investigadora o indagatoria que lleva a cabo el Ministerio Público, el cual como órgano investigador tiende a reunir los elementos o pruebas necesarias para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, ejercitando de ser procedente en la consignación, la acción penal. Esta etapa inicia con la denuncia o querrela y termina con la consignación.

La autoridad que realiza la averiguación previa es el Ministerio Público como ya hemos hecho mención, el cual es conceptualizado por Colín Sánchez como una institución dependiente del Estado que actúa en representación del interés social en el ejercicio de la acción penal y la tutela social en todos aquellos casos que le asignan las leyes.

³² COLÍN SÁNCHEZ GUILLERMO. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. 11 ed. Ed. Porrúa México 1989. p.p. 77

Tiende a considerarse al Ministerio Público como un órgano que en representación de la sociedad ejercita la acción penal, órgano administrativo específicamente del Poder Ejecutivo, que tiene la atribución específica de perseguir los delitos. El Ministerio público durante la averiguación previa realiza la función investigadora que desemboca en el ejercicio de la acción penal y de esta manera procura la justicia y persigue los delitos, a atribución que se encuentra establecida en el artículo 21 Constitucional, el cual establece: “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.

El Ministerio Público es la Institución que por disposición de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de la del Estado, tiene a su cargo la investigación y persecución de los delitos, ya que de esta forma lo establece el artículo 13 de la Ley Orgánica del Ministerio Público para el Estado de Guanajuato.

5.2.3. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.

Los requisitos de procedibilidad son los elementos necesarios, indispensables sin los cuales no se puede proceder para iniciar la averiguación previa. Se consideran como requisitos de procedibilidad a la denuncia y/o la querrela:

DENUNCIA.

Consiste en una narración de hechos posiblemente delictuosos ante el Ministerio Público, hechos por cualquier persona, presentada en forma escrita mediante ratificación hecha ante el Ministerio Público o bien en forma oral, la cual no es necesario ratificar ya que se hace ante dicho órgano, inclusive una llamada por teléfono puede dar lugar a iniciar la averiguación previa.

Dicha narración, debe ser hecha ante el Ministerio Público, sin embargo nuestra Ley Adjetiva Penal en su artículo 118 permite que Cuando una autoridad distinta del Ministerio Público practique diligencias de averiguación previa remitirá a éste, dentro de tres días de haberlas iniciado, el acta o actas levantadas y todo lo que con ellas se relacione. Si hubiere detenidos, la remisión se hará de inmediato.

Nuestro Código Penal Sustantivo en su artículo 276, determina que la A quien teniendo conocimiento de la comisión de un delito que se persiga de oficio, no lo denunciare a la autoridad se le aplicara de cinco a setenta jornadas de trabajo a favor de la comunidad y de diez a veinte días de multa.

QUERELLA.

La querella es una narración de posibles hechos delictuosos ante el Ministerio Público, implica la manifestación de voluntad del ofendido para que el delito se persiga, únicamente puede ser formulada por el ofendido o su representante.

La querella es considerada como una facultad potestativa que tiene el ofendido para dar a conocer un posible hecho delictuoso cometido en su contra, en el que es indispensable su voluntad de que sea perseguido debido al carácter personal que el legislador considero que determinados delitos debían ser tratados con mayor delicadeza para el ofendido.

Lo anterior nos lleva a hacer una primera clasificación del delito. En los delitos que se persiguen de oficio, utilizaremos la denuncia y en los delitos que se persiguen por la manifestación de voluntad del ofendido, utilizaremos la querella, un delito se persigue por querella cuando la misma ley así lo señala en el tipo o muy cerca del tipo y se persigue de oficio, utilizando la denuncia, cuando la ley guarda silencio al respecto.

Nuestro Código de Procedimientos Penales en su artículo 105 establece que: *“El Ministerio Público está obligado a proceder de oficio a la investigación de los delitos de que tenga noticia, excepto en los casos siguientes:*

I.- Cuando se trate de delitos en los que solamente se pueda proceder por querrela necesaria, si ésta no se ha presentado; y

II.- Cuando la ley exija algún requisito previo, si éste no se ha llenado. Como son: la querrela del ofendido aun siendo menor de edad ya sea por sí mismo o por su representante si no hay oposición del menor ofendido; la denuncia o querrela debe ser hecha ante el Ministerio Público, en el caso de urgencia, ante funcionario o agente de policía, deben de formularse verbalmente haciéndose constar en el acta o formularse por escrito, el cual deberá contener la firma o huella digital del que las presente y su domicilio las cuales deberán de ratificar; podrá formularse por representante con poder general con clausula especial para querrellarse o poder especial para el caso.

5.2.4. LA FINALIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

Las finalidades primarias del Ministerio Público son comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, conceptos fundamentales de la averiguación previa y en las demás etapas del proceso, ya que sobre de esto se determinara el delito y la probable responsabilidad por los que consignará.

A) EL CUERPO DEL DELITO.

Antes de 1993 nuestra Constitución hablaba del cuerpo del delito, en ese año cambia el concepto de cuerpo del delito por elementos del tipo, posteriormente en 1999 hasta la fecha, nuestra Carta Magna vuelve a hablar de cuerpo del delito, desechando el concepto de elementos del tipo.

Para explicar el cuerpo del delito existen varias corrientes, una de las cuales afirmaba que el cuerpo del delito era el instrumento y objeto con que se cometía el delito, otros afirmaban que el cuerpo del delito era el objeto material por lo que se consideraba como tal a la persona o cosa donde la conducta delictuosa había recaído, otros más decían que el cuerpo del delito eran los elementos objetivos del delito, por último se llegó a afirmar que el cuerpo del delito eran los elementos objetivos del tipo.

Sin embargo nuestro Código Adjetivo Penal, determina en su artículo 158 párrafo segundo lo siguiente:” Para efectos de este código, se entenderá por cuerpo del delito el conjunto de elementos que su integración requiera, de acuerdo a su definición legal, “dentro de lo cual se deduce que la definición legal es el tipo, puesto que el delito se define en el tipo, entendiéndose por tipo penal como la descripción en abstracto de la conducta penalmente relevante, esta última definición perteneciente a Beling, quien sistematizó el tipo penal.

Por lo cual se entiende que el cuerpo del delito son los elementos del tipo penal, dentro de los cuales encontramos los elementos objetivos,

subjetivos y normativos que pertenecen a los subjetivos. Dichos elementos que ya fueron mencionados con antelación en el capítulo correspondiente a los elementos objetivos del delito.

B) LA PROBABLE RESPONSABILIDAD.

El Ministerio público en la integración de la averiguación previa, necesita comprobar además del cuerpo del delito, la probable responsabilidad, para sí consignar y ejercitar la acción penal. Tanto en la práctica como en la doctrina se habla indistintamente de responsabilidad probable o presunta; ambos términos son sinónimos, significan: lo fundado en razón prudente o de lo que se sospecha por tener indicios. En consecuencia existe presunta responsabilidad, cuando hay elementos suficientes para suponer que una persona ha tomado parte en la concepción, preparación o ejecución de un acto típico, por lo cual debe ser sometido al proceso correspondiente.

Nuestro Código Penal Adjetivo en su artículo 158 segundo párrafo nos dice que se entiende por “probable responsabilidad, que las constancias que se hayan recabado acrediten presuncionalmente que el acusado ejecutó el hecho delictuoso o que participó en su comisión.”.

El ser imputable es ser responsable, ósea que tiene la capacidad mental suficiente para responder por sus actos ante el Derecho Penal y el imputable será culpable siempre y cuando no existan causas de inculpabilidad. Ser responsable implica ser imputable y ser culpable, pero

esa declaración de responsabilidad solo se hace en la sentencia, por eso decimos que el sujeto antes de ser sentenciado es un probable responsable, porque hay indicios, pruebas que acreditan esa probable responsabilidad ya sea como autor o partícipe.

Al haber mencionado en párrafos anteriores la relación que existe entre el cuerpo del delito con los elementos del tipo y la probable responsabilidad con la imputabilidad y la culpabilidad, podemos decir que existe un paralelismo entre el derecho penal sustantivo y el derecho penal adjetivo. En el derecho penal sustantivo encontramos a los elementos del delito tanto objetivos como subjetivos, en dichos elementos del delito encontramos que el cuerpo de delito se ubica en la parte objetiva del delito y la probable responsabilidad se ubica en la parte subjetiva del delito, es por eso que decimos que existe un paralelismo entre ambas ramas del Derecho.

5.2.5. LA DETENCIÓN.

En la averiguación previa el Ministerio Público puede trabajar con detenido o sin detenido. Cuando el Ministerio Público trabaja con detenido tiene cuarenta y ocho horas para realizar su averiguación previa, durante ese lapso de tiempo el Ministerio Público deberá de consignar y si no se ha comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, tendrá que dejar inmediatamente en libertad al sujeto con las reservas de ley, no obstante podrá seguir investigando y recabar los elementos necesarios para poderlos comprobar.

Este término de 48 horas que goza el Ministerio Público, podrá duplicarse por él mismo durante la averiguación previa, cuando tiene detenido, en los casos en que se trate de delincuencia organizada según lo determina la Constitución en su artículo 16 noveno párrafo el cual dice:” Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de 48 horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada”. Y en relación con el artículo 183-bis del Código Adjetivo Penal para el Estado de Guanajuato. El cual determina: que “En los casos de delito flagrante y en los urgentes ningún indiciado podrá ser detenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial. Este plazo podrá duplicarse en los casos de delincuencia organizada.

Se entiende por delincuencia organizada cuando tres o más personas se organizan bajo las reglas de jerarquía para cometer de modo violento o reiterado o con fines predominantemente lucrativos, cualquiera de los delitos considerados como graves por el Artículo 11 del Código Penal.

Cuando el Ministerio Público trabaja sin detenido, goza de todo el tiempo que sea necesario para agotar su averiguación previa y solamente deberá estar atento a la prescripción de la acción penal.

FORMAS EN QUE SE PUEDE DETENER A UN INDIVIDUO.

Entendemos por detención la afectación, la privación de la libertad de ambulatoria. Las formas en que se puede detener a un sujeto probablemente responsable son:

-POR DELITO FLAGRANTE.

-POR CASOS URGENTES.

Este ultimo mediante la orden de detención propiamente dicha girada por el Ministerio Público.

DETENCIÓN EN CASO DE FLAGRANCIA.

Se considera que hay delito flagrante cuando el indiciado es detenido en el momento mismo de cometer el ilícito 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. En caso de delito flagrante cualquier persona puede detener al indiciado pero lo debe poner sin demora a disposición de la autoridad más cercana y esta a su vez con la misma prontitud debe ponerlo a disposición del Ministerio Público. Se encuentra estipulado en el artículo 16 de la ley fundamental y el artículo 182 de la Ley Adjetiva Penal para el Estado de Guanajuato el cual menciona

que: “En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

LA DETENCIÓN EN CASOS URGENTES.

La orden de detención propiamente dicha es una resolución proveniente del Ministerio Público hecha en plena averiguación previa, mediante la cual, dicha autoridad administrativa, sin necesidad de consignar, puede ordenar la detención del indiciado siempre y cuando se reúnan los siguientes requisitos:

Cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder. Tiene su fundamento en el artículo 16 de la Carta Magna y el artículo 183 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato, el cual reza: “En casos urgentes el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar por escrito la detención de personas, fundando y expresando los indicios previos que acrediten:

I.- Que el indiciado haya intervenido en cualquier forma en la comisión de alguno de los delitos señalados como graves en este artículo;

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

III.- Que por razón de la hora, lugar o circunstancia, no pueda ocurrir ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión.

La violación de esta disposición hará penalmente responsable al Ministerio Público que decreta indebidamente la detención y el sujeto será puesto en inmediata libertad.

Por otra parte, se consideran delitos graves los mencionados en el artículo 11 del Código Penal para el Estado de Guanajuato.

5.2.6. LA RESERVA Y EL ARCHIVO DEL EXPEDIENTE EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

En el caso de que el Ministerio Público considere que de las diligencias practicadas no resulten elementos bastantes para hacer la consignación a los tribunales y no aparece que se puedan practicar por el momento, pero con posterioridad pudieran allegarse datos para proseguir la averiguación, se reservará el expediente hasta que aparezcan datos suficientes para poder consignar y entre tanto se ordenara a la policía que haga las investigaciones tendientes a lograr el esclarecimiento de los hechos. De lo anterior tiene su fundamento en el artículo 123 Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato.

Si de las diligencias practicadas no resultan elementos bastantes para hacer la consignación a los tribunales y no aparece que se puedan practicar otras, pero con posterioridad pudieran allegarse datos para proseguir la averiguación, se reservará el expediente hasta que aparezcan esos datos, y entre tanto se ordenará a la policía que haga investigaciones tendientes a lograr el esclarecimiento de los hechos.

El archivo del expediente se da cuando después de realizadas todas las diligencias, de los datos recabados no se acredita ni el cuerpo del delito ni la probable responsabilidad, por lo que el agente del Ministerio Público procede a archivar el expediente.

5.2.7. LA DETERMINACIÓN.

La determinación, es una resolución administrativa del Ministerio Público en donde expone los razonamientos jurídicos por los cuales considera que con las pruebas recabadas en la averiguación previa se tienen por probados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

En la determinación el Ministerio Público se ordena a si mismo ejercitar la acción penal por el delito que aparezca comprobado en la averiguación previa y en contra de los indiciados.

5.2.8. LA CONSIGNACIÓN.

La consignación es el acto procedimental mediante el cual el Ministerio Público jurídicamente ejercita la acción penal. Las dos finalidades primarias de la averiguación previa, como ya hemos hecho mención es comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, pero la finalidad ulterior es ejercitar la acción penal y esta se ejercita cuando se tiene comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

El ejercicio de la acción penal es de gran relevancia en la consignación ya que por medio de ella empieza la función jurisdiccional.

LA ACCIÓN EN MATERIA PENAL.

La acción la define González Bustamante de la siguiente forma: acción de hacer u obrar, en su acepción gramatical es toda actividad o movimiento que se encamina a determinado fin. En su sentido jurídico, acción es la manera de poner en marcha el ejercicio de un derecho. Por lo mismo, la acción debe entenderse en su sentido esencialmente dinámico; es el derecho de obrar, y está constituido por el acto o conjunto de actos por los cuales se recurre al poder jurídico para obtener de la autoridad jurisdiccional el ejercicio de su función.³³

Como ya lo hemos expresado, dentro de la Teoría General del Proceso la hemos conceptualizado de tres maneras: Como Derecho Público Subjetivo basado en el derecho de petición que llevado a cabo ante la autoridad jurisdiccional se nos convierte en derecho de acción: como derecho sustantivo material violado, es decir que tenemos un derecho insatisfecho; y como pretensión que es la subordinación del interés ajeno a nuestra voluntad.

La acción tanto en materia civil como penal, constituye un mismo concepto no obstante las diversas formas como se ha tratado de definir. En materia penal la acción tiene aspectos propios que la caracterizan, puesto que el único que tiene el monopolio del ejercicio de la acción penal es el Ministerio Público.

³³ GONZÁLEZ BUSTAMANTE JUAN JOSÉ. PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO. 9ª. ed. Ed. Porrúa. México 1988. p. p.36

En materia penal, explica Marco Antonio Díaz de León sobre la acción, su detentador en forma inalienable lo sigue diciendo el particular, solo que por razones de política criminal se le ha nombrado una especie de procurador oficial y permanente que la intentara a nombre del titular y en representación de la sociedad, funcionario estatal, usualmente denominado Ministerio publico o fiscal.³⁴

EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.

Cuando presentamos una denuncia o querrela ante el Ministerio Público no ejercitamos el derecho de acción, sino el derecho de petición. El derecho de petición es la facultad que tiene el particular para dirigirse a cualquier autoridad, por eso decimos que el derecho de petición dirigido a la autoridad jurisdiccional se nos convierte en el derecho de acción, ya que en materia penal el único que puede dirigirse a la autoridad jurisdiccional en el ejercicio de la acción penal es exclusivamente el Ministerio Publico.

Dicha institución después de llevar la investigación correspondiente y teniendo por comprobados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad determinara y en la consignación ejercitara la acción penal, tal como lo menciona el artículo 158 primer párrafo: “El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción, y la autoridad judicial, a su vez,

³⁴ DÍAZ DE LEÓN MARCO ANTONIO. TEORÍA DE LA ACCIÓN PENAL. Textos Universitarios. México 1974. p.p. 105.

examinará si ambos requisitos están acreditados en autos, para darle curso al proceso.”

En el ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público pierde su calidad de autoridad para convertirse en parte acusadora. Anteriormente no había ningún medio para combatir el no ejercicio de la acción penal, ahora, actualmente se puede combatir vía jurisdiccional con fundamento en el artículo 21 Constitucional el cual nos señala en su párrafo segundo lo siguiente: “El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinara los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial”. Y el Artículo 130 del Código Adjetivo Penal. *“Las resoluciones que se dicten en los casos a que se refieren los dos artículos anteriores, podrán ser impugnadas por el denunciante, el querellante, el ofendido o quien tenga derecho a la reparación del daño en los términos siguientes:*

I.- En contra del no ejercicio de la acción penal, el recurso se interpondrá expresándose los agravios correspondientes, ante el Ministerio Público, quien deberá remitirlo al juez competente dentro de los tres días siguientes al de su interposición, acompañándolo del expediente que contenga la averiguación previa;”

EFFECTOS DE LA ACCIÓN PENAL.

La procedencia de la acción penal figura en nuestro Código de Procedimientos Penales en su artículo 127, el cual establece: *“En ejercicio de la acción penal, corresponde al Ministerio Público:*

I.- Promover la incoación del procedimiento judicial;

II.- Solicitar las órdenes de comparecencia para preparatoria y las de aprehensión, que sean procedentes;

III.- Pedir el aseguramiento precautorio de bienes para los efectos de la reparación del daño;

IV.- Rendir las pruebas de la existencia de los delitos y de la responsabilidad de los inculpados;

V.- Pedir la aplicación de las sanciones respectivas; y

VI.- En general, hacer todas las promociones que sean conducentes a la tramitación regular de los procesos.”

EL NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.

El cual se encuentra estipulado en el artículo 128 del ordenamiento anteriormente mencionado, el cual reza: *“El Ministerio Público no ejercitará la acción penal:*

I.- Cuando los hechos de que conozca, no sean constitutivos de delito;

II.- Cuando, aun pudiendo serlo, resulta imposible la prueba de la existencia de los hechos; y

III.- Cuando esté extinguida legalmente”.

EL DESISTIMIENTO DE LA ACCIÓN PENAL.

En el artículo 129 del nuestro ordenamiento mencionado con anterioridad versa sobre el desistimiento del Ministerio Público en relación con la acción penal cuyos casos son los siguientes: *“El Ministerio Público solamente puede desistirse de la acción penal:*

I.- Cuando apareciere plenamente comprobado en autos que se está en alguno de los casos mencionados en el artículo anterior; y

II.- Cuando durante el procedimiento judicial aparezca plenamente comprobado en autos que el inculpado no ha tenido participación en el delito que se persigue, o que existe en su favor alguna circunstancia eximente de responsabilidad, pero solamente por lo que se refiere a quienes se encuentren en estas circunstancias.”

FORMAS DE EJERCITAR LA ACCIÓN PENAL EN LA CONSIGNACIÓN.

El Ministerio Público puede ejercitar la acción penal con detenido pero también puede ejercitar acción penal sin detenido. Para lo cual explicaremos estos dos casos a continuación:

CONSIGNACIÓN CON DETENIDO.

Cuando el Ministerio Público consigna con detenido, al hacer la consignación pone al indiciado a disposición del juez a partir de este momento empieza la instrucción y a su vez empieza el termino constitucional. Una vez consignado lo primero que hace el juez es ratificar si la detención por flagrancia o urgencia fue hecha conforme a derecho, si no fue hecha de tal forma, decretara la libertad con las reservas de ley. En caso de que haya sido conforme a derecho ratificara la detención tal como determina el artículo 16 párrafo sexto Constitucional el cual dice: *“en casos de urgencia o flagrancia, el juez a que reciba la consignación del detenido*

deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley”.

Y ratificada la detención dictara auto de radicación, auto de entrada o también llamado auto cabeza del proceso y ordenara se inscriba en el libro del juzgado teniendo por ejercitando al Ministerio Público la acción penal.

El auto de radicación es la primera resolución que dicta el órgano jurisdiccional, se tienen ejercitando al Ministerio Público la acción penal por el o por los posibles hechos delictuosos que aparezcan comprobados en la averiguación previa, señalara el termino de 48 horas para que se tome la declaración preparatoria y el termino de 72 horas a partir de tener a disposición al indiciado para resolver la situación jurídica del indiciado.

CONSIGNACIÓN SIN DETENIDO.

Cuando el Ministerio Público consigna sin detenido, no pone a disposición al indiciado, solamente “solicita” al juez la orden de aprehensión o de comparecencia según sea el caso y será el juez quien después de estudiar el expediente de la averiguación previa dictara el auto de radicación.

LA ORDEN DE APREHENSIÓN Y ORDEN DE COMPARECENCIA.

El juez después de estudiar el expediente y de considerarlo necesario previa solicitud del Ministerio Público “girara” la orden de aprehensión o de comparecencia con la finalidad de que le sea puesto a su disposición al indiciado.

La orden de aprehensión podrá ser girada siempre y cuando reúna los siguientes requisitos constitucionales:

- Deberá ser hecha mediante autoridad judicial.
- Que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señala como delito.
- Sancionado con pena privativa de libertad y
- Existan datos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

El artículo 16 constitucional así como el artículo 184 de la ley adjetiva penal lo contempla.

ARTICULO 16 Constitucional, II Párrafo: *“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese*

hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participo en su comisión.”

ARTICULO 184 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO: *“Cuando estén reunidos los requisitos del artículo 16 constitucional, el tribunal libraré orden de aprehensión contra el inculpado, a pedimento del Ministerio Público.*

La orden de aprehensión o, en su caso, de comparecencia, se libraré por el delito que aparezca comprobado, aún cuando cambie la apreciación legal del Ministerio Público.

La resolución respectiva contendrá una relación sucinta de los hechos que la motiven, sus fundamentos legales y se entregará inmediatamente al Ministerio Público, para que éste ordene a la Policía Judicial su ejecución.”

La orden de aprehensión o de comparecencia ordenada por el juez la mandara al Ministerio Publico para que este a su vez ordene a la Policía ponga al indiciado a disposición del juez rindiendo informe de ello al Ministerio Público, dicho precepto se encuentra estipulado en los artículos 185 y 186 del Código de Procedimientos Penales y en el momento mismo que el juez tenga a disposición al indicado empieza la etapa de la instrucción y el término constitucional de las 72 horas.

ARTÍCULO 185 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO: *Cuando se trate de la aprehensión de alguna persona cuyo paradero se ignore, el tribunal que dicte la orden la comunicará al agente del Ministerio Público adscrito para que éste la entregue a la Policía Judicial del Estado, a fin de que sea cumplimentada.*

ARTÍCULO 186 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO: *Siempre que se cumplimente una aprehensión en virtud de orden judicial, la Policía Judicial que la haya ejecutado deberá de inmediato poner al aprehendido a disposición material del tribunal respectivo, informado a éste acerca de la hora, día y lugar en que se efectuó la detención y rendirá informe de ello al Ministerio Público.*

5.3. LA INSTRUCCIÓN.

En el lenguaje común la instrucción significa instruir y esto a su vez enseñar, proporcionar conocimientos, informar de alguna cosa o circunstancia. En el ámbito jurídico son los conocimientos dirigidos al juez, independientemente de que este tome iniciativa para investigar a través de los medios de prueba los que a su juicio no sean los suficientemente claros para producirle convicción o certeza jurídica.

Nuestro Código Adjetivo Penal en su artículo 2 fracción II hace referencia que entre las cuatro etapas del procedimiento se encuentra la instrucción y nos dice dicho ordenamiento lo siguiente: "II.- El de instrucción,

que comprende las diligencias practicadas por los tribunales con el fin de averiguar la existencia de los delitos, las circunstancias en que hubieren sido cometidos y la responsabilidad o irresponsabilidad de los inculpados;”.

La instrucción en sentido lato empieza desde que el indiciado está a disposición del juez y termina cuando se declara cerrada la instrucción. Este periodo comprende dos fases:

La primera de ellas comprende el termino constitucional de las 72 horas y la

Segunda de ellas nosotros la llamaremos instrucción en sentido estricto. Doctrinariamente RIVERA SILVA denomina a la primera fase como etapa de preparación del proceso y a la segunda fase como instrucción propiamente dicha.

Ahora bien, se llama instrucción porque se instruye al juez iluminándole su punto de vista a través de los medios probatorios. Se ofrecen y desahogan pruebas durante el término constitucional para ver si el inculpado se puede librar de un auto de formal prisión y se ofrecen y desahogan pruebas en la segunda etapa de la instrucción para ver si el inculpado puede obtener una sentencia absolutoria.

5.3.1. LA PRIMERA FASE DE LA INSTRUCCIÓN.

La instrucción en esta fase, comprende el término constitucional, es una serie de actos llevados por el juez, comienza cuando el indiciado está a disposición del juez y termina con el auto que resuelve la situación jurídica del indiciado. El término constitucional empieza a contar a partir de que el indiciado es puesto a disposición del juez, este término comprende las 48 horas en que debe tomarse la declaración preparatoria y las 72 horas siguientes a partir de que se tenga a disposición al indiciado para resolver la situación jurídica.

5.3.1.1. LA DECLARACIÓN PREPARATORIA.

Es el acto a través del cual comparece el indicado ante el órgano jurisdiccional, con el objeto de hacerle conocer el hecho punible por el que el Ministerio Público ejerció la acción penal en su contra para que pueda llevar a cabo sus actos de defensa.

La declaración preparatoria se deberá de tomar al indicado dentro de las 48 horas siguientes a partir de que el juez tenga a disposición al indiciado. Dicha declaración se establece en nuestra constitución como un derecho público subjetivo de materia adjetiva penal. Consagrado en el artículo 20 constitucional fracción tercera que estipula:” En todo proceso del orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías: se le hará saber en

audiencia pública, y dentro de las 48 horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de su acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria”.

REQUISITOS CONSTITUCIONALES.

OBLIGACIÓN DE TIEMPO.- La obligación se refiere a que el juez dentro de las 48 horas siguientes a la consignación, debe tomar la declaración preparatoria.

OBLIGACIÓN DE FORMA.- Referente a que está obligado el juez a tomar la declaración preparatoria en audiencia pública, ósea, en un lugar al que tenga libre acceso el público.

OBLIGACIÓN DE DAR A CONOCER EL CARGO.- El juez, tiene obligación de dar a conocer la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que el indiciado conozca bien el hecho que se le imputa.

OBLIGACIÓN DE DAR A CONOCER EL NOMBRE DEL ACUSADOR.- Esta obligación se refiere a que el juez debe enterar al detenido, del nombre de la persona que presento la denuncia o la querrela, en su caso.

OBLIGACIÓN DE OÍR EN DEFENSA AL DETENIDO.

OBLIGACIÓN DE TOMARLE EN EL MISMO ACTO SU DECLARACIÓN PREPARATORIA.

REQUISITOS RELATIVOS A LA LEY SECUNDARIA:

Estos son los considerados en el artículo 145 de la Ley Adjetiva Penal, impone las siguientes obligaciones al juez, las cuales RIVERA SILVA las clasifica de la siguiente manera:

- a) Dar a conocer al indiciado el nombre de los testigos que declaran en su contra.
- b) Dar a conocer al indiciado la garantía de libertad caucional en los casos en que proceda, y el procedimiento a obtenerla.
- c) Dar a conocer al indiciado el derecho que tiene para defenderse por sí mismo, o para nombrar persona de su confianza que lo defienda, advirtiéndole que si no lo hiciere, el juez le designara un defensor de oficio.

FORMA DE LLEVARSE A CABO LA DECLARACIÓN PREPARATORIA.

Nuestro Código de Procedimientos Penales nos dice en el artículo 145 la manera de llevarse a cabo:

ARTÍCULO 145.- *La declaración preparatoria comenzará por las generales del inculpado, en las que se incluirán también los apodos que tuviere, y si habla y entiende suficientemente el idioma español y sus demás circunstancias personales. Cuando el inculpado no hable o no entienda suficientemente el idioma español, se le designará un traductor.*

Acto seguido se le harán saber las siguientes garantías que le otorga el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

I.- Designar, para su adecuada defensa, a un abogado o ejercerla por sí mismo o por persona de su confianza. Si no quisiere o no pudiere nombrar defensor el juzgador le designará un defensor de oficio.

Cuando la designación recaiga sobre quien no tenga título legalmente expedido de Licenciado en Derecho, conforme a la Ley que reglamenta el ejercicio de las profesiones, el juzgador dispondrá que intervenga, además del designado, un defensor de oficio;

II.- 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;

III.- No declarar si así lo desea, o en caso contrario, a declarar asistido por su defensor;

IV.- Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro del proceso, en los que tendrá la intervención que le fuere concedida por el juzgador;

V.- Que se le facilitarán todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso;

VI.- Que se le recibirán las pruebas que ofrezca, en los términos legales, ayudándole para obtener la comparecencia de los testigos que solicite;

VII.- Si no hubiere solicitado su libertad provisional bajo caución o protesta, se le hará nuevamente conocedor de ese derecho en los términos del artículo 20 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de los artículos 387 y 406 de este código.

VIII.- Carearse en presencia del juez con quienes depongan en su contra, siempre que él o su defensor lo solicite; y

IX.- Ser juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa.

De la información al inculpado sobre los derechos mencionados, se dejará constancia en actuaciones. Posteriormente, si lo desea declarará sobre los hechos que se le imputan.”

Las contestaciones en caso de declarar serán redactadas por el inculpado o con la mayor precisión posible, pudiendo ser interrogado por la defensa y por el agente del Ministerio Público.

5.3.2. LA RESOLUCIÓN DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL INDICIADO.

El término constitucional concluye a las 72 horas siguientes de estar el indiciado a disposición del juez, en el que deberá resolverse su situación jurídica. Tiene su fundamento en el artículo 19 primer párrafo de nuestra Carta Magna el cual dice *“Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de 72 horas a partir de que el indicado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresaran: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancia de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indicado”*.

Dicho término constitucional se podrá duplicar cuando lo solicite el inculpado por sí o por su defensor, al rendir su declaración preparatoria, siempre que dicha ampliación sea con la finalidad de desahogar las pruebas que en esa misma diligencia ofrezca, para que el juez resuelva su situación jurídica. El Ministerio Público no podrá solicitar dicha ampliación ni el juez decretarla de oficio. La duplicidad del término se encuentra estipulada en el artículo 19 segundo párrafo constitucional y en el artículo 151 Ley Adjetiva Penal. “ARTÍCULO 151.- Dentro de las setenta y dos horas siguientes al momento en que el inculpado quede a disposición del juez, se dictará el auto de formal prisión, mismo que deberá contener el delito que se impute al acusado, el lugar, tiempo y circunstancias de la ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, datos que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado. El auto de formal prisión se dictará cuando de lo actuado aparezcan acreditados los requisitos siguientes:

I.- Que se haya tomado declaración preparatoria del inculpado, en la forma y con los requisitos que establece el capítulo anterior, o bien que conste en el expediente que aquél se rehusó a declarar;

II.- Que esté comprobado el cuerpo del delito de que se trate y que tenga señalada sanción privativa de libertad;

III.- Que en relación a la fracción anterior esté demostrada la probable responsabilidad del inculpado; y

IV.- Que no esté plenamente comprobada a favor del inculpado, alguna causa que elimine su responsabilidad o que extinga la acción penal.

El plazo a que se refiere el párrafo primero de este artículo, se duplicará cuando lo solicite el inculpado por sí o por su defensor, al rendir su declaración preparatoria, siempre que dicha ampliación sea con la finalidad de desahogar las pruebas que en esa misma diligencia ofrezca, para que el juez resuelva su situación jurídica.

El Ministerio Público no podrá solicitar dicha ampliación, ni el juez decretarla de oficio; el Ministerio Público en ese plazo puede, sólo en relación con las pruebas o alegatos que propusiere el inculpado o su defensor, hacer las promociones correspondientes al interés social que representa.

La ampliación del plazo se deberá notificar al director del reclusorio preventivo en donde, en su caso, se encuentre internado el inculpado, para los efectos a que se refiere la última parte del primer párrafo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”

Una vez finiquitado el término o la ampliación del mismo si el juez aun no ha resultado la situación jurídica del indicado “la autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indicado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de la prórroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho

particular en el acto mismo de concluir el plazo y si no recibe la constancia mencionada dentro de las 3 horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad, tal como lo prevé el artículo 19 segundo párrafo de la ley fundamental. Las formas en que se resuelve la situación jurídica del indiciado son mediante:

El auto de formal prisión, auto de sujeción a proceso o auto de libertad o de soltura por falta de elementos para procesar.

AUTO DE FORMAL PRISIÓN.

El auto de formal prisión es la resolución pronunciada por el juez, para resolver la situación jurídica del indicado al vencerse el término constitucional de las 72 horas, por estar comprobados los elementos integrantes del cuerpo del delito que merezca pena corporal y los datos suficientes para presumir la responsabilidad, siempre y cuando no esté probada a favor del procesado una causa de justificación, o que extinga la acción penal, para así determinar el delito o delitos o los que ha de seguirse el proceso.

REQUISITOS.

Estos se encuentran determinados en el artículo 151 de nuestra Ley Adjetiva Penal el cual menciona que se deberá de dictar dicho auto siempre y cuando se encuentren acreditados:

I.- Que se haya tomado declaración preparatoria del inculpado, en la forma y con los requisitos que establece el capítulo anterior, o bien que conste en el expediente que aquél se rehusó a declarar;

II.- Que esté comprobado el cuerpo del delito de que se trate y que tenga señalada sanción privativa de libertad;

III.- Que en relación a la fracción anterior esté demostrada la probable responsabilidad del inculpado; y

IV.- Que no esté plenamente comprobada a favor del inculpado, alguna causa que elimine su responsabilidad o que extinga la acción penal.

EFFECTOS.

Los efectos que surgen del auto de formal prisión, por los autores y catedráticos tenemos los siguientes:

-Que justifica la prisión preventiva, instituida en el artículo 18 constitucional el cual indica en su primera parte “solo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva”,

-Da base al proceso.

-Fija tema al proceso, es decir, que en él se señala el delito o los delitos por los que se va a procesar.

-Suspende las prerrogativas del ciudadano, determinado en el artículo 38 fracción. II de la ley fundamental que menciona: los derechos y prerrogativas del ciudadano se suspenden: por estar sujeto a un proceso criminal por el delito que merezca pena corporal a contar desde la fecha del auto de formal prisión.

-Determina el plazo en el que será juzgada dicha persona o bien fija el plazo para dictar sentencia determinado en el artículo 20 fracción VIII de nuestra constitución que dice: “En todo proceso del orden criminal tendrá el inculpado las siguientes garantías: Será juzgado antes de 4 meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de 2 años de prisión, y antes de 1 año si la pena excediera de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa”.

El auto de formal prisión deberá contener el delito que se impute al acusado, el lugar, tiempo y circunstancias de la ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, datos que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indicado, así lo prevé el artículo 151 primer párrafo de la Ley Adjetiva Penal.

AUTO DE SUJECCIÓN AL PROCESO.

Es la resolución dictada por el juez, por medio de la cual; tratándose de delitos sancionados con pena no corporal o alternativa, previa comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad, se resuelve la situación jurídica del procesado, fijándose la base del proceso que debe seguirse.

El auto de sujeción al proceso se encuentra plasmado en el artículo 152 de nuestro Código Adjetivo Penal el cual establece:” Cuando el delito cuya existencia se haya comprobado no merezca privación de libertad, o éste contemple sanción alternativa, se dictará auto con todos los requisitos del de formal prisión, sujetando a proceso a la persona contra la cual aparezcan datos suficientes que hagan probable su responsabilidad, para él solo efecto de señalar el delito por el que deba seguirse el proceso.”

REQUISITOS.

Para dictar un auto de sujeción a proceso se infieren del artículo mencionado en el párrafo anterior, los cuales deberán ser:

- a) Que se haya tomado la declaración preparatoria del inculpado, en la forma y con los requisitos que establece la ley, o bien que conste en el expediente que aquel se rehusó a declarar;

- b) Que este comprobado el cuerpo del delito de que se trate y que no esté sancionado con pena privativa de libertad o contemple pena alternativa;
- c) Que se encuentre comprobada la probable responsabilidad del inculpado ; y
- d) Que no esté plenamente comprobada a favor del inculpado, alguna causa que elimine su responsabilidad o que extinga la acción penal.

EFFECTOS.

Que constituye la base para procesar; en él se señala los delitos por los que se va a procesar; el indiciado queda sujeto a proceso sin ser privado de su libertad; y fija el plazo en que será juzgado el indiciado.

AUTO DE LIBERTAD O DE SOLTURA POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR.

Es la resolución dictada por el juez al vencerse el término constitucional de 72 horas, en donde se ordena que el procesado sea restituido en el goce de su libertad, en virtud de no existir elementos en el que no se compruebe el cuerpo del delito ni la probable responsabilidad o alguno de ellos.

Este auto se encuentra establecido en nuestro Código Adjetivo Penal en el artículo 157: *Si dentro del término legal no se reúnen los requisitos*

necesarios para dictar el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, se dictará auto de libertad por falta de elementos para procesar o de no sujeción a proceso, en su caso, sin perjuicio de que, si procediere, el Ministerio Público perfeccione el ejercicio de la acción penal.

5.4. LA SEGUNDA FASE DE LA INSTRUCCIÓN.

Esta comienza cuando se resuelve la situación jurídica del indiciado con el auto de formal prisión o de sujeción al proceso y termina con el auto que declara cerrada la instrucción. Tiene por finalidad averiguar la existencia de los delitos, las circunstancias en que hubieren sido cometidos y la responsabilidad o irresponsabilidad de los inculpados. En esta etapa las partes pueden ofrecer y desahogar pruebas de cargo y de descargo según sus pretensiones.

El proceso penal inicia dentro del procedimiento penal, con el auto de formal prisión o de sujeción al proceso, por estar previsto así en nuestra Constitución en su tercer párrafo del artículo 19: “todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso”.

En esta etapa de la instrucción en estricto sentido su desarrollo se lleva a cabo en dos distintos momentos o episodios, el primero, comprende desde el auto de formal prisión o de sujeción a proceso al auto que declara

agotada la averiguación y el segundo que empieza con el último auto mencionado y termina con el auto que declara cerrada la instrucción.

La instrucción, nos dice el Código de Procedimientos Penales deberá terminarse en el menor tiempo posible. La duración de dicho periodo instructorio se establece en el artículo 20 apartado A fracción VIII el cual menciona: "En todo proceso del orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido tendrán las siguientes garantías: será juzgado antes de 4 meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de 2 años de prisión y antes de 1 año si la pena máxima excediera de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa".

No obstante nuestro Código de Procedimientos Penales en su artículo 138 establece los siguientes términos" 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 terminará dentro de diez meses; si la pena máxima es de dos años de prisión o menor, o hubiere dictado auto de sujeción a proceso, la instrucción deberá terminarse dentro de tres meses.

Los términos a que se refiere este artículo se contarán a partir de la fecha del auto de formal prisión o del de sujeción a proceso, en su caso."

El concepto que une tanto a los hechos verificados como ciertos como al derecho es la prueba, considerada por Díaz de León como un imperativo

de la razón; es un juicio que denota la necesidad intelectual de que se confirme todo aquello que se quiera considerar como cierto.

5.4.1. LA PRUEBA PROCESAL.

La expresión prueba según el autor Marco Antonio Díaz de León, tiene dos significados: denota una institución regulada por un conjunto normativo del Derecho procesal y un concepto perteneciente a la ciencia del derecho procesal.

- a) La prueba como un concepto perteneciente a la ciencia del Derecho Procesal. El objeto de conocimiento prueba no se debe confundir con el de probar, pues se diferencian gramaticalmente. Prueba es razón fundada suficientemente que da validez a un argumento. Probar es verificar, demostrar, confirmar algo que se afirma como cierto o existente. Esta acción de probar pertenece a lo factico, queriendo decir con esto que con tal actividad se llega al terreno de los hechos u objetivo, la prueba en cambio corresponde al intelecto, es juicio. La prueba es un juicio, una idea que denota necesidad de probar, a través de demostrar, verificar o investigar la verdad de aquello que se ha afirmado en el proceso. Lo probado es el resultado de probar, de confirmar o verificar; tal derivado de probar, o sea lo probado, produce consecuencias psíquicas como la certeza, verosimilitud, verdad, o bien, de duda, incertidumbre, inverosimilitud o falsedad.

- b) La prueba como institución regulada por un conjunto normativo del Derecho Procesal- La exigencia de un procedimiento de prueba regulado especialmente en un conjunto de normas adjetivas establecidas en un código, se justifica no solo para que las partes puedan probar, sino que el juez pueda ser convencido y controlado en su función de juzgar.

Los códigos procesales son los medios reglados con los cuales el Estado cumple con su deber de prestar el servicio jurisdiccional, son un conjunto de normas que contienen los métodos de debate que sirven para constatar la procedencia o improcedencia y validez de las pretensiones aducidas por las partes y así determinar la certeza del interés que en justicia se deba tutelar en la sentencia.

No obstante el concepto vertido anteriormente por el autor citado, la palabra prueba, doctrinariamente, alude a tres aspectos fundamentales: como medio de prueba, como motivo de prueba y como valor de la prueba. Rivera Silva alude que en la prueba deben distinguirse tres elementos que son:

-EL MEDIO DE PRUEBA.

-EL ÓRGANO DE PRUEBA.

-Y EL OBJETO DE PRUEBA.

Para probar se utilizan los diversos medios de probar normados que marca la ley.

5.4.2. LOS MEDIOS DE PROBAR.

Díaz de León denomina a los medios de prueba, como medios de probar, aduciendo a que esta primera denominación es incorrecta ya que la prueba como vimos es un concepto, una hipótesis normativa, no así como la acción de probar, por lo que en forma correcta determina por llamarla medios de probar.

Los medios de probar son los instrumentos, formas, experimentos, formulas y actos que sirven y se utilizan en el procedimiento probatorio para probar, para llevar al juez los motivos de prueba. Los motivos de prueba son las razones que sirven al juzgador para formar o integrar su convicción o convencimiento.

Nos dice Rivera Silva que los medios de prueba es la prueba misma; es el modo o acto por medio del cual se lleva el conocimiento verdadero de un objeto, por objeto debe de entenderse todo lo que puede ser motivo de conocimiento, desde el punto de vista común y corriente comprende el darse cuenta de algo, percibir algo y la verdad abarca la exacta correlación entre el objeto y las notas que ofrece el conocimiento. Así pues, el medio es el puente que une al objeto por conocer (acto imputado) con el sujeto cognoscente (juez).

5.4.2.1. EL OBJETO DE PRUEBA.

En el Derecho procesal moderno existe una uniformidad en relación al objeto de la prueba, esto en el sentido de que la materia de la prueba o el objeto de la prueba son los hechos. La expresión hecho debe ser considerada con la amplitud necesaria para comprender no solo los sucesos del hombre, de su propia persona, o las cosas del mundo, sino en general todo aquello que pueda formar de manera principal o accesoria parte de la relación jurídico criminal que se debata en el proceso, siempre y cuando no esté prohibido por la ley.

5.4.2.2. EL ÓRGANO DE LA PRUEBA.

Es la persona física que ministra en el proceso el conocimiento del objeto de prueba. La distinción clara entre el medio de probar y el órgano de prueba, es que el órgano de prueba siempre es una persona a través de la cual o por conducto de la cual llega al juez un medio de probar.

La ley establece que los medios de prueba, entre otros, son los peritos y los testigos, no obstante existe la opinión diversa en cuanto a considerar en doctrina la diferencia existente entre lo que es la parte confesante y la confesión, el perito del dictamen pericial, los testigos, del testimonio. Al referirnos a los órganos de probar, nos estamos refiriendo a personas a través de las cuales llega al juez el medio de probar, esto es que

a través del testigo, llega al juez el medio de probar llamado testimonial; a través del perito llega al juez el medio de probar que es el dictamen pericial y así sucesivamente.

5.4.2.3. LOS DIVERSOS MEDIOS DE PROBAR.

La Ley Adjetiva Penal en su artículo 194 determina que se admitirá como prueba en los términos del artículo 20 fracción V de la Constitución, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente y no vaya contra el derecho o la moral, a juicio del juez o tribunal.

Artículo 194.-*“Se admitirá como prueba en los términos del artículo 20 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, y no vaya contra el derecho o la moral, a juicio del juez o tribunal cuando la autoridad judicial lo estime necesario, podrá por algún otro medio de prueba, establecer la autenticidad del objeto de la misma.”*

No obstante las diferencias entre los diversos medios de probar según su naturaleza y modos de realizarse, coinciden en dos aspectos: que no sean contrarios a la moral o al derecho y que su producción se haga conforme a las normas establecidas en el propio procedimiento probatorio. La ley establece en forma enunciativa en su capítulo correspondiente los medios de prueba y cuáles son estos, de esta forma tenemos los siguientes: la confesión, la inspección, los peritos, los testigos, la confrontación, el careo y los documentos.

1) LA CONFESIÓN.

La confesión proviene del latín “confesio” que significa declaración que hace una persona de lo que sabe, espontáneamente o preguntado por otra.

La confesión es el reconocimiento que hace el inculpado de su propia culpabilidad. Es una manifestación que hace el inculpado sobre la participación activa que hubiera tenido en los hechos delictivos, dicha manifestación debe ser libre, es decir con la voluntad del acusado, si bien la confesión puede resultar de una expresión espontanea o provocada, sin coacción. La confesión es espontanea cuando el acusado, por propia decisión expone ante el juez penal, o bien ante el Ministerio Publico en la averiguación previa, su participación en el delito, aceptando la imputación, es provocada en aquellos casos en que se adquiere por virtud del interrogatorio.

Nuestro Código Penal Adjetivo establece en su artículo 195 la confesión “La confesión podrá recibirla el Ministerio Público, que practique la averiguación previa o el tribunal que conozca del asunto, se admitirá en cualquier estado del procedimiento hasta antes de que se pronuncie sentencia irrevocable y deberá reunir los requisitos del artículo 275 de este Código.”

Así mismo el artículo 275.-“La confesión ante el Ministerio Público y ante el juez deberá reunir los siguientes requisitos:

I.- Que verse sobre hechos propios materia de la imputación, con pleno conocimiento y sin violencia física o moral;

II.- Que sea hecha ante el Ministerio Público o el tribunal de la causa y en presencia del defensor o persona de su confianza, y que el inculpado esté debidamente enterado de la causa;

III.- Que no existan datos que, a juicio del tribunal la hagan inverosímil.

No podrá consignarse a ninguna persona si existe como única prueba la confesión. La Policía Judicial podrá rendir informes pero no obtener confesiones; si lo hace estas carecerán de todo valor probatorio.”

2) LA INSPECCIÓN.

La palabra inspección viene del latín inspectio-tionis, que significa acción y efecto de inspeccionar y esta a su vez equivale a examinar, reconocer una cosa con detenimiento. La inspección es el examen u observación seguida de la descripción de personas lugares o cosas.

La inspección judicial es un medio de prueba directa que tiene por objeto formar la convicción del órgano jurisdiccional, mediante la percepción inmediata de este sobre los lugares, personas u objetos conectados con la causa criminal que se investiguen en el proceso, se busca el contacto personal del juez con la materia misma donde constan los hechos a conocer y a probar, sin intermediarios.

Tiende a confundirse a la inspección judicial con la ocular, ya que en esencia son lo mismo, solo que la judicial se realiza como ya explicamos por el juez personalmente y la ocular se realiza por otra persona u órgano diverso al juez, que puede ser el Ministerio Público en la averiguación previa.

La inspección se realiza cuando el delito fuese de aquellos que puedan dejar huellas materiales en los cuales señala el artículo 196 del mencionado ordenamiento: “Si el delito fuere de aquellos que puedan 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.”

ARTÍCULO 197.- Para la descripción de lo inspeccionado se emplearán, según el caso, dibujos, planos topográficos, fotografías ordinarias o métricas, moldeados, o cualquier otro medio para reproducir las cosas, haciéndose constar en el acta cuál o cuáles de aquéllos, en qué forma y con qué objeto se emplearon.

Se hará la descripción por escrito de todo lo que no hubiere sido posible efectuar por los medios anteriores, procurándose fijar con claridad los caracteres, señales o vestigios que el delito dejare, el instrumento o medio que probablemente se haya empleado y la forma en que se hubiere usado.

LA RECONSTRUCCIÓN DE HECHOS.

Dentro de la inspección ocular la ley incluye en sus artículos 202 al 207 la reconstrucción de hechos la cual tiene por objeto apreciar las declaraciones que hayan reunido.

ARTÍCULO 202.- La inspección ocular podrá tener el carácter de reconstrucción de hechos y su objeto será apreciar las declaraciones que se hayan rendido y los dictámenes periciales que se hayan formulado. Se podrá llevar a cabo, siempre que la naturaleza del delito y las pruebas rendidas así lo exijan, a juicio del funcionario que conozca del asunto, aun durante la vista del proceso, si el tribunal lo estima necesario, no obstante que se haya practicado con anterioridad.

ARTÍCULO 203.- 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; en caso contrario, podrá efectuarse en cualquiera hora y lugar.

ARTÍCULO 204.- No se practicará la reconstrucción sin que hayan sido examinadas las personas que hubieren intervenido en los hechos o que los hayan presenciado y deban tomar parte en ella. En el caso a que se refiere la primera parte del artículo anterior es necesario, además, que se haya llevado a cabo la simple inspección ocular del lugar.

ARTÍCULO 205.- Cuando alguna de las partes solicite la reconstrucción, deberá precisar cuáles son los hechos y circunstancias que desea esclarecer, pudiéndose repetir la diligencia cuantas veces sea necesario, a juicio del inculpado, de su defensor, del Ministerio Público, del juez, o del tribunal.

ARTÍCULO 206.- En la reconstrucción estarán presentes, si fuere posible, todos los que hayan declarado haber participado en los hechos o haberlos presenciado. Cuando no asistiere alguno de los primeros podrá comisionarse a otra persona para que ocupe su lugar, salvo que esa falta de asistencia haga inútil la práctica de la diligencia, en cuyo caso se suspenderá. Asimismo se citará a los peritos que sea necesario.

La descripción se hará en la forma que establece el artículo 197.

ARTÍCULO 207.- Cuando hubiere versiones distintas acerca de la forma en que ocurrieron los hechos, se practicarán, si fueren conducentes al esclarecimiento de los mismos, las reconstrucciones relativas a cada una de aquéllas, y en caso de que se haga necesaria la intervención de peritos, éstos dictaminarán sobre cuál de las versiones puede acercarse más a la verdad.

3) LA PERICIAL O PERITACIÓN.

El autor Colín Sánchez nos dice que tanto en doctrina como en la legislación confunden los términos perito, pericial, peritación y peritaje o dictamen.

Perito, es toda persona a quien se atribuye capacidad o conocimiento técnico-científico, o práctica en una ciencia o arte. Pericia proviene de la voz latina peritia, que significa sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte. Es la capacidad técnico-científica o practica, que acerca de una ciencia o arte posee el sujeto llamado perito. Peritación es el procedimiento empleado por el perito para realizar sus fines. Peritaje, es la operación del especialista traducida en puntos concretos, en inducciones razonadas y operaciones emitidas de acuerdo con su leal saber y entender en donde se llega a conclusiones concretas.

ARTÍCULO 208.- Siempre que para el examen de personas, hechos u objetos se requieran conocimientos especiales, se procederá con intervención de peritos.

ARTÍCULO 209.- Los peritos que dictaminen serán dos o más, pero bastará uno cuando solamente éste pueda ser habido, o cuando el caso sea urgente.

ARTÍCULO 210.- El Ministerio Público y la defensa tendrán derecho a nombrar hasta dos peritos, a quienes el tribunal les hará saber su

nombramiento y les ministrará todos los datos que fueren necesarios para que emitan su opinión. La parte oferente presentará el cuestionario sobre el que han de pronunciarse los peritos y su contraria podrá, dentro del término de tres días, designar peritos de su parte y adicionar el cuestionario. Esto último también podrá hacerlo el tribunal.

ARTÍCULO 211.- Los peritos deberán tener título oficial en la ciencia o arte a que se refiere el punto sobre el cual deba dictaminarse, si la profesión o arte están legalmente reglamentados; en caso contrario, se nombrarán peritos prácticos.

ARTÍCULO 212.- También podrán ser nombrados peritos prácticos cuando no hubiere titulados en el lugar en que se siga la instrucción; pero, en este caso, se libraré exhorto o requisitoria al tribunal del lugar en que los haya, para que, en vista del dictamen de los prácticos, emitan su opinión.

ARTÍCULO 213.- La designación de peritos hecha por el tribunal o por el Ministerio Público deberá recaer en las personas que desempeñen ese empleo por nombramiento oficial y a sueldo fijo.

Si no hubiere peritos oficiales titulados se nombrarán de entre las personas que desempeñen el profesorado del ramo correspondiente en las escuelas oficiales, o bien de entre los funcionarios o empleados de carácter técnico en establecimientos o corporaciones dependientes del Gobierno.

ARTÍCULO 214.- Si no hubiere peritos de los que menciona el artículo anterior y el tribunal o el Ministerio Público lo estiman conveniente, podrán nombrar otros. En estos casos los honorarios se cubrirán según lo que se acostumbre pagar en los establecimientos particulares del ramo de que se trate a los empleados permanentes de los mismos, teniendo en cuenta el tiempo que los peritos debieron ocupar en el desempeño de su comisión.

ARTÍCULO 215.- Los peritos que acepten el cargo, con excepción de los oficiales titulados, tienen obligación de protestar su fiel desempeño ante el funcionario que practique las diligencias.

En casos urgentes, la protesta la rendirán al producir o ratificar su dictamen.”

ARTÍCULO 223.- Los peritos emitirán su dictamen por escrito y lo ratificarán en diligencia especial, en la que, previa citación, las partes les podrán formular preguntas.

ARTÍCULO 224.- Cuando las opiniones de los peritos discordaren, el funcionario que practique las diligencias los citará a junta en la que se discutirán los puntos de diferencia, haciéndose constar en el acta el resultado de la discusión. Si los peritos no se pusieren de acuerdo, se nombrará un perito tercero en discordia.

ARTÍCULO 225.- Cuando el peritaje recaiga sobre objetos que se consuman al ser analizados, no se permitirá que se verifique el primer

análisis, sino, cuando más, sobre la mitad de la sustancia, a no ser que su cantidad sea tan escasa, que los peritos no puedan emitir su opinión sin consumirla por completo, lo cual se hará constar en el acta respectiva.

4) EL TESTIMONIO O LA DECLARACIÓN DE TESTIGOS.

El testimonio es un medio de probar y acto procesal por el cual terceras personas (testigos) comunican al órgano jurisdiccional sus experiencias y percepciones sensoriales extrajudiciales o acontecimientos relacionados con el delito o litigio.

El testigo es el órgano de probar según Colín Sánchez la palabra "Testigo" viene de testando que significa declarar referir o explicar o bien proviene de "detestibus" que significa dar fe a favor de otros o como dice González Bustamante, proviene del término latino "testis". Testigo es la persona física que puede suministrar datos sobre algo que percibió y de lo cual guarda recuerdo, o bien como dice Colín Sánchez es toda persona física que manifiesta ante los órganos de justicia lo que le consta por haberlo percibido a través de los sentidos, en relación con la conducta o hecho que se investiga.

Toda persona que sea citada como testigo está obligada a declarar, no se obligará a declarar al tutor, curador, pupilo o cónyuge del inculpado ni a sus parientes por consanguinidad o afinidad en la línea recta ascendente o

descendente, sin limitación de grados, y en la colateral hasta el cuarto inclusive, ni a los que estén ligados con el inculpado por amor, respeto, cariño o estrecha amistad, pero si éstas personas tuvieran voluntad de declarar, se hará constar esta circunstancia y se recibirá su declaración.

ARTÍCULO 232.- Si el testigo se hallare en el lugar de la residencia del funcionario que practique las diligencias, pero tuviere imposibilidad física para presentarse ante él, dicho funcionario podrá trasladarse al lugar donde se encuentre el testigo para tomarle su declaración.

ARTÍCULO 233.- Cuando haya que examinar a los altos funcionarios de la Federación o del Estado, el que practique las diligencias se trasladará a la habitación u oficina de dichas personas para tomarles su declaración, o, si lo estima conveniente, solicitará de aquéllos que la rindan por medio de oficio.

ARTÍCULO 234.- Los testigos deben ser examinados separadamente y sólo las partes podrán asistir a la diligencia, salvo en los casos siguientes:

- I.- Cuando el testigo sea ciego;
- II.- Cuando sea sordo o mudo;
- III.- Cuando ignore el idioma castellano.

En el caso de la fracción I, el funcionario que practique las diligencias designará a otra persona para que acompañe al testigo, la que firmará la declaración después de que éste la haya ratificado; en los casos de las

fracciones II y III se procederá conforme lo dispone el capítulo III del título primero de este Código.

ARTÍCULO 235.- Antes de que los testigos comiencen a declarar se les instruirá de las penas que el Código Penal establece para los que se producen con falsedad o se niegan a declarar. Esto se podrá hacer hallándose reunidos todos los testigos. A los menores de dieciséis años, se les exhortará para que se conduzcan con verdad.

ARTÍCULO 236.- Después de tomarle la protesta de decir verdad, se preguntará al testigo su nombre, apellido, edad, lugar de origen, habitación, estado civil, profesión u ocupación, si se halla ligado con el inculpado o el ofendido por vínculos de parentesco, amistad o cualesquiera otros y si tiene algún motivo de odio o rencor contra alguno de ellos.

ARTÍCULO 237.- Los testigos declararán de viva voz, sin que les sea permitido leer las respuestas que tengan escritas; pero podrán consultar algunas notas o documentos que lleven consigo, cuando sea pertinente según la naturaleza del asunto y a juicio de quien practique las diligencias.

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

ARTÍCULO 238.- Las declaraciones se redactarán con claridad y usando hasta donde sea posible las mismas palabras empleadas por el testigo. Si quisiere dictar o escribir su declaración se le permitirá hacerlo.

ARTÍCULO 239.- Si la declaración se refiere a algún objeto puesto en depósito, después de interrogar al testigo sobre las señales que caractericen dicho objeto, se le pondrá a la vista para que lo reconozca y firme sobre él, si fuere posible.

ARTÍCULO 240.- Si la declaración es relativa a un hecho que hubiere dejado vestigios en algún lugar, el testigo podrá ser conducido a él para que haga la explicación conveniente.

ARTÍCULO 241.- Siempre que se examine a una persona cuya declaración sea sospechosa de falta de veracidad, se hará constar esto en el acta.

ARTÍCULO 242.- Concluida la diligencia, se leerá al testigo su declaración o la leerá él mismo, si quisiere, para que la ratifique o la enmiende, y después de esto será firmada por el testigo y su acompañante, si lo hubiere.

ARTÍCULO 243.- Si de lo actuado apareciere que algún testigo se ha producido con falsedad, se mandarán compulsar las constancias conducentes para la investigación de ese delito y se hará la consignación respectiva al Ministerio Público, sin que esto sea motivo para que se suspenda el procedimiento; si en el momento de rendir su declaración el

testigo, apareciere que es manifiesta la comisión del delito de falsedad, será detenido desde luego y consignado al Ministerio Público.

ARTÍCULO 244.- Cuando tuviere que ausentarse del lugar en que se practiquen las diligencias alguna persona que pueda declarar acerca del delito, de sus circunstancias o de la persona del inculpado, el tribunal, a solicitud de cualquiera de las partes, procederá a examinarla desde luego, si fuere posible; en caso contrario, podrá arraigar al testigo por el tiempo que sea estrictamente indispensable para que rinda su declaración. Si resultare que la solicitud fue infundada y por lo mismo indebido el arraigo, el testigo podrá exigir al que lo solicite que lo indemnice de los daños y perjuicios que le haya causado.

ARTÍCULO 245.- 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.

Para ser válida la declaración de un testigo, el tribunal tomará en consideración, según el artículo siguiente:

ARTÍCULO 277.- Para apreciar la declaración de un testigo, el tribunal tendrá en consideración:

I.- Que por su edad, capacidad e instrucción tenga el criterio necesario para juzgar del acto;

II.- Que por su probidad, la independencia de su posición y antecedentes personales tenga completa imparcialidad;

III.- 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 otro;

IV.- Que la declaración sea clara y precisa, sin dudas ni reticencias, ya sobre la substancia del hecho, ya sobre sus circunstancias esenciales; y

V.- Que el testigo no haya sido obligado por fuerza o miedo, ni impulsado por engaño, error o soborno. El apremio judicial no se reputará fuerza.

5) LA CONFRONTACIÓN.

La palabra confrontación, del latín “cum”, con y “focus”, frente, significa poner a dos personas en presencia una de la otra o para identificación entre sí.

La confrontación también llamada “confronto” o “identificación en rueda de presos”, es un acto procedimental que consiste en identificar, en una diligencia especial, a la persona a que se hace alusión en las declaraciones, para así despejar los aspectos imprecisos o dudosos respecto a la identidad del posible responsable.

La confrontación es el reconocimiento, la identificación que hace una persona cuando hace alusión o referencia a otra en su declaración, y

manifieste que pueda reconocerla o identificarla si se le presenta, es un medio perfeccionador del testimonio.

Toda persona que tuviere que referirse a otra, lo hará de un modo claro y preciso, mencionando, si le fuere posible, el nombre, apellido, habitación y demás circunstancias que pueda servir para identificarla.

ARTÍCULO 247.- Cuando el que declare no pueda dar noticia exacta de la persona a quien se refiera, pero exprese que podrá reconocerla si se le presentare, el tribunal procederá a la confrontación.

Lo mismo se hará cuando el que declare asegure conocer a una persona y haya motivos para sospechar que no la conoce.

La forma para llevarse a cabo la confrontación es la siguiente según el ARTÍCULO 248.- Al practicar la confrontación se cuidará de:

- I.- Que la persona que sea objeto de ella no se disfrace, ni se desfigure, ni borre las huellas o señales que puedan servir al que tiene que designarla;
- II.- Que aquélla se presente acompañada de otros individuos vestidos con ropas semejantes y aun con las mismas señas que las del confrontado, si fuere posible; y

III.- Que los individuos que acompañen a la persona que va a confrontarse sean de clase análoga, atendidas su educación, modales y circunstancias especiales.

ARTÍCULO 249.- Si alguna de las partes solicita que se observen mayores precauciones que las prevenidas en el artículo anterior, el tribunal podrá acordarlas si las estima convenientes.

ARTÍCULO 250.- El que deba ser confrontado puede elegir el sitio en que quiera colocarse con relación a los que lo acompañen y pedir que se excluya del grupo a cualquiera persona que le parezca sospechosa. El tribunal podrá limitar prudentemente el uso de este derecho cuando lo crea malicioso.

ARTÍCULO 251.- En la diligencia de confrontación se procederá colocando en una fila a la persona que deba ser confrontada y a las que hayan de acompañarla, y se interrogará al declarante sobre:

I.- Si persiste en su declaración anterior;

II.- Si conocía con anterioridad a la persona a quien atribuye el hecho o si la conoció en el momento de ejecutarlo; y

III.- Si después de la ejecución del hecho la ha visto, en qué lugar, por qué motivo y con qué objeto.

Se le llevará frente a las personas que formen el grupo; se le permitirá mirarlas detenidamente y se le prevendrá que toque con la mano a la de 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.

ARTÍCULO 252.- Cuando la pluralidad de las personas amerite varias confrontaciones, éstas se verificarán en actos separados.

LA CONFRONTACIÓN Y SU DIFERENCIA CON EL RECONOCIMIENTO.

El reconocimiento es la identificación que se hace de una cosa. La diferencia con la confrontación es que esta se refiere a reconocer personas, en cambio con el reconocimiento se tiende a identificar una o varias cosas, es un medio perfeccionador del testimonio. Se encuentra estipulado en el artículo 239 “Si la declaración se refiere a algún objeto puesto en depósito, después de interrogar al testigo sobre las señales que caractericen dicho objeto, se le pondrá a la vista para que lo reconozca y firme sobre él, si fuere posible.”

6) CAREOS.

La palabra careo viene de la acción o efecto de carear, y esta a su vez de poner cara a cara a dos sujetos o más para discutir. En el ámbito jurídico, careo significa enfrentar a dos o varios individuos para descubrir la verdad

de un hecho, comparando sus declaraciones. El careo es un medio de probar consistente en poner cara a cara a dos personas ya sea procesado, ofendido y testigos o de estos entre sí, los cuales discrepan en sus declaraciones.

Existen dos clases de careos que reconoce nuestra Ley Adjetiva de la materia en mención que son el careo constitucional y el careo procesal.

Estos se encuentran establecidos en el artículo 253 de la materia en mención:” Los **careos constitucionales** sólo se celebrarán si el procesado o su defensor 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.

ARTÍCULO 254.- El careo solamente se practicará entre dos personas y no concurrirán a la diligencia sino las que deban ser careadas, las partes y los intérpretes, si fueren necesarios.

ARTÍCULO 255.- Los careos, salvo los exceptuados en el artículo 253, 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.

EL CAREO CONSTITUCIONAL: Es un derecho público subjetivo, instituido como derecho de defensa, se encuentra establecido en el artículo. 20 apartado A, fracción IV, el cual establece "En todo proceso del orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:"Cuando así lo solicite, será careado, en presencia del juez con quien deponga en su contra, salvo lo dispuesto en la fracción V del apartado B de este artículo", dicho artículo en mención determina:" Cuando la víctima u ofendido sean menores de edad no estarán obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de los delitos de violación o de secuestro. En estos casos, se llevarán a cabo las declaraciones en las condiciones que establezca la ley."

Tiene por finalidad el careo procesal clarificar las declaraciones vertidas en el proceso. En la forma de llevarse a cabo el art. 255 establece:" Los careos, salvo los exceptuados en el artículo 253, 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."

7) LOS DOCUMENTOS.

La palabra documento proviene de la voz latina "documentum" que significa titulo o prueba escrita. Gramaticalmente, documento es toda escritura, o cualquier otro papel autorizado con que se prueba, confirma o corrobora una cosa.

Colín Sánchez, dice que en el procedimiento penal el documento es todo objeto o instrumento en donde consta o se expresa de manera escrita, representativa o reproductiva, la voluntad de una o más personas relatos, ideas, sentimiento, cuestiones plásticas, hechos o cualquier otro aspecto cuya naturaleza sea factible de manifestarse en las formas señaladas. Rivera Silva dice que desde el punto de vista jurídico es el objeto material en el cual por escritura o gráficamente, consta o se significa un hecho. Nos sigue diciendo el autor citado que el documento consta de dos elementos: el objeto material y el significado. El objeto es el instrumento material en el que consta la escritura o las figuras y el significado es el sentido de esa escritura o figuras, o mejor dicho, la idea que expresa.

La ley adjetiva diferencia a los documentos públicos de los privados diciendo:

Son documentos públicos los que señale como tales el Código de Procedimientos Civiles o cualquiera otra Ley.

La Ley Adjetiva Civil menciona que son documentos públicos aquellos cuya formación está encomendada por la ley, dentro de los límites de su competencia, a un funcionario público revestido de la fe pública y los expedidos por funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones. Por exclusión son documentos privados los que no son públicos.

ARTÍCULO 258: Siempre que alguna de las partes pidiere copia o testimonio de algún documento que obre en los archivos públicos, las otras tendrán derecho de pedir, dentro de tres días, que se adicione con lo que crean conveniente del mismo asunto. El tribunal resolverá de plano si es procedente la adición solicitada.

ARTÍCULO 259.- Los documentos existentes fuera de la jurisdicción del tribunal en que se siga el procedimiento, se compulsarán a virtud de exhorto que se dirija al del lugar en que se encuentren.

ARTÍCULO 261.- Cuando el Ministerio Público estime que puedan encontrarse pruebas del delito que motiva la instrucción en la correspondencia que se dirija al inculpado, pedirá al tribunal y éste ordenará que dicha correspondencia se recoja.

ARTÍCULO 262.- La correspondencia recogida se abrirá por el juez en presencia de su secretario, del Ministerio Público y del inculpado, si estuviere en el lugar.

Enseguida, el juez leerá para sí la correspondencia; si no tuviere relación con el hecho que se averigua, la devolverá al inculpado o a alguna persona de su familia, si aquél no estuviere presente; si tuviere relación le comunicará su contenido y la mandará agregar al expediente.

ARTÍCULO 263.- El tribunal podrá ordenar que se faciliten por cualquiera oficina telegráfica, copias autorizadas de los telegramas por ella transmitidos o recibidos, si pudiere esto contribuir al esclarecimiento de los hechos.

ARTÍCULO 264.- El auto motivado que se dicte en los casos de los tres artículos que preceden, determinará con exactitud el nombre del destinatario cuya correspondencia deba ser recogida.

ARTÍCULO 265.- Cuando, a solicitud de parte, el tribunal mande sacar testimonio de documentos privados existentes en los libros, cuadernos o archivos de comerciantes, industriales o de cualquier otro particular, el que pida la compulsación deberá indicar la constancia que solicita y el tribunal ordenará la exhibición de aquéllos para que se inspeccione lo conducente. En caso de resistencia del tenedor del documento, el tribunal, oyendo a aquél y a las partes presentes, resolverá de plano si debe hacerse la exhibición.

ARTÍCULO 266.- Los documentos redactados en idioma extranjero se presentarán originales, acompañados de su traducción al castellano. Si ésta fuere objetada, se ordenará que sean traducidos por los peritos que designe el tribunal.

A solicitud del Ministerio Público, si estimare que pudiesen encontrar pruebas, podrá recogerse toda correspondencia y telegramas al inculcado, debiéndose abrir por el juez en presencia de su secretario, del Ministerio

Publico y del inculpado, si estuviere en el lugar, el juez la leerá y calificara si tiene relación o no con el hecho imputado, si la tuviere, comunicara su contenido y la agregara al expediente. Si los documentos privados y la correspondencia fuere procedente de uno de los interesados que sean presentados por otra persona, se reconocerán por la parte contraria, mostrándole los originales. Cuando el tribunal a solicitud de parte, mande sacar testimonio de documentos privados existentes en los libros, cuadernos o archivos de comerciantes, industriales o de cualquier otro particular, el que pida la compulsa deberá indicar la constancia que solicita, el tribunal ordenara la exhibición de aquellos.

8) EL INDICIO Y LA PRESUNCIÓN.

EL INDICIO.

La palabra indicio viene de la voz latina "indicium" que significa señal o signo aparente y probable de que existe una cosa. En el campo procesal los indicios son los signos, señales, rastros o huellas que sirven para presumir que un hecho o acto pudo suceder o que ha sucedido, en otras palabras, toda acción o circunstancia relacionada con el hecho que se investiga, y que permite inferir su existencia y modalidades, es un indicio; así todo hecho que guarde relación con otro, puede ser llamado indicio. Lo definimos, pues, como la circunstancia hecho o acto, que sirve de antecedente o base para presumir la existencia de otro hecho. El indicio es un hecho probado que sirve de medio de prueba, ya no para probar, sino para presumir la existencia de otro hecho. Es un hecho conocido del cual se

infiere necesariamente la existencia de otro desconocido llamado presunción.

PRESUNCIÓN.

Proviene del latín "presumptio, tionis", que significa suposición que se basa en ciertos indicios. Denota también la acción y efecto de presumir, y esta a su vez, proviene de la voz latina "praesumere" que significa sospecha o juzgar por inducción o igualmente conjeturar una cosa por tener indicios o señales para ello.

Los indicios son la raíz u origen de las presunciones. La presunción es un proceso lógico que consiste en inferir un hecho desconocido a través de otro hecho conocido o indicio. Desde el punto de vista procesal no es una prueba, porque no está designado así en nuestro código y porque no tiene forma de desahogarse. Se va desahogando por si misma a través de todo el procedimiento y concluye en la sentencia.

5.4.2.4. VALOR JURÍDICO DE LOS MEDIOS DE PROBAR.

Es la eficacia o ineficacia que se atribuye a un medio de prueba para obtener el estado de certeza. No debemos confundir el término certeza con el término verdad. Carrara afirma que la verdad está en las cosas, en los hechos y la certeza esta en el ser humano y afirma que frente a un hecho el ser humano puede asumir cuatro posiciones: Ignorancia o desconocimiento; duda, probabilidad y por ultimo certeza.

En estos términos decimos que certeza y verdad no son los mismos y también no siempre coinciden, porque alguien puede tener certeza y esa certeza puede no coincidir con la realidad, por tanto, un juez puede tener certeza y no obstante estar equivocado, pues una cosa es el estado interior que asume una persona en relación a un hecho y otra es la coincidencia de ese estado con el hecho. Carrara afirma que la prueba no persigue la verdad, sino que persigue la certeza, o sea que con la prueba se persigue obtener la certeza de la verdad y afirmar además que la prueba permite llevar al juzgador desde el primer estado, es decir desde la ignorancia.

A la prueba se le llama prueba plena en cambio cuando la prueba solamente sirve para trasladar al juzgador desde el primer estado, al tercer estado, que es la probabilidad, se trata entonces de la prueba semiplena, ósea una referencia de certeza en relación con el valor de la prueba.

Los medios integran la convicción del juzgador, entendemos por convicción el convencimiento, la creencia firme de algo. Normalmente a los medios de probar se les llama medios de convicción, porque pretenden integrar la convicción en el juzgador o la concepción de que los hechos expuestos son verídicos.

Las pruebas pueden tener la convicción de que algo no está probado o si lo está, de que una cosa es falsa o de que no hay medios para probar. Existen diferentes formas en que se puede presentar la convicción, una de ellas es la certeza independientemente de que sea cierto o no, pues como ya hemos dicho la prueba busca la certeza de la verdad, no puede no coincidir con ella, es así que hablamos de verdad formal o procesal y verdad real o material o bien en esta última de una verdad histórica. Lo ideal es que coincida la certeza con la verdad pero ni la convicción o certeza son garantía de ello, puesto que ambas son cuestiones internas, son estados subjetivos en que se encuentra el juez. Ahora bien deberemos preguntarnos quien le da u otorga el valor a los medios de probar.

SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LOS MEDIOS DE PROBAR.

EXISTEN TRES SISTEMAS DE VALORACIÓN:

El sistema de libre convicción o libre apreciación de pruebas.

El sistema de la tarifa legal o sistema de la prueba tasada y

El sistema mixto postula sobre los dos anteriores sistemas.

Nuestro código adjetivo penal propone el de valoración mixta determinando como prueba plena a los documentos públicos, a la inspección y al resultado de los cateos, siempre y cuando sean o se practiquen conforme a la ley, todos los demás medios de prueba o de investigación y la confesión constituyen meros indicios, lo anterior lo encontramos fundamentado en los siguientes artículos:

ARTÍCULO 268.- Los documentos públicos harán prueba plena, salvo el derecho de las partes para redargüirlos de falsedad y para pedir su cotejo con los protocolos o con los originales existentes en los archivos.

ARTÍCULO 272.- La inspección, así como el resultado de los cateos, harán prueba plena siempre que se practiquen con los requisitos legales.

ARTÍCULO 273.- Todos los demás medios de prueba o de investigación y la confesión constituyen meros indicios.

5.4.3. EL AUTO QUE DECLARA AGOTADA LA AVERIGUACIÓN.

Llamado también “Auto de vista de las partes”, es una resolución dictada por el juez cuando considera o estima que de las diligencias practicadas por el Ministerio Público, el inculpado o la defensa o las que el

juez decretare por iniciativa propia, no existan más diligencias por desahogar.

Dicho auto viene a ser una especie de llamada a las partes, avisándoles que estando por cerrarse la instrucción, deben revisar el expediente con el objeto de que se den cuenta de las diligencias que faltan y en su caso, solicitar el desahogo de ellas. Según González Bustamante el efecto es que a partir de entonces, solo las partes pueden promover diligencias, en un término perentorio y que el desahogo de las pruebas promovidas tiene que hacerse igualmente en perentorio plazo. El juez revisara el expediente y si considera que están agotadas las pruebas, declarara agotada la instrucción, dando vista a ambas partes por 3 días a cada una para que le manifiesten si ya no hay pruebas que ofrecer y desahogar si contestan la vista diciendo que hay pruebas que desahogar, se otorgan 15 días adicionales o bien pueden contestar la vista diciendo que no hay más pruebas que ofrecer y desahogar.

ARTÍCULO 141.- Cuando el tribunal considere agotada la averiguación, mandará poner el proceso a la vista del Ministerio Público por tres días y por otros tres a la del acusado y su defensor, para que promuevan las pruebas que estimen pertinentes y que puedan practicarse dentro de los quince días siguientes al en que se notifique el auto que recaiga a la solicitud de la prueba.

Transcurridos o renunciados los plazos a que se refiere este artículo, o si no se hubiere promovido prueba, el tribunal, de oficio, declarará cerrada la instrucción.

El término de pruebas en materia penal es irrenunciable, no es renunciable abrir el periodo, pero si ofrecer pruebas. Tiene que abrirse el término de prueba y una vez abierto, podremos renunciar de manera expresa o tácita al ofrecimiento de dichas pruebas.

5.4.4. EL AUTO QUE DECLARA CERRADA LA INSTRUCCIÓN.

En el caso de que haya más pruebas que ofrecer y desahogar las pruebas en los 15 días y una vez desahogadas las pruebas se cierra la instrucción. Si o hay pruebas que ofrecer y desahogar o expresamente se haya renunciado a su ofrecimiento y desahogo, se declara cerrada la instrucción.

5.5. EL JUICIO.

El juicio es el acto procesal del juez por el cual repasa los hechos de la causa, vinculándolos con las pruebas desahogadas para sentenciar.

Corresponde a esta etapa del proceso en la cual el juez razona y juzga sobre la cuestión sometida a su decisión. Es una acción meramente intelectual del juez en la que reconstruye los hechos aducidos por las partes y valora las pruebas desahogadas para dar la razón a quien la tenga o haya conseguido su persuasión. Nuestro código en su artículo 2 fracción III nos dice que El de juicio, durante el cual el Ministerio Público precisa su acusación y el acusado su defensa, ante los tribunales, y éstos valoran las pruebas y pronuncian sentencias definitivas; este periodo del juicio comprende las conclusiones, la audiencia final y por último la sentencia.

Nuestro Código Adjetivo en su artículo 279 señala: "Cerrada la instrucción se mandará poner la causa a la vista del Ministerio Público, por diez días, para que formule conclusiones por escrito. Si el expediente excediere de doscientas fojas, por cada cincuenta de exceso o fracción se aumentará un día al término señalado, sin que nunca sea mayor de veinte días hábiles. Se extenderá en autos el cómputo correspondiente.

Transcurrido el plazo a que se refiere el párrafo anterior, sin que el Ministerio Público haya presentado conclusiones, el juez informará mediante notificación personal al Procurador General de Justicia del Estado de esta omisión, para que éste formule u ordene la formulación de las conclusiones pertinentes en un plazo no mayor de quince días hábiles.

Si transcurren los plazos a que se refiere el párrafo anterior sin que se formulen conclusiones, operará el sobreseimiento del proceso de pleno derecho, y el procesado será puesto en inmediata libertad.”

5.5.1. LAS CONCLUSIONES.

Gramaticalmente, conclusión procede del verbo concluir, ósea, llegar a determinado resultado o solución; por eso, desde el punto de vista jurídico, las conclusiones jurídicamente son definidas por Piña Palacios diciéndonos que son actos procedimentales realizados por el Ministerio Público, y después por la defensa, con el objeto de fijar las bases sobre las que versara el debate en la audiencia final.

Las conclusiones son los razonamientos jurídicos provenientes de ambas partes, por las cuales exponen porque razones consideran que de las pruebas aportadas en el proceso se tiene por comprobado o por no comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

El origen de las conclusiones por parte del Ministerio Público está en la acción penal, en la consignación, desarrollándose en la fase persecutoria y haya su punto de culminación o concretización en las conclusiones. Los tratadistas en relación a los requisitos de forma y de fondo que deben de satisfacerse en toda conclusión que haga el Ministerio Público, tanto en las acusatorias como inacusatorias tenemos:

Entre los requisitos de forma a los que hace alusión Colín Sánchez podemos citar que deberá exponerse por escrito podemos citar que deberá exponerse por escrito, señalar el proceso a que se refieren el órgano jurisdiccional a quien se dirigen, el nombre del procesado, una exposición de los hechos, los preceptos legales aplicables, los puntos concretos a que se llegue y la fecha y firma del agente del Ministerio Público.

Entre los requisitos de fondo o contenido según Colín Sánchez y Rivera Silva, deberán de contener primeramente una relación de hechos sucinta y metódica, en la cual se expongan las circunstancias referentes al delito y al delincuente respecto a su personalidad y si es responsable o no de los hechos que se le imputan, en segundo término podemos mencionar a los medios de probar de los que se deberá hacer un estudio mediante el cual se exponga si se relaciona o no al inculpado con los hechos, haciendo una valoración a su vez de dichos medios, otro de los requisitos es la fijación del derecho, doctrina y jurisprudencia aplicable, se basa en la fundamentación jurídica señalando leyes y disposiciones referentes a la tipificación o clasificación del hecho punible, a su vez respecto de la responsabilidad y por último, el pedimento en proposiciones concretas que según Franco Sodi, debe contener los siguientes puntos: los elementos del delito, sus circunstancias, la expresión de que el acusado es responsable, el concepto de responsabilidad y el pedimento de la aplicación de la ley penal.

Menciona el artículo 280: El Ministerio Público, al formular sus conclusiones, hará una exposición breve de los hechos y de las

circunstancias peculiares del procesado; propondrá las cuestiones de derecho que se presenten, y citará las leyes, ejecutorias o doctrinas aplicables. Dichas conclusiones deberán precisar si hay o no lugar a acusación.”

LAS CONCLUSIONES ACUSATORIAS.

El Ministerio Público técnicamente en la consignación, ejercita la acción penal, no solicita la imposición de una pena, donde lo solicita es en las conclusiones acusatorias. La concretización del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público se lleva a cabo solicitando al Juez la imposición de la pena. El Ministerio Público no puede exigir al juez, puesto que no es autoridad lo que hace es solicitarle la imposición de la pena dicha solicitud lleva implícita la reparación del daño.

Los requisitos para poder dictar el Ministerio Público las conclusiones acusatorias se encuentran en el ARTÍCULO 281.- “En el primer caso de la parte final del artículo anterior, deberá fijar en proposiciones concretas, los hechos punibles que atribuya al acusado, solicitar la aplicación de las sanciones correspondientes, incluyendo la de reparación del daño, cuando proceda, y citar las leyes aplicables al caso. Estas proposiciones deberán contener los elementos constitutivos del delito y las circunstancias que deban tomarse en cuenta para imponer la sanción.”

Si las conclusiones formuladas nos se comprendiere algún delito que resulte probado de la instrucción, si fueren contrarias a las constancias procesales, o si no se cumplieren con los requisitos a que hemos hecho alusión, el procedimiento se llevara a cabo al igual que cuando se formulen conclusiones no acusatorias, remitiendo al juez dichas conclusiones al Procurador General de Justicia del Estado para que las revoque, modifique o confirme dentro de los 15 días de haberse recibido las conclusiones.

Si las conclusiones acusatorias no señalan pena privativa de libertad o bien señalan pena alternativa, el juez pondrá en libertad al acusado advirtiéndole que queda sujeto a proceso hasta la sentencia respectiva.

Las conclusiones acusatorias, ya sean formuladas por el agente o por el Procurador deberán de darse a conocer al acusado y a su defensor dándole vista de todo el proceso, a fin de que en un término igual al que se le haya dado vista al Ministerio Público para que contesten el escrito de acusación formulen las conclusiones que crean procedentes, según menciona el primer párrafo del siguiente ARTÍCULO 284.- “Las conclusiones acusatorias, ya sean formuladas por el agente o por el procurador, en sus caso, se harán conocer al acusado y a su defensor dándoles vista de todo el proceso, a fin de que, en un término igual al que para el Ministerio Público señala el artículo 279, contesten el escrito de acusación y formulen, a su vez, las conclusiones que crean procedentes.

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, advirtiéndole que queda sujeto al proceso para su continuación hasta sentencia ejecutoria.”

ARTÍCULO 285.- Si al concluirse el término concedido al acusado y a su defensor, éstos no hubieren presentado conclusiones, se tendrán por formuladas las de inculpabilidad.

LAS CONCLUSIONES NO ACUSATORIAS.

ARTÍCULO 282.- Si las conclusiones fueren de no acusación; si en las formuladas no se comprendiere algún delito que resulte probado de la instrucción; si fueren contrarias a las constancias procesales, o si en ellas no se cumpliera con lo dispuesto en el artículo 281, el tribunal las enviará, con el proceso, al Procurador General de Justicia, señalando cuál es la omisión o contradicción, si éstas fueren el motivo del envío.

ARTÍCULO 283.- El Procurador General de Justicia oirá el parecer de los agentes auxiliares, y dentro de los quince días siguientes al de la fecha en

que se haya recibido el proceso, resolverá si son de confirmarse, revocarse o modificarse las conclusiones.

ARTÍCULO 284.- Las conclusiones acusatorias, ya sean formuladas por el agente o por el procurador, en sus caso, se harán conocer al acusado y a su defensor dándoles vista de todo el proceso, a fin de que, en un término igual al que para el Ministerio Público señala el Artículo 279, contesten el escrito de acusación y formulen, a su vez, las conclusiones que crean procedentes. 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, advirtiéndole que queda sujeto al proceso para su continuación hasta sentencia ejecutoria.

ARTÍCULO 279.- Cerrada la instrucción se mandará poner la causa a la vista del Ministerio Público, por diez días, para que formule conclusiones por escrito. Si el expediente excediere de doscientas fojas, por cada cincuenta de exceso o fracción se aumentará un día al término señalado, sin que nunca sea mayor de veinte días hábiles. Se extenderá en autos el cómputo correspondiente.

Transcurrido el plazo a que se refiere el párrafo anterior, sin que el Ministerio Público haya presentado conclusiones, el juez informará mediante notificación personal al Procurador General de Justicia del Estado de esta

omisión, para que éste formule u ordene la formulación de las conclusiones pertinentes en un plazo no mayor de quince días hábiles.

ARTÍCULO 286.- El sobreseimiento procederá en los casos siguientes:

I.- Cuando el Procurador General de Justicia confirme o formule conclusiones no acusatorias, y cuando no se rindan en los términos del artículo 279 de este código.

Si transcurren los plazos a que se refiere el párrafo anterior sin que se formulen conclusiones, operará el sobreseimiento del proceso de pleno derecho, y el procesado será puesto en inmediata libertad.

Cuando el procurador mencionado confirme o formule conclusiones no acusatorias, y cuando no se rindan en los términos del artículo 279 se sobreseerá el procedimiento así lo establece el artículo 286 fracción I.

5.5.2. LA AUDIENCIA FINAL DEL JUICIO.

Aceptadas las conclusiones de las partes, se procede a la siguiente fase denominada "Audientia" pero también es llamada aunque impropriamente según el autor Colín Sánchez como: vista de partes, audiencia solamente o debate, para lo cual dicho autor considera que el termino mas propio es el de audiencia final de primera instancia. El termino

audiencia proviene del latín “audiencia” que significa el acto de oír o hacerse oír; por lo mismo, tradicionalmente, en el orden jurídico equivale al momento procedimental o tiempo destinado a la celebración de una diligencia en que las partes se hacen escuchar ante el juez.

La audiencia final de primera instancia es la diligencia efectuada en la tercera etapa del procedimiento penal, entre los sujetos de la relación jurídica para que las partes presenten pruebas, en su caso y reproduzcan verbalmente sus conclusiones, lo cual permitirá al órgano jurisdiccional, a través del juicio propiamente dicho, y atendiendo a los fines específicos del proceso penal, definir la pretensión punitiva.

Toda audiencia es pública y se llevara a cabo concurran o no las partes, el Ministerio Público está obligado a asistir al igual que el defensor. Si fuese defensor particular, y este no concurriere, se diferirá la audiencia y se le requerirá al inculpado para que nombre un nuevo defensor o se le designara uno de oficio, en el caso en que el nuevo defensor no pudiese cumplir con su cometido, se volverá a diferir o se suspenderá la audiencia según decida el juez. Si el faltista fuese defensor de oficio, se comunicara a su superior, se ordenara su presentación o se le substituirá por otro, sin perjuicio de su consignación al Ministerio Público.

El Ministerio Público podrá replicar cuantas veces quisiera y la defensa contestar en cada caso. El inculpado únicamente puede comunicarse con su defensor, pero no con el público, pudiéndose imponer

una corrección disciplinaria tanto al inculpado como al público, pudiéndose inclusive, retirarla de la audiencia.

En cuanto al orden que debe haber en la audiencia con respecto al inculpado y el defensor, si alteran dicho orden, se les apercibirá y si siguen con su actitud, se les retirara del local y aplicara una corrección disciplinaria.

En caso de ser el inculpado quien altere el orden, seguirá la diligencia el defensor y en caso de ser el defensor, se procederá conforme a lo estipulado en el párrafo anterior, pudiendo designársele al inculpado un defensor de oficio.

Antes de cerrarse el debate, el funcionario que presida la audiencia preguntara al inculpado si quisiere hacer uso de la palabra, concediéndole su uso en caso de ser necesario y procedente.

La audiencia final de primera instancia, ante los jueces de partido, se llevara a cabo a los 5 días de haber presentado la defensa sus conclusiones o habiendo transcurrido y concluido el término para presentarlas, se tengan por no acusatorias. La citación para la audiencia produce los efectos de citación para sentencia.

La forma de llevarse a cabo la audiencia será primeramente declarándola abierta, interrogando al inculpado sobre los hechos imputados tanto el juez, como el Ministerio Publico, así como la defensa. Se podrán

repetir de ser necesario las diligencias de prueba o mejor dicho los medios de probar llevados en la instrucción, las cuales se podrán solicitar a más tardar el día siguiente en que se notificó la citación a la audiencia, al negación o admisión a la repetición de los medios de probar no admite recurso alguno. Se dará lectura a las constancias que las partes señalen y se oirán sus alegatos que tuvieren las mismas partes declarándose visto el proceso y terminándose así la diligencia, según lo estipulan los artículos 293 y 294.

ARTICULO 293.- El mismo día en que el inculcado o su defensor presenten sus conclusiones, o en el momento en que se haga la declaración a que se refiere el artículo 285, se citará a una audiencia que deberá efectuarse dentro de los cinco días siguientes. La citación para esa audiencia produce los efectos de citación para sentencia.

ARTÍCULO 285.- Si al concluirse el término concedido al acusado y a su defensor, éstos no hubieren presentado conclusiones, se tendrán por formuladas las de inculpabilidad.

ARTÍCULO 294.- En la audiencia podrán interrogar al acusado sobre los hechos materia del juicio, el juez, el Ministerio Público y la defensa. Podrán repetirse las diligencias de prueba que se hubieren practicado durante la instrucción, siempre que fuere necesario y posible a juicio del tribunal, y si hubieren sido solicitadas por las partes a más tardar el día siguiente al en que se notificó el auto citando para la audiencia. Se dará lectura a las

constancias que las partes señalen y después de oír los alegatos de las mismas se declarará visto el proceso, con lo que terminará la diligencia.

Contra la resolución que niegue o admita la repetición de las diligencias de prueba, no procede recurso alguno.

La audiencia final de primera instancia ante los jueces menores se encuentra estipulada en el artículo 295.

ARTÍCULO 295.- Cuando se trate de delitos de la competencia de los jueces menores, la audiencia principiará presentando el Ministerio Público sus conclusiones y contestándolas a continuación la defensa. Si aquellas fueren acusatorias, se seguirá el procedimiento señalado en el artículo anterior, dictándose sentencia en la misma audiencia. Si las conclusiones fueren no acusatorias, se suspenderá la audiencia, procediéndose conforme a lo dispuesto en los artículos 282 y 283. Del recurso de apelación en contra de las resoluciones que dicten los juzgados menores, conocerán los juzgados de partido, en los términos de los artículos 354 y 355 de este código.

ARTICULO 282.- Si las conclusiones fueren de no acusación; si en las formuladas no se comprendiere algún delito que resulte probado de la instrucción; si fueren contrarias a las constancias procesales, o si en ellas no se cumpliera con lo dispuesto en el artículo 281, el tribunal las enviará, con el proceso, al Procurador General de Justicia, señalando cuál es la omisión o contradicción, si éstas fueren el motivo del envío.

ARTÍCULO 283.- El Procurador General de Justicia oirá el parecer de los agentes auxiliares, y dentro de los quince días siguientes al de la fecha en que se haya recibido el proceso, resolverá si son de confirmarse, revocarse o modificarse las conclusiones.

5.6. LA SENTENCIA.

La sentencia proviene del latín “sententia” significa dictamen o parecer, por eso, generalmente se dice, la sentencia es una decisión judicial sobre alguna controversia o disputa.

Es una forma de resolución judicial, recordemos que existen en el derecho común 3 formas de resolución entre las cuales tenemos: los autos, decretos y las sentencias. El auto es una resolución judicial que afecta la dinámica del proceso, a través del auto el juez provee la dinámica, el avance del proceso; el decreto es una resolución judicial que no afecta la dinámica del proceso, es una simple determinación de mero trámite, la sentencia es la resolución judicial que pone fin al proceso, que resuelve la litis, el litigio, es decir, que resuelve el fondo del negocio o asunto.

En materia penal solo tenemos dos clases de resoluciones que son los autos y las sentencias, así lo estipula el artículo 88 de nuestro Código de Procedimientos Penales el cual expresa: ARTÍCULO 88.- Las resoluciones judiciales son: sentencias, si terminan la instancia resolviendo el asunto en lo

principal; y autos, en cualquier otro caso. Toda resolución expresará la fecha en que se pronuncie.

El plazo que se dicta la sentencia definitiva se encuentra previsto por el artículo 91 de nuestra Ley Adjetiva. ARTÍCULO 91.- Los autos que contengan resoluciones de mero trámite deberán dictarse dentro de veinticuatro horas, contadas desde aquélla en que se haga la promoción; los demás autos, salvo lo que la Ley disponga para casos especiales, dentro de tres días, y las sentencias dentro de cinco días, a partir del siguiente al de la terminación de la audiencia; si el expediente excediere de doscientas fojas, a este término se aumentará un día por cada cincuenta de exceso.

REQUISITOS DE LA SENTENCIA.

ARTÍCULO 89.- Las sentencias contendrán:

- I.- El lugar en que se pronuncien;
- II.- La designación del tribunal que las dicte;
- III.- Los nombres y apellidos del acusado, su sobrenombre si lo tuviere, el lugar de su nacimiento, su edad, su estado civil, su residencia o domicilio, y su ocupación, oficio o profesión;
- IV.- Un extracto breve de los hechos exclusivamente conducentes a los puntos resolutive de la sentencia, evitando la reproducción innecesaria de constancias;
- V.- Las consideraciones y los fundamentos legales de la sentencia; y

VI.- La condenación o absolución que proceda, y los demás puntos resolutiveos correspondientes.

CLASIFICACIÓN DE LAS SENTENCIAS.

Tomando como base el momento procedimental en que se dictan son: Interlocutorias y definitivas; por sus efectos: declarativas, constitutivas y de condena; y por sus resultados: absolutorias y de condena.

Sin embargo nuestro Código de Procedimientos Penales contempla las sentencias ejecutoriada o sentencia ejecutoria, se dice que la sentencia que causa ejecutoria representa la verdad legal, es la sentencia que causa estado, es la cosa juzgada. Entonces una sentencia que ha causado ejecutoria es una sentencia que esta lista para ejecutarse, el que una sentencia causa ejecutoria es muy diferente a la ejecución de la sentencia. La sentencia para que se pueda ejecutar, es necesario que haya causado estado, que haya causado ejecutoria. Y la sentencia que causa ejecutoria en los casos siguientes: cuando la ley no nos concede ningún recurso; cuando concediendo recurso, no lo interponemos en tiempo; y cuando se consiente la sentencia.

ARTÍCULO 348.- Son irrevocables y causan ejecutoria:

I.- Las sentencias pronunciadas en primera instancia, cuando se hayan consentido expresamente, o cuando, concluido el término que la Ley señala para interponer algún recurso, no se haya interpuesto; y

II.- Las sentencias contra las cuales no dé la Ley recurso alguno.

Por otra parte, y es de hacerse mención para dictar una sentencia condenatoria se necesita comprobar plenamente el cuerpo del delito y la probable responsabilidad. Cuando se dicta una sentencia condenatoria vamos a encontrar en dicha resolución: una pena privativa de libertad o una pena no privativa o alternativa según sea el caso, una pena accesoria, como la suspensión o pérdida de algún derecho, de ser procedente; y una sanción pecuniaria consistente en multa y en la reparación del daño.

Sin embargo, la sentencia absolutoria se determinara cuando no hay delito que perseguir, al sujeto no se le puede declarar culpable por haber alguna eximente de responsabilidad o no se acredite el cuerpo del delito ni la probable responsabilidad.

La sentencia absolutoria debe dictarse en los siguientes casos según RIVERA SILVA:

- Cuando hay plenitud probatoria de que el hecho constituye un ilícito penal.
- Cuando hay plenitud probatoria de que el sujeto no es responsable.
- Cuando falta la comprobación de un elemento constitutivo del cuerpo del delito o prueba de elementos que acreditan la plena responsabilidad.

- En caso de duda, respecto a si cometió o no el delito, se aplica el principio IN DUBIO PRO REO, en el que toda persona es inocente hasta que no se demuestre lo contrario.

CONCLUSIONES:

PRIMERA.- El Procedimiento Penal se inicia con los llamados REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD, que se hacen consistir generalmente en la Denuncia y la Querrela, además de los señalados en nuestro Código de Procedimientos Penales, según lo establecido por la Fracción II del Artículo 105 del mencionado ordenamiento legal.

SEGUNDA.- Lo anterior da lugar a lo que se conoce como la Averiguación Previa, que tiene por finalidad la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, elementos que una vez acreditados se procederá a la Determinación así posteriormente proceder a la consignación, o sea el ejercicio de la acción penal, misma que hasta la fecha todavía es atribución exclusiva del Ministerio Público.

TERCERA.- Esto se hace ante la autoridad Jurisdiccional quien calificará la detención, ya sea que se haya efectuado por flagrancia o por urgencia, de tal forma que si no está hecha conforme a derecho el Juez decretará libertad con las reservas de ley, más sin embargo en caso contrario se procederá a seguir adelante con el procedimiento, procediéndose a llevar a cabo el término constitucional de las 72 horas, señalándose las primeras 48 horas para llevar a cabo la declaración preparatoria y dentro de las 24 horas siguientes, resolver la situación jurídica del indiciado, lo cual se hace con un Auto de Formal Prisión, un auto de sujeción al proceso o bien un auto de

soltura o de libertad por falta de elementos para procesar, distándose el que corresponda según sea el caso.

CUARTA.- Dictado el Auto de Formal Prisión o de sujeción al proceso, se abre el período de Instrucción que puede tener una duración de tres meses si el delito merece una pena menor de dos años, o bien de diez meses si el delito merece una pena mayor de dos años.

QUINTA.- Tanto el término constitucional de las 72 horas, como la instrucción corresponden a un mismo período, que nuestra ley procesal en la Fracción II, del artículo 2, le llaman periodo de Instrucción; o sea que este período de Instrucción comprende dos fases: el término constitucional de las setenta y dos horas y la Instrucción propiamente dicha. En estas dos fases de la instrucción en sentido amplio se pueden ofrecer y desahogar pruebas, en la primera con la finalidad de poder lograr librarnos de un auto de formal prisión, y en la segunda fase con la finalidad de poder lograr una sentencia absolutoria en caso de que esto pudiera ser procedente. El desahogo de dichas pruebas se lleva a cabo los días y horas señalados por la autoridad jurisdiccional desarrollándose para ello las diligencias correspondientes. La autoridad Jurisdiccional en un momento determinado dictará un auto en donde declara agotada la averiguación y dará vista a ambas partes, a cada una por tres días para que manifiestan si aún tienen pruebas que ofrecer, de tal manera que si aún las partes tienen pruebas que ofrecer y desahogar se darán para ello quince días adicionales, o bien no contestada la vista, o contestándola ya no hay pruebas que ofrecer y desahogar, entonces se

dictará otro auto en donde se ordena cerrar la instrucción y se darán diez días al Ministerio Público para que rinda sus conclusiones, término que podrá ser ampliado según la número de fojas con contenga el expediente.

SEXTA.- Rendidas las conclusiones acusatorias del Ministerio Público, y las conclusiones de la defensa se citará a una audiencia que deberá efectuarse dentro de los cinco días siguientes. La citación para esa audiencia produce los efectos de citación para sentencia.

Audiencia en la que se podrán repetir las diligencias del desahogo de los medios de prueba que se suscitaron en el periodo de instrucción esto no obstante que el periodo de instrucción ya ha sido cerrado por lo que resulta ilógico y además una falta de técnica legislativa que cerrada la instrucción se tuviesen que repetir las diligencias de desahogo de los medios de prueba; consecuentemente es una disposición que a todas luces resulta innecesaria e ineficaz por cuestiones de economía procesal, pues en la práctica sencillamente no se aplica ni se obedece sin embargo se encuentra establecida sin tener ningún sentido, luego entonces se propone a manera de conclusión la derogación de esta disposición de nuestro Código de Procedimientos Penales en donde se establece la posibilidad de repetir las diligencias de desahogo de los medios de prueba toda vez que como ya se dijo se ha dado cerrada la instrucción.

BIBLIOGRAFÍA

- **ACERO JULIO.** *PROCEDIMIENTO PENAL.* 7ª. ed. Ed. Cajica. México 1988. p.p. 497.
- **CALZADA PADRÓN FELICIANO.** *DERECHO CONSTITUCIONAL.* Ed. Harla, México. 1990. p.p. 559.
- **CARDONA ARIZMENDI Y OJEDA.** *CÓDIGO PENAL COMENTADO DEL ESTADO DE GUANAJUATO.* 3ª. ed. Orlando Cárdenas editor Irapuato. Guanajuato. 1996 p.p. 874.
- **CARRANCA Y TRUJILLO RAÚL.** *DERECHO PENAL MEXICANO.* 12ª. ed. Ed. Porrúa. México, 1997. p.p. 904.
- **CARRARA FRANCISCO.** *DERECHO PENAL.* Ed. Pedagógica Iberoamericana. México 1995. p.p. 320.
- **CASTELLANOS FERNANDO.** *LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL.* 11ª. ed. Ed. Porrúa. México. 1977. p.p. 337.
- **COLÍN SÁNCHEZ GUILLERMO.** *DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES.* 11ª. ed. Ed. Porrúa. México, 1989. p.p. 340.
- **DÍAZ DE LEÓN MARCO ANTONIO.** *DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL PENAL Y TÉRMINOS CASUALES EN EL PROCESO PENAL.* Tomo I y II Ed. Porrúa. México 1986. p.p. 2249.
- **JIMÉNEZ HUERTA MARIANO.** *DERECHO PENAL MEXICANO.* tomo II. Ed. Porrúa. México. 1984. p.p. 280.
- **LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO.** *INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL.* 4ª. ed. Ed. Porrúa. México. 1996. p.p. 281.
- **MÁRQUEZ PIÑEIRO RAFAEL.** *EL TIPO PENAL.* 1ª. ed. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. 1986. p.p. 407.
- **MOTO SALAZAR EFRAÍN.** *ELEMENTOS DE DERECHO.* 40ª. ed. Ed. Porrúa. México. 1994. p.p. 452.
- **MUÑOZ CONDE FRANCISCO.** *TEORÍA GENERAL DEL DELITO.* 2ª. ed. Ed. Temis. Colombia. 1999. p.p. 190.
- **ORELLANA WIARCO OCTAVIO ALBERTO.** *CURSO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL.* Ed. Porrúa. México. 1999. p.p. 280.
- **PAVÓN VASCONCELOS FRANCISCO.** *COMENTARIOS DE DERECHO PENAL.* 3ª. ed. Ed. Porrúa. México. p.p. 214.
- **RIVERA SILVA MANUEL.** *EL PROCEDIMIENTO PENAL.* 4ª. ed. Ed. Porrúa. México 1967. p.p. 355.

LEGISLACIONES

- ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. CONSTITUCIÓN POLÍTICA
- DISTRITO FEDERAL. CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO.
- GUANAJUATO. CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO.
- GUANAJUATO. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES