



**UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE**

FACULTAD DE DERECHO

Con Estudios Incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México

CLAVE: 8793-09

**EL DOMICILIO DEL INculpADO COMO
IMPEDIMENTO PARA LA OBTENCIÓN DE LA
LIBERTAD PROVISIONAL BAJO PROTESTA**

TESIS

Que para obtener el título de
LICENCIADO EN DERECHO

Presenta:

DANIEL ALBERTO LLAMAS MARTÍNEZ

Asesor:

LIC. JOSÉ MANUEL GALLEGOS GONZÁLEZ

Celaya, Gto.

Abril 2015



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS

Dedico ésta tesis primeramente a **Dios** por permitirme culminar la carrera de Licenciatura en Derecho, por brindarme fortaleza y sabiduría en momentos complicados.

A mis **Padres** que fueron un bastión demasiado importante en el transcurso de mi preparación académica, pues sin su apoyo no hubiese sido posible llegar hasta aquí.

A mi **Hermano** por ser más que eso, es un amigo que me apoyo incondicionalmente en momentos adversos.

A mis **Familiares** que nunca me dejaron solo, con su apoyo incondicional en todo momento e hicieron posible el cumplimiento de ésta meta.

A mis **Maestros** que a lo largo de 5 años me brindaron sus conocimientos y que nunca desistieron en ello.

A mis **Compañeros de clase** pues fueron una familia con la que compartí momentos importantes e inolvidables.

Para ellos es esta dedicatoria de tesis, pues a ellos les debo toda sus palabras de aliento en circunstancias difíciles y por hacer posible la realización de una nueva meta.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO I. PROCEDIMIENTO PENAL.

1. 1 Concepto de procedimiento penal.	1
1. 2 Teoría del proceso penal.	2
1. 2. 1 Contenido.	2
1. 2. 2 Terminología.	3
1. 3 Objeto del proceso.	4
1. 4 Clasificación del proceso.	6
1. 5 Fines del proceso.	6
1. 6 Sujetos de la relación procesal.	8

CAPÍTULO II. MINISTERIO PÚBLICO.

2. 1 Concepto de Ministerio Público.	10
2. 2 Atribuciones del Ministerio Público.	12
2. 3 Características del Ministerio Público.	13
2. 4 Funciones del Ministerio Público.	14
2. 5 Investigación de hechos posiblemente delictuosos.	24
2. 6 Ejercicio de la acción en el proceso penal.	24

CAPÍTULO III. ACCIÓN PENAL.

3. 1 Caracteres de la acción penal.	26
3. 2 Periodos de procedimiento penal y la acción penal.	27
3. 3 El proceso penal. La instrucción.	29

3. 3. 1 Primera etapa de la instrucción.	29
3. 4 Orden de aprehensión.	32
a) Concepto.	32
b) Requisitos.	32
c) Orden de reaprehensión.	33
3. 5 Orden de comparecencia.	33
3. 6 Declaración preparatoria.	33
a) Concepto.	33
3. 7 Importancia del cuerpo del delito en el derecho de procedimientos penales.	36
3. 8 Integración del cuerpo del delito.	40
3. 9 Comprobación del cuerpo del delito.	40
a) Diversas hipótesis.	40
b) Proceso de adecuación típica.	41
c) Legislación positiva.	41
3. 10 Probable responsabilidad.	42
3. 11 Resoluciones que se dictan al vencerse el término de 72 horas.	43
a) Auto de formal prisión.	44
b) Auto de sujeción al proceso.	46
3. 12 Según la etapa de la instrucción. Procedimiento sumario ordinario.	47
3. 13 Teoría de la prueba.	49
3. 13. 1 Etimología y concepto.	49
3. 13. 2 Sujeto de prueba.	50
3. 13. 3 Medios de prueba.	50
3. 13. 4 Sistemas de apreciación de la prueba.	51
a) Libre.	52
b) Tasado.	52
c) Mixto.	52
3. 13. 5 Valoración de la pruebas.	53
a) Concepto.	53
b) Valoración libre y bases en que se sustenta.	54
c) ¿Quién lleva a cabo la valoración y en qué momento procedimental?	54
d) Resultados de la valoración: certeza o duda.	55

3. 13. 6 Problemática sobre la llamada carga de la prueba.	58
3. 13. 7 Clasificación de los medios de prueba.	60
a) Fundamentales o básicos.	60
b) Complementarios o accesorios.	60
c) Mixtos.	60
3. 14 La declaración del probable autor del delito.	60
3. 14. 1 El interrogatorio y las diversas hipótesis a que conducen.	61
3. 14. 2 Momento procedimental en que se lleva a cabo.	61
3. 15 La declaración del probable autor del delito y la confesión.	64
3. 15. 1 Concepto de la confesión.	64
3. 15. 2 Naturaleza jurídica.	65
3. 15. 3 Clasificación.	66
a) Judicial.	66
b) Extrajudicial.	67
3. 15. 4 Formas de la confesión.	67
3. 15. 5 Momento procedimental que debe darse.	68
3. 15. 6 Requisitos de la confesión.	68
3. 15. 7 En la Legislación Mexicana.	69
3. 16 La retractación.	69
3. 17 Prueba testimonial.	70
3. 17. 1 Etimología y concepto.	70
3. 17. 2 Naturaleza jurídica.	70
3. 17. 3 Clasificación de los testigos.	70
3. 18 El careo.	71
3. 18. 1 Concepto.	71
3. 19 La peritación.	72
3. 19. 1 Terminología.	72
3. 19. 2 Concepto.	73
3. 19. 3 El Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato menciona.	73
3. 20 La inspección.	76
3. 20. 1 Concepto.	76

3. 20. 2 Naturaleza jurídica.	76
3. 20. 3 Clasificación.	77
3. 21 La confrontación.	79
3. 21. 1 Concepto.	79
3. 21. 2 Naturaleza jurídica.	79
3. 22. Documentos.	81
3. 22. 1 Etimología y concepto.	81
3. 23 El juicio.	82
3. 23. 1 Temas que comprende la tercera etapa del procedimiento penal.	83
a) Actos preliminares la audiencia final de primera instancia.	83
b) Audiencia final de primera instancia.	85
3. 24 Sentencia.	85
3. 24. 1 Etimología y concepto.	85
3. 24. 2 Naturaleza Jurídica.	86
3. 24. 3 Clasificación.	87
3. 24. 4 Objeto, fin y contenido de la sentencia.	88
3. 24. 5 Forma y formalidades.	89
3. 24. 6 Aspectos fundamentales que debe atender el juez al decretar las sanciones.	89
3. 24. 7 Efectos de la sentencia.	92

CAPÍTULO IV.

LA PRISIÓN Y SU FUNCIÓN RESOCIALIZADORA.

4. 1 Definición de prisión.	97
4. 2 Naturaleza de la prisión preventiva.	98
4. 3 El objeto de la prisión.	103
4. 4 La misión de las prisiones.	103
4. 5 La sociología de las prisiones.	104
4. 6 Influencias que determinan las trayectorias criminales.	105
4. 7 El régimen que debe aplicarse a los internos.	109
4. 8 El trabajo en los centro de readaptación social.	113

CAPÍTULO V.
BENEFICIOS CONMUTATIVOS DE LA PENA.

5. 1 Libertad bajo fianza.	122
5. 2 Libertad provisional bajo protesta.	124
5. 3 Libertad anticipada.	127
5. 4 Preliberación.	130
5. 5 Conmutación de sanciones.	132
5. 6 Semilibertad condicionada.	132
5. 7 Trabajo a la comunidad.	133

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

En ésta tesis hablaré sobre las atribuciones del Ministerio Público, las funciones que debe realizar en determinadas etapas del proceso así como también las obligaciones que tiene, ya que es de suma importancia pues representa a la sociedad.

Hablaremos a detalle sobre las etapas del proceso siendo éstas, la Averiguación Previa, Instrucción, Juicio y Ejecución, así como también de los recursos que se pueden interponer ante la autoridad correspondiente.

Mencionaré sobre la necesidad de derogar la fracción II del artículo 406 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato que está vigente. Pues como veremos resultaría incongruente que el inculpado al no tener la manera de caucionar y que cumpla con 3 de los 4 requisitos que exige el beneficio de la libertad provisional bajo protesta tampoco pudiese por no tener el domicilio fijo con antelación no menor de un año, en el lugar de la residencia de la autoridad que conozca del caso.

Se demostrará que resulta maléfica la estancia de un delincuente primario y acusado de un delito no considerado grave, que esté en una prisión donde estará conviviendo con personas, que están sentenciadas por delitos dolosos, pues resultaría perjudicial para su readaptación a la sociedad cuando haya cumplido su condena.

Es así, que es de suma importancia la derogación de la fracción II del artículo 406 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato y así, tratar de evitar el sobrecupo que existe hoy en día en las prisiones del país.

CAPÍTULO I.

PROCEDIMIENTO PENAL.

1. 1 Concepto de procedimiento penal.

Se puede definir al procedimiento penal como el conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos, que tienen por objeto determinar que hechos pueden ser calificados como delito para, en su caso, aplicar la sanción correspondiente.¹

De esta definición se desprenden los siguientes elementos:

- a) Un conjunto de actividades.
- b) Un conjunto de preceptos.
- c) Una finalidad.

a) El conjunto de actividades se informa con todas las acciones realizadas por las personas que en concreto intervienen para que se determine la aplicación de la Ley penal a un caso particular.

b) El conjunto de preceptos se integra con las reglas que dicta el Estado para regular las actividades anteriores y en su totalidad constituyen lo que puede llamarse el Derecho de procedimientos penales, abarcando estos preceptos la reglamentación no solo de los actos que se realizan en el llamado proceso, pues también comprende los que se llevan a cabo por o ante órgano jurisdiccional y que no están dentro de lo que técnicamente pueden llamarse proceso e igualmente los actos que no realizados por o ante autoridad judicial, son los que bien podría llamarse actos para jurisdiccionales, por estar encaminados a que el Juez pueda posteriormente dictar el Derecho.

c) La finalidad buscada se ubica en reglamentar las actividades que han sido mencionadas a efecto de lograr la aplicación de la Ley al caso concreto, es

¹ MANUEL RIVERA SILVA. EL PROCEDIMIENTO PENAL. 34ª ed. Ed. PORRÚA. MÉXICO 2005. p. 5

decir declarar la vinculación entre el “ser” y el “deber ser” contenido en la Ley material pudiendo esta declaración comprender los siguientes casos:

1° Se declara que al “ser” delito (tipicidad, imputabilidad y culpabilidad) se vincula el “deber ser” sanción.

2° Se declara que al “ser” delito con excluyente de responsabilidad se vincula la consecuencia jurídica de la no penalidad y excusa absolutoria.

3° Se declara que al “no ser” delito se vincula la no penalidad.

Para Julio Acero el Derecho Procesal Penal es el conjunto de reglas para la aplicación de la sustantiva.

Para Juan José González Bustamante el procedimiento penal es el conjunto de actividades y formas previstas por el Derecho Penal Procesal que se inician desde que la actividad pública interviene al tener conocimiento de que se ha cometido un delito y lo investiga y se prolonga hasta la sentencia donde se obtiene la cabal definición de derecho penal.

El derecho penal material se ofrece como un conjunto de normas, como un conjunto de formas en las cuales a una conducta de terminada se le prescribe cierta consecuencia, o mejor dicho, algo que se debe hacer: al “ser” de una conducta (delito) se le fija el “debe ser” de una consecuencia (sanción).²

1. 2 Teoría del proceso penal.

1. 2. 1 Contenido.

La teoría del proceso, tiene por objeto el estudio de un conjunto de materias indispensables, no solo para conocer su contenido, sino también, para justificar el porqué de la relación jurídica por parte del legislador.

² MANUEL RIVERA SILVA. EL PROCEDIMIENTO PENAL. 34ª ed. Ed. PORRÚA. MÉXICO 2005. p. 9

Los aspectos que debe abarcar, tienen gran repercusión en la materia procedimental y solo a través de un estudio teórico del proceso se puede entender la esencia, objetivo y fines.

1. 2. 2 Terminología.

Procedimiento, proceso y juicio, son conceptos, frecuentemente confundidos, en su connotación jurídica real y, no es raro observar que, tanto en la legislación como en el uso general del idioma, se les otorgue una sinonimia que, fatalmente, conduce a errores.

El término proceso deriva de procederé, cuya traducción es “caminar adelante”; por ende, primariamente, proceso y procedimiento son formas o derivados de proceder o caminar adelante.

En una acepción, el procedimiento, puede señalar o ser la forma, el método, de cuya aplicación en objeto, dependerá la mutación de un estado a otro (proceso).

El juicio no debe ser sinónimo de lo anterior; es la etapa procedimental, en la cual, mediante un enlace conceptual se determina desde un punto de vista adecuado el objeto del proceso.

Guillermo Colín Sánchez concluyo que el procedimiento penal, es el conjunto de actos, formas y formalidades legales que se observan por los intervinientes en una relación jurídica material de derecho penal, susceptible de generar una relación jurídica procesal que, en su momento, defina a la anterior, y de esa manera, se aplique la ley a un caso concreto.

Del concepto emitido, se desprende que la relación jurídica procesal se traduce en una serie de actuaciones encomendadas a un subórgano del estado, para que previa satisfacción de los requisitos señalados por el legislador, en el artículo 16, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente, provoque la relación jurídica procesal (proceso).

El proceso penal, es un desarrollo evolutivo, indispensable para el logro de un fin, pero no un fin en sí mismo, sino más bien, como medio para hacer manifiestos los actos de quienes en él intervienen, mismos que deberán llevarse a cabo en forma ordenada; el surgimiento de uno, será el antecedente de un consecuente o consecuencia para el nacimiento de otros, estos generaran nuevos actos que servirán también como antecedente de otro consecuente y así abran de darse tantos como sean necesarios para que sea definida la pretensión punitiva.

1. 3 Objeto del proceso.

Las posiciones doctrinales existentes, aluden al objeto como un hecho concreto, y también lo estudian desde el punto de vista de su finalidad.

a) El objeto como hecho concreto. En cuanto al objeto como un hecho concreto, distinguen el hecho puro del hecho jurídico. Con referencia al hecho puro, Orbaneja, manifiesta: "el objeto de cada proceso es un hecho y no una determinada figura delictiva, ni a una determinada consecuencia penal; identificándose la acción penal solo desde el punto de vista objetivo, la acción puede identificarse con el hecho sobre el que recae la acusación, y si el objeto del proceso fuera un delito y no un hecho, bastaría que se cambiara la tipicidad del delito para que fuera juzgado un mismo sujeto bajo dos puntos de vista diferentes." En esta teoría, no se toma en consideración que, dentro del ámbito jurídico, únicamente determinados hechos conciernen a la materia procesal, y que muchos otros no son tomados en cuenta por ella.

La teoría del hecho jurídico, es expuesta, fundamentalmente, por Beling y Florián.

Beling, sostiene:" El objeto procesal es el asunto de la vida en torno al cual gira el proceso y cuya resolución constituye la tarea propia del proceso, los demás asuntos de que los tribunales deben ocuparse se enfrentan con el objeto, estos pueden ser los asuntos procesales mismos, que constituyen actos anteriores a

los que recaen sobre el objeto. Cabe distinguir, además, asuntos que no se refieren al proceso, pero el objeto procesal penal no se encuentra constituido por cualquier asunto de la vida, sino por asuntos penales, estos casos de Derecho Penal, o sea casos en que, si bien son de la vida, son considerados desde el punto de vista del Derecho Penal, pero el asunto penal solo lo tomamos desde un punto de vista hipotético, puesto que solo mediante el proceso podemos determinar que hechos han acaecido efectivamente y si existe o no punibilidad.

Florián, indica: “El objeto fundamental del proceso penal es una determinada relación de Derecho Penal que surge de un hecho que considera delito, y se desarrolla entre el Estado. Y el individuo al cual se atribuye el hecho, con el fin de que sea aplicada a este último la ley penal. Desde luego, no es necesario que la relación exista como verdad de hecho, basta que tenga existencia como hipótesis.”

b) El objeto en cuanto a su finalidad. Pues lo que toca a las teorías que estudian el objeto procesal, desde el punto de vista de su finalidad, Fenech señala: debe entenderse como objeto del proceso aquello sobre lo que recae la actividad que en el mismo desarrollan sus sujetos, no debiendo confundirse con el fin, puesto que este es lo que se propone conseguir.

Agrega: los sujetos del proceso desarrollan una serie de actos cuya fuente legal los conduce a un fin común; giran en torno a una petición, a una defensa y por último, a una actividad de examen y decisión que armoniza la petición y la defensa.

Goldschmidt, al igual que Fenech, tiende a considerar el objeto del proceso como la exigencia punitiva hecha valer en el mismo.

Para Colín Sánchez el objeto del proceso es la conducta o hecho que genera la relación jurídica material de derecho penal que hace surgir al proceso mismo y que por ende dado el caso y en el momento de la definición de la pretensión

punitiva estatal se generaran las consecuencias correspondientes puesto que siempre he considerado que la punibilidad no es elemento del delito sino consecuencia de éste.³

1. 4 Clasificación del proceso.

El proceso conduce a la restauración del orden perturbado evitando la autodefensa, sin embargo para apreciar mejor el problema, acudiremos a la clasificación del objeto del proceso en principal y accesorio, siguiendo para ello en parte la tesis de Florián.

- a) Objeto principal.- Es la conducta o hecho encuadrable dentro de un tipo penal determinado, y sin la cual no sería posible concebir su existencia.
- b) Objeto accesorio.- Éste es consecuencia del primero, cobra vida en cuanto se ha dado el principal.⁴

1. 5 Fines del Proceso.

a) Generales. El fin general inmediato es la relación a la aplicación de la Ley al caso concreto ya que aquella no contiene sino prevenciones abstractas por lo tanto en el proceso se debe comprobar si el hecho cometido es un delito y si al que se le hace la imputación fue su autor o participe para indagar si el hecho constituye un delito y posteriormente fijar, si esto sucede, la responsabilidad del delincuente.

b) Específicos.- Los fines específicos del proceso son la verdad histórica y la personalidad del delincuente:

1) Verdad histórica.- De gran trascendencia, es el conocimiento de la verdad sobre las causas, naturaleza, efectos y consecuencias de la conducta o hecho que motivó el ejercicio de la acción penal, como la relación jurídica procesal

³ GUILLERMO COLÍN SÁNCHEZ. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. 19ª ed. Ed. PORRÚA. MÉXICO 2006. p.p. 79, 80

⁴ Ídem p.p. 80, 81

está encaminada a obtenerla. Entre la multiplicidad conceptual sobre la verdad, muchas son las directrices y disertaciones apuntadas por filósofos, científicos, etc. No obstante Colín Sánchez dice que la verdad es la concordancia entre un hecho real y la idea que de él se forma el entendimiento. Por ende la verdad es lo real, lo acontecido y cuando existe una adecuación de la idea a esa realidad se puede establecer que se conoce la verdad.

En conclusión: es la idea que se tiene de las cosas y su correspondencia con la realidad.

Frecuentemente se alude a tres verdades: histórica, material y formal.

La verdad histórica, es la que se procura obtener siempre que se quiera asegurar de la realidad de los acontecimientos, de algunos hechos realizados en el tiempo y en el espacio.

Como su nombre lo indica siempre versa en el pasado, por eso se le califica como histórica. Para el conocimiento de este tipo de verdad se utiliza como medio adecuado la prueba.

Verdad formal: Es aquella que se tiene por tal únicamente en vista de que es el resultado de una prueba que la ley reputa infalible.

Verdad material: Es la que se fija en el pensamiento del Juez como certeza y como consecuencia de la libre apreciación, por el mismo realizada de la prueba.

En general la verdad formal tiene como fuente inmediata directa la voluntad del legislador, quien así lo considera para el logro del objetivo y fines que se persiguen.

No obstante lo hasta el momento anotado la verdad es una sola: la verdad real. El hecho de que en ocasiones, en contraste con lo real se haga referencia a lo formal alcanza explicación por el orden fenomenológico al que hacía referencia el gran jurista Franco Sodi, cuando indicaba el pensamiento del hombre ha

variado de acuerdo con las formas sociales imperantes en el momento histórico de que se trate. A cada etapa corresponde una verdad determinada.

Independientemente de las discusiones filosóficas en cuanto a la esencia de la verdad y si existen varias clases de ésta; en el derecho de procedimientos penales a partir del momento de la comisión del delito toda la actividad de los servidores públicos del Estado competentes, procuraran la obtención de la verdad real o material, para sí con base en la misma realizar el último fin del proceso, calificando la conducta o hecho y sus consecuencias.⁵

1. 6 Sujetos de la relación procesal.

Concebido el proceso como relación jurídica, es necesario precisar entre quienes se establece y cuales la personalidad de los intervinientes.

El Juez, ha sido siempre la figura central, tiene a su cargo los actos de decisión; no actúa aisladamente, requiere de la colaboración de sujetos, específicamente determinados, que generen con sus propios actos la dinámica que facilite el inicio y avance del proceso hasta alcanzar la meta deseada. En un sistema procesal acusatorio, como el imperante en el medio mexicano, es el Agente del Ministerio Público, a través del ejercicio de la acción penal, quien provoca que el Juez dicte las resoluciones procedentes y eso, a su vez, origine actos de defensa a cargo del probable autor del delito acusado y su defensor, mismos que generan otros actos del titular de la función acusatoria y que son el antecedente de la decisión respectiva, cuyos efectos provocan nueva defensa, etc. Toda esta actividad, en conjunto con otros elementos, precisan las fases o etapas procedimentales que faciliten la realización del fin último del proceso; empero, lo hasta el momento indicado no podría darse sin la colaboración de policías, testigos, etc.

⁵ Ídem p.p. 81,82, 83, 84.

Por lo hasta aquí expuesto los sujetos intervinientes en el proceso en atención a las funciones que desempeñan, los clasifico en principales, necesarios y auxiliares.

Los primeros son: El agente del Ministerio Público, a cuyo cargo están los actos de acusación; el Juez a quien incumben los actos de decisión; el denominado sujeto activo del delito que juntamente con el defensor llevan a cabo actos de defensa y el sujeto pasivo del delito.

Los segundos son: Los testigos, los peritos, los intérpretes y los órganos de representación, autorización o asistencia de los incapacitados.

Los auxiliares son: El personal policiaco, los secretarios, los oficiales judiciales, los directores y el personal de los establecimientos carcelarios.

CAPÍTULO II.

LA INSTITUCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.

2. 1 Concepto de Ministerio Público.

Fix Zamudio prefiere hacer una descripción del Ministerio Público como el organismo estatal que realiza funciones judiciales como parte o sujeto auxiliar de las diversas ramas procesales, como consejero jurídico de las autoridades gubernamentales y que además defiende los intereses patrimoniales del estado. A nuestro juicio la institución del Ministerio Público es principalmente judicial aunque a veces se le atribuyan actividades que merecen ser calificadas como administrativas.

Hubo un tiempo en que pareció confundirse a la Procuraduría de Justicia con el Ministerio Público dando a ambas instituciones iguales alcances, la aclaración y precisión de conceptos se inició con el ordenamiento de esta materia en el Distrito Federal en 1971.

Respondiendo a su remota etimología latina, Ministerio Público es "Manus", una mano popular, para promover y auspiciar que se administre justicia al pueblo.

Del derecho francés ha pasado a todas las legislaciones el principio que ha llegado a aceptarlo como indivisible.

Esto es lo que se acepta actualmente como que el Ministerio Público sea único e indivisible.

El Ministerio Público es una institución dependiente del estado, el cual actúa en representación de la sociedad en el ejercicio de la acción penal y la tutela social en todos aquellos casos que le asignan las leyes, es un órgano sin género, de naturaleza muy singular, ya que adopta un sin número de fases en su funcionar.

Liebman define al Ministerio Público como “el Órgano del Estado instituido para promover la actuación jurisdiccional de las normas de orden público”⁶. Vescovi afirma que “en una acepción estricta y ajustada, por Ministerio Público cabe entender sólo el representante de la causa publica en el proceso.”⁷

Por este motivo José Ovalle Favela estima que de acuerdo con el ordenamiento jurídico mexicano, el Ministerio Público es el Órgano del Estado instituido para investigar los delitos y ejercer la acción penal contra los probables responsables de aquellos, así como para intervenir en los procesos y los procedimientos judiciales no contenciosos a través de los cuales se controvertan o apliquen normas de orden público o se afecten intereses de personas ausentes, menores o incapaces.

El Ministerio Público es la fiscalía u órgano acusador del estado, el Ministerio Público, como representante sociedad, monopoliza el ejercicio de la acción penal, en nombre del estado. Suele ser considerado como la parte acusadora, de carácter público, encargada por el estado, de exigir la actuación de la pretensión punitiva y de su resarcimiento, en el proceso penal. Como representante de la sociedad, el Ministerio Público no persigue ningún interés propio, ni ajeno, sino que realiza llanamente la voluntad de la ley.

Como la parte publica dentro del proceso, el Ministerio Público es indispensable para que exista proceso penal, agregando a sus peculiaridades un carácter forzoso, imparcial, de buena fe y privilegiado. Es un órgano jerárquico o único, con poder de mando, radicando en el procurador, por lo que los agentes constituyen solamente una prolongación del titular. Es considerado indivisible, puesto que los funcionarios actúan exclusivamente a nombre de la institución. Es un órgano independiente frente al poder judicial y al poder ejecutivo. Se le considera irrecusable, con la potestad de conocer de cualquier tipo de asunto sometido a su consideración, amén de que en su actuar está exento de responsabilidad.

⁶ JOSÉ OVALLE FAVELA. TEORÍA GENERAL DEL PROCESO. 5ª ed. Ed. OXFORD. MÉXICO 2001. p. 248

⁷ ENRIQUE VESCOVI. TEORÍA GENERAL DEL PROCESO. TEMIS, SANTA FE DE BOGOTÁ 1984. p. 173

Organizado jerárquicamente, el Ministerio Público, federal o local, se encuentra encabezado por el procurador general correspondiente, el cual será designado y reconocido libremente, por el presidente de la república si se trata de los procuradores de la república y del distrito federal, o por los gobernadores estatales, en el resto de los casos.

De acuerdo con Colín Sánchez, el Ministerio Público es una institución dependiente del Estado, específicamente del Poder Ejecutivo, que actúa en representación del interés social en el ejercicio de la acción penal y la tutela social, en todos aquellos casos que le asignen las leyes.

Por su parte, Leopoldo de la Cruz Agüero, da un concepto más detallado del Ministerio Público al definirlo como la "Institución u organismo de carácter administrativo, perteneciente al Poder Ejecutivo Federal o Estatal, en su caso, cuyas funciones, entre otras son las de representar a la Federación o al Estado y a la sociedad en sus intereses públicos; investigar la comisión de los delitos y perseguir a los delincuentes, en cuya actividad tendrá como subordinada a la Policía administrativa; ejercitar la acción penal ante los Tribunales Judiciales competentes y solicitar la reparación del daño, cuando proceda; como Representante de la sociedad procurar la defensa de sus intereses privados cuando se trate de ausentes, menores o incapacitados, etc.".

2. 2 Atribuciones del Ministerio Público.

Tiene como atribuciones la persecución de los delitos, tanto en la averiguación previa, como durante el proceso; la representación judicial de la federación; la vigilancia de la legalidad; la promoción de una sana administración de la justicia y la denuncia inmediata de las leyes contrarias a la constitución, entre una rica gama de actividades que se desparrama entre los ministerios públicos de competencia común y federal.

Dentro de este orden de cosas, alguna corriente de opinión sostiene que el ofendido por el delito carece de la calidad de parte, inclusive de manera

subsidiaria, admitiéndose excepcionalmente su participación directa, en tratándose de reparación del daño o responsabilidad civil que proviene del delito.

Dentro de las reformas de 31 de diciembre de 1994, el Ministerio Público se vio afectado en sus funciones de abogado del estado, al privarse al procurador general de la república del carácter de consejero jurídico del gobierno, confirmándole el de representante en los juicios en que la federación sea parte. No ha de pasarse por alto que, pese a su denominación formal de policía judicial, este cuerpo depende y actúa con sujeción a las órdenes del Ministerio Público.

Con intervención definitiva en el proceso penal, la actuación del Ministerio Público también es muy necesaria en el enjuiciamiento civil. Por ello puede afirmarse que además de su función esencialmente penal, el Ministerio Público tiene tareas importantes en los procesos restantes y principalmente en el civil, el mercantil y el de amparo, cuando llega a controvertirse normas de orden público o intereses de personas ausentes, menores o incapaces.

2. 3 Características del Ministerio Público.

I. Constituye un cuerpo orgánico: La Institución del Ministerio Público constituye una entidad colectiva.

II. Actúa bajo una dirección: El Ministerio Público actúa bajo la dirección de un Procurador de Justicia.

III. Depende del Ejecutivo: El Ministerio Público depende del poder ejecutivo, siendo el Presidente de la República el encargado de hacer el nombramiento de Procurador General de Justicia.

IV. Representa a la sociedad: el Ministerio Público se estima como representante de los intereses sociales y es el encargado de defenderlos ante los Tribunales. Así pues, actúa independientemente de la parte ofendida.

V. El Ministerio Público aunque tiene pluralidad de miembros, posee indivisibilidad en sus funciones, en cuanto que todas ellas emanan de una sola parte: La sociedad. Uno de sus miembros puede sustituirse en cualquier momento por otro, sin que tal hecho exija cumplimiento de formalidades.

VI. Es parte de los procesos: el Ministerio Público dejó de ser un simple auxiliar de la administración de la justicia para convertirse en parte.

VII. Tiene a sus órdenes a la Policía Investigadora Ministerial: es la Institución a cuyas órdenes se encuentra la propia Policía Investigadora.

VIII. Tiene el monopolio de la acción procesal penal: Correspondiendo exclusivamente al Ministerio Público la persecución de los delitos es lógico que dicha Institución tenga el monopolio de la acción procesal penal, por lo que la intervención del Ministerio Público es imprescindible para la existencia de los procesos.

IX. Es una Institución Federal: Por estar prevista la Institución del Ministerio Público en la Constitución de 1917 están obligados todos los estados de la Federación a establecer dicha Institución.

2. 4 Funciones del Ministerio Público.

La principal función del Ministerio Público es la investigación y persecución de los delitos y, como consecuencia, su actuación como parte acusadora en el proceso penal, en segundo plano la de representar determinados intereses sociales que se consideran dignos de protección especial en otras ramas de enjuiciamiento. Accesoriamente se le han conferido otras, como la asesora de los jueces y tribunales, y una que solo forzadamente entra en esa esfera, pero que se debe al modelo norteamericano.

Todas las funciones se han comprendido dentro de una expresión que se utiliza cada vez con más frecuencia la procuración de justicia, para distinguirla de otra denominación la administración de justicia, que también se emplea para calificar

la función jurisdiccional, que en realidad debe designarse como impartición de justicia.

La frase procuración de justicia tiene un significado muy genérico y se puede aplicar a todos los organismos del estado que realizan funciones de gestoría, investigación y representación de los intereses sociales en colaboración o auxilio de los tribunales, pero no existe otra denominación para calificar el conjunto tan vasto de facultades que se le confieren al Ministerio Público de nuestro país.

La función esencial de la institución, puesto que la misma tiene encomendada no solo la investigación de los hechos calificados como delitos y la obtención de los elementos de convicción para demostrar la responsabilidad de los inculcados. En primer lugar, el Ministerio Público interviene en la etapa preliminar calificada en nuestro ordenamiento como "averiguación previa", pero además, una vez ejercitada la acción penal, el Ministerio Público actúa como parte acusadora en el proceso penal propiamente dicho, es decir el que se desarrolla ante el Juez de la causa.

De acuerdo a lo anterior existen dos etapas:

a) En primer lugar el Ministerio Público está encargado de realizar las investigaciones previas y reunir los elementos necesarios para el ejercicio de la acción penal, lo que efectúa mediante la instancia que se ha calificado en nuestro derecho como consignación. A fin de que el ministerio pueda acudir ante el Juez, es preciso, que en primer lugar, exista denuncia, acusación o querrela en los términos del artículo 16 de la carta federal y, en segundo término, debe reunir los elementos probatorios para demostrar de manera preliminar los elementos objetivos del delito y la presunta responsabilidad del inculcado, aun cuando tiene la posibilidad de aportar mayores elementos dentro de las setenta y dos horas del que dispone el Juez para dictar el acto llamado auto de formal prisión o sujeción a proceso, conforme a lo establecido por el artículo 19 de la Carta Magna.

Ya hemos señalado que en nuestro ordenamiento dicha etapa previa al ejercicio de la acción penal se califica como averiguación previa. Esta etapa es esencial, pues los errores u omisiones en la investigación repercuten posteriormente en el proceso penal ante el Juez de la causa. Sin embargo en la práctica este periodo ha presentado numerosos defectos, tanto por lo que respecta a la labor de la policía judicial como la del Ministerio Público, propiamente dicho. En efecto, ya que la citada policía está bajo la autoridad y órdenes del Ministerio Público, por lo que es este el que debe dirigir la investigación y no viceversa.

b) La segunda función del Ministerio Público en el proceso penal es el de la parte acusadora, inicia cuando ejercita la acción por medio de la consignación. Esta instancia debe apoyarse con la aportación de elementos así sea de carácter preliminar, que pueden perfeccionarse tanto en la etapa previa a la resolución del Juez sobre la formal prisión o sujeción a proceso y durante el juicio, que permitan acreditar los aspectos materiales del delito y la presunta o definitiva responsabilidad del inculcado. El Ministerio Público actúa durante todo el proceso como acusador.

Las funciones del Ministerio Público no terminan con la sentencia de primera instancia, sino continúa en la apelación, e incluso en el juicio de amparo, el cual no puede ser interpuesto por el mismo pero tiene la atribución de formular alegatos como tercero perjudicado en los términos del artículo 180 de la ley de amparo.

Por ejemplo el artículo 16 constitucional, en su párrafo segundo, cuando alude a los requisitos para el libramiento de la orden de aprehensión, simplemente señala que "no podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y probable responsabilidad del indiciado"; pero no refiere a que previamente al pronunciamiento de la orden de aprehensión deba de existir el

ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, ni señala cuándo debe ejercitarla.

Todos sabemos que, el Ministerio Público tiene una función muy importante dentro del procedimiento penal, en cuanto a que, es el titular de la acción penal.

La acción penal tiene por objeto provocar la función jurisdiccional, para que en la sentencia se realice en forma concreta el poder punitivo, imponiéndole al delincuente las sanciones merecidas, las medidas de seguridad apropiadas y la condena a la reparación del daño, según proceda.

La acción penal tiene un doble contenido, el procesal que es la de provocar la función jurisdiccional, y el material que estriba en la pretensión punitiva que se trata de declarar y realizar mediante la sentencia.

La titularidad de la acción penal por parte del Ministerio Público la deducimos del artículo 21 constitucional, cuando dispone que la investigación y persecución de los delitos incumba al Ministerio Público.

El Ministerio Público realiza principalmente su función investigadora dentro de la etapa de la averiguación previa, donde desahoga todas aquellas diligencias necesarias para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado. En esta fase del procedimiento el Ministerio Público actúa como autoridad.

Cuando el Ministerio Público decide ejercitar la acción, asume un carácter distinto al desarrollado en la averiguación previa, ya no es autoridad y sus actos se encuentran sujetos a la apreciación del órgano jurisdiccional. Es parte dentro del proceso penal. Así lo reconocen diversos criterios jurisprudenciales.

Nótese que el artículo 21 constitucional tampoco nos habla de la acción penal, ni de su ejercicio, tampoco de cuándo debe intentarse.

Para ello tenemos que recurrir a la jurisprudencia, los tribunales del poder judicial de la federación, son los que nos explican las funciones del Ministerio Público, la cual puede variar según los criterios que predominen en determinadas épocas. Lo cual considero que afecta la seguridad jurídica de los gobernados, porque no se precisan los requisitos que deben reunirse para que el Ministerio Público pueda ejercitar la acción penal como titular de esa facultad, sobre todo cuando se niega a hacerlo.

Sería más eficaz la norma constitucional si fuera más explícita, y que su aplicación no quedara sujeta a los diversos criterios interpretativos que pudieran expresarse.

Igualmente, la legislación secundaria y la jurisprudencia acepta que la acción penal puede ser objeto de mutaciones, en torno a la denominación del hecho delictivo, expresado por el Ministerio Público en la averiguación previa, al hacer la consignación, de acuerdo al resultado de la apreciación llevada a cabo por la autoridad judicial de los hechos consignados.

Se parte de la base que el Ministerio Público al ejercitar la acción penal "consigna hechos" a la autoridad judicial, y que es a ésta a la que corresponde clasificarlos y determinar qué delito configuran para el desarrollo del proceso.

En consecuencia, los hechos probados por el Ministerio Público en la averiguación previa, se encuentra sujeto a la apreciación de la autoridad judicial.

Como puede advertirse en esta etapa del proceso, el órgano jurisdiccional cuenta con un amplio arbitrio judicial para ubicar los hechos delictuosos en el tipo penal que corresponda, por las razones de impunidad y de legalidad que ya he mencionado, incluyendo las modalidades y calificativas del delito.

Lo cual confirma que el Ministerio Público cuando ejercita acción penal a través de la consignación de la averiguación previa, deja de ser autoridad, y se

transforma en parte dentro del proceso, al igual que el inculpado y el ofendido, con los mismos derechos sobre todo en lo que concierne a la carga de la prueba.

Así los códigos procesales por lo general establecen que corresponde al Ministerio Público dentro del proceso penal, comprobar los elementos constitutivos del tipo penal y la responsabilidad de los inculpados, exigir la reparación del daño cuando deba ser hecha por el acusado. (Artículo 55 del código de procedimientos penales).

El inculpado y su defensor deben acreditar plenamente en el proceso las defensas y excepciones que opongan (artículo 255 del código de procedimientos penales). El ofendido puede constituirse en parte civil por sí o por su representante legítimo, para rendir o intervenir en todas las pruebas sobre la existencia del delito, la probable o la plena responsabilidad penal, la situación económica del inculpado y para demostrar los daños y perjuicios que se le hayan causado por el delito, a fin de justificar el monto de la reparación que exija el Ministerio Público. (Artículo 64 del código de procedimientos penales). Ahora bien, no obstante la facultad que ejerce la autoridad judicial acerca de la apreciación de los hechos consignados con la averiguación previa, pudiendo reclasificarlos; no se encuentra expresamente señalado en el artículo 21 constitucional del cual se hace derivar el orden jurídico para el Ministerio Público y la autoridad judicial, deduciéndose que aquel es el titular de la acción penal que ejercita para la investigación y persecución de los delitos, y que a esta le corresponde la imposición de las penas. Tal atribución se desvanece y cambia radicalmente en el período procesal que pudiéramos denominar del juicio o de la acusación.

La atribución de que el Ministerio Público sea el titular de la acción penal, de que a él le corresponda su ejercicio, no le confiere una posición procesal más ventajosa o que esté por encima de la potestad de la función del Juzgador. Porque al Juez le corresponde en el desarrollo de la función jurisdiccional,

resolver, decidir la controversia de carácter penal, substituyéndose a la voluntad de las partes, a fin de determinar sobre la existencia o no del delito, y si es o no imputable al acusado pero con la libertad de analizar cabalmente los hechos demostrados, con independencia de las conclusiones del Ministerio Público. Únicamente de esta manera podría entenderse la función del órgano jurisdiccional dentro del proceso penal.

Uno de los aspectos más controvertidos y sujetos a debate en nuestra doctrina y jurisprudencia se refiere a la exclusiva facultad del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal y, por tanto, de intervenir como parte en el proceso penal, lo que excluye la participación del ofendido o sus causahabientes calidad de parte en el mismo proceso.

En lo concerniente al ejercicio de la acción penal, la sociedad percibe entre otros aspectos tres que resultan relevantes:

1.- Salvo los casos flagrantes con detenido, la mayoría de otros asuntos que se conocen en averiguación previa ya sea federal o local, parecieran estar sujetos a diversas actividades burocráticas que avanzan únicamente en virtud de una tasación económica.

2.- La intermediación que el Representante Social tiene en el proceso penal entre víctima y Juez, en la mayoría de las ocasiones se percibe antieconómica por las largas esperas a consecuencia del volumen del trabajo y molesta por el malentendido "visto bueno" que se exige para cualquier solicitud.

3.- La elaboración del escrito de agravios que está obligado a realizar el Ministerio Público, para impugnar las resoluciones sobre las cuales los derechos de la víctima o la propia secuela procesal han sido violados.

Sobre el punto primero, los titulares de las diversas Procuradurías, están obligados a corregir mediante visitas e inspecciones, y sobre todo con mejores

remuneraciones; las anomalías relativas al costo y avances de las averiguaciones previas.

El segundo aspecto acontece por un lado, debido a una doble visión de los aplicadores de la Ley sobre los derechos de la víctima y su adecuada participación procesal, aunque por otro lado, la necesidad de suprimir la intermediación ministerial, obedece fundamentalmente a un aspecto normativo constitucional que debe ser modificado y por su amplitud pertenece a un estudio diverso y;

El tercer aspecto del agravio penal, es motivo de la preocupación generalizada, sobre el elevado porcentaje de deserción e inoperancia, por el defecto técnico de la impropia impugnación; aspecto al que nos referimos.

El monopolio de la acción penal corresponde exclusivamente al estado y el único órgano estatal a quien se encomienda su ejercicio es el Ministerio Público. De conformidad con el pacto federal, todos los estados de la república deben ajustarse a las disposiciones constitucionales, estableciendo en sus respectivas entidades la institución.

Como titular de la acción penal, tiene todas las funciones de acción y requerimiento, persiguiendo y acusando ante los tribunales a los responsables de un delito, pues el Juez penal no puede actuar de oficio y necesita la petición del Ministerio Público.

La Policía Investigadora Ministerial tiene a su cargo la investigación de los delitos, la búsqueda de las pruebas y el descubrimiento de los responsables, y debe estar bajo control y la vigilancia del Ministerio Público, entendiéndose que dicha corporación constituye una función, que cualquier autoridad administrativa facultada por la ley, puede investigar delitos pero siempre que esté bajo la autoridad y mando inmediato de los funcionarios del Ministerio Público. Los jueces de lo criminal pierden su carácter de policía judicial, no están facultados para buscar pruebas por iniciativa propia y sólo pueden desempeñar funciones

decisorias. Los particulares no pueden ocurrir directamente a los jueces como denunciadores o como querellantes, deben hacerlo ante el Ministerio Público, para que éste, dejando satisfechos los requisitos legales, promueva la acción penal que corresponda.

Dos son las funciones del Ministerio Público que competen tanto al Ministerio Público Federal como al Local:

- La investigación de hechos posiblemente delictivos, y
- El ejercicio de la acción en el proceso penal.

El Ministerio Público lleva a cabo su función investigadora en la etapa preliminar del proceso penal denominada de Averiguación Previa con el auxilio de la Policía Investigadora Ministerial.

La investigación es básica en el Ministerio Público para poder determinar si hubo delito y encontrar al culpable y ejercer la acción penal, asimismo al ejercer la actividad de investigación actúa como autoridad ya que la Policía Investigadora Ministerial está bajo su mando inmediato como lo ordena el artículo 21 constitucional.

El Ministerio Público del Distrito Federal, al tomar conocimiento de hechos de competencia federal, deberá practicar las diligencias más urgentes y necesarias.

La investigación se inicia a partir del momento en que el Ministerio Público tiene conocimiento de un hecho posiblemente delictivo, a través de una denuncia, una acusación o una querrela, y tiene por finalidad optar en sólida base jurídica: Por el ejercicio o la abstención de la acción penal, no necesariamente ejercer la acción penal.

La Averiguación Previa como su nombre lo indica consiste en indagar, investigar antes, por lo que se considera la etapa procedimental durante la cual

el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad y después optar por el ejercicio o abstención penal.

El titular de la Averiguación Previa es el Ministerio Público según lo que establece el artículo 21 constitucional, evidente que el Ministerio Público tiene la atribución de orden constitucional de averiguar los delitos y esta atribución la lleva a cabo mediante dicha averiguación, por lo tanto, la titularidad de esta etapa corresponde al Ministerio Público.

Toda Averiguación Previa se inicia mediante una noticia (jurídicamente llamada denuncia o querrela) que hace del conocimiento del Ministerio Público la comisión de un hecho posiblemente constitutivo de delito, tal noticia puede ser proporcionada por un particular, una institución, un agente o un miembro de una corporación policiaca o cualquier otra persona que tenga conocimiento de la ejecución de un hecho presumiblemente delictivo.

El Ministerio Público al integrar una Averiguación Previa debe observar y respetar íntegramente en todos los actos que realice, las garantías constitucionales establecidas para todos los individuos de manera que la averiguación se efectúe con absoluto apego a derecho y no afecte la seguridad y la tranquilidad de los individuos.

Las bases legales de la función investigadora del Ministerio Público son: La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus artículos 14, 16, 19 y 21; Código de Procedimientos Penales y la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado.

Para analizar las funciones principales del Ministerio Público según Ovalle Favela nos vamos a referir a dos funciones que competen tanto al Ministerio Público Federal como al Local: La investigación de hechos probablemente delictuosos y el ejercicio de la acción en el proceso penal.

2. 5 Investigación de hechos posiblemente delictuosos.

Esta función, que el Ministerio Público solo puede ejercer una vez que haya recibido la denuncia o la querrela respectivas, impone a dicho órgano el deber de allegarse o recabar todas las pruebas e indicios que permitan esclarecer si los hechos objeto de la denuncia o la querrela son ciertos e integran el cuerpo del delito; y, en caso afirmativo, determinar la o las personas a las que se pueda considerar como probables responsables de tales hechos.

El Ministerio Público lleva a cabo su función investigadora en la etapa preliminar del proceso penal denominada de averiguación previa con el auxilio de una policía, la cual debe actuar bajo la autoridad y mando inmediato de aquel, como lo ordena el artículo 21 constitucional. En ejercicio de esta función investigadora, el Ministerio Público actúa normalmente como autoridad.

Si en la averiguación previa se acreditan el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, el Ministerio Público debe dictar una determinación de ejercicio de la acción penal y hacer la consignación ante el juzgado competente. Esta determinación del Ministerio Público queda sujeta a l control jurisdiccional, en virtud de que el juzgador debe resolver si efectivamente quedaron acreditados los dos requisitos mencionados en caso afirmativo, debe dictar auto de formal prisión o de sujeción al proceso; auto de libertad, en caso negativo.⁸

2. 6 Ejercicio de la acción en el proceso penal.

De acuerdo con lo que establece el artículo 21 constitucional, este órgano del Estado es el único que puede ejercer la acción en el proceso penal.

Cuando el Ministerio Público decide ejercer la acción penal y consigna el expediente de la averiguación previa ante el juzgador, deja de actuar como autoridad y se convierte en una de las partes del proceso, en la parte acusadora, por lo que debe quedar sujeta, al igual que la otra parte (la parte

⁸ JOSÉ OVALLE FAVELA. TEORÍA GENERAL DEL PROCESO. 5ª ed. Ed. OXFORD. MÉXICO. 2001. p. 250

acusada o inculpada), a las resoluciones del juzgador, que es el único órgano del estado con funciones de autoridad durante el desarrollo y la terminación de la relación procesal independientemente de las facultades que las partes tengan para impugnar dichas resoluciones. El hecho de que sea autoridad y de que tal carácter lo ejerza en la función de investigar hechos probablemente delictuosos no impide que en el proceso penal deba actuar únicamente como parte acusadora y no ejerza o no deba ejercer actos de autoridad.

En ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público puede, entre otras cosas:

- a) Promover la iniciación y el desarrollo del proceso penal.
- b) Solicitar al juzgador que dicte las ordenes de aprehensión, de comparecencia y de cateo que procedan, así como que decrete las medidas cautelares pertinentes.
- c) Ofrecer y aportar pruebas conducentes al esclarecimiento de los hechos imputados.
- d) Formular conclusiones.
- e) Hacer valer los medios de impugnación contra las resoluciones judiciales que estime que no se apeguen a derecho.⁹

⁹ Idem p. 252

CAPÍTULO III.

LA ACCIÓN PENAL.

El proceso solo puede darse si existe un impulso que lo provoque: la acción penal.

La acción penal está vinculada al proceso: en términos generales, es la fuerza que lo genera y lo hace avanzar hasta alcanzar la meta deseada.

En el campo doctrinario, el concepto de acción aún sigue discutiéndose; empero hay quienes lo consideran como un derecho, como un medio y como un poder jurídico.

3. 1 Caracteres de la acción penal.

Tomando en cuenta el objeto y fines de la acción penal, la doctrina le atribuye un carácter público. En efecto, no solo de la doctrina, si no de lo indicado en las leyes se desprende dicho carácter, puesto que su ejercicio está a cargo del Estado, por conducto de uno de sus subórganos, para provocar la intervención del Juez que resolverá la situación jurídica planteada. Es obligatorio su ejercicio, no debe quedar al arbitrio del agente del Ministerio Público; cometido un delito si ya se practicó la averiguación respectiva y está satisfecho lo exigido por el legislador en el artículo 16, de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, vigente, es ineludible provocar la intervención del Juez para que sea este el que defina la situación jurídica, objeto de la acción penal; al agente del Ministerio Público le compete, entre otras de sus funciones su ejercicio, mismo que de no realizarse puede ocasionar diversas consecuencias jurídicas.

Es trascendente aclarar que, la acción penal es obligatoria, siempre y cuando esté integrado el cuerpo del delito y existan razones fundadas para suponer que una persona determinada es responsable de un delito.

La acción penal es indivisible, porque produce efectos para todos los que toman parte en la concepción, preparación y ejecución de los delitos o para quienes los auxilian. Para ilustrar lo aseverado Colín Sánchez pone un ejemplo que es en el caso del adulterio, el cual en nuestro Estado fue derogado, delito que se persigue a petición del ofendido; en consecuencia, la formulación de la querrela o su desistimiento, afectan por igual, a quien ha participado en el mismo ya sea en su perjuicio o en su beneficio.

La acción penal, no es trascendental; sus efectos se limitan a la persona que cometió el delito y nunca a sus familiares o a terceros.

La acción penal es irrevocable, porque si esta se ejercita para que se dé un proceso, este debe concluir con la sentencia; si la acción se revocara, no sería así y como es el estado el titular de la acción y la ejercita a través del procurador y de los agentes del Ministerio Público, el desistimiento en general, produciría efectos negativos sin fin; en principio, normalmente, a si debe ser, en pero, cuando falta un requisito de procesabilidad, querrela, aun iniciado el proceso, no deberá continuar y bajo esas bases no se llega a la sentencia, tampoco es así cuando el Ministerio Público formule conclusiones no acusatorias, cuando fallezca el procesado, etcétera.¹⁰

3. 2 Periodos de procedimiento penal y la acción penal.

El código de procedimiento penal para el estado de Guanajuato señala que el procedimiento consta de cuatro periodos o etapas.

I.- Averiguación previa.

II.- Instrucción.

III.- Juicio.

¹⁰ Idem p.p. 305, 306.

IV.- Ejecución de sentencia.

- a) La averiguación previa, es en efecto un procedimiento a cargo de él o los agentes del Ministerio Público correspondientes, para investigar las conductas o hechos delictuosos, y quien o quienes son sus probables autores, para en su oportunidad ejercitar la acción penal.

Se le llama averiguación previa, porque esta es un presupuesto indispensable para que pueda darse el proceso, mismo que se inicia con el ejercicio de la acción penal que, durante ese procedimiento se preparó.

- b) Procedimiento de Instrucción, según el legislador, comprende todos los actos practicados ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiares del inculpado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de este.

En este procedimiento, el agente del Ministerio Público y el procesado, por si, o por medio de su defensor, promoverán todas las diligencias que estime necesarias con el fin de que en su momento, se determine el cuerpo del delito, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de este.

- c) Respecto del procedimiento de primera instancia, se dice que en el Ministerio Público precisa su pretensión y el procesado su defensa ante el tribunal, y este valora las pruebas y pronuncia sentencia definitiva. Se llama instancia como actos preparatorios a la celebración del juicio y que se refieren a la formulación de conclusiones.

- d) El procedimiento de segunda instancia, en efecto lo constituyen los actos procesales que deberán practicarse por motivo de lo que es el procedimiento de impugnación.

- e) El procedimiento de ejecución, corresponde al proceder de los funcionarios competentes en todo lo correspondiente a la ejecución penal a partir del momento en que cause ejecutoria la sentencia y se hayan extinguido las sanciones aplicadas.¹¹

3. 3 El proceso penal. La instrucción.

La instrucción es la etapa procedimental en donde el Juez instructor lleva a cabo una sucesión de actos procesales sobre la prueba, para que conozca la verdad histórica y la personalidad del procesado y estar en aptitud de resolver en su oportunidad la situación jurídica planteada.

La palabra instrucción, desde el punto de vista gramatical, significa impartir conocimientos.

En el aspecto jurídico, alude a que sean dirigidos al juzgador, independientemente de que este tenga iniciativa para investigar lo que, a su juicio, no sea preciso o claro para producir una auténtica convicción. La instrucción se inicia, cuando ejercitada la acción penal, el Juez ordena la radicación del asunto; así principia el proceso y, consecuentemente la trilogía de actos que lo caracterizan: acusatorios, de defensa, y decisorios.

3. 3. 1 Primera etapa de la instrucción.

La primera etapa de la instrucción se inicia en el momento en que ejercitada la acción penal se dicta el auto de radicación o de inicio, también llamado, comúnmente, “cabeza de proceso”.

- a) El auto de radicación.- El auto de radicación, es la primera resolución que dicta el Juez, con esta se manifiesta en forma efectiva la relación procesal; es indudable que, tanto el agente del Ministerio Público, como

¹¹ Idem p.p. 307,308,309,310.

el procesado quedan sujetos, a partir de ese momento, a la potestad del Juez instructor.

El tiempo, dentro del cual debe dictarse el auto de radicación se dice “debe ser de inmediato” y además si durante el plazo de tres días, contados a partir del día en que se haya hecho la consignación sin detenido, no se dicta, el agente del Ministerio Público del fuero común, podrá recurrir en queja ante los magistrados ante la Sala Penal del Tribunal Superior, que corresponda.

Es pertinente aclarar que tratándose de consignación sin detenido por delito grave o delincuencia organizada, “inmediatamente debe radicarse el asunto, y dentro de las 24 horas siguientes la autoridad resolverá sobre el pedimento de la orden de aprehensión. Si el Juez no resuelve oportunamente sobre esos puntos, el Ministerio Público procederá a interponer el recurso previsto por el legislador en esos casos.”

Cuando se trate de delitos considerados como graves, la radicación se hará de inmediato y el Juez ordenará o negará la aprehensión o cateo solicitados por el Ministerio Público, dentro de las 24 horas contadas a partir del momento en que se haya acordado la radicación.

Si dentro de los casos anteriores el Juez no dicta auto de radicación o no resuelve sobre los pedimentos de aprehensión, reprehensión, comparecencia o cateo, el Ministerio Público podrá ocurrir en queja ante el Tribunal Unitario de Circuito que corresponda. Si el Juez niega la aprehensión, reprehensión, comparecencia o cateo por considerar que no están reunidos los requisitos correspondientes se regresará el expediente al Ministerio Público para el trámite que correspondiere.

El auto de radicación debe contener los requisitos siguientes: la fecha y hora en que se recibió la consignación; la orden para que se registre en el libro de gobierno y se den los avisos correspondientes, tanto al superior como al agente

del Ministerio Público adscrito, para que este último intervenga, de acuerdo a sus atribuciones y practique las diligencias señaladas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el Código de Procedimientos Penales, si hay detenido; cuando no lo hay, el Juez deberá ordenar que se hagan constar , solo los datos primeramente citados, para que, previo estudio de las diligencias, este en aptitud de dictar la orden de aprehensión, reprehensión, comparecencia o negarlas.

b) Efectos. Los efectos jurídicos, del auto mencionado, dependerán de la forma en que se haya dado la consignación, en esta primera hipótesis, al dictar el auto de radicación, el Juez tomará en cuenta, si los hechos ameritan una sanción corporal, o si, por el contrario, se sancionan con una pena alternativa, puesto que, ambas situaciones derivan hacia consecuencias jurídicas diferentes: en el primer caso previa la satisfacción de los requisitos indicados en el artículo 16 constitucional, procederá la orden de aprehensión; en el segundo, el libramiento de la cita, la orden de comparecencia, o en su caso, la orden de aprehensión, para lograr la presencia del sujeto ante el Juez. En la segunda hipótesis se tomara en cuenta lo ordenado en el artículo 19 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra indica: “ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del termino de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impugne el detenido y hagan probable la responsabilidad de este. La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por la Ley Penal.¹²

¹² Ídem p. 361

3. 4 Orden de aprehensión.

a) Concepto.- La orden de aprehensión desde el punto de vista dogmático, es una situación jurídica, un estado un modo de lograr la presencia del imputado en el proceso. Desde el punto de vista procesal, es una resolución judicial en la que, con base en el pedimento del Agente del Ministerio Público y satisfechos los requisitos indicados en el artículo 16 constitucional, se ordena a la captura de un sujeto determinado, para que sea puesto, de inmediato a disposición de la autoridad que lo reclama, o requiere, con el fin de que conozca todo lo referente a la conducta o hecho que se le atribuye.

b) Requisitos.- Para que puede dictarse, deberá reunirse los siguientes requisitos:

I.- Que exista denuncia o querrela.

II.- Que la denuncia o querrela sean sobre un delito que se sancione con pena corporal.

III.- Que existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal.

IV.- Que existan datos que acrediten la probable responsabilidad del indiciado.

V.- Que la solicitud la haga el Agente del Ministerio Público.

Hasta antes de que se llevarán a cabo las adiciones y reformas del 3 de septiembre de 1993 al texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, para la procedencia de la orden de aprehensión, era requisito para su validez que las declaraciones del denunciante o querellante se emitieran satisfaciendo el requisito de rendir “la protesta de decir verdad” y además quien las emitiera fuera considerada persona digna de fe.

La protesta es un acto formal y solemne en el que se hace saber, a quien va a emitir una declaración, las penas en que incurre si declara falsamente, durante

la averiguación previa, simplemente y sin que tuviera conocimiento de ello el declarante, se hacía constar en el acta, “se le exhortó para que se produjera con verdad...” la solicitud de orden de aprehensión, incumbe hacerla al Agente del Ministerio Público, por ser este el que en razón de su competencia conoce de querellas o de la notitia criminis, para así avocarse a la investigación de conductas o hechos delictivos cuya consecuencia en general es que si están satisfechos los requisitos indicados en dicho artículo 16 realice la instancia respectiva ante el Juez competente y este valorando los elementos contenidos en el acta de averiguación previa resuelva lo procedente: dictar la orden o en su defecto negarla

c) Orden de reaprehensión: es una resolución judicial que determina la privación de la libertad de una persona, cuando se evade de la cárcel está en libertad bajo protesta y se ausenta de la población sin el permiso del Juez; no cumple con las obligaciones que se le hicieron saber al concederle la libertad caucional; estando en libertad caucional no se presenta a cumplir la sanción.

3. 5 Orden de comparecencia.

Cuando la conducta o hecho se prevea que: tenga una o más sanciones privativas de la libertad hasta de dos años...etc. El Agente del Ministerio Público ejercita la acción penal, sin detenido, pero con la solicitud de que este sea citado para que se le tome su declaración preparatoria. Si los requisitos legales del pedimento formulado, por el Agente del Ministerio Público, están satisfechos, el Juez ordenará se lleve a cabo la citación mencionada. Cuando ese llamamiento no sea obedecido, se hará otro y finalmente, si tampoco es acatado, se dictará orden de presentación para que elementos de la policía judicial presenten al omiso ante el Juez que lo requiere.

3. 6 Declaración preparatoria.

a) Concepto.- La declaración preparatoria es el acto procesal en el que comparece el procesado ante el Juez, para que le haga saber la conducta o

hecho antijurídico y culpable por el que el Agente del Ministerio Público ejercitó la acción penal en su contra, para que bajo ese supuesto, manifieste lo que a sus intereses convenga y se defienda, y el Juez resuelva la situación jurídica planteada antes de que fenezca el termino de setenta y dos horas.¹³

Jacinto Pallares, Ricardo Rodríguez, Carlos Franco Sodi y Juan José González Bustamante le llaman declaración preparatoria; Julio Acero y Alcalá Zamora, la denominan “indagatoria”; en la práctica es frecuente el uso del calificativo, “inquisitiva”.

Colín Sánchez comparte el criterio de González Bustamante, así mismo dice que el termino correcto es declaración preparatoria, porque: “no solo corresponde al sistema de enjuiciamiento inquisitorio y mixto. Declarar significa exponer hechos: es manifestación del ánimo o de la intención o la deposición que hace un inculpado en causas criminales. Preparar quiere decir prevenir, disponer de alguien para una acción que se ha de seguir. En este sentido, la declaración preparatoria tiene por finalidad informar al inculpado sobre el procedimiento judicial instaurado en su contra para conteste los cargos.

No es un medio de investigación del delito ni tiende a procurar la confesión del inculpado sobre los hechos que se le atribuyen, porque entonces se confunde con la declaración indagatoria o declaración con cargo, en que se imponía al Juez la obligación de formular preguntas, cargos y reconvenciones sobre la participación que el inculpado hubiere tenido en el delito...”

La declaración preparatoria como garantía constitucional.

En el artículo 20 inciso B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente, se establece: en todo proceso de orden penal tendrá el inculpado las siguientes garantías, “...fracción II. A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la

¹³ Op. Cit.: 367 y 368

misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio;

III. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el Juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador. La ley establecerá beneficios a favor del inculgado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada...”

De lo ordenado en este precepto se desprenden las siguientes garantías: que el procesado conozca los hechos, motivo de la acusación, y bajo ese supuesto, pueda llevar a cabo su defensa, la cual se iniciará ya sea con su declaración o con los actos que realice su defensor; la del tiempo, es decir, que dentro de las cuarenta y ocho horas declare ante el Juez. Se aclara que este término principiará a contarse a partir del momento en que fue puesto a disposición de la autoridad judicial, por eso es tan importante hacer constar la fecha y la hora, en el auto de radicación.

La declaración preparatoria es una garantía, y para que tenga plena vigencia, deberá tomarse, tan pronto como principie a transcurrir el termino, no al estar por vencerse, basándose para ello en el alcance de la palabra durante; de ser así es procesado estará en estado de indefensión.

Así mismo lo que son garantías para el procesado, para el Juez son deberes: dentro del término de cuarenta y ocho horas siguientes a la consignación, el Juez está obligado a darle a conocer los hechos, el nombre de su acusador, la naturaleza y causa de la acusación, a oírle en defensa y tomarle en ese mismo acto, su declaración preparatoria.

3. 7 Importancia del cuerpo del delito en el derecho de procedimientos penales.

Generalidades.- Corpus delicti o cuerpo del delito, es un concepto de importancia capital en el derecho de procedimientos penales, debido a que, la comprobación de la conducta o hecho punible, descrito por el legislador y entendido como un todo unitario en los elementos que lo integran, es la base en que se sustenta; sin ello no habrá posibilidad ninguna de dictar un auto de formal prisión o, en su caso, una sentencia en donde se declare a una persona culpable y se le imponga alguna pena. Es importante aclarar, por ser necesario que con motivo a las reformas a diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se eliminó la palabra cuerpo del delito para sustituirla por elementos del tipo penal, por ese motivo en los códigos de procedimientos penales se hace referencia solo a esto último.

Tesis de Ernest Beling.

Afirmaba: El cuerpo del delito es la cartera sustraída por el ladrón, es el arma empleada para privar de la vida a una persona, es el cuerpo muerto etc....

De semejantes supuestos habría de concluir que tratándose de atentados al pudor, el cuerpo del delito sería a la "mano tentona".

A principio de este siglo, Beling estudió el tema, y concluyó: el tipo penal está constituido por la suma de todos los caracteres del delito, internos y externos, integrantes de su esencia, en otros términos: los elementos, materiales del hecho delictuoso y la realización del resultado, sin que se incluyan las notas concernientes a la culpabilidad.¹⁴

Tesis de Mezger.

Contraria a la tesis de Beling, es la que sostiene Mezger, quien afirma la existencia de elementos típicos objetivos, subjetivos y normativos.

Al referirse a los principios, señala: los diversos tipos penales de la parte especial del código (y de las restantes leyes especiales) tienen como punto de

¹⁴ TRATADO DE DERECHO PENAL 1. p. 366

arranque una descripción objetiva determinados estados y acontecimientos que deben constituir la base de la responsabilidad criminal del agente. Se trata por tanto, de estados y procesos externos susceptibles de ser determinados espacial y temporalmente, perceptibles por los sentidos “objetivos” fijados en la Ley por el legislador en forma descriptiva y que han de ser apreciados por el Juez, mediante la simple actividad del conocimiento “cognocitivo”.

Elementos subjetivos.- Con relación a los elementos típicos subjetivos, indica: La teoría de los elementos subjetivos del injusto nos ha demostrado que este depende en muchos casos de características subjetivas es decir, situadas en el alma del autor. Ahora bien, como quiera que el tipo penal es solo injusto especial, tipificado resulta, que dichos elementos subjetivos del injusto, en tanto se refiera a l injusto típico forman parte del tipo como elementos “subjetivos” del mismo.

Elementos normativos: En cuanto a los elementos normativos subraya: “Mientras que los elementos típicos objetivos de que hasta ahora se ha tratado se refería a aquellas partes integrantes del tipo penal fijadas por el legislador descriptivamente como determinados estados y procesos corporales y anímicos; y , en consecuencia, han de ser comprobados caso por caso por el Juez cognitivamente, en los elementos típicos “normativos” se trata de presupuestos del injusto que solo pueden ser determinados mediante una especial valoración de situación de hecho”.

Para Guillermo Colín Sánchez el delito es una conducta típica, antijurídica, y culpable; la punibilidad es una consecuencia y por lo tanto, no forma parte de él.¹⁵

Tipo delictivo y corpus delicti, son conceptos relacionados íntimamente uno del otro; el primero se refiere a la conducta, considerada antijurídica por el legislador; y el segundo a la realización del delito en consecuencia, para que exista el cuerpo de un delito determinado, deberá contarse con el tipo delictivo correspondiente.

¹⁵ Op. Cit.: 386 y 387

El tipo penal a no dudarlo, es creación del legislador; la segunda es la adecuación de una conducta o hecho a la descripción hecha por aquel es decir el encuadramiento de la conducta al tipo penal, tomando en consideración para ello la formula nullum crimen sine tipo.

El tipo representa algo estático, se insiste es creación del legislador; en cambio la atipicidad responde a lo típico, a la calidad que le da ese carácter; solo cobra dinamismo, cuando existe una conducta susceptible de ser identificada con la descripción en la catalogación penal.

En el derecho penal contemporáneo, el tipo es un elemento del delito del cual se parte para determinar la antijuridicidad, cuando la conducta se adecua al mismo.

En efecto, el aforismo nullum crimen sine tipo opera en el ámbito penal in genere; en cambio, corpus delicti, es un concepto básico en el derecho de procedimientos penales.

De la tipicidad, va a depender que el proceso logre sus fines, y en cuanto a los tipos penales, no está en lo cierto Mariano Jiménez Huerta al indicar: “son las fuerzas impulsivas que ponen en marcha la dinámica de proceso”, porque no es el tipo por sí mismo el que represente la fuerza impulsora, y mucho menos podrá poner en marcha la dinámica del proceso, es la tipicidad de la conducta o hecho, la que en su caso y sin prescindir de otros elementos, sean la causa para esa dinámica. Finalmente, al estudiar los diversos tipos penales contenidos en esta legislación también se concluye que según el caso están integrados por los siguientes elementos:

Objetivos.

Objetivos y Normativos.

Objetivos Normativos y Subjetivos.

Objetivos y Subjetivos.

De la doctrina en general y también de la legislación se desprende que: el elemento objetivo o material está referido al sujeto activo que realiza una acción u omisión, así como también, complementariamente, el sujeto pasivo, persona

física y a la cosa objeto de delito; por ende lo objetivo o material, corresponde a estados o procesos externos, susceptibles de ser determinados, espacial y temporalmente, perceptibles por los sentidos “objetivos”, fijados en la ley en forma descriptiva y también, estados y procesos anímicos en otras personas que no sean precisamente el autor, por ejemplo: privar de la vida a una persona, causar una lesión, apoderarse de una cosa, la realización de una copula, etc.: así mismo, y tomando en consideración que en cada tipo se describe un ilícito, en este se incluyen circunstancias, elementos, condiciones, señalamientos de los medios y el resultado. Para ilustrar esto, baste señalar que en algunos ilícitos se exigen referencias como las siguientes: temporales, espaciales o de lugar, medios o forma y el resultado.

El o los elementos normativos son aquellos a los que se llega mediante una valoración jurídica: cosa mueble, perjuicio, documento público; o cultural: apropiación, vida, erótico – sexual, perjuicio, etc.

Los elementos subjetivos implican una valoración desde el punto de vista objetivo de la antijuridicidad, pues corresponden a estados y procesos anímicos de la gente y que conforman características del ilícito como: el deseo o propósito erótico-sexual, el ánimo de ofender, el ánimo de lucro, etc.

Al referirse a lo material o jurídico de la antijuridicidad, con ello, se indica que así se considera en cuanto afecta intereses fundamentales protegidos jurídicamente en una organización social.

De lo expuesto concluye Guillermo Colín Sánchez que: Existe cuerpo del delito cuando hay tipicidad de la conducta o hecho, de acuerdo con el contenido de cada tipo, de tal manera que el cuerpo del delito, corresponderá, atendiendo a la situación completa:

A lo meramente objetivo.

A lo objetivo y Normativo.

A lo objetivo, lo normativo y lo subjetivo; o bien

A lo objetivo y subjetivo.

Por último el cuerpo de delito se integra con el conjunto de elementos que corresponden al delito, y naturalmente en cada tipo penal, con los que conforman su esencia.

Integración y Comprobación.

Tomando en cuenta que el legislador en muchos códigos, se refiere a integración y comprobación del cuerpo del delito, importa advertir que, con ello, alude a dos aspectos, frecuentemente confundidos, en la práctica y que en relación con el tema en estudio conduce a errores.

Integrar, es componer un todo con sus partes, en cambio, comprobar, es evidenciar una cosa, cotejándola con otra, repitiendo las demostraciones que la prueban y acreditan como cierta.

3. 8 Integración del cuerpo del delito.

La integración del cuerpo del delito es una actividad, en principio, a cargo del agente del Ministerio Público, durante la averiguación previa y tiene su fundamento en imperativos de carácter legal, se desprende: del conjunto de elementos probatorios que se haya logrado acumular durante la averiguación previa dependerá que el cuerpo del delito resulte comprobado. Es innegable que, la actividad del agente del Ministerio Público, durante la etapa mencionada, tiende, esencialmente, a la integración del corpus delicti: esa es su función característica.

3. 9 Comprobación del cuerpo del delito.

La Comprobación del cuerpo del delito implica una actividad racional, consistente en determinar si la conducta o hecho, se adecua a la hipótesis de la norma penal que establece el tipo.

- a) Diversas hipótesis.- Puede suceder que, la conducta o hecho se adecue a un solo tipo (monotipicidad), o a varios, según la proporción que aquel

haya alcanzada (plurotipicidad),¹⁶ integrándose tantos cuerpos de delitos, en proporción al alcance de la conducta o hecho y en relación con el catalogo existente en el código penal. Esto se logra comparándola con los tipos en los que pudiera adecuarse, para después subsumirla en el que corresponda, tomando en cuenta la relación valorativa, prevalente entre los medios utilizados para realizarla, a los fines de esta, y así, encuadrarla correctamente, subordinándola, dado el caso, en su significado finalístico, en uno en varios tipos (concurso de tipo).

- b) Proceso de adecuación típica.- Consiste en atender al bien jurídico tutelado, comparando la conducta o hecho con las formas descritas por el legislador, para así lograr su identidad; ha de llevarse a cabo, además, examinado cada uno de los elementos integrantes del tipo, los cuales, reunidos en su totalidad lo comprueban, porque de lo contrario, si falta alguno, no habrá tipicidad y en consecuencia, cuerpo del delito.
- c) Legislación positiva.- En la legislación vigente, la comprobación del cuerpo del delito, es una función que corresponde al Juez, de acuerdo con lo previsto en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en donde a la letra dice: “ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del termino de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, según que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que se acrediten o los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de este...” la comprobación, está a cargo del Juez en diversos momentos procedimentales, fundamentalmente, durante las etapas de instrucción y juicio.

¹⁶ JIMENEZ HUERTA MARIANO, LA TIPICIDAD. MÉXICO. PORRÚA 1955 p.p. 230-232

3. 10 Probable responsabilidad.

La probable responsabilidad es otro de los requisitos de fondo, señalados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente, para que proceda, el ejercicio de la acción penal, la orden de aprehensión, el auto de formal prisión, etc.

Tanto en la práctica como en la doctrina se hace referencia indistintamente a la responsabilidad probable o presunta de una persona; ambos calificativos son sinónimos, significan: lo fundado en razón prudente o de lo que se sospecha, por tener indicios. En consecuencia, existe probable responsabilidad cuando haya elementos suficientes para suponer que una persona pudo haber tomado parte, de alguna manera en la concepción, preparación o ejecución de un acto típico, antijurídico y culpable. La determinación de la probable responsabilidad del procesado corresponde, fundamentalmente al Juez; sin embargo, también concierne al agente del Ministerio Público.¹⁷

Es indudable que, durante la averiguación previa, para estar en posibilidad de resolver, si procede la consignación o la libertad del sujeto, se lleve a cabo una valoración de los hechos y de todas las pruebas recabadas, porque aun integrado el cuerpo del delito, si no hay presunta responsabilidad, no se podrá ejercitar la acción penal.

El Juez, por imperativo legal, en diversos momentos procesales habrá, de estar cierto de que existe probable responsabilidad, para decretar la orden de aprehensión y en su momento un auto de formal prisión. En ambos casos el Juez hará un análisis lógico y razonado, de todos y cada uno de los hechos consignados, en autos; no debe en forma arbitraria tener por demostrada la responsabilidad presunta de ninguna persona sin el previo análisis valorativo de los elementos “de cargo” y de las pruebas de “descargo” cuando estas se hayan aportado.

¹⁷ FRANCISCO ANTOLISEI. MANUAL DE DERECHO PENAL. BUENOS AIRES, UTEHA, 1960 p.p. 343-349.

En la práctica bastan indicios para considerar demostrada la presunta responsabilidad; no obstante el juzgador no debe atenerse exclusivamente a lo indicado, porque, lo más prudente, es atender a los diversos medios de prueba establecidos en cada uno de los códigos adjetivos, para que previo análisis de los hechos, en relación con estos, faciliten una resolución, consistente, clara y precisa y así se eviten procesos inútiles y molestias, sin fin a las personas.

Es útil aclarar que en muchas ocasiones el Juez penal dicta orden de aprehensión por estimar que lo actuado en la averiguación previa se deducen elementos suficientes para considerar integrada la responsabilidad de un sujeto, no obstante, posteriormente, al determinar la situación jurídica del procesado, dentro del término de setenta y dos horas se resuelve que no está demostrada. Aparentemente, la situación pareciera contradictoria; empero las resoluciones dictadas en tal sentido, son estrictamente apegadas a derecho porque la presunta responsabilidad, es lógico que pueda destruirse, como ocurre, con frecuencia, si dentro del término mencionado se practican diligencias para desvirtuar el material probatorio presentado por el Agente del Ministerio Público. Una vez dictado el auto de formal prisión, pudiera ser que se desvanecieran los elementos en que se apoyó y la consecuencia inmediata será la libertad del procesado.

Al resolver el Juez la situación jurídica del procesado, durante el término de setenta y dos horas, por primera vez estudia la modalidad de la conducta o hecho, para determinar hasta donde es posible en ese momento:

- 1.- en cuál de las formas de culpabilidad, dolosa o culposa debe situar al probable autor de las mismas, y
- 2.- la ausencia de presunta responsabilidad por falta de elementos, o la operancia de una causa de justificación o cualquiera otra eximente.

3. 11 Resoluciones que se dictan al vencerse el término de 72 horas.

Precisada la actividad, iniciada desde el momento en que el procesado fue puesto a disposición del Juez éste al fenecer el término de 72 horas. Resolverá

su situación jurídica a través de: un auto de formal prisión; o en su defecto, “auto de soltura”, de libertad por falta de méritos o de libertad por falta de elementos para procesar; y auto de sujeción al proceso, cuando la consignación se efectúe sin detenido, por delito sancionable con pena no corporal o alternativa.

a) Auto de formal prisión.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes adjetivas, Federal y del Distrito Federal, el auto de formal prisión es la resolución judicial que determina la situación jurídica del procesado al vencerse el término de 72 horas o en su caso el de 144 horas, por estar comprobados los elementos integrantes del cuerpo del delito y los datos suficientes para presumir la responsabilidad, y así señalar la conducta o hecho por la que ha de continuarse el proceso.

Esta resolución judicial no se dictará cuando esté probada, a favor del procesado una causa de exclusión del delito, porque incumbe al Juez, inclusive oficiosamente aplicarla.

En las causas de exclusión del delito, aunque existe cuerpo del delito la conducta no es antijurídica y por ende no hay delito. Esto explica que, ante eso el Juez esté impedido para dictar la resolución judicial mencionada.

El auto de formal prisión contendrá necesariamente requisitos medulares y formales.

Los primeros están previstos en el artículo 19, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente, y son los que a continuación señala Guillermo Colín Sánchez: que esté comprobados los elementos del tipo, así como también el o los datos sobre la probable responsabilidad del procesado; esto último, puede no estar suficientemente acreditado: se requiere solamente la presunción; en cambio el cuerpo del delito debe de estar plenamente comprobado.

Los segundos, están establecidos en el código de procedimientos penales para el Estado de Guanajuato.

En el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato, se establece: el auto de formal prisión se dictará cuando de lo actuado aparezcan los siguientes requisitos:

I.- Que se haya tomado declaración preparatoria del inculpado, en la forma y con los requisitos que establecen, 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.

Y según el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal los requisitos para dictar auto de formal prisión son los siguientes:

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

2.- Que estén acreditados los elementos del tipo del delito que tenga señalada sanción privativa de libertad;

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

4.- Que no esté plenamente comprobada a favor del inculpado, alguna circunstancia eximente de responsabilidad, o que extinga la acción penal.

El auto de formal prisión, adquiere forma a través de la escritura, y principia: con la indicación de la fecha y hora en que se dicta; el número de la causa; el nombre de la persona, cuya situación jurídica se determina; un resultando o varios, en donde se hace una relación de los hechos, contenidos en las diligencias de averiguación previa y de las

practicadas durante el término de 72 horas; la parte considerativa en la que el Juez llevará a cabo la valoración de los hechos; y lo resolutivo en donde se decreta que: está comprobado el cuerpo del delito, existen elementos suficientes de los que colige una probable responsabilidad, motivos que conllevan a resolver: procede el auto de formal prisión en contra de la persona de quien se trate, como probable responsable de los hechos que motivaron el ejercicio de la acción penal ; que se notifique, personalmente al Agente del Ministerio Público, al procesado, a su defensor, y al “alcaide o carcelero”; y que se giren las boletas correspondientes.

b) Auto de sujeción al proceso. Es la resolución dictada por el Juez, para los delitos que se sancionan con pena no corporal o alternativa, en el que se determinan el o los hechos por los que habrá de seguirse el proceso, previa comprobación del cuerpo del delito y de la presunta responsabilidad.

Este auto de sujeción al proceso tiene los mismos elementos medulares y formales del auto de formal prisión y la diferencia es que cuando el delito no merece pena corporal y se pide la orden de comparecencia la sanción es la que lo hace distinto.

Los efectos de dicho auto son los siguientes: da base al proceso, da tema al proceso, le hace saber al indiciado que queda sujeto al proceso, suspende prerrogativas y determina el plazo para dictar sentencia.

c) Auto de libertad por falta de elementos para continuar el proceso o llamado auto de libertad por falta de elementos para procesar.- Es la resolución dictada por el Juez al vencerse el término de 72 horas, por no estar acreditados los elementos del tipo penal ni la probable responsabilidad o habiéndose dado lo primero, no existe lo segundo y cuya consecuencia es la orden para que el procesado sea restituido en el goce de su libertad.

La falta de esos requisitos provoca esta determinación; sin embargo, si el agente del Ministerio Público posteriormente, aporta nuevos datos que satisfagan las omisiones legales por las cuales se decretó el auto mencionado, realizará la instancia correspondiente para la reprehensión del supuesto autor del delito y ya ejecutadas se observe lo dispuesto en los artículos 19 y 20 constitucionales.

En el supuesto de los aspectos negativos del delito: causas de justificación, causas de inculpabilidad, excusas absolutorias etc.... en el auto que se dicta al fenecer el término de 72 horas se dice que la libertad que se concede es con las reservas de ley.

Esta forma de proceder es indebida porque si se han aportado las pruebas que sirvieron de base para resolver la situación jurídica, lo procedente es decretar la libertad absoluta.

Toda actuación distinta entraña un contrasentido, porque si el aspecto negativo del delito está demostrado, resulta absurdo decir que: la libertad es con las reservas de ley.

3. 12 Según la etapa de la instrucción. Procedimiento sumario y ordinario.

Al ocuparse del auto de formal prisión se señaló que entre otros efectos da lugar al surgimiento de la segunda fase de la instrucción, en acatamiento a las reformas con el auto de formal prisión se abre el procedimiento sumario, la apertura de este procedimiento la llevara acabo de oficio el Juez; Una vez iniciada su apertura las partes dispondrán de tres días comunes, contados desde el siguiente a la notificación del auto de formal prisión o de sujeción al proceso, para proponer pruebas que se desahogaran en audiencia principal.

Se concluye primero, en el auto de formal prisión, se ordena el procedimiento que debe seguirse; es decir, el sumario; segundo, el auto de formal prisión, abre un periodo de tres días para proponer pruebas.

De lo expuesto, ha lugar a concluir la segunda etapa de la instrucción se reduce, simplemente, a la apertura de un término brevísimo dentro del cual tanto el agente del Ministerio Público como del defensor manifestara toda la diligencia necesaria para cumplir lo ordenado para este tipo de procedimiento.

En consecuencia al aceptar el Juez las pruebas, dictara una resolución cuyo contenido es la mención pormenorizada de las probanzas ofrecidas y que posteriormente se desahogaran; después ordenara el cierre de la instrucción cuyo efecto procesal es la iniciación de la tercera etapa del procedimiento penal; es decir, el juicio, lapso dentro del cual también se aceptara y diligenciaran pruebas y después concluir con la sentencia.

El procedimiento ordinario se distingue del sumario únicamente en cuanto a la mayor amplitud de términos para el despacho de los actos probatorios, ya que: en el auto de formal prisión se ordenara poner el proceso a la vista de las partes para que propongan dentro de los siete días contados desde el siguiente a la notificación de dicho auto, las pruebas que estimen pertinentes, las que se desahogaran en los quince días posteriores, plazo dentro del cual se practicara igualmente todas aquellas que el Juez estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad y en su caso para la imposición de la pena.

Si al desahogar las pruebas aparecen de las mismas nuevos elementos probatorios, el Juez podrá señalar otro plazo de tres días para acortar pruebas que se desahogaran dentro de los cinco días siguientes para el esclarecimiento de la verdad.

Para asegurar el desarrollo de las pruebas propuestas, los jueces harán uso de los medios de apremio y de las medidas que consideren oportunas, pudiendo disponer la presentación de personas por medio de la fuerza pública en los términos del artículo treinta y tres. Transcurridos o renunciados los plazos a los que se hicieron referencia, o si no se hubiere promovido pruebas, el Juez declarara cerrada la instrucción y mandara poner la causa a la vista del Ministerio Público y de la defensa, durante cinco días por cada uno para la formulación de conclusiones.

3. 13 Teoría de la prueba.

La prueba es el factor básico sobre el que gravita todo el procedimiento, de esta dependerá el nacimiento del proceso, su desenvolvimiento y la realización de su último fin.¹⁸

3. 13. 1 Etimología y concepto.

Etimológicamente viene de probandum cuya traducción es paternizar, hacer fe, criterio adoptado en el antiguo derecho español.

Gramaticalmente es un sustantivo referido a la acción de probar, es decir a la demostración de que existió la conducta o hecho concreto, origen de la relación jurídico-material de Derecho penal y luego de la relación jurídico procesal.

Florián: al estudiar el tema señala “en el lenguaje jurídico la palabra prueba tiene varios significados. Efectivamente no solo se llama así a lo que sirve de para proporcionar la convicción de la realidad y certeza del hecho, o cosa, sino también este resultado mismo y el procedimiento que se sigue para obtenerlo.

Tomando en cuenta los aspectos antes consignados para Guillermo Colín Sánchez: Prueba en materia penal es todo medio factible de ser utilizado para el conocimiento de la verdad histórica y la personalidad del presunto delincuente y bajo esa base definir la pretensión punitiva estatal.

Objeto de la prueba.- es el tema probandum, la cuestión de que dio origen a la relación jurídico material de Derecho Penal. Esto es lo que debe probarse es decir que se ejecutó una conducta o hecho, encuadrable en algún tipo penal preestablecido (tipicidad), o en su defecto, la falta de algún elemento (atipicidad) o cualquier otro aspecto de la conducta; verbi gracia: juridicidad, antijuricidad; como ocurrieron los hechos, en donde, cuando, por quien, para que, etc. En términos generales el objeto de la prueba abarcará: la conducta o

¹⁸ GUILLERMO COLÍN SÁNCHEZ. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. 19ª ed. Ed. PORRÚA. MÉXICO 2006. p.p 405, 406.

hecho tanto en su aspecto objetivo como en el subjetivo porque si la conducta siempre concierne al ser humano la motivación de aquella debe buscarse por doquier, aunque sin rebasar los límites de la privacia que compete a la intimidad del ser humano, como son las regiones más recónditas del alma.¹⁹

El objeto de la prueba es fundamentalmente: la demostración del delito; con sus circunstancias y modalidades, puede recaer también sobre otras cuestiones comprendidas en la parte general del Derecho Penal teoría de la Ley penal, así como en el orden negativo, sobre la ausencia de la conducta, atipicidad, causas de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad y excusas absolutorias.²⁰

3. 13. 2 Sujeto de prueba.

Es la persona que proporciona el conocimiento por cualquier medio factible.

De los sujetos intervinientes es la relación procesal, son sujeto de prueba: el probable autor del delito, el ofendido o su representante, el defensor y los testigos. Este carácter no es posible atribuirlo a los jueces, o los agentes del Ministerio Público y a los peritos porque “El Juez conoce de hecho, mediante el órgano de prueba lo conoce inmediatamente y en cuanto al Juez no es órgano y en cuanto órgano no es Juez”.²¹

El Ministerio Público por su misma naturaleza y atribuciones, tampoco puede ejercer una doble función; por lo tanto nunca puede ser sujeto de prueba.

Por último los peritos debido a la naturaleza de la peritación tampoco son sujeto de prueba

3. 13. 3 Medios de prueba.

El medio de prueba es la prueba en sí. Es un vehículo para alcanzar un fin. Esto significa que, para su operancia, debe existir un funcionario que le imprima

¹⁹ Ídem p.p. 410, 411.

²⁰ Op. cit.: 415 y 416

²¹ RIVERA SILVA MANUEL. EL PROCEDIMIENTO PENAL. 1ª ed. MÉXICO PORRÚA. 1963. p. 171

dinamismo y así a través de uno o más actos determinados se actualice el conocimiento.

Claria Olmedo, hace notar: no deben confundirse los elementos probatorios con los medios de prueba. Los primeros están en el objeto integrándolo en sus diversos aspectos y manifestaciones; los segundos son elaboraciones legales, aun cuando no taxativas, tendientes a proporcionar garantías y eficacia en el descubrimiento de la verdad dentro del proceso.

Franco Sodi aclara: es el tema del proceso la verdad histórica concreta por conocerse, el órgano de la misma es la persona física que aporta el conocimiento y el medio de la prueba es el acto o modo usado por la persona física referida, para proporcionar el citado conocimiento.

Consecuentemente conocer es: individualizar un objeto de nuestra conciencia y el modo de conocer el medio de prueba.

El código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato reconoce como medios de prueba los siguientes:

- I. La confesión;
- II. Los documentos públicos;
- III. Los documentos privados;
- IV. Los dictámenes periciales;
- V. El reconocimiento o inspección judicial;
- VI. Los testigos;
- VII. Las fotografías, las notas taquigráficas, la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología y, en general, todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia.

3. 13. 4 Sistemas de apreciación de la prueba.

Todo sistema de apreciación de la prueba debe referirse a dos cuestiones fundamentales o básicas: medio o medios de prueba y sistema a seguir para la valoración de los mismos.

En la doctrina y en la legislación los sistemas de apreciación de la prueba son, el libre, el tasado y el mixto.

- a) **Libre.-** Tiene su fundamento en el principio de la verdad material; se traduce en la facultad otorgada al Juez para disponer de los medios de prueba conducentes a la realización de los fines específicos del proceso, y además, valorarlos conforme a los dictados de su conciencia y a la responsabilidad que debe tener en el cumplimiento de sus funciones, todo lo cual se reduce a dos aspectos básicos como ya lo indique: a la libertad de medios de prueba y a la libertad de valoración.
- b) **Tasado.-** Históricamente se denominó de las pruebas legales se sustenta en la verdad formal, se dispone solo de los medios probatorios establecidos en la ley; para la valoración, el Juez está sujeto a reglas, prefijadas por el legislador.
- c) **Mixto.-** Éste es una combinación de los anteriores, las pruebas son señaladas en la ley, empero el funcionario, encargado de la averiguación, puede aceptar todo elemento que se le presente, si a su juicio, puede constituirla, constatando su autenticidad por el camino legal pertinente.

En cuanto a su justipreciación, para ciertos medios de prueba atiende a reglas prefijadas; en cambio para otros, existe libertad.

Los sistemas mencionados, convergen en el objeto, medios de prueba y valoración, pero difieren entre sí en cuanto a la dosis de libertad.

En los Estados Unidos Mexicanos el sistema instituido es el mixto, porque ya deje establecido que el legislador indica cuales son los medios probatorios y aun cuando después aclare qué: también se admitirá como prueba todo aquello que se presente como tal, aun así por lo menos no deja de advertirse inseguridad o franco temora la operancia de la libertad.

Para la valoración del material probatorio, el Juez se sujeta a las reglas específicamente determinadas en la Ley y únicamente se le concede libertad para valorar La peritación y los indicios.

En la naturaleza, el objeto y fines del procedimiento penal, lo obligado es el predominio de la prueba libre y la libertad de convicción, en cuanto al Juez no es un simple receptor de la prueba y por ende no debe permanecer en forma contemplativa, definirá la situación jurídica que se le planteo: lo procedente es que llegue a la certeza, para lo cual debe investigar por sí mismo; de no ser así, tendría que basarse exclusivamente en las pruebas aportadas por las partes aun en detrimento de la verdad, por que como lo hace notar Miguel Fenech, al referirse al sistema de enjuiciamiento europeo: el Juez inquiera por sí mismo y en ello no solo en el periodo del sumario sino en el plenario o en el juicio oral, donde como decíamos predomina la forma acusatoria, pero rige el principio del verdad material que le permite la libre confrontación de las que pudiéramos llamar verdad es hipotéticas de las partes, para lograr a base de las mismas, y aun a pesar de ellas abrirse camino hacia la verdad real única que debe servir de fundamento factico a su fallo.²²

Para llegar a este conocimiento, es necesaria la iniciativa del Juez misma que se hace objetiva: realizando las diligencias a las que da lugar el medio de prueba aportado; solicitando, aquellas que estime procedentes y ordenando la práctica de todos los actos procesales cuya causa provenga de las ya aportadas.

3. 13. 5 Valoración de las pruebas.

a) Concepto.- Es el acto procedimental, caracterizado por un análisis conjunto de todo lo aportado en la investigación (relacionando unos medios de prueba con otros), para así obtener un resultado, en cuanto a la conducta o hecho, certeza o duda y a la personalidad del delincuente, certeza.

²² Ídem p.p. 117 y 702

b) Valoración libre y bases en que se sustenta.- El sujeto a quien se encomienda, por disposición legal, justipreciar el material probatorio, no debe atender a ningún criterio legal, preestablecido, susceptible de impedir la actualización de la verdad material o real.

La variedad de los asuntos y sus peculiaridades, nos conduce en a concluir : ninguna prueba en forma aislada, puede tener un valor superior al de otra; es el concurso de todas lo que, tal vez, permita el esclarecimiento de la conducta o hecho, si a esto agregamos que, a través de la secuela procedimental el Juez, sujetándose al principio de legalidad, estuvo en constante contacto con los integrantes de la relación procesal, y se le proporciono la asesoría técnica, necesaria estará en aptitud de otorgar a las probanzas el valor que su íntima convicción le dicte.

Para llevar a cabo el procedimiento valorativo, el Juez empleará:

1.- Su preparación intelectual: conocimientos jurídicos, psicológicos, experiencia en la materia, cultura, etc....

2.- Las denominadas máximas de la experiencia, enseñanzas o precedentes de la vida cotidiana, que en forma concreta según cita de Leone, debemos entender, como: definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, independientes del caso concreto que debe decidirse en el proceso y de las singularidades circunstancias de él, conquistadas con la experiencia, pero autónomas respecto de los casos singulares de cuya observación han sido deducidos y además de los cuales deben valer para nuevos casos.

3.- El conocimiento de los hechos notorios que, por su propia naturaleza no están necesariamente sujetos a prueba, porque son acontecimientos provenientes del hombre o de la naturaleza, que por su fuerte impacto, quedaran grabados en la conciencia general.

c) ¿Quién lleva a cabo la valoración y en qué momento procedimental?

En el derecho mexicano, en términos generales, la valoración incumbe al Juez o al magistrado, en primera y segunda instancia, y la realizan en diversos momentos del proceso: al resolver la solicitud de orden de aprehensión, la

situación jurídica del procesado al fenecer el término de setenta y dos horas, algún incidente, etc. Y básicamente ya de manera integral al dictar sentencia.

El agente del Ministerio Público, en cumplimiento de sus funciones, también valora las pruebas; de otra manera carecería de bases de sustentación para el ejercicio de la acción penal o para su desistimiento y para otros de sus pedimentos.

Para esos fines atenderá al criterio que anima a todo el sistema legal vigente aunque el valor que se le otorgue no produzca los efectos y la trascendencia jurídica de la valoración realizada por los jueces.

El procesado y su defensor: a su manera valoran las probanzas en diversos momentos procesales: conclusiones, agravios, etc.

Algunos terceros, como los peritos, también valoran los medios de prueba relacionados con la materia sobre la cual dictaminan.

A pesar de toda la valoración de mayor trascendencia incumbe a los jueces en cambio, la que realizan los otros sujetos mencionados, se justifica por necesidades procedimentales.

Es pertinente aclarar que: la situación jurídica del probable autor del delito no dependerá de la convicción que aquellos les haya producido la prueba porque: la auténtica y trascendente justipreciación es la judicial.

d) Resultados de la valoración: Certeza o duda.

La certeza.- Obliga al Juez a definir la pretensión punitiva estatal y a hacer factible los aspectos positivos del delito, o bien los negativos frente a los primeros se aplica la pena y en lo segundo la absolución correspondiente.

La duda.- En el Juez genera un verdadero problema, digno de meditarse para llegar a su correcta solución.

De la legalidad, característica del procedimiento penal, se colige: el Juez está obligado, fatalmente, a resolver todo asunto sometido a su conocimiento. No se justificaría lo contrario, aun en el supuesto de oscuridad de la ley, falta de prueba, prueba defectuosa o efecto dudoso de la misma.

Ante estas hipótesis, tomando como punto de partida el criterio orientador en las instituciones jurídicas, ineludiblemente, resolverá con un criterio racional y

humano capaz de mantener el justo equilibrio entre la legalidad y la naturaleza misma de la sociedad y sus relaciones con el individuo, considerado éste como sujeto y no como objeto del derecho.

Cuando como resultado de la valoración de la prueba, el Juez se enfrenta a la duda, aplica el principio exegético *in dubio pro reo*; porque la situación dubitativa no justifica al juzgador no resolver el asunto y en tales circunstancias lo obligado es absolver, independientemente de que el sujeto a quien se exculpe seguramente en otras circunstancias procesales sería condenado.

En la práctica frente a lo incierto se declara la inocencia considerando entre otras cosas que de no ser así habría una regresión a la *absolutio ab instantia*, en derecho intermedio en donde todos aquellos a quienes por defectos procesales no podía calificárseles ni como culpables ni como inocentes, eran objeto de un doble o triple procesamiento, lo cual en la actualidad contravendría otro de los dogmas penales: *non bis in idem*, elevado a rango de garantía en nuestra Constitución.

Si la duda tiene lugar respecto del objetivo, pero toma vida en lo subjetivo, el *in dubio pro reo*, se aplica en cuanto surge lo incierto con motivo de la interpretación o de la valoración de la prueba y repercute en alguno o algunos aspectos positivos o negativos del delito por ende, en la responsabilidad.

En cuanto a los elementos del delito pueden darse dos hipótesis:

1.-La duda se manifiesta respecto a la existencia, o no, de algún aspecto negativo del delito; es decir, cuando al valorar la prueba se está ante la posibilidad de decidir, si ha habido, en el caso a estudio, conducta o ausencia de ésta, tipicidad o atipicidad, antijuridicidad o causa de licitud, imputabilidad o inimputabilidad, culpabilidad o inculpabilidad, punibilidad o excusa absolutoria.

2.-La duda puede referirse a: las modalidades de la conducta, la caducidad las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, los requisitos de procedibilidad, etc.

Manifestada respecto alguno de los elementos del injusto punible, previstos en la hipótesis legales, resulta ocioso para el Juez el examen de la prueba en cuanto a la culpabilidad del acusado, pues si lo dubitativo afecta, por ejemplo, a

la tipicidad, esto conduce por sí mismo a su exculpación; sin embargo, en algunas ocasiones, la tipicidad queda condicionada a la culpabilidad, pues hasta en tanto se den los elementos de ésta, podrá colegirse aquella; por ende, la no culpabilidad conducirá a la atipicidad, por ejemplo: en el delito de daño producido por incendio, se ha procesado a una persona como probable autor del hecho, pero, del material probatorio acortado no es posible determinar las causas productoras del siniestro ni aún a través de la peritación; empero, un testigo señala que vio al procesado entrar al lugar de los hechos con un bote de gasolina, lo cual niega éste. En esa situación, como existe duda, respecto a la conducta y a su adecuación al tipo penal preestablecido, opera en el beneficio, in dubio pro reo, porque, la duda afecta no solo a la tipicidad sino también a la culpabilidad, a la que se tuvo que acudir, revirtiendo la prelación para determinar la existencia de aquella; dicho en otra forma, si al sujeto admitiera haber provocado el hecho, o existiera otro tipo de probanzas con mayor fuerza que condujera a concluir la culpabilidad, independientemente que no se pudiera determinar técnicamente el origen del incendio, en los elementos de la culpabilidad se sustentaría la tipicidad.

Si para determinar la culpabilidad el Juez toma como presupuesto la demostración de la conducta o hecho, o cualquier otro aspecto referente al tipo o a las modalidades, etc., procederá al examen de las probanzas, mismas que pueden dar lugar:

I.- A la duda, respecto a si el acusado es realmente el autor del delito;

II.- A la duda, no en cuanto a que el sujeto sea ajeno a los hechos, sino a la capacidad de entender y querer; o sea la imputabilidad, en el momento de la ejecución del delito;

III.- A la duda en lo concerniente a la determinación de las llamadas formas de culpabilidad: dolo y culpa, y

IV.- A la duda respecto del carácter con que intervino el sujeto y al grado de su participación.

Frente a las hipótesis señaladas la duda opera a favor del reo, funcionando de éste modo el aforismo clásico en estudio; no siendo así el Juez llegaría quizá a

la injusticia por dar por comprobado el delito y la responsabilidad del sujeto sin elementos probatorios, porque, precisamente la valoración de la prueba permitió el nacimiento de lo incierto.

Como el apotegma referido opera en el momento de dictar sentencia el Juez lo aplicará a todas las categorías de sujetos colocados dentro de la hipótesis independientemente de la clase de conducta o hecho que se les atribuya.

De lo contrario en el medio mexicano priva un sistema mixto para la valoración de las pruebas; para algunos casos existen reglas, conforme a los cuales se lleva a cabo la justipreciación, y para otros, la convicción se forma no a través de un criterio legal preestablecido, sino mediante la libre apreciación del Juez. En estas condiciones, el principio, *in dubio pro reo*, en cuanto a lo primero no surte efectos, porque, en tal caso, la prueba no conduce a la duda; más bien, por no satisfacerse las exigencias legales, la absolución del sujeto es obligada.²³

3. 13. 6 Problemática sobre la llamada “carga de la prueba”.

La denominada por los procesalistas en materia civil, carga de la prueba, es la obligación de probar, *actori incumbit probatio*.

Considerando el proceso penal como una relación jurídica entre varios intervinientes, conviene determinar, si tal obligación opera en ésta disciplina, y, de ser así ¿sobre quién recae? Algunos autores, y en varias legislaciones influenciadas por los criterios procesalistas en materia civil, aún insisten en hablar de la carga de prueba en el procedimiento penal; la hacen recaer en el agente del Ministerio Público, argumentando que debe probar su acción; esto es, el delito y la responsabilidad de su autor. No se desconoce que el agente del Ministerio Público tiene el deber de satisfacer requisitos legales para ejercitar la acción penal y para todas sus posteriores promociones durante la

²³ GUILLERMO COLÍN SÁNCHEZ. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. 19ª ed. Ed. PORRÚA. MÉXICO 2006. p.p. 425-432.

secuela procesal sin embargo, tomando en cuenta su naturaleza jurídica y sobre todo el principio de legalidad que anima el procedimiento, es natural que promuevan todo lo necesario para el logro de la justicia: pruebas, cualquier causa impeditiva de la acción penal, una causa de licitud, de inimputabilidad, de inculpabilidad, etc.; de no ser así se convertirá más de lo que ya es en un ente monstruoso, cuyas facultades persecutorias no tendrían límites, además suponiendo que ejercitada la acción penal permanecieran en inercia absoluta, y privando ésta situación se aplicara el criterio procesalista mencionado habría que absolver al procesado.

No debe olvidarse en ningún momento que el interés estatal y el colectivo convergen en un solo ideal: justicia; y esto se logra lo mismo absolviendo que condenando, siempre y cuando una u otra resolución estén fundadas en la ley; por eso ante la inactividad del agente del Ministerio Público, el Juez debe tomar la iniciativa y practicar las diligencias necesarias para absolver la situación jurídica planteada, esto independientemente de las medidas que haya lugar.

En cuanto al probable autor del delito, no se le puede obligar a acreditar su inocencia, conducta y modalidades de ésta, o cualquier otro aspecto; no obstante, tiene el deber de colaborar a la buena marcha del proceso, no obstante tiene el deber de colaborar a la buena marcha del proceso, aun cuando esto pudiera crearle una situación de desventaja. Su colaboración puede ser un medio para hacer manifiesto su arrepentimiento o para justificar su conducta; cuestiones que a él, más que a nadie, le interesa se conozcan para evitarse así el fatal juicio de reproche.

Según el criterio procesal civilista ante la pasividad indicada, como no demostró sus excepciones habría de ser condenado, resolución que, a todas luces podría ser injusta.

Guillermo Colín Sánchez concluye: la carga de prueba no opera en el procedimiento penal; éste es de interés público; ante la inactividad del agente del Ministerio Público o del procesado y su defensor, el Juez puede tomar la iniciativa para que se realicen los fines específicos del proceso.

3. 13. 7 Clasificación de los medios de prueba.

Guillermo Colín Sánchez los clasifica de la siguiente manera: fundamentales o gráficos, complementarios o accesorios y mixtos.²⁴

- a) Fundamentales o básicos.- Son aquellos que pueden concluir al conocimiento de la verdad histórica y que son: informaciones de quienes, en alguna forma adquieren experiencia sobre los hechos o simplemente hacen saber algo relacionado con el procedimiento lo cual se traduce en atestados referidos al pasado, cuyo conocimiento adquirieron fuera del proceso y que, pueden recaer en la conducta o hecho, personas, objetos, lugares, circunstancias, efectos, etc....los medios de prueba de ésta clase, son: las declaraciones del probable autor del delito, del portador de la noticia criminis, y de terceros, llamados testigos.
- b) Complementarios o accesorios.- La vida y operancia de estos elementos, dentro del procedimiento, depende de las pruebas fundamentales o básicas; tienen por objeto: robustecer, clasificar, desentrañar dudas o contradicciones, cuestiones técnico – científicas de algunas ramas del conocimiento u otros aspectos a que las primeras han dado lugar, y así cumplir su objetivo. Estos medios de prueba son: el careo, la confrontación o confronto, la inspección, la reconstrucción de la conducta o hecho y la peritación.
- c) Mixtos.- Se caracterizan por contener elementos de los fundamentales o básicos y de los complementarios o accesorios por ejemplo: los documentos.

3. 14 La declaración del probable autor del delito.

Concepto.- La declaración del probable autor del delito: es el atestado o manifestación que éste lleva al cabo, relacionada con los hechos delictuosos, ante la autoridad investigadora o frente al Juez; es un medio de prueba factible

²⁴Op. cit.: 435 y 436.

de contribuir a la realización de los fines específicos del proceso; porque de la misma, pueden obtenerse elementos que, si lo amerita, serán la base de sustentación para la práctica de otras diligencias.

3. 14. 1 El interrogatorio y las diversas hipótesis a que conducen.

El interrogatorio en otros términos es: un medio para lograr una respuesta; es siempre el antecedente de un consecuente que se utiliza para tratar de llegar al conocimiento de la verdad respecto a una cuestión específica.

La declaración puede darse:

- 1° En forma espontánea
- 2° Provocada a través del interrogatorio.

Ambas constituyen un medio de prueba a favor o en contra y el interrogatorio es un recurso para obtenerla en tanto pueda proporcionar luces sobre la verdad material.

El interrogatorio, en términos generales conduce a la declaración o a una negativa a contestar.

3. 14. 2 Momento procedimental en que se lleva a cabo.

Fundamentalmente se realiza en la averiguación previa y durante el proceso.

- a) En la averiguación previa.- Durante esta etapa está a cargo del agente del Ministerio Público; así mismo, como no se puede obligar a nadie a declarar en su contra, en la práctica, antes de realizarlo, el agente del Ministerio Público exhorta al indiciado para que diga la verdad.

La omisión de lo indicado no invalida el acto por lo que no tiene trascendencia dicha omisión. Para hacer factible la contestación a cada una de las preguntas formuladas es presupuesto indispensable que al interrogado se le hagan saber los hechos además todos los datos pertinentes.

- b) Durante el proceso.- El interrogatorio formulado durante el proceso corresponde al Juez, al defensor y al agente del Ministerio Público.

Durante ésta etapa no está sujeto a ninguna forma especial.

Es importante realizar a cabo el interrogatorio tomando como bases esenciales del mismo, los aspectos positivos y negativos del delito, para así formular las preguntas de tal manera que conduzcan a precisar la existencia de los elementos siguientes:²⁵

1° Conducta (acción u omisión) o hecho, o ausencia de conducta (vis absoluta o fuerza irresistible, vis mayor o fuerza mayor, y movimientos reflejos).

2° Tipicidad (adecuación de la conducta o hecho al tipo penal preestablecido), también se puede decir que es falta de adecuación de la conducta o hecho o tipo penal por ausencia de uno o más elementos, para cuyos efectos es necesario inquirir acerca de los aspectos siguientes: falta de calidad en los sujetos activo y pasivo; falta de objeto material o de objeto jurídico, ausencia de referencias temporales o espaciales, "Exigidas por el tipo" la no realización de la conducta o hecho por los medios conocidos específicamente señalados en la ley, y falta de elementos del injusto legalmente exigidos.

3° Antijuridicidad (si se actuó con violación del derecho), o ausencia de antijuridicidad; es decir, el interrogatorio deberá conducir a precisar, si el sujeto se colocó en alguna hipótesis de causa de justificación u otra eximente como legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento del deber, ejercicio de un derecho o impedimento legítimo.

4° Imputabilidad (capacidad de entender y de querer).

En cuanto a éste elemento, el interrogatorio no será necesariamente el que lo precise sin embargo puede contribuir a ello.

5° Inimputabilidad (ausencia de capacidad de entender y de querer).

Este Aspecto negativo del delito, puede conocerse por medio del interrogatorio, o por lo menos de su resultado contar con premisas para una peritación que coadyuve a determinar la existencia o no de voluntad en el sujeto para realizar el evento.

²⁵ Op. cit.: 438-441

Téngase presente que la culpabilidad tiene como antecedente de sustentación la imputabilidad; por ejemplo: sin desatender los antecedentes del caso el interrogante formulará preguntas dirigidas a precisar, si en el interrogado, existió algún trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impidieron comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión, miedo grave, sordomudez, etc.

6° Culpabilidad en cualquiera de sus formas (dolo o culpa) respecto a éste elemento, el interrogatorio se llevará a cabo con preguntas concretas, para precisar: si la voluntad en la conducta se encaminó directamente al resultado o al acto típico si el sujeto se propuso un fin a pesar de estar cierto que se producirían otros resultados antijurídicos ajenos a su voluntad con tal de lograr los propósitos rectores de su conducta; si el agente tuvo intención de delinquir, sin proponerse causar un daño en especial; si el sujeto se propuso un daño determinado, previendo la posibilidad de otros daños mayores y, a pesar de ello no retrocedió en su propósito inicial; si la conducta se realizó sin la voluntad de producir un resultado típico, pero éste surgió a pesar de lo previsible y evitable, por no poner en juego las cautelas o precauciones legalmente exigidas; por último, si el agente previó el resultado como posible pero no solamente no lo quiso, sino que, abrigó la esperanza de que no ocurriría; o bien, si no fue posible que previera un resultado por ser imprevisible(caso fortuito, éste último).

7° Inculpabilidad (ausencia de culpabilidad es decir, de conocimiento y voluntad).

Para determinarla es imperativo que el interrogatorio propicie las respuestas necesarias para saber si se anuló la culpabilidad, ya sea por miedo, error de hecho esencial, vencible o invencible, o accidental, en el golpe, en la persona, en el delito, etc.

8° Punibilidad (consecuencia del delito) o su aspecto negativo (excusas absolutorias).

Para su operancia mucho tendrá que ver el resultado del interrogatorio, aunque no se deja de advertir que tiene como presupuesto indispensable el delito mismo con todos sus elementos.

3. 15 La declaración del probable autor del delito y la confesión.

Es necesario advertir que cuando el probable autor del delito, declara espontáneamente o contestando el interrogatorio, su declaración, se denominara indagatoria, o bien, preparatoria; ambas, por su contenido, pueden ser susceptibles de llegar a ser calificadas como confesión en el momento procesal correspondiente.

La declaración indagatoria, es la que emite el probable autor del delito en la averiguación previa; y la preparatoria, dentro del término de cuarenta y ocho horas a que hace referencia el artículo 20 de La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Así mismo en el Código de Procedimientos Penales dice que la confesión judicial es la que se hace frente al tribunal o Juez de la causa o ante el funcionario de la policía judicial que haya practicado las primeras diligencias.

3. 15. 1 Concepto de la confesión.

Confesión es la declaración a través de la cual el indiciado, procesado o acusado, manifiesta haber tomado, o no parte en alguna forma en los hechos motivo de la investigación.²⁶

En esta declaración el sujeto admite, o no, haber realizado una conducta (acción u omisión) y el Juez al relacionarla con todo el material probatorio, en el momento culminante del proceso la califica a como confesión.

Esa afirmación esta siempre sujeta a su corroboración con otros medios de prueba y elementos para que con ese carácter así pueda considerársele.

En la doctrina escolástica adquiere importancia capital, por supuesto, para el objeto y fines religiosos correspondientes; por eso se explica que haya sido considerada como el reconocimiento que hace el acusado de su propia culpabilidad.

²⁶ Op. cit.: 441-443

La confesión no implica fatalmente que sea en contra del declarante, como sostienen algunos procesalistas, al señalar: es el reconocimiento que hace el acusado de su propia culpabilidad; porque con independencia de la improbidad terminológica empleada quien admite ser el autor de una conducta o hecho no está reconociendo su propia culpabilidad; quizá de la total relación de su dicho se desprenda que se colocó en alguna hipótesis prevista como causa de justificación o eximente.

Por otra parte si se tiene el empeño, que al parecer resulta inusitado de haber necesariamente de confesión y no simplemente de declaración del probable autor del delito en tal caso lo manifestado por el declarante adquirirá el carácter de confesión, hasta que se corrobore con otros elementos y no siempre conducirá a la culpabilidad; si se admitiere ese criterio, bastaría la manifestación de ser el autor del ilícito penal para que con base a ello el Juez lo declara culpable.

Cuando una persona dice ser el autor intelectual o material de los hechos delictivos, o haber tomado parte, solo en alguna de las formas señaladas por la Ley, tal declaración es la base para realizar muchas otras investigaciones que, dado el caso, pueden conducir en forma inmediata a la aplicación de una causa de justificación, como la legítima defensa, por ausencia de un elemento del delito o en otros, a una causa de justificación, como la legítima defensa, como en el robo de famélico para el que no hay punibilidad.

3. 15. 2 Naturaleza Jurídica.

A pesar del criterio generalizado respecto del carácter medio de prueba otorgado a la confesión, cuando se trata de precisar su naturaleza jurídica, las opiniones se dividen: algunos lo conciben como una forma de testimonio, otros como un indicio.

Jiménez Asenjo, indica es el testimonio humano singular y privilegiado, realmente la determinación de la naturaleza jurídica de la confesión no es un problema sencillo, es bastante complejo, como lo son otras muchas cuestiones,

pertencientes al procedimiento penal; no obstante, en todos los casos implica: la participación del sujeto, en alguna forma, en comisión del hecho, y debido a ello en algunos casos será.²⁷

1° La admisión del total delito.

2° La aceptación de algunos elementos del delito.

3° El reconocimiento de ciertos elementos del tipo.

4° Un medio para la integración del tipo.

En la primera hipótesis se está reconociendo ser el autor de la conducta o hecho, misma que se adecua en forma plena, y con todos sus elementos al tipo penal preestablecido; por ejemplo: cuando alguien indica que con perjuicios de tercero dispuso para sí o para otro de una cosa ajena mueble, de la cual se le había dado la tenencia mas no el dominio (robo).

En la segunda hipótesis el sujeto señala, por ejemplo, que llevo a cabo una conducta o hecho típico, pero no antijurídico, admite haber privado de la vida a otro, pero repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho, y de la cual resultaba un peligro inminente (homicidio –legítima defensa).

En la tercera hipótesis de la declaración, únicamente se desprenden algunos elementos del tipo; por ejemplo: se reconoce que hubo relaciones sexuales con un apersona casta y honesta, empleando para ello el engaño, pero con un sujeto femenino mayor de 18 años (estupro).

En la cuarta hipótesis la llamada confesión, en su caso, es un medio para la integración del tipo, cuando alguno de los elementos del injusto, por disposición expresa de la ley se da por comprobado con aquella.

3. 15. 3 Clasificación.

La confesión, ha sido clasificada, en: judicial, extrajudicial, expresa, ficticia o ficta; pura o simple, calificada; provocada, espontánea, juramentada y libre

a) Judicial.- Es la que se rinde ante los jueces.

²⁷ Op. cit.: 444

b) Extrajudicial.- Es la que se produce ante cualquier subórgano distinto de los judiciales, llámese también así a la emitida ante el Agente del Ministerio Público durante la etapa de averiguación previa; o bien, ante sujetos ajenos al procedimiento penal: policía preventiva, presidentes municipales, particulares, etc. los efectos procesales de la confesión en las hipótesis indicadas son distintos.

Cuando es emitida ante alguna autoridad, ajena a la averiguación previa, es indispensable que sea ratificada ante el Agente del Ministerio Público, para que asiera alcance valor probatorio.

En jurisprudencia definida, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación establecieron: “la confesión recibida por un organismo no facultado por la Ley para practicar diligencias y averiguación penal previa, se convalida, y adquiere el valor jurídico de la prueba confesional, si es inculcado la ratifica libremente ante los funcionarios del Ministerio Público encargados constitucionalmente de la investigación y persecución de los delitos.

Si la confesión se produce ante alguna autoridad auxiliar del agente del Ministerio Público, también es necesaria su ratificación para que surta efectos legales.

La confesión es una declaración del probable autor del delito y que para efectos procesales en materia penal debe emitirse al Agente del Ministerio Público o ante el Juez; por ende carece de sentido que el Notario interviniera “autenticando y dando forma” a una declaración de un sujeto sometido a una averiguación penal, porque las facultades del fedatario están restringidas.

3. 15. 4 Formas de la confesión.

La confesión, judicial, o extrajudicial será expresa; es decir, oral, clara y directa; puede ser pura o simple, por ejemplo cuando señala el confesante haber

participado, de alguna manera, en la confesión de los hechos; también puede darse de manera espontánea, si el sujeto, motu proprio, se presenta a emitirla; provocada, cuando el Agente del Ministerio Público o el Juez la obtienen a través del interrogatorio.

La denominada, confesión calificada, según Mittermaier: Es aquella que no comprende el crimen en toda su extensión, o no señala ciertos caracteres del hecho incriminado, o también que encierra ciertas restricciones que impiden sus efectos en lo concerniente a la aplicación de la pena, y tiene por objeto aplicar una menos rigurosa.

El nombre otorgado a esta confesión es convencional; no existe razón suficiente para calificarla de esa manera: Se trata de que el sujeto refiera o admita su participación en los hechos, lo calificado forma parte de estos de manera inseparable, por lo menos en principio, y ya después serán la pruebas las que confirmen o desvirtúen lo confesado; así mismo, no siempre tienen por objeto impedir la aplicación de la pena, o provocar una menos rigurosa, verbi gracia: cuando una persona sin emplear engaño, ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento.

3. 15. 5 Momento procedimental en que debe darse.

La declaración del probable autor del delito de rendirse en cualquier estado del procedimiento, hasta antes de pronunciarse la sentencia definitiva, esto equivale a que el individuo podrá declarar ante el Agente del Ministerio Público, en la Averiguación Previa, o bien ante el Juez instructor, desde el momento en que comparece ante él, o en cualquiera de las etapas procedimentales posteriores.

3. 15. 6 Requisitos de la confesión.

En la doctrina.- Verosimilitud, credibilidad, persistencia y uniformidad; además en cuanto a su forma: debe ser articulada en juicio, ante el Juez de instrucción

debidamente instituido y competente en la causa circunstanciada y emanada de la libre voluntad del inculpado.

3. 15. 7 En la Legislación Mexicana.

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, éstas carecerán de todo valor probatorio.

3. 16 La retractación.

Es el desconocimiento expreso de la culpabilidad reconocida.

La palabra retractación, de retractare, significa revocar expresamente lo dicho, la retractación es: la revocación que hace el sujeto de su declaración, ya sea, totalmente o tan solo en parte.

Toda retractación tiene como presupuesto indispensable, una anterior declaración emitida ante los agentes policíacos o cualquiera otra autoridad, agente del Ministerio Público o Juez de instrucción. La finalidad inmediata, perseguida por quien o quienes se retracta, es invalidar lo que antes afirmaron. Esa pretensión surtirá el efecto deseado, siempre y cuando se satisfagan algunos requisitos exigidos por la ley, como la aportación de pruebas que justifiquen y hagan verosímil la retractación.

3. 17 Prueba testimonial.

3. 17. 1 Etimología y concepto.

La palabra testigo viene de testando (declarar, referir o explicar), o bien de detestibus (dar fe a favor de otro).

Para Guillermo Colín Sánchez testigo es toda persona física que manifiesta ante los funcionarios de la justicia lo que le consta, por haberlo percibido a través de los sentidos en relación con la conducta o hecho que se investiga.

3. 17. 2 Naturaleza Jurídica.

En la doctrina más generalizada, todo sujeto a quien consta algo relacionado con los hechos tiene el deber jurídico de manifestarlo a las autoridades. Manzini, entre otros autores comparte éste criterio y agrega dicho deber es personalísimo no admite sustitución o representación porque si así fuera, no operaría en ninguna forma el aspecto psicológico, elemento fundamental para valorar debidamente éste medio de prueba.

En efecto, proporcionar conocimiento a los subórganos de la justicia, en relación con la conducta o hecho motivo del procedimiento, es un deber jurídico; cuando no se cumple con lo dispuesto expresamente en la ley, el omiso se hace acreedor a las sanciones previstas en razón del interés general para perseguir y castigar a los autores del delito.

La obligatoriedad de testificar incluye a nacionales y extranjeros, no se agota con la presencia de testigos ante la autoridad, sino hasta en tanto rinden su declaración, misma que atendiendo a las pretensiones legales debe ajustarse a la verdad.

3. 17. 3 Clasificación de los testigos.

Existen múltiples clasificaciones sobre los testigos: directos, cuando por si mismos han tenido conocimiento de los hechos; indirectos, si el conocimiento

proviene de información de terceros u otros medios; judiciales o extrajudiciales, según emitan su testimonio, fuera o dentro del proceso; de cargo o de descargo. La referencia a testigos de cargo y de descargo, es convencional tal parece que se tiene empeño en crear partidismo en un ámbito en donde no es admisible, porque el testimonio, por lo menos, teóricamente está a favor o en contra, siempre debe corresponder a la verdad.

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.²⁸

3. 18 El careo.

3. 18. 1 Concepto.

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

El careo, ha sido considerado desde un doble aspecto: como garantía constitucional para el procesado, y como medio de la prueba.

²⁸ Op. cit.: 461-471

El careo, no es propiamente un medio de prueba como afirman algunos autores. Puede ser un medio que conduzca al conocimiento de la verdad, por eso se explica que se realice ante el Juez, que en dado caso ordenará su celebración ó bien el agente del Ministerio Público, el procesado o su defensor lo promuevan.

Los peritos habrán de intervenir aunque nunca podrán ser careados.

Para que el careo pueda ordenarse, se requiere, como presupuesto indispensable, la existencia, por lo menos de dos declaraciones contradictorias que para los fines del proceso es necesario dilucidar.

De acuerdo al código de procedimientos penales para el estado de Guanajuato menciona lo siguiente:

Los careos constitucionales sólo se celebrarán si el procesado o su defensor lo solicitan; 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.

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.

Los careos, 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.²⁹

3. 19 La peritación.

3. 19. 1 Terminología.

En la doctrina y en la legislación, al referirse a estos aspectos, se utilizan calificativos o nombres inapropiados, confundiendo el perito, la pericia, la peritación y el peritaje o dictamen.

²⁹ Op. cit.: 475-479

Perito es toda persona, a quien se atribuye capacidad técnico científico o práctica en una ciencia o arte.

Pericia, es la capacidad técnico científica o práctica, que sobre 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, como generalmente se dice, de acuerdo con su leal saber y entender y en donde se llega a conclusiones concretas.

3. 19. 2 Concepto.

La peritación, es el acto procedimental, en el que, el técnico o especialista en una arte o ciencia (perito), previo examen de una persona, de una conducta o hecho, cosa, circunstancias, efectos, etc.... emite un dictamen conteniendo su parecer basado en razonamientos técnicos sobre aquello en lo que se ha pedido su intervención

3. 19. 3 El Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato menciona.

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

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

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.

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.

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.

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.

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.

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.

El funcionario que practique las diligencias fijará a los peritos el tiempo en que deban cumplir su cometido. Si transcurrido ese tiempo no rinden su dictamen, o si legalmente citados y aceptado el cargo, no concurren a desempeñarlo, se hará uso de alguno de los medios de apremio.

Si a pesar de haber sido apremiado el perito no cumple con las obligaciones impuestas en el párrafo anterior, se hará su consignación al Ministerio Público, para que proceda por el delito a que se refiere el artículo 255 del Código Penal.

Cuando se trate de una lesión proveniente de delito y el lesionado se encontrare en algún hospital público, los médicos de éste se tendrán por nombrados como peritos, sin perjuicio de que el funcionario que practique las diligencias nombre, además, otros, si lo creyere conveniente, para que dictaminen y hagan la clasificación legal.

La autopsia de los cadáveres de personas que hayan fallecido en un hospital público, la practicarán los médicos de éste, sin perjuicio de la facultad que concede la parte final del artículo anterior.

Fuera de los casos previstos en los dos artículos anteriores, el reconocimiento o la autopsia se practicarán por los peritos médicos legistas oficiales si los hubiere, y, además, si se estima conveniente, por los que designe el funcionario que conozca del asunto.

Cuando el funcionario que practique las diligencias lo juzgue conveniente, asistirá al reconocimiento u operación que efectúen los peritos.

En el caso del artículo anterior, las partes podrán formular a los peritos las preguntas que resulten conducentes a la probanza, hechos que se harán constar en el acta respectiva.

Los peritos practicarán todas las operaciones y experimentos que su ciencia o arte les sugiera y expresarán los hechos y circunstancias que sirvan de fundamento a su opinión.

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

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.

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.

Cuando el funcionario que practique las diligencias lo crea conveniente, podrá ordenar que asistan peritos a ellas.

Cuando se niegue o ponga en duda la autenticidad de un documento, podrá pedirse y decretarse el cotejo de letras o firmas, que se practicarán conforme a las siguientes reglas:

I.- El cotejo se hará por peritos, pudiendo asistir a la diligencia respectiva el funcionario que esté practicando la averiguación, y, en ese caso, se levantará el acta correspondiente; y

II.- El cotejo se hará con documentos indubitables o con los que las partes de común acuerdo reconozcan como tales; con aquellos cuya letra o firma haya sido reconocida judicialmente, y con el escrito impugnado en la parte en que reconozca la letra como suya aquél a quien perjudique.

El Juez podrá ordenar que se repita el cotejo por otros peritos.³⁰

3. 20 La inspección.

3. 20. 1 Concepto.

La inspección es un acto procedimental, que tiene por objeto, la observación, examen y descripción de: personas, lugares, objetos y efectos de la conducta o hecho posiblemente delictuoso, para así, llegar al conocimiento de la realidad y el posible descubrimiento del autor.³¹

3. 20. 2 Naturaleza jurídica.

Respecto a la naturaleza jurídica de la inspección, en la doctrina más generalizada, se afirma: es un medio de prueba real, directo y personal, porque, el conocimiento y la certeza, se obtienen por una vía directa que ofrece menos peligro de insinceridad.³²

³⁰ Op. cit.: 481-493

³¹ Op. cit.: 511

³² MATTIROLO. TRATADO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES II. P. 239.

3. 20. 3 Clasificación.

Se clasifica en extrajudicial y judicial. La primera, está a cargo del agente del Ministerio Público en la averiguación previa, la segunda, se realiza por el Juez.

La inspección recae sobre: personas, lugares, objetos y efectos del delito.

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.

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.

Al practicarse una inspección ocular podrá examinarse a las personas presentes, que puedan proporcionar algún dato útil a la averiguación, a cuyo efecto se les podrá prevenir que no abandonen el lugar.

El encargado de practicar una inspección ocular podrá hacerse acompañar por los peritos que estime necesarios.

En caso de lesiones, al sanar el lesionado se procurará hacer la inspección ocular y la descripción de las consecuencias apreciables que hubieren dejado.

En los delitos sexuales y en el aborto, puede concurrir al reconocimiento que practiquen los médicos, el funcionario que conozca del asunto, si lo juzga indispensable.

Además de las personas a que se refiere este artículo, únicamente se permitirá asistir a la diligencia a aquéllas que designe la reconocida, cuando quiera que la acompañen.

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.

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.

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.

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.

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.

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. 21 La confrontación.

3. 21. 1 Concepto.

La confrontación, también llamada confronto o identificación en rueda de presos, es un acto procesal para llevar a cabo la identificación de la persona a que alguien hace referencia en sus declaraciones para así despejar dudas o impresiones.

3. 21. 2 Naturaleza jurídica.

La confrontación no es una prueba propiamente dicha. Es un medio complementario de las declaraciones, encaminado a despejar dudas respecto a si se conoce o no al sujeto a quien se hizo referencia en las declaraciones.

La confrontación, en cuanto a su esencia, fines y dinámica, siempre dependerá no solo de una declaración, sino del contenido de la misma que genere los presupuestos para su dinámica; en consecuencia, el medio de prueba es lo declarado y la confrontación un acto que coadyuva a la justipreciación del medio mencionado.

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.

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.

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. 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.

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.

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.

Cuando la pluralidad de las personas amerite varias confrontaciones, éstas se verificarán en actos separados.³³

³³ GUILLERMO COLÍN SÁNCHEZ. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. 19ª ed. Ed. PORRÚA. MÉXICO 2006. p.p. 521 y 522.

3. 22 Documentos.

3. 22. 1 Etimología y concepto.

Documento proviene documentum docere, cuyo significado es enseñar. El documento, es un objeto para hacer constar o formalizar por medio de la escritura o alguna forma descriptiva, lo que se desea.

Los derechos o cualquier otra manifestación, son independientes del documento; este solo es un instrumento para patentizarlos, en razón de necesidades o exigencias de la vida en sociedad. Por eso se utilizan como medio de prueba independiente de la cuestión penal y su utilización no fue ideada para el servicio de ésta disciplina, sino para satisfacer las múltiples demandas de la vida en sociedad.

El código de procedimientos penales para el estado de Guanajuato menciona lo siguiente para la prueba documental:

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

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.

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.

Los documentos privados y la correspondencia procedentes de uno de los interesados, que se presenten por otro, se reconocerán por aquél.

Con este objeto se le mostrarán originales y se le dejará ver todo el documento. 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.

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.

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.

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.

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 compulsa 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.

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.

3. 23 El juicio.

Desahogadas las pruebas promovidas por las partes, y practicadas que fueran las diligencias ordenadas por el Juez, cuando este considera que ya se llevaron a cabo todas las diligencias necesarias para el conocimiento de la conducta o hecho y del probable autor, dicta un auto, declarando cerrada la instrucción.

Esta resolución judicial, produce como consecuencia principal, el surgimiento de la tercera etapa del procedimiento penal: el juicio.

Juicio.- con la resolución judicial que declara cerrada la instrucción, surge la tercera etapa del procedimiento penal, denominada juicio, por lo tanto, es conveniente precisar su significado y alcance, en el lenguaje común y en el procedimiento penal mexicano.

3. 23. 1 Temas que comprende la tercera etapa del procedimiento penal.

Abarca el estudio de los siguientes temas: actos preliminares para el sobreseimiento del proceso; Audiencia final de primera instancia y, Sentencia.³⁴

A) Actos preliminares a la audiencia final de primera instancia.

Para llevar a cabo la audiencia final de primera instancia y después sea dictada la sentencia, o bien para decretar el sobreseimiento de la causa, las partes previamente ejecutaran los actos procedimentales llamados conclusiones, mismos que por mandato expreso de la Ley, puedan dar lugar a diversas hipótesis trascendentales, en cuanto al proceso y a sus intervinientes.

1.- Conclusiones en general.- Gramaticalmente la palabra conclusión, procede del verbo concluir; o sea llegar a determinado resultado o solución; por eso, desde el punto de vista jurídico: las conclusiones, son actos procedimentales realizados por el agente del Ministerio Público, y después por el defensor, con el objeto en unos casos, de fijar las bases sobre las que versara la audiencia final, y en otros, para que el Agente del Ministerio Público fundamente su pedimento y se sobresea el proceso.

Las conclusiones son actos procedimentales por que entrañan actividad del Agente del Ministerio Público y del defensor, en momentos distintos, aunque sucesivos y dependientes; por lo tanto, no debe hablarse en singular, diciendo que es un acto, como aseguran algunos autores.³⁵

³⁴ Op.cit.: p. 551

³⁵ PIÑA Y PALACIOS JAVIER. RECURSOS E INCIDENTES EN MATERIA PROCESAL PENAL Y LA LEGISLACIÓN MEXICANA. MÉXICO 1958

2.- Conclusiones del Agente del Ministerio Público y la acción penal.- La acción penal se ejercita cuando el Agente del Ministerio Público formula conclusiones, afirman algunos autores. Los actos del agente del Ministerio Público a partir de ese instante, son de carácter persecutorio, hasta en tanto se declara cerrada la instrucción, la que entre otros efectos, los transforma en acusatorios, siempre y cuando formule conclusiones con ese carácter.

3.- Conclusiones y fines específicos del proceso penal.- Los fines específicos del proceso penal: verdad histórica a y personalidad del delincuente, operan fehacientemente para las atribuciones que tiene encomendadas el agente del Ministerio Público y para los de la defensa al formular sus respectivas conclusiones.

Si van a fijar sus posiciones jurídicas, deben basar sus procedimientos, en las actuaciones procedimentales de averiguación previa e instrucción, a través de las cuales, se han pretendido realizar los fines específicos del proceso penal; en otras circunstancias carecería de apoyo la acusación concreta del Agente del Ministerio Público, y la justificación, del por qué solicita la penalidad o la exculpación del procesado ya sea por no contar con elementos suficientes que acrediten la responsabilidad o por operar alguna eximente.

El procesado por conducto de su defensor, aunque en principio tomaren en cuenta para fijar la posición legal, lo solicitado por el Agente del Ministerio Público, debe acudir también a las probanzas existentes, para dar mayor solidez a sus puntos petitorios; de lo contrario, toda pretensión de exculpación o disminución de la penalidad, sería inconsciente para lograr su contenido.

4.- Momento procedimental y tiempo dentro del cual deben formularse.- De acuerdo a la Legislación Mexicana las conclusiones se formularán una vez cerrada la instrucción. Para estos fines, habrá que atender al tipo de procedimiento sumario u Ordinario.

5.- Clasificación de las conclusiones del Agente del Ministerio Público.

a) Provisionales hasta en tanto.- El Juez no pronuncie un auto considerándolas con carácter definitivo, independientemente de que sean acusatorias o no acusatorias.

b) Son definitivas: Cuando al ser estimadas así, por el juez, ya no deben ser modificadas, si no por causas supervenientes en beneficio del acusado.

c) Son acusatorias: Cuando de la exposición fundamentada jurídica y doctrinariamente, atento a los elementos instructorios del procedimiento, el agente del Ministerio Público señala la conducta o hechos delictuosos por los que precisa su acusación, el grado de responsabilidad del acusado, la pena aplicable, la reparación del daño y las demás sanciones previstas en el código adjetivo correspondiente.

d) Son conclusiones inacusatorias: La exposición fundada jurídica y doctrinalmente de los elementos instructoras del procedimiento en los que se apoya el Agente del Ministerio Público para fijar su posición legal, justificando la no acusación al procesado y la libertad del mismo, ya sea porque el delito no haya existido, o existiendo no le sea imputable o porque se dé alguna causa de exclusión.

B) Audiencia final de primera instancia.

En el procedimiento ordinario, una vez aceptadas las conclusiones de las partes como definitivas, el acto procesal subsecuente es la celebración de la audiencia final de primera instancia, llamada impropriamente, en el medio mexicano: vista de partes, audiencia o debate; por eso antes de precisar su contenido, tratare de establecer el calificativo que a mi parte debe otorgársele.

1.- Terminología.- la palabra vista es la actuación en la que se relaciona ante el tribunal con citación de partes, un juicio o un incidente, para dictar el fallo, oyendo a los defensores o interesados que a ella concurran.³⁶

3. 24 Sentencia.

3. 24. 1 Etimología y concepto.

Sentencia del latín sentetia, significa dictamen o parecer; por eso, generalmente, se dice: la sentencia, es una decisión judicial sobre alguna controversia o disputa.

³⁶ GUILLERMO COLÍN SÁNCHEZ. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. 19ª ed. Ed. PORRÚA, MÉXICO 2006. p.p. 556-562.

También se afirma que viene del vocablo latino sintiendo, por que el Juez partiendo del proceso, declara lo que siente.

Desde la doctrina clásica hasta la moderna se han emitido conceptos sobre la sentencia. Carrara apunta: es todo dictamen dado por el Juez acerca del delito a cuyo conocimiento ha sido llamado.³⁷

Para Guillermo Colín Sánchez.- la sentencia penal es la resolución del Estado por conducto del Juez, fundada en los elementos del injusto punible y bien las circunstancias objetivas, subjetivas y normativas condicionantes del delito y en la cual se define la pretensión punitiva estatal, individualizando el derecho y con ello poniendo fin a la instancia.

3. 24. 2 Naturaleza Jurídica.

En el ámbito doctrinario, respecto a la naturaleza de la sentencia, algunos autores la consideran como hecho jurídico, acto jurídico y documento.

No falta quienes califiquen esas opiniones como sutiles, porque: si la sentencia es un acto procesal, es al mismo tiempo un hecho jurídico y consecuentemente no deben depararse.

Estas consideraciones convencionales, formales, o como se quiera denominar, de una u otra manera casi siempre me producen la sensación de que su fuente de origen es un denodado afán o complejo de inferioridad, saturado de ridícula minuciosidad, en una etapa como la contemporánea que exige ordenes pragmáticas.

La opinión más generalizada, considera a la sentencia: como un acto en que el subórgano competente juzga el objeto de la relación jurídica procesal, para cuyo fin, es necesaria la función mental. De esta manera todo se concentra en un silogismo, por medio del cual de dos premisas anteriores se llega a una conclusión es decir la premisa mayor está constituida por la hipótesis, prevista en forma abstracta en la Ley; la premisa menor, por los hechos materia del proceso; y la conclusión es la parte resolutive.

³⁷ CARLOS FRANCO SODI. PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO. MÉXICO p.476

3. 24. 3 Clasificación.

A juicio de algunos autores, las sentencias se clasifican de la manera siguiente: con base al momento procesal que se dictan: interlocutorias y definitivas; por sus efectos: declarativas, constitutivas y de condena; y por sus resultados de condena y absolutorias.

Se dice: las sentencias interlocutorias, son resoluciones pronunciadas, durante el proceso para resolver algún incidente.

La segunda clasificación de procedencia civilista trata un mismo aspecto, considerado desde el punto de vista de sus modalidades, porque toda sentencia declara el derecho, independientemente de que la sentencia declarativa, se distingan por negar o afirmar, simplemente la existencia o inexistencia de determinados hechos o derechos; las constitutivas, por declarar un hecho o derecho, produciendo un cambio jurídico-procesal; y por último las de condena por afirmar o conminar a alguien a realizar alguna prestación.

Para Vincenzo Cavallo, clasifica las sentencias, en sustanciales, demerito, exclusivamente procesales, civiles, penales, administrativas, laborales, nulas, inexistentes, revocables e irrevocables, de primer grado de apelación, de casación, ejecutivas, no ejecutivas y condicionales.

Para Guillermo Colín Sánchez las sentencias las clasifica en: condenatorias o absolutorias y se pronuncian en primera o segunda instancia, adquiriendo, según el caso, un carácter definitivo o ejecutoriado.

La sentencia de condena, es la resolución judicial que, sustentada, en los fines específicos del proceso penal, afirma la existencia del delito y tomando en cuenta el grado de responsabilidad de su auto, lo declara culpable, imponiéndole por ello una pena o una medida de seguridad.

La sentencia absolutoria, en cambio, determina la absolución del acusado, en virtud de que, la verdad histórica, patentiza la ausencia de conducta, la atipicidad; aun siendo así, las probanzas no justifican la existencia de la relación de causalidad entre la conducta y el resultado.

La sentencia es definitiva: cuando el Juez de primera instancia, así lo declara, al transcurrir el plazo señalado por la ley para interponer algún medio de impugnación; o el o los magistrados, de segunda instancia, al resolver el recurso interpuesto, en contra de lo determinado por el inferior, independientemente de que el inconforme acuda al juicio de amparo y obtenga la protección de la justicia federal, porque esto último es de naturaleza distinta.³⁸

3. 24. 4 Objeto, fin y contenido de la sentencia.

Para llegar a comprender, el verdadero papel de la sentencia en el procedimiento penal, es conveniente precisar su objeto, fin y contenido.

El objeto de la sentencia, en sentido amplio, abarca diversos aspectos: la pretensión punitiva estatal, la retención del acusado, a la declaración de su inocencia o el encuadramiento de su conducta dentro de una especie o modalidad del tipo y la pretensión del ofendido a ser resarcido del daño.

En sentido estricto, el objeto se reduce a los hechos motivadores del ejercicio de la acción penal, mismos que tomara en consideración el Juez, relacionándolas con todas las diligencias practicadas durante el procedimiento, para así resolver la situación jurídica del sujeto a quien se atribuyen.

El fin de la sentencia, es la aceptación o negación de la pretensión punitiva y para ello, será necesario que el Juez, mediante la valoración procedente, determine: la tipicidad o atipicidad de la conducta, la causal entre la conducta y el resultado y la capacidad de querer y entender del sujeto, para así establecer: la culpabilidad o la inculpabilidad, la tolerancia, o no, de la caducidad, o de alguna otra causa extintiva de la acción penal, etc.

En un orden general, el contenido de la sentencia, lo constituyen todos los actos procedimentales, desde un punto de vista estricto: la decisión del Juez traducida en puntos concretos.

³⁸ GUILLERMO COLÍN SÁNCHEZ. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. 19ª ed. Ed. PORRÚA, MÉXICO 2006. p.p. 582-584.

3. 24. 5 Forma y formalidades.

La sentencia penal, reviste una forma determinada y también está sujeta a formalidades.

Respecto a la forma o manifestación extrínseca, la sentencia, es un documento jurídico necesario, para su comprobación y certeza, cuyos efectos legales dependerán de la estricta observancia de los requisitos indicados en las leyes por ende, se hará por escrito, atendiendo a determinadas normas de redacción, y contendrá, prefacio, resultandos, considerandos, y parte decisoria.

En el prefacio, se expresan, los datos necesarios para identificarla mismas que mencionare al ocuparme de las formalidades.

Los resultandos son formas adoptadas para hacer historia de los actos procedimentales: averiguación previa, ejercicio de la acción penal, desahogo de pruebas, etc.

Los considerandos son formas empleadas para calificar y razonar los acontecimientos.

Parte decisoria. En ésta y a través de la forma escrita se expresan los puntos conclusorios a que se llegue, para lo cual de manera ordenada se señalan en concreto.

Las formalidades, son: la fecha y lugar en donde se dicte, el Juez que la pronuncie, numero del expediente, nombres y apellidos del sentenciado, su sobre nombre, el lugar de nacimiento, edad, estado civil, domicilio y profesión, el extracto de los hechos debe ser breve.³⁹

3. 24. 6 Aspectos fundamentales que debe atender el Juez al decretar las sanciones.

El Juez debe tener presente lo señalado en el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del Código Penal para el Estado de

³⁹ Op. cit.: 586 y 587

Guanajuato, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato, para aplicar la sanción o la medida de seguridad, y así llevar a cabo la individualización procedente de manera clara y precisa.

- a) Fijación del tiempo en la pena de prisión y disposiciones legales aplicables.- Para fijar el tiempo que debe durar la pena de prisión, el Juez atenderá al mínimo y al máximo, previsto para el caso concreto; no rebasará jamás los límites legales indicados. Acatando lo dispuesto en la fracción X de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se computara al sentenciado el tiempo que estuvo privado de su libertad, no concretándose únicamente a ordenarlo, sino más bien llevar a cabo la sustracción correspondiente, precisando el quantum; es decir tomando como base la pena señalada y el momento, a partir del cual el procesado fue privado de su libertad, para sí establecer concretamente, cuánto tiempo deberá permanecer el sujeto en la prisión y a partir de qué fecha principiara a cumplirse o si se le da por compurgado.
- b) Aplicación de sanciones a los reincidentes y a los delincuentes habituales.- Si la sanción corresponde A un reincidente, (el condenado por sentencia ejecutoria, dictada por cualquier Juez de los tribunales es de la República o del extranjero, que comete un nuevo delito, sin haber transcurrido, desde el momento de la condena, o desde el indulto de la misma, un término igual al de la caducidad de la pena, salvo las excepciones fijadas en la Ley), debe expresarse.
- c) La pena en los delitos culposos.- La pena que en su caso, podrá imponerse es hasta la cuarta parte de aquella asignada por la Ley al tipo básico del delito doloso, hecha la excepción de aquel o aquellos en que el legislador señale una pena específica.
- d) Imposición de la pena y acumulación de delitos.- En la fijación de la pena ejerce, influencia definitiva la acumulación de delitos; de tal manera que si está en el caso de acumulación real o concurso material, deberá señalarse la correspondiente al delito mayor y el aumento que se haga

de las mismas por las demás infracciones, no pudiendo exceder de cuarenta años.

- e) Sanción pecuniaria.- Esta comprende la multa y la reparación del daño; si el caso lo amerita, el Juez fijara el monto de la multa, misma que consiste en el pago de una suma de dinero al estado que se fijará por días multa. Si se acredita que el sentenciado, no puede pagar la multa o solamente puede cubrir parte de ella, el Juez podrá sustituirla, total o parcialmente por prestación del trabajo a favor de la comunidad. Cuando el sentenciado se niegue, sin causa justificada, a cubrir el importe de la multa, el representante del estado la exigirá mediante el procedimiento económico coactivo.
- f) Medidas de seguridad.- Para algunos delitos el legislador ordena medidas denominadas de seguridad, las cuales se traducen en: restricciones a la libertad; pérdida de los instrumentos del delito; amonestación; suspensión de derechos; vigilancia de la autoridad; tratamiento curativo si se trata de algún mal que hubiere influido o pudiere seguir influyendo en la conducta del sujeto). Con el fin de cumplir lo anterior, el Juez, tendrá presentes dos aspectos trascendentes; el conocimiento de la verdad histórica y el resultado del estudio de la personalidad del delincuente. Para lo primero tomará en cuenta la conducta, como un fenómeno complejo, sujeto a impulsos y factores internos y externos, considerándola no solo en su aspecto material, sino también en cuanto a su mecanismo, a sus orígenes y a los impulsos que influyeron para su realización. El segundo aspecto, el estudio sobre la personalidad del delincuente, facilitara entender de mejor manera lo anterior, y así se justificara el porqué de la medida de seguridad o del medio asegurativo impuesto. Cuando el delito es político, el Juez indicará el lugar en donde residirá el sentenciado. En algunos casos (lesiones y homicidio), el Juez, prohibirá al sentenciado, ir a lugar determinado y especificará concretamente la población o ciudad a que se refiere. Otra

medida que ha de precisarse en la sentencia es la confiscación de los instrumentos del delito, o con los cuales se intentó cometer, o fueron objeto de él, si son de uso prohibido, si la condena es por un delito intencional. La suspensión de derechos también forma parte de los puntos resolutivos de la sentencia, si el caso lo amerita, por lo que se requiere puntualizar, si recae sobre los derechos políticos, la tutela, la curatela, el albaceazgo, la intervención, etc... y advirtiendo que se trata de una medida de seguridad según el caso, se determinará el momento en que deba llevarse al cabo. Por último incumbe al Juez decidir la procedencia o no de la inhabilitación para el ejercicio de función o empleo, la confiscación o destrucción de cosas peligrosas o nocivas, la amonestación, y algunas otras medidas previstas en el Código Penal.

3. 24. 7 Efectos de la sentencia.

La sentencia produce diversos efectos sustanciales según sea condenatoria o absolutoria, y efectos formales en ambos casos.

A.- Efectos sustanciales de la sentencia condenatoria.- Estos, repercuten en el procedimiento, y también en los sujetos de la relación procesal.

a) En relación con el procedimiento.- Son los siguientes: termina la primera instancia y se inicia la segunda, previa interposición del recurso correspondiente; o bien, la sentencia adquiere el carácter de autoridad de cosa juzgada y así entra en franca vigencia uno de los cánones clásicos del proceso penal(*non bis in ídem*), traducido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 23 cuyo texto indica: nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Por último, como consecuencia de lo indicado se produce la ejecución de las sanciones.

b) En cuanto a los sujetos de la relación procesal.- Estos repercuten también en los sujetos de la relación procesal y se traducen en deberes para el Juez,

derechos y obligaciones para el sentenciado y el defensor, derechos para el ofendido y deberes para los sujetos secundarios o auxiliares. Para el Juez, son deberes ineludibles: notificar la sentencia, conceder la libertad bajo caución cuando proceda, amonestar al autor del delito y proveer todo lo necesario para el debido cumplimiento de lo resuelto.

a') La notificación.- La notificación (medio instituido legalmente para dar a conocer el contenido y término de las relaciones judiciales) es un deber para el Juez y un derecho para el sentenciado, para el defensor y para el querellante. El Juez debe en ese acto informar a las partes, sobre todo autor del delito del derecho a inconformarse con lo resuelto.

b') La publicación especial de sentencia contrastando con la notificación, que únicamente se hace a las partes y a algunos terceros, existe la publicación de sentencia cuyo objeto es hacer del conocimiento de la generalidad de las personas el resultado del proceso.

c') La libertad bajo caución.- La libertad bajo caución, es un derecho a favor del sentenciado y a la vez un imperativo para el Juez, siempre y cuando sea procedente, por ejemplo: si al procesado por el delito de homicidio, se le aplica en la sentencia una atenuante como la riña y le imponen cuatro años de prisión, tendrá derecho a obtenerla; en cambio, si dentro del mínimo de penalidad señalado en la ley para éste caso y un máximo de doce años que pudiera imponérsele, el Juez lo sentencia a cinco o más años, no se dará ni el deber, ni el derecho aludidos.

d') La amonestación.- La amonestación al responsable es un deber para el Juez y un deber de recibirla para el sentenciado. Consiste en hacer ver al sujeto la gravedad y consecuencia del delito cometido, excitándolo a la enmienda y conminándolo a que no reincida, porque, de ser así, podría aplicársele una sanción mayor. Este acto procesal, se hará en público o en privado, según lo determine el Juez. En la práctica es letra muerta; excepcionalmente se llega a cumplir.

e') Deber del Juez de proveer otros aspectos necesarios para el cumplimiento de la sentencia.- También, queda a cargo del o de los integrantes del tribunal, adoptar algunas otras medidas encaminadas a facilitar la ejecución de las sentencias, contenidas en la ley procesal y en los reglamentos.

B.- Efectos sustanciales de la sentencia absolutoria.- La sentencia absolutoria, también produce efectos sustanciales en el procedimiento y en los sujetos de la relación procesal, mismos que entrañan deberes y derechos correlativos para el Juez, para las partes y para algunos terceros.

a) En relación con el procedimiento.- En cuanto al procedimiento, los efectos son los siguientes:

Primero. La negativa de la pretensión punitiva estatal en obediencia a: 1) Falta de prueba; 2) eficiencia de éstas; 3) existencia de las mismas, pero que impriman duda en el ánimo del juzgador; 4) por que conduzcan a la plena comprobación de la inocencia del procesado; etc.

Segundo. Termina la primera instancia e inicia la segunda, siempre sujeta a la impugnación de las partes, que, mediante la resolución judicial respectiva, puede alcanzar el carácter de autoridad de cosa juzgada.

b) En cuanto a los sujetos de la relación procesal. Los efectos para los sujetos de la relación procesal son todos los que se señalaron para ésta clase de resolución.

C.- Efectos formales de la sentencia.- La sentencia en cuanto afirma una verdad formal, tiene efectos formales pero si esta verdad responde a la verdad real se presume como tal; por eso, la sentencia como documento tiene carácter público, con sus naturales repercusiones cuando haya alcanzado la categoría de cosa juzgada.⁴⁰

⁴⁰ GUILLERMO COLÍN SÁNCHEZ. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. 19ª ed. Ed. PORRÚA. MÉXICO 2006. p.p. 599-605

CAPÍTULO IV.

LA PRISIÓN Y SU FUNCIÓN RESOCIALIZADORA.

Con el transcurso del tiempo se ha dado lugar a una legislación que define el poder de castigar a quien realiza una conducta delictiva, pero dicho poder puede ser ejercido única y exclusivamente por el Estado, quien a través de sus miembros debe concluir si el sujeto cometió o no una conducta delictiva para proceder a aplicarle una sanción o una pena, como lo vimos en el capítulo anterior, pues bien esa pena dependiendo de su naturaleza puede necesitar un lugar determinado para ser cumplida, por cual es necesaria la prisión, pero como lo veremos en este capítulo diversos Tratadistas dudan de su eficacia, así pues al hacer de la detención en dichas prisiones la pena por excelencia se introducen procedimientos de dominación característicos de un tipo particular de poder.

Una justicia que se dice “igual”, un aparato judicial que se pretende autónomo, pero que padécelas asimetrías de las sujeciones disciplinarias tal es la conjunción de nacimiento de la prisión como castigo adquirido desde muy pronto. Ya en los primeros años del siglo XIX se tenía conciencia de su novedad, y sin embargo, ha aparecido ligada, y en profundidad, con el funcionamiento mismo de la sociedad, que han hecho olvidar todos los demás castigos que los reformadores del siglo XVIII imaginaron. Pareció sin alternativa y llevada por el movimiento mismo de la historia: “No ha sido la casualidad, ni el capricho del Legislador los que han hecho del encarcelamiento la base y el edificio casi entero de nuestra escala penal actual, es el progreso de las ideas y el suavizamiento de las costumbres, y si en poco más de un siglo, el clima de evidencia se ha transformado, no ha desaparecido, conocidos son todos los inconvenientes de la prisión y que es peligrosa cuando no es inútil y sin embargo no se ve porque reemplazarla.

La prisión se funda en primer lugar, sobre la forma simple de la privación de libertad ¿Cómo podría dejar de ser la prisión la pena por excelencia en una

sociedad en que la libertad es un bien que pertenece a todos de la misma manera y al cual está apegado cada uno por un sentimiento Universal y constante? Su pérdida tiene, pues el mismo precio para todos, mejor que la multa, la prisión es el castigo igualitario, claridad en cierto modo jurídica de la prisión. Además que permite cuantificar exactamente la pena según la variable del tiempo. Tomando el tiempo del condenado la prisión parece traducir concretamente la idea de que la infracción ha lesionado por encima de la víctima, los intereses de la sociedad entera, evidencia económica-moral de una penalidad que monetiza los castigos en días, en meses, en años y que establece equivalencias cuantitativas delitos-duración de ahí la expresión tan frecuente, tan conforme con el funcionamiento de los castigos, aunque contraria a la teoría estricta del Derecho Penal, de que se está en la prisión para pagar su deuda.

4. 1 Definición de prisión.

Por prisión, ésta se entiende hoy, como la pena que mantiene al sujeto recluso en un establecimiento, con fines de castigo, de eliminación del individuo peligroso al respecto al medio social, de inocuización forzosa del mismo mientras dura ese aislamiento, y de readaptación a la vida ordenada, lo que eliminaría su peligrosidad y le capacitaría para volver a vivir libremente en la comunidad de todos los hombres.⁴¹

El Código Penal vigente en el Estado de Guanajuato en su Artículo 39 establece: que la prisión consiste en la privación de la libertad personal, en la Institución Penitenciaria que el Ejecutivo del Estado designe, su duración podrá ser de 10 días a 40 años, salvo lo dispuesto en el artículo 31-a.⁴²

La cual se descompone en dos modalidades: prisión preventiva y pena de prisión.

⁴¹ Foucault Michel, ob. Cit.,

⁴² Código Penal para el Estado de Guanajuato.

La reclusión tradicional, durante siglos, fue sobre todo preventiva, esto lo podemos observar de Ulpiano, en las partidas, en Cynus, que asegura: “Cacer intriductus est non ad poenam, zed ad custodiam”.

4. 2 Naturaleza de la prisión preventiva.

La naturaleza de prisión ha sido objeto de múltiples comentarios, ya que en ella se produce una paradoja de solución difícil, se sanciona para saber si se debe sancionar, se detiene, para saber si se debe detener. Por eso Beccaria realizaba el siguiente comentario: La prisión es una pena que necesariamente debe preceder a la declaración de delito, a diferencia de cualquier otra.

La injusticia es manifiesta ¿Cómo legitimar, entonces el encarcelamiento precautorio? Beccaria lo intenta remitiéndose al único argumento persuasivo o al menos razonable: la necesidad. Por ello previene: “Siendo la privación de la libertad una pena, no puede preceder a la sentencia, sino cuando la necesidad lo pide. La cárcel es por tanto la simple custodia de un ciudadano mientras el reo se le juzga y ésta custodia, siendo como esencialmente penosa, debe durar el menor tiempo posible y además debe ser lo menos dura que se pueda.”⁴³

Pero la evidencia de la prisión se funda también sobre su papel supuesto o exigido, de aparato de transformar los individuos. En los Códigos de 1808 y de 1810 tuvieron gran relevancia ya que en ellos la prisión no se confunde jamás con la simple privación de la libertad. Es o debe ser en todo caso, un mecanismo diferenciado y finalizado. Diferenciado puesto que no debe tener la misma forma, según se trate del acusado o de un condenado, de un interno en una correccional o de un criminal, cárcel, correccional, prisión central deben corresponder en principio, sobre poco más o menos, a esta diferencias, y asegurar un castigo no solo graduado en intensidad sino diversificado en cuanto a sus fines. Porque la prisión tiene un fin, establecido desde un principio: “Al infligir la Ley unas penas más graves las unas que las otras, no puede permitir que el individuo condenado a unas penas ligeras se encuentre encerrado en el

⁴³ Barrita López Fernando Alberto., ob. Cit.

mismo local que el criminal condenado a penas más graves;..... Si la pena infringida por la Ley tiene por fin principal la reparación del crimen, persigue asimismo la enmienda culpable”, y ésta transformación hay que pedírsela a los efectos internos del encarcelamiento. La prisión como castigo y la prisión como aparato tiene como finalidad establecer el orden que debe reinar en los casos de reclusión ya que ésta puede contribuir poderosamente a regenerar a los condenados.

La prisión debe ser un aparato disciplinario exhaustivo. En varios sentidos: debe ocuparse de todos los aspectos del individuo, de su educación física, de su aptitud para el trabajo, de su conducta cotidiana, de su actitud moral, de sus disposiciones: La prisión es mucho más que la escuela, que el taller o el Ejército, que implican cierta especialización omnidisciplinaria.⁴⁴

La prisión, lugar de ejecución de la pena, es a la vez el lugar de observación de los individuos castigados. En dos sentidos, vigilancia naturalmente, pero conocimiento también de cada detenido, de su conducta, de sus disposiciones profundas, de su progresiva enmienda, las prisiones deben ser concebidas como un lugar de formación para un saber clínico sobre los penados, “el sistema penitenciario no puede ser una concepción a priori, es una inducción del Estado Social. Existen enfermedades morales así como accidentes de la salud en los que el tratamiento depende del lugar y de la dirección de la dolencia”. Lo que implica dos dispositivos esenciales. Es preciso que el preso pueda ser mantenido bajo una mirada permanente, es preciso que se registren y contabilicen todas las notas que se puedan tomar sobre él.

Un hecho importante es que la prisión no tiene que conocer únicamente la decisión de los jueces y aplicarla en función de los reglamentos establecidos: ha de obtener permanentemente sobre el detenido un saber que permitirá transformar la medida penal en una operación penitenciaria, que hará de la pena que la infracción hizo necesaria una modificación del detenido, útil para la sociedad. La autonomía del régimen carcelario y el saber qué hace posible

⁴⁴ Foucault Michel, ob. Cit.

permiten multiplicar esta utilidad de la pena que el Código había situado al principio de su finalidad punitiva.

“En cuanto al director, no puede perder de vista a ningún detenido, porque cualquiera que sea la sección en que este se encuentre, ya sea que entre en ella, ya sea que salga, ya sea que se quede, el director esta igualmente obligado a justificar los motivos de su mantenimiento en tal clase o de su paso o de tal otro. Es un verdadero contador, cada detenido es para él, en la esfera de la educación individual, un capital colocado a interés penitenciario. “La práctica penitenciaria, tecnología sabia, rentabiliza el capital invertido en el sistema penal y en la construcción de grandes prisiones.

Correlativamente, el delincuente se convierte en el individuo a quien conocer. Esta exigencia de saber no se ha insertado, en primera instancia, en el acto judicial mismo, para fundamentar mejor la sentencia ni para determinar realmente la medida de la culpabilidad. Es en cuanto condenado, y a título de punto de aplicación para unos mecanismos punitivos, por lo que el infractor se ha constituido como objeto de saber posible.

Pero esto implica que el aparato penitenciario, con todo el programa tecnológico de que se acompaña, efectúa una curiosa situación; realmente recibe un condenado de manos de la justicia, pero aquello a lo que debe aplicarse no es naturalmente la infracción, ni aun exactamente el infractor, sino un objeto un poco diferente, y definido por unas variables que al menos al principio no estaban tomadas en cuenta por la sentencia, por no ser pertinentes sino para una tecnología correctiva, éste personaje distinto, por quien el aparato penitenciario sustituye al infractor condenado, es el delincuente.

El delincuente, después de haber surgido poderoso con el positivismo, quedo otra vez como agazapado, cual si el hablar del delincuente fuera un delito para el que no fuese positivista, después del Código Italiano, que ya habla del reo aparte todos los autores de aquel país siguen la tripartición delito-delincuente-pena. Y en Alemania, el propio Welzel, que representa la mayor renovación, en nuestros días del Derecho Penal, el sismo sistemático más profundo que ha tenido la ciencia jurídica.

Sí la operación penitenciaria quiere ser una verdadera reeducación, ha de totalizar la existencia del delincuente, hacer de la prisión una especie de teatro artificial y coercitivo en el que hay que reproducir aquella de arriba abajo. El castigo legal recae sobre un acto, la técnica punitiva sobre una vida, tiene por consecuencia reconstruir lo ínfimo y lo peor en la forma del saber, le corresponde modificar sus efectos o colmar sus lagunas por una práctica coactiva. La observación del delincuente “debe remontar no solo a las circunstancias sino a las causas de su delito, buscarlas en la historia de su vida, bajo el triple punto de vista de la organización, de la posición social y de la educación, para conocer y comprobar las peligrosas inclinaciones de la primera, las enojosas predisposiciones de la segunda y los malos antecedentes de la tercera.

Esta investigación biográfica es una parte esencial de la instrucción judicial para la clasificación de las penas antes de convertirse en una condición del sistema penitenciario para la clasificación de las moralidades. Debe acompañar al detenido del Tribunal a la prisión donde el cometido del director es no solo recoger, sino completar, controlar y rectificar sus elementos en el curso de la detención. Detrás del infractor al cual la investigación de los hechos puede atribuir la responsabilidad de un delito se perfila el carácter delincuente cuya lenta formación se ha demostrado por una investigación biográfica.

El delincuente se distingue también del infractor en que no es únicamente el autor del acto (autor responsable en función de ciertos criterios de la voluntad libre y consciente), sino que está ligado a su delito por todo un número de hilos complejos (instintos, impulsos, tendencias, carácter). La técnica penitenciaria se dirige no a la relación del autor sino a la afinidad del criminal con su crimen.

Según Michel Foucault existen tres tipos de condenados: Los que se hallan dotados de recursos intelectuales superiores a la media que hemos establecido”, pero que se han vuelto perversos ya sea por las “tendencias de su organismo” y una predisposición nativa, ya por una lógica perniciosa, una moral inicua, una peligrosa apreciación de los deberes sociales. Para estos sería

preciso el aislamiento de día y noche, el pasado solitario y cuando se ésta obligado a ponerlos en contacto con los demás.

La segunda categoría es la de condenados “viciosos, limitados, embrutecidos o pasivos, arrastrados al mal por indiferencia tanto hacia la vergüenza como hacia el bien, por cobardía, por pereza, por falta de resistencia a las malas incitaciones, el régimen que les conviene es menos el de la represión que el de la educación, y de ser posible el de la educación mutua, aislamiento de noche, trabajo en común de día, conversaciones permitidas con tal de que sean en voz alta, lecturas en común, seguida de interrogatorios recíprocos, sancionados estos por recompensas.

La tercera categoría, están los ineptos o incapaces, a los que un organismo incompleto hace impropios para toda ocupación que reclame esfuerzos reflexivos y voluntad sostenida, que se encuentran por ello en la imposibilidad de sostener la competencia del trabajo con los obreros inteligentes, y que no teniendo la suficiente instrucción para conocer los deberes sociales, ni la suficiente inteligencia para comprenderlo y para combatir sus instintos personales, son llevados al mal por su misma incapacidad. Para estos la soledad no haría sino fomentar la inercia, deben pues, vivir en común, pero de modo que formen grupo poco numerosos, siempre estimulados por ocupaciones colectivas y sometidos a una vigilancia rígida. Así se establece progresivamente un conocimiento positivo de los delincuentes y de sus especies, muy distinto de la calificación jurídica de los delitos y de sus circunstancias, pero también distinto también del conocimiento médico que permite hacer valer la locura del individuo y anular por consiguiente el carácter delictuoso del acto.

Ferrus enuncia claramente el principio: Los criminales considerados en masa son nada menos que unos locos, y sería injusto con estos últimos confundirlos con hombres perversos a sabiendas. Se trata en este saber nuevo de calificar científicamente el acto como delito y sobre todo el individuo como delincuente. Se da la posibilidad de una criminología.⁴⁵

⁴⁵ Foucault Michel, ob., Cit.

La historia de las prisiones es muy rica como puede observarse, ya que a través de ella se pueden observar los extremos a que puede llegar la razón humana cuando se extravía.

Los delincuentes han sido vistos ya como indigno en consideración como sucedía en la Edad Media, pues en muchas cárceles los presos estaban encadenados y aun se refiere a que a veces se les hacía morir de hambre y dejaban en las misma celda los cadáveres, en algunas de las cárceles de la inquisición, el depósito de evacuar las necesidades naturales se renueva una vez a la semana, viviendo los infelices los encarcelados en una atmosfera mefítica, otras veces se les consideraba como más desdichados que culpables y dignos de compasión más que vituperio. Ambos extremos son viciados, porque la ampliación de la pena, implica, como dice Adolfo Posada “una función de caridad jurídica, una actividad de beneficencia que se produce con amor humanitario, con fe en la virtualidad del bien para considerar al delincuente como digno de la más exquisita atención moralizadora.

4. 3 El objeto de la prisión y toda pena.

Edmund Mezger afirma: que toda acción humana tiene un fin, este constituye la esencia conceptual de la acción, no existe una acción que no tenga un fin, y por consiguiente también como lo mencione en el capítulo anterior la pena tiene un fin, el cual consiste como acción humana y Estatal en el ámbito del Derecho, en la prevención del delito. El Estado es el encargado de aplicar esa pena ya que es el Estado quien persigue con dicha actividad punitaria, un fin determinado, esto es la prevención de delito.⁴⁶

4. 4 La misión de las prisiones.

¿Para qué sirven las prisiones? Son tres los usos principales: Custodia, coerción y castigo, los presidiarios a quienes se niega la libertad bajo caución y son sometidos a juicio, o son detenidos con espera de recibir sentencia (por lo

⁴⁶ Mezger Edmund, ob. Cit.

general en forma de informes médicos o pre-sentencias), son encerrados a fin de garantizar que el curso de la justicia llegue hasta sus últimas consecuencias y que el público, víctimas, testigos y en ocasiones, los propios sospechosos, reciban protección contra cualquier perjuicio que pudiesen sufrir en el ínterin. Existe, además, una reducida proporción de presos no delictivos: los sujetos a la Ley de Inmigración, por ejemplo, que espera la terminación de averiguaciones o la ejecución de una decisión administrativa. No hay justificación posible para mantener a éste tipo de encarcelados en condiciones de opresión no contempladas por el propio procedimiento: o no deben recibir castigo (los no presos están sujetos a un supuesto de inocencia), o si se les recluye, el tribunal no ha determinado aunque la privación de la libertad sea la sentencia apropiada.

Las personas recluidas en prisiones por razones coercitivas, en la mayor parte de los casos por incumplimiento en el pago de multas permanecen en prisión mientras no satisfagan alguna penalización económica o forma ordenada por los Tribunales.

Por último, personas recluidas en prisiones por razones punitivas como sanción por delitos que hubieren cometido deben permanecer recluidas.

Las cárceles y los presos reúnen características que por lo general generan controversias. Los reos condenados legalmente se les juzga deficientes desde el punto de vista moral y carecen de importancia política, proviene en su mayoría de sectores más desprotegidos de la sociedad. Las prisiones son Instituciones cerradas y totales, como la esencia del encarcelamiento es la privación de la libertad, resulta demasiado fácil que el servicio de prisiones adopte políticas secretas y restrictivas, supuestamente en cumplimiento de su mandato, cuando los presos protestan, sus alegatos no son oídos y cuando se oye, no son escuchados.

4. 5 La sociología en las prisiones.

La vida y la obra del servicio de prisiones se han visto perturbadas, en los últimos 20 años, por el problema de la sobrepoblación. Ese solo factor ha dominado la presión que se ejerce sobre el personal de las cárceles, con la

consecuencia de un deterioro general en todas nuestras relaciones. El esfuerzo administrativo se ha desviado de los trabajos positivos. La solución del problema de la sobrepoblación es condición indispensable del mejoramiento sostenido y universal de las condiciones carcelarias, es necesario extirpar el cáncer de la sobrepoblación.⁴⁷

La existencia de una cultura carcelaria nos permite concebirla como productos reacciones utilitarios que los diferentes grupos de presos, con base en sus antecedentes, reputación, delitos y duración de sus condenas, utilizan para responder a las presiones oportunidades que genera el cautiverio.

4. 6 Influencias que determinan las trayectorias criminales.

Factores de riesgo.- Son los preexistentes que aumentan el riesgo de que ocurran eventos como el inicio, la frecuencia, la persistencia o la duración de las conductas antisociales. Para establecer el orden de los factores de riesgo y las características de las trayectorias criminales, se necesitan datos longitudinales.

Impulsividad.- Los jóvenes señalados como los profesores como inquietos o carentes de concentración, los indiciados por padres, compañeros o profesores como los más desinhibidos y los que y los que resultaron los más impulsivos en las pruebas psicomotrices tendían a ser delincuentes juveniles.

Inteligencia.- Las técnicas de crianza deficientes, las agresiones por parte de los padres o compañeros, el bajo coeficiente intelectual y la deficiente formación educativa, así como la separación de los padres, constituían predictores importantes.

Factores familiares.- La supervisión paterna deficiente, la disciplina errática o muy severa, la falta de armonía entre los padres, el rechazo del niño y un

⁴⁷ Maguire Mike, Morgan Rod y Reiner Robert. Manual de Criminología, volumen 4, ed. Primera, Ed. Oxford, México 1999.

interés deficiente en la educación del hijo (aunados a padres antisociales y familias numerosas) constituían importantes predictores.

Privación socioeconómica.- Supone que los transgresores provienen en su inmensa mayoría de los estratos sociales más bajos, e intentan explicar el porqué de este fenómeno.

Influencia de los compañeros.- Los actos delictivos suelen cometerse en grupos pequeños (por lo general de dos o tres personas).

Factores escolares.- La conducta delictuosa varía entre Escuelas, las que tienen bajas tasas de delincuencia, tienden a saturarse, debido a que los padres que se interesa más por sus hijos prefieren que ellos asistan a estas Escuelas, lo cual se manifiesta en los altos rendimientos y buena conducta.

Influencias comunitarias.- Las tasas de delincuencia varían de manera sistemática con el área de residencia. Clark y Wenninger compararon 4 áreas de 4 ciudades importantes y concluyeron que las tasas de delitos autoreportados resultaron más altas en el centro de la ciudad, más bajas en las áreas urbanas más pobres, más bajas aun en las áreas de clase media alta y las más bajas de todas en un área rural. En un sondeo Nacional comprobaron también que las transgresiones autoreportadas fueron más altas para los varones que vivían en centros urbanos y más bajas para quienes viven en áreas rurales.

Aspectos políticos y teóricos.- Al explicar el desarrollo de los actos delictivos, el primer problema que se encuentra es que la mayor parte de los factores de riesgo coinciden y tienden a relacionarse. Por ejemplo, los adolescentes que viven en barrios con deterioro físico y desorganización social provienen en su mayoría de familias con supervisión paterna deficiente, y presentan así mismo alta impulsividad y bajos coeficientes intelectuales. La

concentración y concurrencia de estas adversidades impide que se establezcan sus influencias independientes, interactivas y secuenciales sobre la perpetración de delitos y la conducta antisocial.

Factores de riesgo y prevención.- Deben existir métodos de prevención o tratamiento de las conductas antisociales las cuales deben basarse en teorías empíricamente validadas en torno a las causas. Las implicaciones de la prevención y el tratamiento se fundamentan en algunos de los factores de riesgo y las cuales probables de la conducta de la conducta antisocial mencionadas antes. Lo más importante es la prevención del delito en sus etapas más tempranas.

Trayectorias criminales.- Las implicaciones de la investigación de las trayectorias criminales se relacionan en especial con el control del delito. Respecto a la prevalencia, si la perpetración de los delitos se disemina ampliamente en la comunidad, las medidas de prevención dirigidas contra las “raíces del crimen”, como las que se describieron antes pueden ser las más apropiadas. Por otra parte, si la delincuencia se centra en unas pocas familias problema, ello se debe a que medidas de justicia penal como la rehabilitación, la disuasión individual y la incapacitación podrían ser más efectivas. En la investigación de las trayectorias criminales, ambos enfoques están justificados, ya que una alta prevalencia de delitos coexistente con una pequeña minoría de delincuentes “crónicas”, los cuales representan una proporción sustancial del problema de la delincuencia.

El problema de la delincuencia es complejo, ya que se pueden determinar las circunstancias que orientan a un sujeto a ser delincuente, como puede ser la desintegración familiar, un bajo coeficiente intelectual, o bien como parte de su temperamento estar predispuesto a la delincuencia, lo que es sumamente complicado es encontrar la solución para disminuir el índice delictivo esto lo podemos observar en la Ciudad de México donde a pesar del interés que

muestra el gobierno para que disminuya la delincuencia, no ha sido posible, antes al contrario ésta ha ido en aumento.

De las penas contra la libertad, la más importante es la prisión, o sea la privación de la libertad, aun cuando en muchos países se duda de su eficacia, no se conoce otra pena más efectiva para sancionar algún delito, para la aplicación de esta sanción es necesaria la reclusión en un establecimiento especial y con régimen especial también. Al respecto es muy importante citar las conclusiones a las que se ha llegado en distintos seminarios de la Organización de las Naciones Unidas para el tratamiento del delincuente. El complejo problema de la reforma penitenciaria es hoy en día tema del estudio más intenso por parte de los Gobiernos y de los penólogos, en vista de la crisis que sufre la prisión como pena y la que se refleja, con intensas tonalidades, en las imperfecciones de las cárceles y en el fracaso de los métodos puestos en uso para lograr la resocialización de los penados. En tal virtud, la ONU empezó a recoger lo más importante de la concerniente reacción frente a la crisis carcelaria, prueba de la cual fue el primer congreso de las naciones unidas en materia de prevención del delito y tratamiento del delincuente, que tuvo lugar en Ginebra Suiza.

Una conclusión general sobre los puntos de vista que diversos estudiosos han planteado al respecto, podría resumirse de la siguiente manera: “Debido a la gran variedad de condiciones jurídicas, sociales, económicas y geográficas existentes en el mundo, no cabe una rígida inconformidad en cuanto a las reglas que se deben aplicar, aunque ello naturalmente no impide que se fije un cuadro de reglas mínimas que permita estimular a todos los países en su política de mejorar sus sistemas.

El fin y la justificación de una condena de privación de la libertad es proteger a la sociedad contra el delito. La privación de la libertad trae como consecuencia inevitable el confinamiento obligatorio y la segregación del penado de la sociedad normal, pero el fin de dicha privación de la libertad debe ser lograr por medio de la readaptación del delincuente, el que cuando reingrese a la

sociedad no solamente quiera llevar una vida normal bien adaptado y proveer sus propias necesidades como miembro útil de la sociedad, sino que también sea capaz de hacerlo sin compulsión, para lograrlo el régimen penitenciario debe emplear, conforme a las necesidades especiales de cada interno, todos los medios de que pueda disponer: Curativos, Educativos, Morales, de asistencia o de cualquier otra índole, debe reducir en cuanto sea posible las diferencias entre la vida de reclusión y la libertad, que contribuya a debilitar el sentimiento de responsabilidad del interno y el respeto a la dignidad de su persona, por lo que antes del cumplimiento de la pena, debe asegurar al interno su retorno progresivo a la vida normal en sociedad, ya porque establezca un régimen preparatorio para la liberación, ya porque establezca la liberación condicional sin intervención de la policía.

Por otra parte, resulta importante no recalcar en el interno el hecho de su exclusión de la sociedad, sino por el contrario el que continua formando parte de ella, por lo que en la medida posible, debe recurrirse a la colaboración de trabajadores sociales que se encarguen de mantener y mejorar las relaciones del interno con su familia y con los organismos sociales que puedan ser útiles.

4. 7 Del régimen que debe aplicarse a los internos.

Para el tratamiento penitenciario la Ley de Ejecución de Sanciones Privativas de la Libertad para el Estado de Guanajuato en su artículo 11, adopta un régimen readaptativo basado en un sistema progresivo técnico individualizado, que toma en cuenta las circunstancias personales del interno, y se clasifica a los sentenciados para destinatarios a las Instituciones especializadas que mejor convenga. Dicho sistema comprende las fases de estudio y diagnóstico, tratamiento y prueba (Fase preliberacional), que es un estudio que se inicia desde que el detenido ingresa al reclusorio, hasta su posible retorno a la sociedad. La finalidad del régimen readaptativo sería la de eliminar las inclinaciones antisociales útiles para su vida en Libertad (como lo estipula la Ley

de Ejecución de Sanciones Privativas de la Libertad para el Estado de Guanajuato en su artículo 12).

Así mismo, en concordancia con el artículo 18 constitucional, el artículo 11 de la Ley de Ejecución de Sanciones Privativas de la Libertad para el Estado de Guanajuato, establece que dicho sistema tendrá como base la disciplina, el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente, existente la discrepancia en cuanto a que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece al deporte como actividad de reinserción del sentenciado y en la Ley de Ejecución de Sanciones Privativas de la Libertad para el Estado de Guanajuato no menciona tal actividad deportiva.

Por lo que se refiere a la clasificación de los internos, es de vital importancia en cuanto a la organización interna del penal y a la readaptación social del sujeto se deben ver sus diversas categorías, previo estudio. Según la clasificación así deberá ser el tratamiento y en consecuencia el alojamiento de los internos en diferentes establecimientos o secciones dentro de un mismo centro, atendiendo a su edad, sexo, a su situación jurídica (esto es procesado y sentenciados), a sus antecedentes (relativos a su condición de primarias o reincidentes), a la especie delictiva, a la duración de la condena (pues de esta dependerá el mayor o menor grado de readaptación, que pueda necesitar el interno para su rehabilitación más pronta y expedita de acuerdo a la gravedad del delito cometido y las causas por las cuales se cometió.

Lo anterior debe tomarse muy en cuenta, pues en la actualidad existen centros de readaptación social que no cuentan con tal clasificación, incluso, por lo que respecta a la cárcel de mujeres, se encuentran juntas procesadas con sentenciadas, lo que es una figura violación del Artículo 18 Constitucional.

Por lo que se refiere a la Capacitación del personal de los centros de readaptación social, resulta también importante, pues sin ello no se lograría la solución integral del problema, dado que si el personal no está bien seleccionado en forma específica, no se puede transformar a las prisiones tradicionales en instituciones de tratamiento.

Estando el sistema penitenciario fundado en base a un régimen de tipo Progresivo Técnico, cuyo desarrollo depende en todo momento y en todas sus acciones de la presencia del Consejo Técnico Interdisciplinario, el artículo 42 de la Ley de Ejecución de Sanciones Privativas de la Libertad para el Estado de Guanajuato establece: “En cada centro de readaptación social, se creara un Consejo Técnico Interdisciplinario que además de las atribuciones que le señalen las leyes, tendrá a cargo las funciones consultativas necesarias para:

A).- La aplicación individual del sistema progresivo.

B).- La ejecución de medidas preliberacionales.

C).- Proponer a la Secretaria de Gobierno, a través del Director de Prevención y Readaptación Social, la concesión de los beneficios de libertad anticipada y el de la remisión parcial de la sanción corporal, la cual deberá resolver dentro del plazo de quince días siguientes al de la presentación de la propuesta.

D).- La aplicación de correcciones disciplinarias a los internos que transgreden la presente Ley o reglamento citado.

E).- Dictaminar respecto de la renovación de los beneficios de la libertad.

F).- Otorgar incentivos a los internos, y

G).- Ejercer otras que le señale esta Ley y el reglamento mencionado.

Artículo 43.- En función de la partida que se asigne a los centro de Readaptación Social, se procurara que su Consejo Técnico Interdisciplinario se integre por el Director del Centro, quien lo presidirá, el Subdirector Jurídico quien fungirá como Secretario de Consejo, el Subdirector Técnico y sus Coordinadores Auxiliares, el Subdirector Administrativo, el Jefe de Seguridad, un representante de la Dirección de Prevención y Readaptación Social del Estado, un Representante de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, un Representante de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, un Representante del Consejo Ciudadano de Vigilancia y un especialista en alguna rama del conocimiento.

Cuando no haya médico o maestros adscritos a la Institución, las funciones correspondientes a ellas las desempeñaran el Director del Centro de Salud o el

Director de la Escuela estatal o federal de la Localidad y, a falta de estos con quienes designe la Dirección de Prevención y Readaptación Social.

Artículo 44.- El consejo se levantara acta, que deberá ser firmada por los participantes y de la que enviara copia a la Dirección de Prevención Readaptación Social.

El Consejo es denominado interdisciplinario ya que en su integración convergen diversas áreas de funcionamiento Técnico de la Institución y su participación no es solo plural en cuanto a número, sino también mutuamente interrelacionada en sus juicios.

Además también se le llama técnico porque su finalidad es el óptimo aprovechamiento del conocimiento científico, para que traiga realidades a los problemas penitenciarios.

El tratamiento del Interno debe ser Técnico y humano a la par, ya que solo así se conjugan las exigencias finalísticas de la pena con libertad. Las concepciones penales cualesquiera que sean, deben fincarse sobre la fe de los valores humanos, imponiéndose la eliminación de todas aquellas prácticas penitenciarias que sean inconciliables con el concepto de resocialización, que constituye un postulado fundamental.

Para lograrlo, el respeto a la dignidad humana y a la personalidad del delincuente, son elementos incuestionables. Todo ello que acaba dentro de las prisiones con la personalidad del interno, reducido a un número más que aquella promiscuidad de seres humanos, debe repudiarse por abominable, habida cuenta que termina con el individuo, dependientemente de que esa promiscuidad de hombres encerrados, es un factor importante de la criminalidad. No obstante la bondad de esa renovadora corriente penitenciaria, existen personas que todavía creen que el delincuente se corrige con la terapéutica del castigo, de la expiación y de la venganza.

Por otro lado, la sociedad ve en la pena de prisión su mejor defensa y solo le basta que el individuo permanezca privado de su libertad, pero el sentido humano y técnico de esta pena, aspira pues, a que dicha pena no solo sea

castigo y sufrimiento, sino la oportunidad de mejorar al delincuente de sus tendencias antisociales, de su conducta peligrosa y dañosa, de capacitarlo y tratar por todos los medios de que no reincida, y solo así, repito, queda claro el sentido finalista de la pena como medio de recuperación social, porque si se readapta aquel, se sirve bien de una sola vez al individuo y a la colectividad.

Por lo tanto, para que los centros de Readaptación Social, como su nombre lo indica, lleven a cabo una función resocializadora, considero que el régimen que debe aplicarse a los internos ha de ser el que contenga los siguientes factores:

A).- De tipo social (Comprendiendo aspecto de carácter cultural y educativo).

B).- Médico.

C).- Psicológico.

D).- Psiquiátrico y

E).- Laboral.

Mismos que a continuación expongo.

FACTORES DE TIPO SOCIAL.

4. 8 El trabajo en los centro de readaptación social.

Una de las cuestiones más importantes por las que surgió el trabajo social en el medio penitenciario, es el sostenimiento de las relaciones del interno con el mundo exterior, porque el aislamiento y la soledad física y moral, constituyen una de las mayores torturas del encarcelamiento, por ello es importante mantener las relaciones entre el interno y su familia.

La técnica más usual de suma importancia en el trabajo social, es la entrevista, la cual se utiliza adecuadamente con el fin de conocer tanto los problemas familiares y personales de cada interno, para así mismo ayudarles a resolver en forma concreta sus conflictos, por ello ninguna Institución Carcelaria, planeada técnicamente deberá omitir dentro de su esencia, un Departamento de Trabajo social conjuntamente con otros sectores.

El Trabajo Social tiene funciones perfectamente delicadas y específicas tanto en la prevención delincinencial, como en el tratamiento. La primera comprende un amplio sector cuyo principal objetivo, es evitar la comisión de delitos. El segundo requiere de la incorporación de un Sistema Progresivo Técnico, el cual comprende las fases de Estudio y diagnóstico, tratamiento y fase preliberacional.

En el periodo de estudio y diagnóstico, el interno es contemplado por cada uno de los sectores técnico. Por su parte el Trabajo Social desde el ingreso del interno, fijara relaciones que deberá guardar este con el exterior, que pueden ser amistosas, íntimas, familiares y jurídicas.

En la etapa del sistema Progresivo Técnico, o sea el tratamiento, el trabajo Social deberá participar en las terapias Psiquiátricas y psicológicas individual y de grupo, así como colectivas que se establezcan dentro del plan y régimen general del tratamiento, en el cual se penetre en la individualización de grupos criminológicamente constituidos, seguirá estableciendo los lazos del interno con el exterior, al igual que trabajo social servirá de apoyo y correlación con los demás sectores diversos de terapia (Educativo, recreativo, cultural y artístico, entre otros).

La tercera etapa corresponde a la prelibertad, en ella desempeña una labor muy importante, ya que otorga básicamente la información y orientación especial, al igual que la discusión con el interno y sus familiares de los aspectos personales y prácticos de su vida en libertad, las visitas domiciliarias a la familia, es decir, el núcleo social del que proviene, y a las instituciones o Empresas que deberán aceptarlo para que reinicie su vida.

En el sistema penitenciario moderno la victimología cobra especial importancia, porque el daño que causa un delito en las personas, es un peligro que con frecuencia conduce a la comisión de un nuevo delito. Es por ello que es importante la prevención de la primodelincinencia como de la reincidencia.

Es aquí, donde la participación del Trabajo Social especializado desempeña un importante papel, pues sin el auxilio de este cuando la Institución pone la

libertad a un sujeto, cuyas víctimas están esperándolo para vengarse, se convierte en una persona moral imputable para la comisión de nuevos delitos.

Aspecto Cultural.

Sabiendo la generalidad de los internos procede de un medio ambiente lleno de carencias económicas, sociales y culturales, por lo cual las experiencias estéticas son mínimas en el mejor de los casos y nulas en la mayoría y que este hace que la sensibilidad innata del individuo sufra paso, una suspensión en el desarrollo normal que va a crear deformaciones de personalidad que llevan al sujeto en muchas ocasiones a delinquir, por esto creo necesario, impartir actividades estéticas, cualquiera que ellas sean: Música, teatro, etc. En todo centro de readaptación, ya que todas las artes producen emociones, naturalmente estéticas y que a través de dichas emociones, se logra una depuración de las pasiones humanas, tanto de espectadores como de ejecutantes, proceso comúnmente llamado "CATARSIS" que va a ayudar a la modificación de la conducta, y así con la organización de actividades culturales y recreativas en los centro, los internos obtendrán un bienestar físico y mental, por lo que es recomendable acudir a la integración de clubes culturales (De música, teatro), dirigidas especialmente a servir de terapia ocupacional de los internos que tienen capacidad educativa, y encontrar así medios rehabilitadores prácticos y de efectivos resultados, con los cuales pudiera despertarse en el conglomerado interno el desarrollo cultural, factor de gran importancia en el tratamiento de los internos, pues la cultura cumpliría aquí con una función sedante que la margen de los casos rigurosamente clínicos operaría en el interno importantes beneficios.

La difusión de la cultura, en efecto, forma parte de la asistencia social, el ser humano tiene Derecho a la cultura y a que el Estado lo asista con ella, pero en materia penitenciaria tal difusión mantiene una jerarquía similar a la de carácter psiquiátrico o sea, que para los fines que busca, en el sentido más amplio, la

readaptación social, es imprescindible contar con la asistencia de carácter cultural.

No debe de hacerse a un lado, otro factor importante, como lo es la práctica de eventos deportivos, para mantener un combate continuo al ocio penitenciario.

El deporte forma parte importante de las actividades recreativas haciendo surgir a través de la competencia el interés por destacar en forma positiva y fomentar la dignidad personal: constituye también un desgaste de energías que podrían quedar preservadas para otras actividades ilícitas permitiendo el desahogo de la agresión. Hace surgir también interrelación humana, presentándose el fenómeno de la coordinación y de aceptar tanto el ganar como el perder.

Aspecto Educativo.

Por lo que toca al capítulo del Régimen Educativo, la Ley de Ejecución de Sanciones Privativas de la libertad para el Estado de Guanajuato, en su artículo 15 establece: "La educación que imparta a los internos comprenderá aspectos éticos, cívicos, sociales, culturales, higiénicos y físicos, los cuales deberán orientarse a su resocialización, procurando afirmar en ellos el respeto a los valores humanos y a las Instituciones Sociales.

Los resultados de las pruebas psicológicas y de los exámenes médicos completaran el diagnostico pedagógico, para efecto de situar al interno en el área de alfabetización o en el nivel educativo que le corresponda.

Mediante la educación se combatirá la toxicomanía, el alcoholismo y los vicios que degradan al individuo. Esto es, no será una simple instrucción, sino una educación integral que deberá orientarse hacia la reforma moral y de conducta del interno, pues cabe precisar, que la educación penitenciaria tiene un doble aspecto: el instructivo y el pedagógico, entendiendo por pedagogía aquello que enseña y educa. No se podría poner en duda, por ejemplo, el positivo funcionamiento que tendría la Instrucción primaria y secundaria en los Institutos. Pero es necesario que haya algo más, que la enseñanza se impregne de sentido ético y social.

Se tiene a la instrucción (Literaria, moral y religiosa) como otro medio regenerador, pues la ignorancia es la causa más frecuente para la comisión de delitos, según lo demuestran las estadísticas de las prisiones en su mayoría, siendo de observar que el culpable abandono de los padres en la educación de los hijos, ha sido causa originaria de muchos delitos, como lo hace notar Weltzel, quien por mucho tiempo observo delincuentes.

Efectivamente, podemos observar que la gran parte de la comunidad penitenciaria, tiene un nivel bajo educativo y en ocasiones este es nulo, por lo que es muy importante la impartición de enseñanza en los centros de Readaptación Social, pues con ello se ayudaría a mejorar el nivel educativo y cultural de los internos. Así pues lo que respecta a la educación, habrá que insistir porque ninguna política penitenciaria puede prescindir de ella, dado que es un factor de gran importancia que coadyuva a la Readaptación Social del interno, como lo establece nuestra Constitución en su Artículo 18 párrafo segundo.

Factor Médico.

Los servicios médicos de los Centros de Readaptación Social han de procurar, por todos los medios, de eliminar las deficiencias físicas o mentales que constituyan obstáculos para la readaptación del penado, de ahí la necesidad de incluir el tratamiento médico el cual ha de ser complejo y constante, debe adecuarse y superarse al máximo en tal forma que permita atender problemas de salud en forma íntegra, con los recursos materiales, administrativos y humanos con que debe contar dicho departamento.

Factor Psicológico.

En el campo penitenciario no se ha encontrado con certeza la explicación o curación de los problemas que presentan en el tratamiento los delincuentes. Esto a pesar de los esfuerzos constantes de parte de innumerables penalistas,

científicos e investigadores. Dicha situación se debe a que los problemas son complejos, pues las circunstancias que los originan son de una gama muy diversa, ya que de acuerdo con la época, surgen modalidades delincuenciales, aumentando o disminuyendo, en la medida que cambia la misma sociedad. Ante esta problemática, deben establecerse tratamientos apropiados y elaborar programas para la resocialización del delincuente.

Jurídicamente se marca que dentro del tratamiento a seguir para que aquellos que sufran una pena privativa de libertad, deberán contar con atención psicológica no solo por razones de humanidad, sino porque el interno, como todos los hombres, también tienen derecho a la salud y en este caso me refiero a la salud mental y con ello al bienestar social.

Por ello considero que el tratamiento psicológico es de gran importancia y utilidad para la resocialización aquellos que presentan conducta antisocial, o sea problemas de inadaptación.

Factor Psiquiátrico.

Los servicios médicos también deben comprender y aun cuando la Ley no lo establece un servicio psiquiátrico para el diagnóstico y en su caso, el tratamiento psicoterapéutico de los que presentan alguna enfermedad alguna enfermedad mental, mismo que se hará en un establecimiento separado, dirigido por médicos tomándose disposiciones para que ese tratamiento se prolongue después de la liberación asegurando con ello una asistencia post-penitenciaria de carácter psiquiátrico. El tratamiento que se aplique ha de ser individual, porque de lo contrario se establece un tratamiento generalizado fracasaría, dado que cada interno en lo particular, requiere un estudio y tratamiento diferente según su personalidad.

En cuanto al penitenciario y a la psiquiatría nadie puede negar la importancia de esta ciencia en el tratamiento de ciertos internos. Es necesario, que se hagan

un estudio de tal clase a cada uno de ellos, se de dicho estudio el interno resulta enfermo, es evidente que su problema de reclusión solo girara alrededor de la psiquiatría y cuando esta concluya su trabajo, el interno esta "regenerado". Pero si después del estudio psiquiátrico el interno aparece como hombre sano mentalmente, aunque pueda necesitar en ciertos aspectos ayuda psiquiátrica, entonces debe intervenir un régimen educacional tendiente a una revaloración, es decir, a que el interno aprenda a respetar los valores sociales y morales.

Se entiende por otra parte, que los casos de enfermedades mentales suelen ser menos. La mayoría de los internos no son enfermos, sino persona con una raquíta tabla de valores, son enfermos morales.

La conducta jurídica, estrictamente jurídica o antijurídica de un hombre es cosa diferente a su comportamiento anormal, materia de la psiquiatría. Los enfermos morales reunieron del Derecho Penal, porque esta disciplina enfoca el problema moral del hombre en cuanto a su comportamiento en sociedad (culpabilidad y antijuricidad), en cuanto a su actitud, incluso Filosófica frente a la vida.

Factor Laboral.

Por lo que respecta al trabajo, existe la necesidad de crear fuentes de trabajo que bien pueden ser: Industriales o Semi industriales, o talleres de artes o de edificios manuales, dentro de los centros de readaptación social a efecto de que la vida laboral que en el interior del penal se desarrolle, impida la presencia de problemas tales como la drogadicción o la adquisición de hábitos destructores de la personalidad. Esto va a permitir que el interno aparte de capacitarse, vaya readaptándose y en el momento de su liberación pueda integrarse a la sociedad de una manera útil, así como también, contar con un ingreso que le permita solventar sus necesidades económicas tanto personales como familiares.

Además que con ello se evitara la ociosidad, puesto que al mantener ocupado al interno, no tendría tiempo de pensar en cómo vengarse o en como volver a

causar daño a la sociedad por lo que él siente rechazado, cuando recobre su libertad. Por lo que considero que si realiza una actividad laboral dentro de una institución, se aprovecharían sus capacidades intelectuales y manuales que podrían dar resultados favorables en su rehabilitación.⁴⁸

⁴⁸ Castellanos Fernando, Ob., Cit.

CAPÍTULO V.

BENEFICIOS CONMUTATIVOS DE LA PENA.

La Ley Penal para el Estado de Guanajuato contempla ciertos privilegios con los cuales se pretende recompensar a los reos que llevan una buena conducta dentro del Penal, que han cumplido con las dos terceras partes de su sentencia como es el caso de la libertad anticipada, así también como el presunto responsable puede disfrutar de su libertad bajo caución durante el proceso, otro beneficio puede ser la libertad preparatoria, la cual se concede a los delincuentes cuando ya han cumplido una parte de su condena y observaron en la prisión buena conducta. Entre estos beneficios conmutativos de la pena tenemos también la Semilibertad condicionada, esto con el fin de evitar que sujetos sentenciados y considerados peligrosos estén en contacto con sujetos sentenciados por delitos no considerados como graves además que dicho sujeto haya delinquirido por primera vez, pero es muy importante un procedimiento para el otorgamiento de la Semilibertad condicionada el cual propongo en el presente capítulo.

En un estudio de la Historia de la prisión no se puede dejar de tocar puntos tales como: Preliberación, Libertad Preparatoria, Semilibertad Condicionada, Trabajo a Favor de la Comunidad, ni tampoco dejar de entrar al terreno del Derecho Comparado para observar y analizar estas Instituciones como respuesta de política criminal dentro del marco sociopolítico.

Así pues la sentencia penal para ser tal, es decir, la expresión escrita del juicio, debe fundarse en el conocimiento de la verdad, ya que de no ser así de perder su apego a la realidad devendría en una aplicación injusta de la Ley.

El proceso penal, desde el punto de vista táctico debe verse como un incesante movimiento, en el que las situaciones captadas en intervalos, pueden ser modificadas por el constante que hacer intencional o no intencional, de los seres humanos que participada en esta búsqueda de lo que en un momento histórico sucedió, por lo mismo es importante darle mayor arbitrio al Juez en

función del manejo de la prisión preventiva, pues el propio sujeto acusado del delito que se ve inmerso en el proceso, en la búsqueda de esa verdad histórica, es un ser sometido a una dialéctica constante que lo llevara a entender que la decisión del Juez a través de otras medidas cautelares es una situación que le permite la oportunidad de evitar mayores perjuicios, como en el caso del control judicial que en Francia sustituye en muchas ocasiones a la prisión preventiva, (detención provisional). Control que es ordenado por el Juez de la Instrucción, obligando al inculcado entre otras cosas a:

- 1.- No salir de los límites territoriales determinados por el Juez.
- 2.- No ausentarse de su domicilio o residencia fijada por el Juez, sino bajo las condiciones y por los motivos señalados por aquel.
- 3.- No acudir a ciertos lugares o no acudir más que a los lugares determinados por el Juez de instrucción.
- 4.- Informar al Juez de instrucción de cualquier desplazamiento más allá de los límites determinados, y
- 5.- Presentarse periódicamente a las autoridades designadas por el Juez de Instrucción.
- 6.- Responder a los citatorios de toda Autoridad.

5. 1 Libertad Bajo Caución.

La Ley concede al acusado la facultad de obtener su libertad bajo caución durante el curso de su proceso, pero la facultad quedo siempre sujeta al arbitrio caprichoso de los jueces, quienes podían negar la gracia con solo decir que tenían temor de que el acusado su fugase y se sustrajera a la acción de la justicia.

Claramente podemos apreciar lo anterior en el mensaje de Venustiano Carranza: "LOS DERECHOS DEL PUEBLO MEXICANO". En el que se maneja ya la idea de conceder la libertad bajo caución. En los casos de delito no graves, en nuestro país se puede gozar de la libertad bajo caución en los términos de la Fracción I del apartado A del artículo 20 Constitucional esto de

acuerdo a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del año 2008. Para la gente con suficientes recursos económicos no hay problema, por la gente pobre si, ella, por carecer de recursos para la caución, pone en graves aprietos a sus familiares para conseguir el dinero o la garantía cayendo en muchas ocasiones, en manos de usureros, que usualmente prestan con intereses muy elevados o de lo contrario pasar al procesado largos periodos en la cárcel aguardando la sentencia, separando de su familia con pérdida del empleo, acechando por múltiples formas de corrupción y a la acción de seres humanos endurecidos, envilecidos, insensibles, capaces, capaces de cualquier crimen.

En cuanto a la libertad condicional a través de la caución, el primer antecedente lo encontramos en el artículo 296 de la Constitución la Monarquía Española de Cádiz de 1812, limitando tal Derecho a que no se pudiera imponer al preso pena corporal. Ideas que fueron sostenidas expresamente en los siguientes trabajos: Reglamento provisional Político del Imperio Mexicano de 1822 (artículo 74), voto particular de la minoría de la Comisión Constituyente de 1842 (artículo 5, fracción X), y el Estatuto Orgánico Provisional de la Republica Mexicana de 1856 (artículo 50), y en todos ellos, se reitera la idea de que solo será posible si el delito cometido no merece pena corporal.⁴⁹

Es importante reconocer que la libertad bajo caución es utilizada, en ocasiones, como medio de opresión por parte de los detentadores del poder, como sucede en nuestro país en los casos de los delitos llamados patrimoniales, en que la Propia Constitución establece que esa garantía será, cuando menos, tres veces mayor al beneficio obtenido o daño ocasionado, violenta la garantía de la libertad caucional que se consagra en la fracción primera del apartado A del artículo 20 Constitucional vigente hasta el año 2008, introduciendo un indolente privilegio a favor de la minoría que detenta el poder económico.

⁴⁹ Barrita López Fernando Alberto, ob. Cit.

Al respecto la Constitución vigente hasta el año 2008 manifiesta lo siguiente: Artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

I.- “Inmediatamente que lo solicite, el Juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el Juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al Juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.”

5. 2 Libertad provisional bajo protesta.

Se vuelve a dejar en manos del Juez su otorgamiento o no otorgamiento, al establecerse en la Legislación Secundaria, que a juicio del mismo, no haya temor de que se fugue, volviéndose al caso de la libertad bajo caución, cuando Venustiano Carranza fustigaba en su mensaje en el sentido de que “La Ley concede al acusado la facultad de obtener su libertad bajo caución en el curso de su proceso”, pero tal facultad quedo siempre sujeta al arbitrio caprichoso de los jueces quienes podían negar la gracia con solo decir que tenían temor de que el acusado se fugare y se sustrajere a la acción de la justicia.

La libertad provisional bajo protesta es un derecho otorgado al procesado, a quien se le imputa la comisión de un delito que tiene señalada una pena leve, para que obtenga su libertad mediante una garantía de carácter moral, consistente en dar su palabra de honor prometiendo no sustraerse de la acción de la justicia.

La libertad provisional bajo protesta no es una garantía contenida en la Constitución sino que es un derecho que se establece en el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato

Mi Propuesta es consistente en cuanto a la derogación de la fracción segunda del artículo 406 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato ya que menciona que debe tener domicilio fijo con antelación no menor de un año, en el lugar de la residencia de la autoridad que conozca del caso. Y que por un delito que no es considerado como grave el inculcado no pueda gozar de este beneficio que le otorga dicha Ley, es así que si la persona que cometió el delito no cuenta con este requisito no podrá evitar la imposición de penas de corta duración y la influencia maléfica que ejercen las prisiones en los delincuentes primarios y en presuntos responsables del delito, porque de esta manera se elimina, para los ocasionales el contagio morboso de las cárceles y así evitar que en estas exista un sobrecupo.

En relación a la llamada condena condicional y en cuanto a la Legislación positiva, sucede lo mismo que con Veracruz y Nuevo León, exigen que para un condenado pueda gozar de tal beneficio, que la pena impuesta en la sentencia no exceda de 3 años. Otra como Guerrero, Oaxaca, Puebla, Morelos y el D. F. dos años y en el Estado de Tlaxcala, no contempla en su Legislación respectiva éste beneficio.

Esto es, que de nada sirve concederle al acusado la libertad bajo caución, tomando en consideración la poca gravedad del delito, si al dictar sentencia y condenarlo a más de 3 años pero menos de 5, se le niega la condena o la conmutación de la pena de prisión por multa, haciendo de esta manera que quien no estuvo prisionero durante el proceso, por el delito leve, por su escasa peligrosidad, etc. Al final ingrese al reclusorio. De aquí la necesidad de plantear la proposición respectiva, en el sentido de que, en esos casos, los jueces podrán sustituir por multa, desde luego, tomándose en consideración entre otras, las siguientes circunstancias:

Artículo 406. Se concederá al inculpado la libertad sin caución alguna, por el Ministerio Público o por el juzgador, cuando el término medio aritmético de la sanción privativa de la libertad no exceda de tres años, siempre que:

- I. No exista riesgo fundado de que pueda sustraerse a la acción de la justicia;
- II. Tenga domicilio fijo con antelación no menor de un año, en el lugar de la residencia de la autoridad que conozca del caso;
- III. Tenga un trabajo lícito; y
- IV. Que el inculpado no haya sido condenado por delito doloso.

El lapso de tiempo que media entre la detención de una persona acusada de un delito y la sentencia sobre el mismo, varía de unas pocas semanas (4 meses) o varios meses (un año) según la fracción séptima del apartado B del artículo 20 Constitucional que menciona "...será 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...", lo que se encuentra en entredicho. Salvo que se dé la excepción que se encuentra en el apartado B del artículo 20 Constitucional fracción novena que menciona "...la prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares..." sin embargo la gente de escasos recursos que no tiene para pagar los servicios de un abogado privado y que es acusado de delitos graves es encarcelado por largos periodos mientras llega la sentencia, si es que no alcanza la libertad caucional, o, si alcanzándola no tiene para cubrir la garantía, cosa que no sucede con la gente influyente, sobre todo los que detentan el poder económico, lo que en caso de homicidio, imprudencial por tránsito de

vehículos, así mate a varia personas desde la Agencia del Ministerio Público investigadora puede salir bajo caución.⁵⁰

5. 3 Libertad anticipada.

Se concede a los delincuentes cuando ya han cumplido una parte de su condena y observaron en la prisión buena conducta. El Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato, establece una institución en sus artículos 500, 501. 502, 503, 504, 506, 507, 508 y 509 en donde señala las bases para la concesión de la libertad por parte del Ejecutivo. Esas exigencias son fundamentalmente, que se trate de penas privativas de libertad mayores de 2 años, el sentenciado a cumplir la parte relativa de su condena haya observado los reglamentos carcelarios, una persona solvente vigile la conducta del reo e informe de la misma autoridad y otorgue fianza para garantizar la presentación de su fiado, el reo adopte oficio o profesión resida en el lugar que le señale y haya reparado el daño causado por el delito ya otorgado caución para garantizar esa reparación. Si el agraciado con libertad preparatoria observare mala conducta o dejare de cumplir con los requisitos respectivos se le hará extinguir toda la parte de la condena privativa de libertad de la cual se le había hecho gracia.

No debe confundirse la libertad preparatoria con la libertad provisional mediante caución. La preparatoria la concede el Poder Ejecutivo a los condenados, que, como se ha visto, hayan cumplido buena parte de la pena privativa de libertad, en cambio, la libertad provisional se otorga por el Juez a los procesados para que no sufran prisión mientras dura el proceso.⁵¹

Artículo 500.- Cuando algún reo que esté compurgando una pena privativa de libertad crea tener derecho a la libertad anticipada, la podrá solicitar, por sí o

⁵⁰ Barrita López Fernando Alberto, Ob., Cit.

⁵¹ Castellanos Fernando, ob. Cit.

por persona de su confianza, verbalmente o por escrito, ante el Juez de primera instancia que conoció del proceso, pudiendo aportar las pruebas que tuviere.

Artículo 501.- Recibida la solicitud, el Juez pedirá informes al director o encargado de la prisión donde se encuentre recluido el reo, sobre si ha observado buena conducta durante su reclusión y hará un análisis para determinar si en el caso se satisfacen los requisitos establecidos por las fracciones I y II del artículo 34 de la Ley de Ejecución de Sanciones Privativas de la Libertad para el Estado.

El Juez remitirá su opinión, así como la documentación que la sustenta, al Ejecutivo del Estado, dando cuenta al Supremo Tribunal de Justicia.

La opinión del Juez no impide que el reo aporte pruebas directamente al ejecutivo del Estado para corroborar o desvirtuar aquélla.

Artículo 502.- Concedida la libertad anticipada por el Ejecutivo del Estado, éste enviará al Juez una comunicación autorizándolo para que, otorgue el salvoconducto.

Artículo 503.- El Juez otorgará al reo el salvoconducto para que pueda comenzar a disfrutar de la libertad anticipada. Esta concesión se comunicará al alcaide de la prisión respectiva y a la autoridad municipal del lugar que se señale para la residencia del mismo reo.

Artículo 504.- El salvoconducto a que se refiere el artículo anterior será entregado al interesado por el Juez de primera instancia, quien deberá hacerle saber a aquél que no pueda separarse del lugar que se le haya señalado para su residencia sin permiso del Ejecutivo del Estado. En caso de aquel al que se le haya concedido la libertad anticipada obtenga permiso para cambiar de residencia, se presentará a la autoridad municipal del lugar a donde vaya a radicarse y exhibirá ante ella el documento que justifique haber dado aviso del cambio a la autoridad municipal de su anterior domicilio.

Artículo 506.- Cuando el que goce de libertad anticipada se encuentre en alguno de los casos que menciona el artículo 35 de la Ley de Ejecución de Sanciones Privativas de la Libertad para el Estado de Guanajuato, la autoridad municipal, o cualquiera que tenga conocimiento de ello, dará cuenta a la que le concedió la libertad para los efectos del mismo artículo.

Artículo 507.- Cuando el reo cometiere un nuevo delito, el tribunal que conozca de éste remitirá copia certificada de la sentencia que cause ejecutoria a la autoridad que concedió la libertad, quien de plano decretará la revocación, si procede, de conformidad con el artículo 35 de la Ley de Ejecución de Sanciones Privativas de la Libertad para el Estado.

Artículo 508.- Cuando se revoque la libertad anticipada, conforme a los dos artículos anteriores, se recogerá e inutilizará el salvoconducto.

Artículo 509.- Cuando hubiere expirado el término de la condena que debiera haberse cumplido, de no haberse concedido la libertad anticipada, el agraciado con esta última ocurrirá al Juzgado o a la Sala Penal que corresponda para que, en vista de la sentencia y del informe del Gobierno del Estado, se haga de plano la declaración de quedar el reo en absoluta libertad y, en su caso, se ordene la cancelación de la garantía correspondiente. De esta declaratoria se expedirán testimonios para el Ejecutivo del Estado, para el interesado, y para el tribunal de la primera instancia que haya conocido del proceso, cuando la declaración provenga de una Sala Penal.

Artículo 34 de la Ley de Ejecución de Sanciones Privativas de la Libertad para el Estado de Guanajuato: El condenado por sentencia ejecutoriada o sanción privativa de la libertad anticipada, por resolución del Ejecutivo, bajo las condiciones siguientes:

I.- Que se haya cumplido las dos terceras partes de su sanción, salvo que se trate de reincidentes o de condenados por delito grave, quienes deberán cumplir las tres cuartas partes de su pena.

II.- Que se haya reparado el daño o hubiere prescrito tal sanción.

III.- Que haya observado buena conducta durante su reclusión.

IV.- Que se hayan alcanzado un adecuado grado de readaptación social, de acuerdo al dictamen y acta que realice el Consejo Técnico Interdisciplinario.

El beneficio con la libertad anticipada deberá residir en el lugar que se determine, del cual solo podrá ausentarse con permiso de la Dirección de Prevención y Readaptación Social.

Para los efectos de ésta Ley reincidente quien haya sido condenada en dos o más ocasiones por sentencia ejecutoriada dictada por cualquier Tribunal de la República Mexicana, siempre que se trate de delitos dolosos y que entre el cumplimiento o la extinción de la condena y la comisión del otro haya transcurrido un lapso menor de seis años.

Artículo 35.- Si el beneficio con la libertad anticipada delinque durante su disfrute, o bien deja de cumplir con las obligaciones de residencia en el lugar determinado y de presentación periódica que le imponga el Ejecutivo del Estado, se le privara nuevamente de su libertad, para que se extinga la parte de la sanción que le falte por compurgar.

5. 4 Preliberación.

El artículo 29 de la Ley de Ejecución de sanciones privativas de la libertad para el Estado de Guanajuato nos da la siguiente definición: se entiende por preliberación el tratamiento encaminado a preparar paulatinamente al interno para su integración a la vida en libertad.

Artículo 30.- De la misma Ley establece la preliberacion solo podrá concederse cuando se haya compurgado por lo menos un medio de la sanción impuesta.

Este beneficio no se concederá a los reincidentes, ni a los condenados por delito grave.

El consejo técnico interdisciplinario, teniendo como base los estudios de personalidad, determinara el momento en que se deban iniciar las etapas de reintegración social.

Artículo 31.- El tratamiento preliberacional comprenderá las siguientes etapas:

I.- Información y orientación especiales de los aspectos personales y prácticos de la vida en libertad.

II.- Métodos colectivos,

III.- Otorgamiento de mayor libertad dentro de la institución.

IV.- Traslado a la sección abierta.

V.- Permisos de salida de la Institución los que podrán ser:

a) De fin de semana,

b) Diaria, con regreso nocturno,

c) De lunes a viernes, con reclusión de fin de semana,

d) De lunes a domingo, con firma el fin de semana,

e) De 30 días naturales con firma al término de los mismos y

f) De 90 días naturales con firma al término de los mismos y

g) De 180 días naturales, con firma al término de los mismos.

El consejo técnico Interdisciplinario podrá proponer y aprobar las combinaciones de permisos de salida que estime pertinentes.

Artículo 32.- La Dirección de Prevención y Readaptación Social tramitará oficiosamente la aplicación del tratamiento preliberacional, previo estudio, dictamen y acta de Consejo Técnico Interdisciplinario, y someterá el proyecto de resolución correspondiente al Secretario de Gobierno para su firma.

Artículo 33.- El interno beneficiado con la libertad preliberacional deberá cumplir con las obligaciones de presentación a que se refiere la fracción quinta del artículo 31 de la mencionada Ley, y hacer del conocimiento del Director del Centro respectivo, el domicilio en donde residirá, así como también los cambios de domicilio que susciten.

Si el beneficiado con la libertad preliberacional deja de cumplir con las obligaciones a que queda sujeto en cualquiera de las etapas del tratamiento, se le revocara el beneficio para que extinga la parte de la pena que le falta por cumplir, y dicho incumplimiento se reputara como mala conducta para los efectos de la libertad anticipada y de la remisión parcial de la sanción corporal. La dirección de prevención y readaptación social conocerá del trámite de revocación del tratamiento preliberacional y, previo dictamen y acta que levante el Consejo Técnico Interdisciplinario, se someterá al Secretario de Gobierno al proyecto de resolución correspondiente para su firma.

5. 5 Conmutación de sanciones.

El Código Penal para el Estado de Guanajuato establece lo siguiente:

Artículo 103.- Cuando se trate de delincuentes que cumplan con los requisitos que señala el artículo 45 de este Código, podrá el tribunal conmutar la pena de prisión cuya duración no exceda de tres años por multa, a razón de un día multa por cada día de prisión.

Artículo 104.- Si dentro del plazo máximo de tres meses el condenado no paga la multa y en su caso la reparación del daño, la conmutación quedará sin efecto y se ejecutará la pena de prisión.

5. 6 Semilibertad condicionada.

Artículo 47 del Código Penal para el Estado de Guanajuato, en él se plasma lo siguiente acerca de la semilibertad condicionada:

La semilibertad condicionada consiste en alternar periodos de libertad con periodos de prisión.

Se aplicara según las circunstancias del siguiente modo:

I.- Externación durante la semana de trabajo o educativo con reclusión de fin de semana.

II.- Salida de fin de semana con reclusión durante el resto de ésta.

III.- Salida diurna con reclusión nocturna.

Artículo 48.- El Tribunal podrá conceder al sentenciado la semilibertad condicionada si la pena de prisión que se le fije no excede de 5 años y cumpla con los siguientes requisitos:

I.- Que haya pagado la reparación del daño y la multa.

II.- Que otorgue la caución que le sea fijada por el Tribunal.

III.- Que haya observado buena conducta desde 3 años antes de la comisión del delito hasta la culminación del proceso y

IV.- Que tenga un modo honesto de vivir.

La semilibertad es un beneficio muy importante ya que permite que personas que han delinquido por primera vez gocen de este beneficio, pero necesita un procedimiento para su correcto otorgamiento.

5. 7 Trabajo a la comunidad.

Artículo 41.- tiene en su contenido la siguiente definición: el trabajo a favor de la comunidad consiste en la prestación de servicios no remunerados, en Instituciones públicas o en Instituciones Asistenciales privadas.

Artículo 42.- El trabajo a favor de la comunidad puede ser pena Autónoma o sustantivo de la prisión o de la multa.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se puede definir al procedimiento penal como el conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos, que tienen por objeto determinar que hechos pueden ser calificados como delito para, en su caso, aplicar la sanción correspondiente.

SEGUNDA.- El fin general inmediato es la relación a la aplicación de la Ley al caso concreto ya que aquella no contiene sino prevenciones abstractas por lo tanto en el proceso se debe comprobar si el hecho cometido es un delito y si al que se le hace la imputación fue su autor o participe para indagar si el hecho constituye un delito y posteriormente fijar, si esto sucede, la responsabilidad del delincuente.

TERCERA.- Por prisión, se entiende como la pena que mantiene al sujeto recluido en un establecimiento, con fines de castigo, de eliminación del individuo peligroso al respecto al medio social, de inocuización forzosa del mismo mientras dura ese aislamiento, y de readaptación a la vida ordenada, lo que eliminaría su peligrosidad y le capacitaría para volver a vivir libremente en la comunidad de todos los hombres.

CUARTA.- La prisión se descompone en dos modalidades: prisión preventiva y pena de prisión. La reclusión tradicional, durante siglos, fue sobre todo preventiva, esto lo podemos observar de Ulpiano, en las partidas, en Cynus, que asegura: "Cacer intriductus est non ad poenam, zed ad custodiam".

QUINTA.- La Ley Penal para el Estado de Guanajuato contempla ciertos privilegios con los cuales se pretende recompensar a los reos que llevan una buena conducta dentro del Penal, que han cumplido con las dos terceras partes de su sentencia como es el caso de la libertad anticipada, así también como el

presunto responsable puede disfrutar de su libertad bajo caución durante el proceso, otro beneficio puede ser la libertad preparatoria, la cual se concede a los delincuentes cuando ya han cumplido una parte de su condena y observaron en la prisión buena conducta. Entre estos beneficios conmutativos de la pena tenemos también la Semilibertad condicionada, esto con el fin de evitar que sujetos sentenciados y considerados peligrosos estén en contacto con sujetos sentenciados por delitos no considerados como graves además que dicho sujeto haya delinquido por primera vez, pero es muy importante un procedimiento para el otorgamiento de la Semilibertad condicionada el cual propongo en el presente capítulo.

SEXTA.- La libertad provisional bajo protesta es un derecho otorgado al procesado, a quien se le imputa la comisión de un delito que tiene señalada una pena leve, para que obtenga su libertad mediante una garantía de carácter moral, consistente en dar su palabra de honor prometiendo no sustraerse de la acción de la justicia.

SÉPTIMA.- Mi Propuesta consiste en la derogación de la fracción II del artículo 406 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato ya que la misma establece como requisito para su obtención el que el autor del delito debe tener domicilio fijo con antelación no menor de un año, en el lugar de la residencia de la autoridad que conozca del caso. Ya que por un delito que no es considerado como grave me parece poco afortunado que el inculpado no pueda gozar de este beneficio si no llena este requisito, impidiendo la imposición de penas de corta duración y la influencia maléfica que ejercen las prisiones en los delincuentes primarios y en presuntos responsables del delito, porque de esta manera se elimina, para los ocasionales el contagio morboso de las cárceles y así evitar que en estas exista un sobrecupo.

BIBLIOGRAFÍA

ANTOLISEI FRANCISCO. MANUAL DEL DERECHO PENAL. 8ª ed. Ed. UTEHA. BUENOS AIRES UTEHA 1960 p. p. 603

BARRITA LÓPEZ FERNANDO ALBERTO. PRISIÓN PREVENTIVA Y CIENCIAS PENALES. Ed. PORRÚA. MÉXICO 1990. p. p. 214

CASTELLANOS FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. Ed. VIGÉSIMA OCTAVA. Ed. PORRÚA. MÉXICO 1990. p. p. 359

COLÍN SÁNCHEZ GUILLERMO. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. 19ª ed. Ed. PORRÚA. MÉXICO 2006. p. p. 886

FOUCALT MICHEL. VIGILAR Y CASTIGO, NACIMIENTO DE LA PRISIÓN. 14ª ed. Ed. SIGLO VEINTIUNO. MÉXICO 1988. p. p. 314

JIMÉNEZ HUERTA MARIANO. LA TIPICIDAD. 12ª ed. Ed. PORRÚA. MÉXICO 1955. p. p. 325

MAGUIRE, MIKE, MORGAN ROD Y REINER ROBERT. MANUAL DE CRIMINOLOGÍA. GRANDES CLÁSICOS DEL DERECHO. VOLÚMEN 4. Ed. OXFORD, MÉXICO 1999. p. p. 706

MATTIROLO. TRATADO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES II. 5ª ed. Ed. REUS. MADRID 1933. p. p. 1040

MEZGER EDMUND. DERECHO PENAL. CÁRDENAS EDITOR Y DISTRIBUIDOR. MÉXICO 1958. p. p. 450.

OVALLE FAVELA JOSÉ. TEORÍA GENERAL DEL PROCESO 5ª ed. Ed. OXFORD. MÉXICO 2001. p. p. 364

PIÑA Y PALACIOS JAVIER. RECURSOS E INCIDENTES EN MATERIA PROCESAL PENAL Y LA LEGISLACIÓN MEXICANA. 5ª ed. Ed. INDEPAC. MÉXICO 1958. p. p. 221

RIVERA SILVA MANUEL. EL PROCEDIMIENTO PENAL. 34ª ed. Ed. PORRÚA. MÉXICO 2005. P. p. 388

SODI CARLOS FRANCISCO. PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO. 4ª ed.
Ed. PORRÚA. MÉXICO 1957. p. p. 364

VESCOVI ENRIQUE. TEORÍA GENERAL DEL PROCESO. 2ª ed. Ed. TEMIS.
SANTA FE DE BOGOTÁ 1999. p. p. 388

LEGISLACIONES

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.

LEY DE EJECUCIÓN DE SANCIONES PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD PARA
EL ESTADO DE GUANAJUATO.