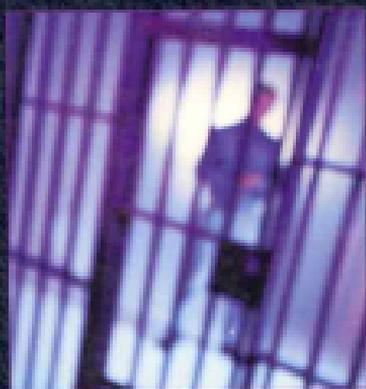


Jorge Alberto Silva Silva

D

erecho
procesal penal

Segunda edición



OXFORD

JORGE ALBERTO SILVA



Licenciado en derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. En esta misma institución, obtuvo la especialidad en ciencias de la educación y la maestría en ciencias y técnicas de la investigación.

Fue juez penal y profesor fundador de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez. Actualmente, es profesor titular de carrera en esta Universidad.

Ha publicado libros y diversos ensayos jurídicos especializados en México y en el extranjero, y ha participado en múltiples eventos académicos.

Es presidente del consejo editorial de la revista jurídica IUS y miembro fundador de la Asociación Nacional de Profesores de Derecho Internacional Privado. Ha obtenido diversos premios entre los que se cuentan la *Presea Académica*, máximo galardón que otorga la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez.

Derecho
procesal penal

OXFORD

UNIVERSITY PRESS

COLECCIÓN TEXTOS JURÍDICOS UNIVERSITARIOS

Derecho

procesal

penal

Segunda edición

Jorge Alberto Silva Silva

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

OXFORD
UNIVERSITY PRESS



Antonio Caso 142, Col. San Rafael,
Delegación Cuauhtémoc, C.P. 06439, México, D.F.
Tel.: 5992 4277, Fax: 5785 5738, e-mail: oxford@oup.mx

Oxford University Press es un departamento de la Universidad de Oxford.
Promueve el objetivo de la Universidad relativo a la excelencia en la investigación, enseñanza
y educación mediante publicaciones en todo el mundo en

Oxford México

Auckland Bangkok Buenos Aires Calcuta Chennai
Ciudad del Cabo Dar-es-Salaam Delhi Estambul Hong Kong
Kuala Lumpur Madrid Melbourne Mumbai Nairobi Nueva York
São Paulo Shanghai Taipéi Tokio Toronto

Oxford es una marca registrada de Oxford University Press en el Reino Unido y otros países.
Publicado en México por Oxford University Press México, S.A. de C.V.

Área: Derecho y Ciencias Sociales
Colección Textos Jurídicos Universitarios

Dirección académica: Leonel Porcuciano Castro
Producción: Antonio Figueroa Hurtado

DERECHO PROCESAL PENAL

Todos los derechos reservados © 1995, respecto a la segunda edición por
Jorge Alberto Silva Silva

Ninguna parte de esta publicación puede reproducirse, almacenarse en un sistema
de recuperación o transmitirse, en ninguna forma ni por ningún medio,
sin la autorización previa y por escrito de
Oxford University Press México, S.A. de C.V.

Las consultas relativas a la reproducción deben enviarse al Departamento de Permisos
y Derivados de Oxford University Press México, S.A. de C.V.,
al domicilio que se señala en la parte superior de esta página.

Miembro de la Cámara Nacional de la Industria
Editorial Mexicana, registro número 725

ISBN 978-613-684-5

Impreso en México Printed in Mexico
Sexta reimpresión de la segunda edición 0706030403

Se terminó de imprimir
en el mes de mayo de 2003 en
Litográfica Impresos, S.A. de C.V.,

Cinteno No. 162-1
Col. Granjas Esmeralda
09818, México, D. F.,
sobre papel Bond Editor Alta Opacidad de 60g

El tiraje fue de 1 000 ejemplares.

*A mi madre, cuya presencia
es mi mayor fortuna*

*A Hilda y a mis hijos,
compañeros de ahora y para siempre,
hasta el fin de mi vida*



PODER JUDICIAL
BIBLIOTECA

" LIC. ARCELO VILLAMUERA "
CD. VICTORIA, TAMP.



JACKSON, MISSISSIPPI
ADVISOR

"MISSISSIPPI GEORGIA CLUB"
1887-1890

ÍNDICE DE CONTENIDO

PRIMERA PARTE	TEORÍA DEL DERECHO PROCESAL PENAL	1
CAPÍTULO 1	INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO PROCESAL PENAL	5
CAPÍTULO 2	EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PROCESO Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL	35
CAPÍTULO 3	ACCIÓN	79
CAPÍTULO 4	JURISDICCIÓN	91
CAPÍTULO 5	PROCESO	101
CAPÍTULO 6	JUZGADOR PENAL Y ÓRGANO DE DECISIÓN	125
CAPÍTULO 7	SUJETO ACTIVO DEL PROCESO (Ministerio Público)	151
CAPÍTULO 8	SUJETO PASIVO DEL PROCESO (al imputado)	177
CAPÍTULO 9	DEFENSOR PENAL	193
SEGUNDA PARTE	ENJUICIAMIENTO PENAL	215
CAPÍTULO 10	PERIODOS DEL PROCEDIMIENTO PENAL	219
CAPÍTULO 11	REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD	229
CAPÍTULO 12	AVERIGUACIÓN PREVIA (instrucción administrativa)	247
CAPÍTULO 13	PROMOCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y QUESTIONES PREJUDICIALES	261
CAPÍTULO 14	INSTRUCCIÓN JUDICIAL	283
CAPÍTULO 15	INSTRUCCIÓN JUDICIAL (preinstrucción)	291
CAPÍTULO 16	DECLARACIÓN PREPARATORIA	301
CAPÍTULO 17	PROCESAMIENTO DEFINITIVO	313
CAPÍTULO 18	ACTOS PRELIMINARES AL DEBATE (inicio del proceso principal)	335
CAPÍTULO 19	DEBATE Y SENTENCIA	363
CAPÍTULO 20	ENJUICIAMIENTOS ESPECIALES	381
CAPÍTULO 21	EJECUCIÓN DE SENTENCIAS	399

TERCERA PARTE	IMPUGNACIÓN	407
CAPÍTULO 22	MEDIOS DE IMPUGNACIÓN	411
CAPÍTULO 23	REMEDIOS PROCESALES	423
CAPÍTULO 24	RECURSOS	433
CAPÍTULO 25	PROCESO IMPUGNATIVO AUTÓNOMO (juicio de amparo penal)	467
CUARTA PARTE	MEDIDAS CAUTELARES	477
CAPÍTULO 26	MEDIDAS CAUTELARES PENALES	481
CAPÍTULO 27	PRIVACIÓN PROVISIONAL DE LA LIBERTAD	491
CAPÍTULO 28	CONTRAGARANTÍAS (medios de obtener la libertad provisional)	513
QUINTA PARTE	PRUEBAS PENALES	535
CAPÍTULO 29	INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROBATORIO	539
CAPÍTULO 30	LOS RELATOS PERSONALES	561
CAPÍTULO 31	DECLARACIÓN DEL IMPUTADO	571
CAPÍTULO 32	DECLARACIÓN DE TESTIGOS (testimonio)	583
CAPÍTULO 33	COMPLEJO DE DECLARACIONES (caso probatorio)	597
CAPÍTULO 34	RECONOCIMIENTO PROBATORIO	605
CAPÍTULO 35	PERITAJE	613
CAPÍTULO 36	CONSTATAción DE DATOS MEDIANTE SU REPRODUCCIÓN (reconstrucción de los hechos)	627
SEXTA PARTE	INCIDENTES	637
CAPÍTULO 37	LA CUESTIÓN INCIDENTAL	641
CAPÍTULO 38	CUESTIONES DE COMPETENCIA Y CAPACIDAD	651
CAPÍTULO 39	CUESTIONES DE ACUMULACIÓN Y ESCISIÓN	667
CAPÍTULO 40	CUESTIONES QUE PARALIZAN EL PROCESO	679
SÉPTIMA PARTE	PROCESO CIVIL RESARCITORIO DEL DAÑO PROVENIENTE DEL DELITO	703
CAPÍTULO 41	INTRODUCCIÓN AL PROCESO RESARCITORIO	706
CAPÍTULO 42	SUJETOS DEL LITIGIO Y DEL PROCESO	733
CAPÍTULO 43	ENJUICIAMIENTO	755
CAPÍTULO 44	MEDIOS IMPUGNATIVOS, MEDIDAS CAUTELARES E INCIDENTES	763
BIBLIOGRAFÍA		795
ÍNDICE ONOMÁSTICO		809
ÍNDICE DE MATERIAS		815

ÍNDICE GENERAL

PRIMERA PARTE TEORÍA DEL DERECHO PROCESAL PENAL	1
CAPÍTULO 1 INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO PROCESAL PENAL	5
1.1 EL SUPUESTO DEL PROCESO PENAL	7
1.2 MEDIOS DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS PENALES	9
A. Autodefensa o autotutela	9
B. Autocomposición	10
C. Proceso jurisdiccional	11
1.3 NECESIDAD DEL PROCESO	13
1.4 UBICACIÓN DEL DERECHO PROCESAL PENAL	14
1.5 DENOMINACIONES	16
1.6 DERECHO PROCESAL PENAL Y UNIDAD DEL DERECHO PROCESAL	17
A. Unidad legislativa	17
B. Unidad académica	18
C. Unidad doctrinal	18
D. Argumentos en pro y en contra de la unidad	18
1.7 RELACIONES DEL DERECHO PROCESAL PENAL	20
A. Filosofía del derecho procesal penal	20
B. Teoría general del proceso	21
C. Práctica forense penal	23
D. Derecho penal	23

1.8 METODOLOGÍA	24
A. Enseñanza	24
B. Conocimiento	25
1.9 FUENTES DEL DERECHO PROCESAL PENAL	27
A. Convenios internacionales	27
B. Leyes internas	28
C. Reglamentos	29
D. Precedentes judiciales	29
E. Usos y costumbres	30
F. La realidad sociojurídica	31
G. Doctrina	31
CAPÍTULO 2 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PROCESO Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL	35
2.1 INTRODUCCIÓN	37
2.2 ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y PROCESO PENAL	38
2.2.1 Época prehistórica	38
A. La solución de los conflictos	39
B. Surgimiento de la función jurisdiccional	40
C. El tránsito de la prehistoria a una nueva época	42
D. Sinopsis	43
2.2.2 Época antigua	43
A. Grecia	44
B. Roma	45
C. Sinopsis	47
2.2.3 Épocas medieval, renacentista y moderna	48
A. Germanos	49
B. Inglaterra	50
C. Cristianismo medieval	51
D. España	52
E. Otras manifestaciones renacentistas y modernas	54
F. Sinopsis	55
2.2.4 Época contemporánea	56
A. Sinopsis	57
2.2.5 Derecho mexicano	57
A. Derecho indígena (época precolonial)	57
B. Derecho indiano (época colonial)	59
C. México independiente	61
D. México actual	63
E. Sinopsis	64
2.3 EVOLUCIÓN DOCTRINARIA	66

2.3.1	Periodos prehistórico y antiguos	66
2.3.2	Judicialismo	66
2.3.3	Prácticas	66
2.3.4	Procedimentalismo	67
2.3.5	Procesalismo	69
2.4	LA DOCTRINA PROCESAL PENAL EN MÉXICO	72
CAPÍTULO 3	ACCIÓN	79
3.1	NOCIÓN	81
	A. Acción punible o delictiva	82
	B. Acción física	82
	C. <i>Jus puniendi</i>	82
	D. Pretensión	83
	E. Demanda penal	84
	F. Querrela y denuncia	85
	G. Satisfacción penal	85
3.2	COROLARIO	85
3.3	SUJETOS DE LA ACCIÓN PROCESAL PENAL	87
3.4	CARACTERES	88
3.5	EL INTERÉS JURÍDICO	89
CAPÍTULO 4	JURISDICCIÓN	
4.1	DELIMITACIÓN CONCEPTUAL	93
	A. Jurisdicción voluntaria	95
	B. Jurisdicción sobre Litigios Penales	97
4.2	ALGUNAS MANIFESTACIONES	98
	A. Resoluciones	98
	B. Medidas de apremio y correcciones disciplinarias	99
CAPÍTULO 5	PROCESO	101
5.1	NOCIÓN	103
5.2	DESLINDE	106
	A. Derecho procesal penal	106
	B. Procedimiento penal	106
	C. Juicio penal	107
5.3	PROBLEMAS FUNDAMENTALES	108
5.4	FINES	108
5.5	NATURALEZA	111
5.6	FORMA	112

5.7	ESPACIO	113
5.8	TIEMPO	113
5.9	COSTO	115
5.10	SUJETOS	116
	A. Partes	118
	B. Capacidad y legitimación procesal	121
	C. Pluralidad de sujetos	123
CAPÍTULO 6 JUZGADOR PENAL Y ÓRGANO DE DECISIÓN		125
6.1	CONCEPTO DE JUZGADOR	127
6.2	CLASIFICACIÓN DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES	128
6.3	ÓRGANO PENAL FEDERAL	130
	A. Suprema Corte de Justicia de la Nación	130
	B. Tribunales Colegiados de Distrito	131
	C. Tribunales Unitarios de Circuito	132
	D. Juzgador de Distrito	132
6.4	ÓRGANO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL	132
	A. Tribunal Superior de Justicia	133
	B. Juzgados penales	133
	C. Juzgados de paz	133
6.5	ÓRGANO PENAL EN LOS ESTADOS	133
	A. Tribunal Superior de Justicia	134
	B. Juzgados	135
6.6	COMPETENCIA Y CAPACIDAD	135
6.7	COMPETENCIA PENAL	137
	A. Grado, jerarquía o instancia	138
	B. Materia	139
	C. Gravedad de la pena	139
	D. Territorio	139
	E. Persona	140
	F. Turno	140
	G. Atractividad o atracción	140
	H. Prevención	141
	I. Elección	141
6.8	NATURALEZA DE LA COMPETENCIA	143
6.9	CAPACIDAD DEL JUZGADOR	144
	A. Capacidad en abstracto	145
	B. Capacidad en concreto	146
6.10	DEFECTO EN LA CAPACIDAD O EN LA COMPETENCIA	147

6.11	RESPONSABILIDAD DEL JUZGADOR Y DEL TRIBUNAL	148
6.12	FUNCIÓN SOCIAL DE LA JUDICATURA PENAL	149
CAPÍTULO 7 SUJETO ACTIVO DEL PROCESO (Ministerio Público)		151
7.1	EL ACUSADOR	153
	A. Acusador privado	153
	B. Acusador público	154
7.2	MINISTERIO PÚBLICO EN MÉXICO	155
7.3	FUNCIONES	157
	A. Instrucción administrativa	157
	B. Auxilio a víctimas	158
	C. Aplicación de medidas cautelares	158
	D. Accionante o requirente	159
	E. Causajurisdiccional	159
	F. Consultor u opinador	160
	G. Vigilancia o fiscalización	160
	H. Elector del tribunal competente	160
7.4	PARTE PROCESAL	161
7.5	NATURALEZA JURÍDICA	163
7.6	PRINCIPIOS	164
	7.6.1 Principios que atañen a la promoción de la acción	164
	7.6.2 Principios que atañen al funcionamiento	165
	A. Unidad o jerarquía	165
	B. Indivisibilidad	166
	C. Independencia	166
	D. Insustituibilidad	167
7.7	MINISTERIO PÚBLICO DE LA FEDERACIÓN	167
	A. Subprocuradores	169
	B. Oficial mayor y Contralor interno	169
	C. Visitador general	169
	D. Directores generales	170
	E. Instituto técnico	170
	F. Delegaciones de circuito	170
7.8	MINISTERIO PÚBLICO DEL DISTRITO FEDERAL	170
	A. Subprocuradores	171
	B. Oficial mayor y Contralor interno	171
	C. Supervisor general	172
	D. Directores generales	172

E. Coordinadores	172
7.9 MINISTERIO PÚBLICO DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS	172
7.10 AUXILIARES DEL MINISTERIO PÚBLICO	173
7.11 POLICÍA JUDICIAL	174
CAPÍTULO 8 SUJETO PASIVO DEL PROCESO (el imputado) ..	177
8.1 CONCEPTO Y DENOMINACIÓN	179
8.2 CAPACIDAD PERSONAL	181
A. Animales	181
B. Muertos	182
C. Personas morales	183
D. Personas físicas	184
a) Edad	184
b) Salud mental	184
c) No adición	184
8.3 LEGITIMACIÓN PROCESAL	185
8.4 NATURALEZA JURÍDICA	185
8.5 SUJETOS PASIVOS PRIVILEGIADOS	187
A. Impunidad	188
B. Inmunidad	188
C. Enjuiciamientos privilegiados	190
D. Tribunal especial	190
8.6 LITISCONSORCIO PASIVO	190
8.7 CARGAS Y PRERROGATIVAS	191
CAPÍTULO 9 DEFENSOR PENAL	193
9.1 DEFENSA PENAL	195
9.2 DERECHO DE DEFENSA	197
9.3 ASISTENCIA DE LA DEFENSA	198
9.4 NATURALEZA DEL DEFENSOR	199
A. Parte o representante	199
B. Procurador o abogado	200
9.5 PRERROGATIVAS	201
9.6 CAPACIDAD	202
9.7 PLURALIDAD DE DEFENSORES Y UNIDAD DE DEFENSA	203
9.8 REGULACIÓN FORMAL DEL CARGO	206
9.9 SISTEMAS DE ASESORAMIENTO	208
9.10 DEFENSORÍA DE OFICIO	209

10.1	A. Defensoría de oficio federal	210
10.2	B. Defensoría de oficio del Distrito Federal	211
10.3	C. Defensorías de oficio estatales	211
9.11	RESPONSABILIDAD	212
 SEGUNDA PARTE ENJUICIAMIENTO PENAL		215
 CAPÍTULO 10 PERIODOS DEL PROCEDIMIENTO PENAL ...		219
10.1	DIVISIÓN DEL ENJUICIAMIENTO	221
10.2	LOS PERIODOS EN LA LEGISLACIÓN	223
10.3	LOS PERIODOS EN MÉXICO, SEGÚN SUS ESTUDIOSOS	224
	A. Manuel Rivera Silva	224
	B. Fernando Arilla Baz	225
	C. Alberto González Blanco	225
	D. Olga Islas y Elpidio Ramírez	225
	E. Juan José González Bustamante	225
	F. Guillermo Colín Sánchez	226
	G. Sergio García Ramírez	226
10.4	COROLARIO	226
 CAPÍTULO 11 REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD		229
11.1	INICIO DE LA INSTRUCCIÓN POLICIAL	231
11.2	ENumeración DE LOS REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD	231
11.3	RESQUISA	232
11.4	FLAGRANCIA	234
11.5	DESCUBRIMIENTO	234
11.6	DELACIÓN	235
11.7	DENUNCIA	236
	A. Acopciones	236
11.8	AUTOACUSACIÓN	237
11.9	EXCITATIVA	237
11.10	QUERRELLA MÍNIMA	238
	A. Naturaleza	239
	B. Querrela y denuncia	241
	C. Sujeto legítimado	241

	D. Efectos de presentación	242
	E. Renuncia y revocación	242
	F. Efectos de la renuncia y la revocación	244
11.11	INSTANZA	244
11.12	LA <i>NOTITIA CRIMINIS</i>	245

CAPÍTULO 12 AVERIGUACIÓN PREVIA (instrucción administrativa) 247

12.1	APERTURA Y CONCEPTO DE LA AVERIGUACIÓN	249
12.2	NATURALEZA JURÍDICA	250
12.3	OBJETO DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA	252
12.4	FUNCIÓN INVESTIGADORA	253
12.5	DIRECCIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA	254
12.6	BASE CONSTITUCIONAL DE LA AVERIGUACIÓN	255
12.7	CONCLUSIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA	256
	A. Archivo	256
	B. Reserva	257
	C. Promoción de la acción	257
12.8	FACULTAD RESOLUTIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO	258

CAPÍTULO 13 PROMOCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y CUESTIONES PREJUDICIALES 261

13.1	SISTEMAS DE PROMOCIÓN DE LA ACCIÓN	263
	A. Promoción particular	263
	B. Promoción oficial	264
	C. Promoción popular	264
	D. Sistema mixto	266
	E. Otros sistemas de promoción	266
13.2	OBLIGATORIEDAD Y DISCRECIONALIDAD	266
13.3	SISTEMA MONOPOLIZADO EN MÉXICO	268
13.4	SISTEMAS DE CONTROL DE LA PROMOCIÓN DE LA ACCIÓN	271
	A. Sistema jerárquico	271
	B. Sistema jurisdiccional	272
	C. Sistema de acción subsidiaria	273
13.5	CUESTIONES PREJUDICIALES	273
	13.5.1 Competencia	275
	13.5.2 Prejudicialidad en México	276

13.2	A. Declaratoria de procedencia o autorización para proceder	277
13.3	B. Nulidad de matrimonio	278
13.4	C. Terminación del juicio calumnioso	279
13.5	D. Quiebra fraudulenta	279
13.6	EFFECTOS DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN	280
13.7		
13.8		
13.9		
14	CAPÍTULO 14 INSTRUCCIÓN JUDICIAL	283
14.1	NOCIÓN	285
14.2	UBICACIÓN	287
14.3	NATURALEZA	287
14.4	FINALIDAD	288
14.5	SUBDIVISIONES	289
14.6		
14.7		
14.8		
14.9		
15	CAPÍTULO 15 INSTRUCCIÓN JUDICIAL (preinstrucción)	291
15.1	UBICACIÓN	293
15.2	PROMOCIÓN DE LA ACCIÓN Y CONSIGNACIÓN	294
15.3	RADICACIÓN	296
15.4	EFFECTOS DE LA RADICACIÓN	296
15.5	PROCESAMIENTO PROVISIONAL	296
15.6	PERSONACIÓN DEL INCUPLADO	296
15.7	CONSIGNACIÓN	299
15.8	DENEGACIÓN DEL PROCESAMIENTO PROVISIONAL	300
15.9		
15.10		
15.11		
15.12		
15.13		
15.14		
15.15		
15.16		
15.17		
15.18		
15.19		
15.20		
15.21		
15.22		
15.23		
15.24		
15.25		
15.26		
15.27		
15.28		
15.29		
15.30		
15.31		
15.32		
15.33		
15.34		
15.35		
15.36		
15.37		
15.38		
15.39		
15.40		
15.41		
15.42		
15.43		
15.44		
15.45		
15.46		
15.47		
15.48		
15.49		
15.50		
15.51		
15.52		
15.53		
15.54		
15.55		
15.56		
15.57		
15.58		
15.59		
15.60		
15.61		
15.62		
15.63		
15.64		
15.65		
15.66		
15.67		
15.68		
15.69		
15.70		
15.71		
15.72		
15.73		
15.74		
15.75		
15.76		
15.77		
15.78		
15.79		
15.80		
15.81		
15.82		
15.83		
15.84		
15.85		
15.86		
15.87		
15.88		
15.89		
15.90		
15.91		
15.92		
15.93		
15.94		
15.95		
15.96		
15.97		
15.98		
15.99		
16	CAPÍTULO 16 DECLARACIÓN PREPARATORIA	301
16.1	NOCIÓN	303
16.2	FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL	303
16.3	NOTIFICACIÓN DE LOS HECHOS	304
	A. Nombre del acusador	305
	B. Naturaleza de la acusación	305
	C. Causa de la acusación	305
	D. Finalidad	306
16.4	EFFECTOS DE LA NOTIFICACIÓN	306
16.5	EMPLAZAMIENTO PARA CONTESTAR	307
16.6	CONTESTACIÓN	307

16.7	RITUAL DE LA AUDIENCIA	309
16.8	DENOMINACIÓN	311
CAPÍTULO 17 PROCESAMIENTO DEFINITIVO		313
17.1	LA RESOLUCIÓN	315
17.2	REQUISITOS	318
17.3	CUERPO DEL DELITO	318
17.4	RESPONSABILIDAD	319
17.5	DESLINDE	320
17.6	OBJETO DEL PROCESO PENAL	321
17.7	VARIACIÓN DEL <i>NOMEN JURIS CRIMINIS</i>	322
17.8	NECESIDAD DE IDENTIFICAR EL OBJETO PROCESAL	324
17.9	EFFECTOS DEL PROCESAMIENTO DEFINITIVO	325
17.10	DENEGACIÓN DEL PROCESAMIENTO DEFINITIVO	326
	A. Naturaleza	326
	B. Efectos	327
17.11	REVOCACIÓN DEL PROCESAMIENTO DEFINITIVO	327
17.12	APERTURA DEL PROCESO	328
17.13	CONCLUSIÓN DEL PERIODO INSTRUCCIONAL	331
17.14	INSERCIÓN DE HECHOS OBJETO DE COGNICIÓN	332
CAPÍTULO 18 ACTOS PRELIMINARES AL DEBATE		
(inicio del proceso principal)		335
18.1	PROCESO PRINCIPAL Y PROCESO PRELIMINAR	337
18.2	NOCIÓN DE JUICIO PENAL	337
18.3	FASES DEL JUICIO O PLENARIO	338
18.4	DESLINDE	339
18.5	CONCLUSIONES DEL ACUSADOR	340
18.6	NATURALEZA DE LAS CONCLUSIONES ACUSATORIAS	341
18.7	LA DEMANDA PENAL	341
18.8	CONTENIDO DE LA DEMANDA PENAL DE FONDO	342
	A. Elemento fáctico	343
	B. Elemento jurídico	344
	C. Elemento pretensional	345
18.9	ACCIÓN PENAL Y DEMANDA	346
18.10	CONTROL DE LOS ACTOS DEL ACUSADOR	348
18.11	OMISIÓN DE CONCLUSIONES	350
18.12	CONTROL DE LAS PRETENSIONES	351
18.13	CONTROL DE LA CAUSA <i>PETENDI</i>	352
18.14	ADMISIÓN DE LA DEMANDA Y SUS EFECTOS	352

18.15 NOTIFICACIÓN, TRASLADO Y EMPLAZAMIENTO	353
18.16 CONCLUSIONES DE LA DEFENSA	355
18.17 ACEPTACIÓN	356
18.18 NEGACIÓN Y OPOSICIÓN	357
18.19 OMISIÓN DE CONCLUSIONES DEL DEMANDADO	358
18.20 RECONVENCIÓN	360
18.21 MODIFICACIÓN DE LA DEMANDA	361
CAPÍTULO 19 DEBATE Y SENTENCIA	363
19.1 EL DEBATE EN AUDIENCIA DE JUICIO	365
19.2 OBJETO DEL DEBATE	366
19.3 CONFIRMACIÓN	366
19.4 FIN DEL DEBATE	367
19.5 FASE CONCLUSIVA O DECISORIA	369
19.6 SENTENCIA	370
19.7 REQUISITOS SUSTANCIALES	371
19.7.1 Congruencia	371
A. Congruencia con los hechos	372
B. Congruencia con la calificación de los hechos	372
C. Congruencia con las pretensiones de las partes	373
D. Congruencia Interna	374
19.7.2 Exhaustividad	375
19.8 ESPECIES DE SENTENCIAS PENALES	375
A. Desestimatorias y absolutorias	376
B. Estimatorias y condenatorias	377
C. Definitivas y ejecutorias	378
19.9 EFECTOS QUE PRODUCE LA SENTENCIA	378
A. <i>Non bis in ídem</i>	379
CAPÍTULO 20 ENJUICIAMIENTOS ESPECIALES	381
20.1 PRESENTACIÓN	383
20.2 ENJUICIAMIENTOS SUMARIOS	384
20.3 ENJUICIAMIENTO SUMARIO EN LO FEDERAL	385
A. Primer grupo de supuestos	385
B. Segundo grupo de supuestos	387
C. Tercer grupo de supuestos	387
D. Tramitación	387

20.4	ENJUICIAMIENTO SUMARIO EN EL DISTRITO FEDERAL	389
20.5	ENJUICIAMIENTO SUMARIO EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS	391
20.6	ENJUICIAMIENTO ANTE JURADO	391
	A. Tipos	392
	B. Supuestos	392
	C. Organización del jurado	392
	D. Ritual	393
20.7	ENJUICIAMIENTO DE INCAPACITADOS MENTALES	394
	A. Incapacidades	394
	B. Ritual	395
	C. Naturaleza	397
20.8	ENJUICIAMIENTOS MILITARES	397
	A. Juicio ante Consejo de Guerra ordinario	397
	B. Juicio ante Consejo de Guerra extraordinario.....	398
CAPÍTULO 21 EJECUCIÓN DE SENTENCIAS		399
21.1	DERECHO PROCESAL Y EJECUCIÓN	401
21.2	NATURALEZA DE LA EJECUCIÓN	402
21.3	TRANSFORMACIÓN DE LA CONDENA	404
21.4	EJECUCIÓN DE SENTENCIA EXTRANJERA	406
TERCERA PARTE IMPUGNACIÓN		407
CAPÍTULO 22 MEDIOS DE IMPUGNACIÓN		411
22.1	NOCIÓN	413
22.2	ESPECIES	414
22.3	REQUISITOS	415
22.4	EFFECTOS	417
	A. Devolutivo	417
	B. Retentivo o conservativo	418
	C. Suspensivo	418
	D. Ejecutivo	419
	E. Extensivo o comunicante	420
	F. Restringido	420
22.5	REVISIÓN EX OFFICIO O AUTOCONTROL	420

CAPÍTULO 23	REMEDIOS PROCESALES	423
23.1	ESPECIES	425
23.2	ACLARACIÓN DE RESOLUCIONES	425
23.3	REVOCACIÓN	427
	A. Objeto	428
	B. Ritual	428
23.4	OPOSICIÓN O RECONSIDERACIÓN	430
CAPÍTULO 24	RECURSOS	433
24.1	NOCIÓN	436
24.2	ESPECIES	437
24.3	APELACIÓN	438
24.3.1	Inconformidad e impugnación	438
24.3.2	Preparación del recurso	441
24.3.3	Preparación de la vista	442
24.3.4	Reexamen del apelante	442
24.3.5	Reexamen del tribunal	443
24.3.6	Nueva decisión	444
24.3.7	Reglas a que se sujeta la nueva decisión	445
	A. <i>Tantum devolutum, quantum appellatum</i>	445
	B. <i>Non reformatio in peius</i>	447
	C. <i>Reformati in beneficium</i>	448
24.3.8	Efectos	448
24.3.9	Procedimiento probatorio	449
24.3.10	Medios anormales de determinación	450
24.4	QUEJA	451
24.4.1	Supuestos	452
	A. Omitir diligenciar un exhorto	452
	B. Omitir la radicación	452
	C. Omitir resolver la petición de orden de aprehensión o de comparecencia	452
	D. Omitir resolución preventiva de agotamiento de la instrucción	453
	E. Omitir resolver acerca de competencia	453
	F. Denegar el recurso de apelación	453
	G. Omitir suspender la ejecución de la resolución apelada	454
	H. Denegación del "Certificado"	454
	I. Otras conductas omisivas	455

24.4.2	Procedimiento	455
24.6	REPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO	455
	A. Apelación y reposición	456
	B. Incidente de nulidad y reposición	456
	C. Naturaleza	457
	D. Objeto	457
	E. Finalidad	458
	F. Supuestos	458
	G. Reinicio	459
24.6	AMPARO-CASACIÓN	459
24.7	REVISIÓN DE SENTENCIA FIRME (reconocimiento de la sentencia)	462
	A. Denominaciones	462
	B. Rehabilitación post-mortem	463
	C. Naturaleza probatoria	463
	D. Restricción probatoria	464
	E. Supuestos	464
CAPÍTULO 25 PROCESO IMPUGNATIVO AUTÓNOMO (juicio de amparo penal)		467
25.1	PROCESO IMPUGNATIVO	469
25.2	CONTROVERSIAS	469
25.3	SUJETOS PROCESALES	470
	A. Demandante	470
	B. Demandado	471
	C. Órgano de la decisión	472
25.4	SUSTANCIACIÓN DEL JUICIO	472
25.5	MEDIDAS CAUTELARES (suspensión)	473
CUARTA PARTE MEDIDAS CAUTELARES		477
CAPÍTULO 26 MEDIDAS CAUTELARES PENALES		481
26.1	PRESENTACIÓN	483
26.2	NOCIONES	484
26.3	CARACTERÍSTICAS	485
26.4	CLASIFICACIÓN	486
26.5	REGULACIÓN EN MÉXICO	487

26.6	MEDIDAS CAUTELARES REALES	488
26.7	MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES	489
CAPÍTULO 27 PRIVACIÓN PROVISIONAL DE LA LIBERTAD 491		
27.1	NOCIÓN	493
27.2	RESPALDO CONSTITUCIONAL	496
27.3	EXCEPCIONES	496
27.4	CASOS	497
27.5	ORDEN DE APREHENSIÓN	498
	A. Prerrequisitos	498
	B. Requisitos	499
	C. Órdenes de comparecencia, captura y acompañamiento	500
	D. Reaprehensión y recaptura	501
	E. Ejecución	501
27.6	FLAGRANCIA	502
	A. Flagrancia estricta	504
	B. Cuasiflagrancia	504
	C. Presunción de flagrancia	504
	D. Formas de flagrancia en la ley	504
27.7	CASO URGENTE	505
27.8	DECLARATORIA DE DETENCIÓN	506
27.8	FORMAL PRISIÓN O RECLUSIÓN PREVENTIVA	507
	A. Delimitación con el procesamiento definitivo	508
	B. Prescindibilidad o imprescindibilidad	509
	C. Plazo de la detención	509
	D. Plazo de la prisión preventiva	511
	E. Revisiones periódicas	512
CAPÍTULO 28 CONTRAGARANTÍAS (medios de obtener la libertad provisional) 513		
28.1	NOCIÓN	515
28.2	LIBERTAD MEDIANTE CAUCIÓN	517
	A. Naturaleza	519
	B. Clasificación	520
	C. Sistemas de otorgamiento	523
	D. Casos y requisitos	524
	E. Monto del importe	525
	F. Cancelación	526
28.3	LIBERTAD MEDIANTE ARRAIGO	527

28.3	A. Arraigo administrativo	528
28.3	B. Arraigo judicial	529
28.4	LIBERTAD MEDIANTE PALABRA	529
	A. Casos y requisitos	530
	B. Aplicación	531
QUINTA PARTE PRUEBAS PENALES		535
CAPÍTULO 29 INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROBATORIO		539
29.1	CONCEPTO	541
29.2	OBJETO DE PRUEBA	543
29.3	MEDIOS	546
29.4	DESTINATARIO	547
29.5	SUJETOS Y CARGAS	547
29.6	PROCEDIMIENTO	550
	A. Ofrecimiento o proposición	551
	B. Recepción o admisión	553
	C. Preparación	554
	D. Desahogo	554
	E. Asunción	555
	F. Evaluación o valoración	555
29.7	VALORACIÓN Y EFICACIA	556
CAPÍTULO 30 LOS RELATOS PERSONALES		561
30.1	MEDIOS DE CONVICCIÓN	563
	A. Tachas	564
	B. Admonición y promesa de veracidad	564
	C. Interrogatorios	565
	D. Retracción y rechazo	567
	E. Eficacia	568
CAPÍTULO 31 DECLARACIÓN DEL IMPUTADO		571
31.1	DECLARACIÓN	573
31.2	CONFESIÓN	573
31.3	PROCEDIMIENTO	575

31.4 VALORACIÓN Y EFICACIA	577
A. Declaración <i>contra reus</i>	577
B. Declaración <i>presunta</i>	579
C. Declaración <i>in favor reus</i>	580
D. Retracción y rechazo	580
CAPÍTULO 32 DECLARACIÓN DE TESTIGOS	
(testimonio)	583
32.1 CONCEPTO	585
A. Testimonio	585
B. Clasificación	586
32.2 TESTIGO	587
32.3 TESTIGO TÉCNICO	589
32.4 PROCEDIMIENTO	590
32.5 VALORACIÓN Y EFICACIA	592
32.6 MOMENTO OPERACIONAL	594
32.7 DECLARACIÓN DEL PRESUNTO OFENDIDO	595
CAPÍTULO 33 COMPLEJO DE DECLARACIONES	
(careo probatorio)	597
33.1 CONCEPTO	599
A. Careo constitucional	599
B. Careo probatorio	600
C. Careo ficto o supletorio	601
33.2 NATURALEZA DE LAS DECLARACIONES	602
33.3 PROCEDIMIENTO	603
33.4 VALOR Y EFICACIA	604
33.5 OPORTUNIDAD PROCESAL	604
CAPÍTULO 34 RECONOCIMIENTO PROBATORIO	605
34.1 CONCEPTO	607
34.2 ESPECIES	608
34.3 RECONOCIMIENTO DE LUGARES	608
34.4 RECONOCIMIENTO DE COSAS	608
34.5 RECONOCIMIENTO DE PERSONAS (confrontación)	609
34.6 RECONOCIMIENTO JUDICIAL (inspección judicial)	610
34.7 RECONOCIMIENTO ADMINISTRATIVO	611

CAPÍTULO 35 PERITAJE	613
35.1 CONCEPTO	616
35.2 PERITO Y PERICIA	617
35.3 OBJETO	618
35.4 PERITACIÓN Y EXPERIMENTACIÓN	620
35.5 PROCEDIMIENTO	621
35.6 VALOR Y EFICACIA	628
CAPÍTULO 36 CONSTATAción DE DATOS MEDIANTE SU REPRODUCCIÓN (reconstrucción de los hechos)	627
36.1 MARCO TEÓRICO	629
36.2 CONCEPTO	630
36.3 NATURALEZA	632
36.4 PROCEDIMIENTO	633
36.5 OPORTUNIDAD PROCESAL	635
SEXTA PARTE INCIDENTES	637
CAPÍTULO 37 LA CUESTIÓN INCIDENTAL	641
37.1 CONCEPTO	643
37.2 PROCEDIMIENTO O CUESTIÓN	644
37.3 CUESTIONES PRINCIPAL E INCIDENTAL	644
37.4 DELIMITACIONES	645
37.5 ESPECIES	646
37.6 REGLAS GENERALES	648
CAPÍTULO 38 CUESTIONES DE COMPETENCIA Y CAPACIDAD	651
38.1 CUESTIONES DE COMPETENCIA	653
A. Inhibitoria	656
B. Declinatoria	658
38.2 CUESTIONES DE CAPACIDAD	660
A. Excusa	662
B. Recusación	662

CAPÍTULO 39	CUESTIONES DE ACUMULACIÓN Y ESCISIÓN	667
39.1	ACUMULACIÓN	670
	A. Tipos de acumulación	670
	B. Supuestos	671
	C. Excepciones	672
	D. Ritual	673
39.2	ESCISIÓN PROCESAL	674
	A. Supuestos	676
	B. Ritual	678
CAPÍTULO 40	CUESTIONES QUE PARALIZAN EL PROCESO	679
40.1	PARALIZACIÓN TEMPORAL DEL PROCEDIMIENTO	682
40.1.1	Interrupción del procedimiento	684
	A. Caso de los incapacitados mentales	685
	B. Devanamiento de pruebas sobre responsabilidad	686
40.1.2	Suspensión del procedimiento	690
40.1.3	Reanudación del procedimiento	691
40.1.4	Ritual	692
40.2	PARALIZACIÓN DEFINITIVA DEL PROCESO	693
40.2.1	Formas de terminación del proceso	695
40.2.2	Casos de sobreseimiento	698
	A. Abandono de la acusación	698
	B. Litispendencia	697
	C. Cosa juzgada	697
	D. Desistimiento del derecho, de la pretensión o de la acción	698
	E. Prescripción del derecho	699
	F. Transacción	699
	G. No calificación de delictuosidad	699
	H. Muerte del inculcado	700
	I. Inviolabilidad o impunidad	700
	J. PAGO DEL DAÑO	701
	K. OTROS CASOS	701
40.2.3	Ritual	701
40.2.4	Efectos	702
SÉPTIMA PARTE	PROCESO CIVIL RESARCITORIO DEL DAÑO PROVENIENTE DEL DELITO	703

CAPÍTULO 41 INTRODUCCIÓN AL PROCESO RESARCITORIO	706
41.1 EL CONFLICTO COMO SUPUESTO Y SU SOLUCIÓN	709
A. Relación material sustancial	709
B. Solución de los conflictos	710
C. Necesidad del proceso	712
41.2 ACCIÓN Y PRETENSION	715
41.3 CONFUSIÓN DE PRETENSIONES (CIVILES Y PENALES)	716
41.4 DESLINDE	717
41.5 INTERRELACIONES	719
41.6 CONEXIDAD	720
A. Relación accesorio-principal	722
B. Identidad en la causa	723
41.7 ACUMULACIÓN	724
41.8 COMPETENCIA JUDICIAL	725
A. Atracción	725
B. Regulación normativa	726
C. Competencia concurrente	726
41.9 REGLAMENTACIÓN DEL ENJUICIAMIENTO	727
41.10 ESTUDIOS EN MÉXICO	729
A. Fernando Arilla Bas	729
B. Juan José González Bustamante	729
C. Guillermo Colín Sánchez	729
D. Alberto González Blanco	730
E. Manuel Rivera Silva	730
F. Javier Piña y Palacios	730
G. Guillermo Borja Osorno	731
H. Sergio García Ramírez	731
I. Humberto Briseño Sierra	732
J. Héctor Fix Zamudio	732
CAPÍTULO 42 SUJETOS DEL LITIGIO Y DEL PROCESO	733
42.1 PARTES	735
42.2 SUJETO ACTOR	736
A. Actor material	737
B. Actor formal	737
C. Actor civil	740
D. Actor popular	742
E. Actor público	742

42.3	SUJETO DEMANDADO	748
	A. Responsable civil	748
	B. El demandado	747
42.4	CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN	748
42.5	LITISCONSORCIO	749
42.6	COADYUVANCIA Y REPRESENTACIÓN	750
CAPÍTULO 43 ENJUICIAMIENTO		755
43.1	NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO	757
43.2	MOMENTO OPERACIONAL	759
43.3	CLASIFICACIÓN	760
43.4	ENJUICIAMIENTO PRIVATIZADO O CIVILIZADO	761
	A. Demanda	763
	B. Contestación	764
	C. Pruebas	767
	D. Alegatos	768
43.5	ENJUICIAMIENTO PENALIZADO	768
	43.5.1 PROCESO PRELIMINAR	771
	43.5.2 PROCESO PRINCIPAL	772
	A. Demanda	772
	B. Contestación	774
	C. Pruebas	775
	D. Alegatos	775
43.6	SENTENCIA	775
43.7	COSA JUZGADA	778
43.8	EJECUCIÓN	779
CAPÍTULO 44 MEDIOS IMPUGNATIVOS, MEDIDAS CAUTELARES E INCIDENTES		783
44.1	MEDIOS IMPUGNATIVOS	785
	A. Oposición o reconsideración ante el procurador	786
	B. Apelación	786
	C. Amparo-casacional	788
	D. Amparo biinstancial	789
44.2	MEDIDAS CAUTELARES	790
	A. Embargo	791
	B. Contragarantía	792
	C. Reivindicación provisoria	792
44.3	INCIDENTES	793

BIBLIOGRAFÍA	795
ÍNDICE ONOMÁSTICO	809
ÍNDICE DE MATERIAS	815

CONTENIDO DE LOS VOLUMENES DE LA COLECCIÓN

VOLUMEN I. <i>Historia de la literatura española</i>	1-12
VOLUMEN II. <i>Historia de la literatura española</i>	13-24
VOLUMEN III. <i>Historia de la literatura española</i>	25-36
VOLUMEN IV. <i>Historia de la literatura española</i>	37-48
VOLUMEN V. <i>Historia de la literatura española</i>	49-60
VOLUMEN VI. <i>Historia de la literatura española</i>	61-72
VOLUMEN VII. <i>Historia de la literatura española</i>	73-84
VOLUMEN VIII. <i>Historia de la literatura española</i>	85-96
VOLUMEN IX. <i>Historia de la literatura española</i>	97-108
VOLUMEN X. <i>Historia de la literatura española</i>	109-120
VOLUMEN XI. <i>Historia de la literatura española</i>	121-132
VOLUMEN XII. <i>Historia de la literatura española</i>	133-144
VOLUMEN XIII. <i>Historia de la literatura española</i>	145-156
VOLUMEN XIV. <i>Historia de la literatura española</i>	157-168
VOLUMEN XV. <i>Historia de la literatura española</i>	169-180
VOLUMEN XVI. <i>Historia de la literatura española</i>	181-192
VOLUMEN XVII. <i>Historia de la literatura española</i>	193-204
VOLUMEN XVIII. <i>Historia de la literatura española</i>	205-216
VOLUMEN XIX. <i>Historia de la literatura española</i>	217-228
VOLUMEN XX. <i>Historia de la literatura española</i>	229-240
VOLUMEN XXI. <i>Historia de la literatura española</i>	241-252
VOLUMEN XXII. <i>Historia de la literatura española</i>	253-264
VOLUMEN XXIII. <i>Historia de la literatura española</i>	265-276
VOLUMEN XXIV. <i>Historia de la literatura española</i>	277-288
VOLUMEN XXV. <i>Historia de la literatura española</i>	289-300
VOLUMEN XXVI. <i>Historia de la literatura española</i>	301-312
VOLUMEN XXVII. <i>Historia de la literatura española</i>	313-324
VOLUMEN XXVIII. <i>Historia de la literatura española</i>	325-336
VOLUMEN XXIX. <i>Historia de la literatura española</i>	337-348
VOLUMEN XXX. <i>Historia de la literatura española</i>	349-360
VOLUMEN XXXI. <i>Historia de la literatura española</i>	361-372
VOLUMEN XXXII. <i>Historia de la literatura española</i>	373-384
VOLUMEN XXXIII. <i>Historia de la literatura española</i>	385-396
VOLUMEN XXXIV. <i>Historia de la literatura española</i>	397-408
VOLUMEN XXXV. <i>Historia de la literatura española</i>	409-420
VOLUMEN XXXVI. <i>Historia de la literatura española</i>	421-432
VOLUMEN XXXVII. <i>Historia de la literatura española</i>	433-444
VOLUMEN XXXVIII. <i>Historia de la literatura española</i>	445-456
VOLUMEN XXXIX. <i>Historia de la literatura española</i>	457-468
VOLUMEN XL. <i>Historia de la literatura española</i>	469-480
VOLUMEN XLI. <i>Historia de la literatura española</i>	481-492
VOLUMEN XLII. <i>Historia de la literatura española</i>	493-504
VOLUMEN XLIII. <i>Historia de la literatura española</i>	505-516
VOLUMEN XLIV. <i>Historia de la literatura española</i>	517-528
VOLUMEN XLV. <i>Historia de la literatura española</i>	529-540
VOLUMEN XLVI. <i>Historia de la literatura española</i>	541-552
VOLUMEN XLVII. <i>Historia de la literatura española</i>	553-564
VOLUMEN XLVIII. <i>Historia de la literatura española</i>	565-576
VOLUMEN XLIX. <i>Historia de la literatura española</i>	577-588
VOLUMEN L. <i>Historia de la literatura española</i>	589-600

PRÓLOGO

En nuestro país, el estudio del derecho procesal penal, con las salvedades que más adelante señalaremos, ha permanecido un tanto al margen de los avances que se han venido operando en esta materia, particularmente en los Estados de democracia occidental.

— Son varios los factores que han contribuido a esta situación. No es éste el lugar más adecuado para analizar cada uno de ellos; sin embargo, si estimamos oportuno señalar algunos de los que más han influido y continúan incidiendo para mantener en una situación de atraso a la doctrina procesal penal.

En primer término, la Inquisición colonial dejó en nuestro país, a pesar del tiempo transcurrido desde su abolición formal, una serie de prácticas y actitudes que no sólo se manifiestan en las investigaciones policíacas o en el desarrollo de la averiguación previa y del proceso penal, sino que han llegado a filtrarse en no pocas tesis jurisprudenciales y en algunas obras doctrinales.

Varios libros sobre esta materia mantienen todavía una orientación *procedimentalista*, y en algunos aspectos asumen actitudes y valores que corresponden a esa tradición inquisitoria. Tal es el caso, por ejemplo, del conocido libro de Guillermo Colín Sánchez, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, en el que el autor sostiene la siguiente opinión acerca del principio de la presunción de inocencia: "Como resabio de la ideología liberal e individualista, aún existe quien ingenuamente estime que debe prevalecer la presunción de inocencia en favor del supuesto sujeto activo del delito, mientras no se haya dictado sentencia definitiva. Esta consideración carece de base legal y doctrinaria..."

Es evidente que este principio careció de base legal y doctrinaria durante la Inquisición. Pero no se puede desconocer que dicho principio ha sido una de las bases fundamentales del proceso penal que surgió a partir de la Revolución Francesa, y que se ha desarrollado en los Estados democráticos. Tampoco se puede ignorar que el principio de la presunción de inocencia ha sido incorporado al derecho mexicano, pues se encuentra previsto en los artículos 11.1 de la

Declaración Universal de los Derechos Humanos, 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, documentos internacionales que fueron suscritos y ratificados por los órganos competentes del Estado Mexicano, en los términos del artículo 133 constitucional.

Por esta razón estimamos que no se puede desconocer la vigencia de este principio; que no es válido tratar de ignorarlo por opiniones personales, y que una de las grandes tareas de la doctrina procesal penal mexicana consiste precisamente en señalar las modificaciones concretas que deben practicarse en los ordenamientos procesales penales, para hacer efectivo un principio que sí está vigente en nuestro derecho y que merece y debe ser acatado.

Como consecuencia de esta tradición inquisitoria, hay en la práctica y el estudio de esta materia, lo que válidamente podríamos denominar una "cultura autoritaria". Esta cultura se expresa sobre todo en el gran desfase que se da entre el proceso penal acusatorio previsto en la Constitución Política y el proceso penal "mixto", con marcado predominio de la averiguación previa, que regulan las leyes procesales. También se manifiesta en el papel dominante del Ministerio Público, cuyos no ejercicio de la acción penal, desistimiento de ésta, promoción del sobreseimiento y formulación de conclusiones "no acusatorias", no están sujetos al principio de legalidad, pues están sustraídos a la revisión del juez. En la doctrina, esta cultura autoritaria se advierte en la indiferencia o el acriticismo con que son vistos este desfase constitucional o el desbordamiento de las funciones que deben corresponder a cada uno de los sujetos procesales.

Fronte a esa tradición inquisitoria y a esa cultura del autoritarismo, corresponde a la doctrina procesal penal contemporánea propugnar porque las leyes, la jurisprudencia y la práctica se adecuen, cada vez más, al proceso acusatorio previsto en la Constitución; y fomentar una cultura de respeto y protección a los derechos humanos. La averiguación previa y el proceso penal deben ser considerados no sólo como medios legítimos de lucha contra el crimen, sino también como instrumentos de tutela de los derechos humanos, porque la sociedad está tan interesada en que se castigue a los culpables como en que se absuevra a los inocentes. Montesquieu afirmaba con toda razón que "la injusticia cometida contra uno sólo, es una amenaza para todos". Y la Bruyere expresaba: "Un culpable castigado es un ejemplo para los canallas; un inocente condenado es una preocupación para todos los hombres honrados."

La búsqueda de certeza de los hechos delictivos y la determinación de los responsables no son, ni deben ser, incompatibles con el respeto de los derechos y la dignidad del inculpaado. Por el contrario, el uso de la violencia física o moral no es ninguna garantía de certeza y puede conducir a la fabricación de culpables y a toda clase de atropellos. El juicio de reproche de la sociedad hacia el culpable, debe llevarse a cabo por métodos irreprensibles, por medios irreprochables. Es evidente que no se puede ni se debe combatir el crimen con

otro crimen; lo antijurídico con la ilegalidad; ni la injusticia con otra injusticia.

Para llevar a cabo estas tareas, la doctrina procesal penal mexicana no tiene que empezar de cero. Existen pocas pero muy valiosas obras, que han hecho contribuciones muy importantes a la crítica de la tradición inquisitoria, al desarrollo del procesalismo moderno y a la defensa de los derechos humanos.

En este sentido, debemos mencionar el libro de Juan José González Bustamante, *Principios de derecho procesal penal mexicano*, cuya primera edición data de 1940. Esta obra pionera tuvo, entre otros méritos, el de exponer con gran precisión el desarrollo histórico del proceso penal, para explicar su situación de entonces; el de utilizar el conocimiento de la historia para precisar el significado y la finalidad de las instituciones procesales contemporáneas. En la amena y clara exposición de González Bustamante, se percibía una concepción democrática del proceso penal: "... si el Estado impusiese sanciones de una manera irregular, sin sujeción a las leyes del procedimiento, se consagraría el imperio irracional de la fuerza".

El libro de Sergio García Ramírez, *Curso de derecho procesal penal*, publicado por primera vez en 1974, significó la incorporación definitiva del derecho procesal penal mexicano al procesalismo contemporáneo. García Ramírez, uno de los más brillantes discípulos del gran procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, superó cabalmente el viejo procedimentalismo y ofreció la exposición más completa y sistemática del derecho procesal penal mexicano. En su obra, García Ramírez pone de manifiesto también una constante preocupación por la adecuación de los ordenamientos procesales penales a los preceptos constitucionales.

El tema de las garantías constitucionales del proceso penal ha sido abordado por varios autores mexicanos. Sin embargo, nos parece que el libro más completo y mejor escrito sobre la materia, es el de Jesús Zamora-Pierce, *Garantías y proceso penal*, publicado originalmente en 1964. El libro de Zamora-Pierce (cuya tercera edición fue dada a conocer en 1988), contiene un claro y riguroso análisis de los derechos fundamentales establecidos en los artículos 19, 20 y 23 de la Constitución Política y en los tratados internacionales (la presunción de inocencia), así como una sólida crítica a los diversos criterios de interpretación que, sobre dichos preceptos ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de su jurisprudencia. Esperamos una cuarta edición en la que el autor incluya las demás garantías constitucionales del proceso penal.

El libro de Jorge Alberto Silva, *Derecho procesal penal*, que ahora prologamos, se ubica dentro de las orientaciones de las obras que hemos mencionado. En la primera parte, el autor aborda la teoría del derecho procesal, en la que precisa las relaciones entre el estudio del derecho procesal penal y la teoría general del proceso; examina la evolución histórica del proceso y de la administración de justicia penales y analiza los conceptos fundamentales de

cción, jurisdicción y proceso, así como los sujetos procesales. De este modo, Jorge Alberto Silva, quien también es autor de una *Teoría del derecho procesal penal* y de un *Código Federal de Procedimientos Penales* comentado (publicado por esta misma casa editorial), consolida la corriente del procesalismo dentro del estudio del derecho procesal penal.

Las demás partes corresponden, en cierto sentido, al desarrollo cronológico del proceso penal. Así, el autor dedica la segunda parte de su libro al estudio del enjuiciamiento penal, incluyendo tanto la averiguación previa como el proceso penal propiamente dicho. En esta parte, el autor también alude a los enjuiciamientos especiales y a la ejecución de sentencias.

Los medios de impugnación, las medidas cautelares, las pruebas penales y los incidentes son objeto de estudio de las partes tercera, cuarta, quinta y sexta, respectivamente.

Por último, mención especial merece la séptima parte, en la que Jorge Alberto Silva hace un valioso análisis del proceso civil resarcitorio del daño proveniente del delito. Éste es uno de los temas menos estudiados por parte de la doctrina procesal penal mexicana, por lo que resulta de gran utilidad el amplio espacio que le dedica el autor.

De la lectura de la obra se advierte un manejo preciso y documentado de cada uno de los temas; un estilo ágil y claro que va llevando al lector con facilidad por los problemas esenciales del derecho procesal penal mexicano. El autor muestra un conocimiento completo y maduro de la doctrina no solo mexicana sino también extranjera. De esta manera, junto a los autores mexicanos más destacados, vemos citar a los más relevantes procesalistas de otros países.

Por estas razones, nos congratulamos por la publicación de esta nueva obra de Jorge Alberto Silva, que continúa y enriquece el desarrollo del procesalismo mexicano en materia penal.

JOSÉ OVALLE FAVELA

NOTAS AL LECTOR

Un ideal de todo profesor universitario es escribir un libro. Así, desde que nos iniciamos en la labor docente, nos alienta la esperanza de redactar un trabajo para nuestros alumnos. Muchos nos quedamos rezagados, esperando el momento propicio para comenzar y nunca lo hacemos, en tanto que otros empezamos precipitadamente.

En nuestro caso, durante largo tiempo (desde hace casi 19 años) deseamos elaborar un texto de carácter didáctico que pudiera ser útil a nuestros alumnos. Incluso llegamos a redactar uno, que entró en los talleres de imprenta, pero ya revisadas las galeras, ocurrieron algunos cambios en la legislación que nos obligaron a pedir el aplazamiento de la impresión. Más tarde, encontramos que algunas ideas planteadas ya no concordaban con lo que pensábamos, y al final, con el paso del tiempo, retiramos el trabajo presentado y decidimos comenzar desde el principio.

La estructuración del programa y la distribución del material fueron realizándose a lo largo de algunos años, ya corrigiendo rumbos, rectificando, sopesando las experiencias obtenidas, sometiendo a revisión la organización, hasta que por fin creímos oportuno comenzar a escribir nuevamente la obra.

Cuando ya teníamos el programa de estudio, comenzamos a reunir el material bibliográfico que nos permitiera darle la forma y el contenido correctos. La recolección de datos insumió varios años, y la sola redacción nos ha llevado poco más de tres años. La revisión ha sido constante y para afinar detalles permanentemente hemos intercambiado puntos de vista con destacados expertos procesalistas de diversas universidades.

Es evidente que la elaboración de esta obra se basa en una cuidadosa planificación, en la que hemos considerado el perfil profesional de la carrera; el objetivo general de este curso, así como los objetivos particulares y específicos que deseamos sean alcanzados por el alumno.

Originalmente, esta obra se diseñó para que formara parte del apéndice

de nuestra tesis de maestría, en la que deseábamos aportar algunos datos en relación con el libro de texto didáctico para los estudiantes de derecho; tesis que a causa de la amplitud en la investigación y de razones administrativas en la maestría, no pudimos presentar, debiendo sustituir el procedimiento de titulación. De cualquier manera, estamos seguros de que el marco teórico correspondiente a un libro de texto didáctico para los estudiantes de derecho, subyace en la presente obra.

Siguiendo los lineamientos que caracterizan a todos los libros de texto que forman el acervo de la empresa editora que nos acoge por segunda ocasión, en esta obra se detallan los objetivos particulares que el estudiante debe alcanzar.

Cabe aclarar que al inicio de cada una de las siete partes que conforman el texto sólo se enumeran los objetivos particulares y no los específicos. Advertimos a la vez que este libro no tendrá utilidad sin un instructor que establezca los procedimientos, determine las actividades, propicie la autorvaluación e induzca a sus alumnos al cambio social.

Los objetivos instruccionales consisten en las metas que tanto la institución como el profesor desean sean alcanzadas por el alumno. El profesor, dependiendo de las circunstancias en que el grupo se desarrolla (ambientales, nivel intelectual de los estudiantes, etc.) y de las particulares de cada alumno, debe diseñar los procedimientos o métodos necesarios para lograr los objetivos.

Los objetivos que se describen, consisten en las conductas generales que el estudiante debe adquirir en las condiciones que fije el instructor y mediante los procedimientos o estrategias que éste determine. De cualquier manera, sugerimos al estudiante que periódicamente confronte los objetivos planteados con los resultados obtenidos.

Por lo pronto, como objetivo general, este curso pretende que el alumno conozca, según el marco teórico y conceptual de la teoría general del proceso, las instituciones y los procedimientos del proceso penal mexicano, lo mismo que su aplicación.

Como se advertirá en la lista de objetivos, se ha prestado más atención al área cognoscitiva que a la afectiva o psicomotora, especialmente en las categorías de conocimiento, comprensión y aplicación. En los niveles de análisis, síntesis y evaluación no se ahonda, ya que estos niveles suelen ser procurados en la especialidad, maestría y doctorado y no precisamente en la licenciatura (aunque sería deseable, que es donde el alumno apenas se inicia en el conocimiento del derecho procesal penal).

A la técnica que obliga a especificar objetivos se le ha criticado ya que obedece a una mera dirección conductista y descontextualizada del ambiente social e histórico. Para remediar esto, el discurso hace alusión a diversos elementos que el instructor o profesor deben considerar para establecer los mecanismos idóneos a fin de que el estudiante busque en la realidad nuevos objetos a los cuales aplicar lo aprendido, así como nuevos objetos de conocimiento.

Ya no está en discusión la importancia de esta disciplina dentro del currículo.

lo del aspirante a jurista, pero es menester recordarle que no bastan el deseo de obtener un título profesional y el interés por aprender la materia; es necesario que el estudiante se convenza de la importancia que tiene conocer esta rama del derecho procesal, como uno de tantos elementos indispensables para ser jurista.

Este curso de derecho procesal penal —como disciplina especial que se enfoca al estudio del derecho procesal penal positivo— tiene como principal objeto de estudio a la legislación federal, no sólo por su aplicación en todo el territorio nacional, sino también por ser una legislación adoptada por las diversas leyes estatales, porque hasta este momento representa (dada la enormidad de reformas que ha sufrido) un nuevo espíritu en el campo del procesalismo. Desde luego, esta prioridad no significa olvidar la legislación distrital, que también es objeto de este curso.

Por lo que hace a las leyes estatales, sólo en algunas ocasiones recurrimos a ellas con propósitos comparativos, buscando la mayor comprensión del asunto tratado, y acaso el perfeccionamiento del dispositivo correspondiente.

El trabajo, redactado en forma de guión y de manual, al que se le agregan diversos apoyos y recursos didácticos, pretende —además de informar de lo que existe en el derecho procesal penal positivo— formar al estudiante en esta disciplina.

Gran parte de la obra está dedicada al conocimiento de los marcos teóricos y conceptuales. Se plantean así, de manera esquemática, las diversas posiciones que en torno a un tema han adoptado los versados, procurando, en la medida de lo posible, no tomar partido, salvo cuando de la posición adoptada dependa el desarrollo de ulteriores exposiciones o cuando la idea presentada ya se haya abandonado o superado.

Tal vez sea cierto que los grandes problemas teóricos que han inquietado a los juristas raramente han conmovido a los tribunales y postulantes. El trabajo que presentamos procura llevar algunas de esas inquietudes al alumno que más tarde será postulante, juzgador, legislador o investigador.

En el desarrollo del texto, no es nuestra intención dar a conocer datos nuevos o elaborados por nosotros, pues no se trata de presentar un material único de investigación, sino de asuntos ya conocidos. Si acaso contiene algo nuestro, es lo que se filtra al deslizarse la idea a la pluma.

En ningún momento nos propusimos analizar detalles y minucias, y tampoco aludir a la práctica forense, ni realizar mera exégesis de preceptos, porque deliberadamente no quisimos hacer una obra exegética, ni de derecho penal sustantivo, ni el simple análisis del código procesal.

Aunque en algunos temas nos atrevemos a opinar, en la gran mayoría sólo exponemos lo que sobre el particular ya se ha dicho, quizá contradictoriamente. No opinamos por varias razones: porque cuando hay contradicciones en los puntos de vista de los juristas, y consideramos que las posiciones están equilibradas (en virtud del número o fuerza de sus proponentes), así lo expresamos,

cuidando de no traslucir lo que sería nuestro partido. En otras ocasiones, tampoco abonamos particulares puntos de vista, porque formados como estamos en la metodología científica, nos disgustaría exponer sólo hipótesis de trabajo, confundiéndonos (como suele ocurrir en muchos escritores) con verdaderas conclusiones de investigación.

Cuando afirmamos o refutamos una determinada idea es porque ya fue rechazada históricamente por algún investigador, o porque ya hemos llegado a la conclusión mediante un método científico de comprobación lógica.

Estamos conscientes de que todo conocimiento científico es relativo; que lo que que hoy se dice, mañana seguramente será rebatido y mejorado. No obstante, este libro está elaborado para que el estudiante pase de la ignorancia del derecho procesal penal, hacia la duda, la sospecha, la opinión y, por último, a la certeza de aprender acerca de un nuevo objeto de conocimiento.

Las gráficas de flujo, los organigramas, las tablas comparativas e incluso los cuadros sinópticos tratan de equilibrar la proporción entre el trabajo teórico y el práctico, así como entre análisis y síntesis.

En general, se procura dar una visión de conjunto sobre problemas y tendencias de la ciencia procesal penal en el tratamiento del litigio penal.

El libro podrá verse voluminoso, pero hemos tratado que no resulte complicado ni atiborrado de datos. El lenguaje que se utiliza es sencillo, y las gráficas sólo reiteran y sintetizan lo ya escrito y analizado.

Siete son las partes en que está dividido el texto. Esta estructura obedece a una división de las experiencias lógicas del aprendizaje que se dirige al objetivo terminal de la disciplina. Tiene en cuenta, asimismo, el programa oficial aprobado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, que es el programa modelo de casi todas las universidades del país.

Algunos de los elementos que se presentan realmente no pertenecen al derecho procesal penal. Tal es el caso de la noción de cuerpo del delito, que por desgracia los penalistas no abordan, a pesar de que corresponde a su área y no a la procesal; igualmente ocurre con algunas consideraciones acerca de la ejecución de sentencias penales. Estos temas se abordan sólo para complementar el plan de estudios vigente.

La primera parte se dedica prácticamente a retroalimentar al estudiante en cuestiones elementales de la teoría general del proceso, que resultan indispensables para poder penetrar a la disciplina especial del proceso penal positivo.

En la segunda parte se pretende explicar el ritual del enjuiciamiento penal en primera instancia, desde que se tiene la *notitia criminis* hasta la sentencia, procurando no confundir los procedimientos incidentales y los procedimientos cautelares, que en otros textos se entremezclan.

La tercera parte se refiere a los procedimientos de impugnación, y en ella se siguen la clasificación de Guasp y las ideas dominantes entre los procesalistas mexicanos.

En la cuarta parte se abordan las medidas cautelares y sus procedimientos.

tes, en especial las privativas de libertad, y se tratan asimismo las contragarantías, principalmente la caución.

La quinta parte se enfoca al tema probatorio y los procedimientos que suelen ser más empleados en el enjuiciamiento penal. Como se advertirá, se procura caracterizar en su dimensión el valor y la eficacia de los relatos personales, que en la práctica tienen tanta importancia. En esta parte, se dejan entrever los lineamientos de la investigación científica.

En la sexta parte se abordan las cuestiones incidentales que suelen presentarse durante la marcha normal del enjuiciamiento penal y su tratamiento.

La séptima parte prácticamente corresponde a un tema poco visto en los libros de texto mexicanos dedicados al derecho procesal penal: el enjuiciamiento civil derivado del delito, conexo al enjuiciamiento penal, con la aclaración de que éste se presenta, no en calidad de un mero procedimiento incidental, sino como un verdadero proceso.

Se puede advertir que este trabajo se ha concebido como texto didáctico destinado a los alumnos de derecho procesal penal en el nivel de licenciatura. Entonces, que los investigadores o los profesionales nos disculpen si aquí no presentamos doctrinas totalmente explicadas, o recetas para triunfar ante los tribunales.

Si alguien quiere ver en estas notas alguna aportación nuestra, le decimos que las mismas no están acabadas, ni éste es el medio para dar a conocer ideas propias. Es cierto que se encontrarán cuestiones novedosas, raras, seguramente interesantes, posiblemente aceptables, discutibles —tal vez alguien dirá inclusive que son lógicas—, pero las ideas que aquí se plasman sólo son las que trascienden al esquema en conjunto, y no explicaciones refinadas acerca de lo que pensamos.

El libro tampoco está hecho para especializar estudiantes en derecho procesal penal, sino para proporcionarles una guía o idea general de lo que es el derecho procesal penal, vale decir, los conocimientos mínimos que debe poseer quien aspire a ser un profesional del derecho.

Es importante aclarar que este libro está diseñado para ser consultado a lo largo del curso escolar y no para “estudiarlo” al final del mismo. Es un libro cuya lectura y análisis deben ser graduales, de manera que no podrá leerse rápidamente y sólo para acreditar el curso. Tampoco es un manual para preparar el examen final. El deseo del alumno por conocer la materia debe reforzarse mediante la autodisciplina del estudio persistente y paulatino, lo cual implica leer y releer determinados temas y reflexionar sobre ellos.

Aunque se dice que en los libros no debe subrayarse, haríamos una excepción con los de texto, sobre todo por constituir un medio de apoyo para el aprendizaje. Así, recomendamos:

- a) Subrayar con un color todas las definiciones y conceptos,
- b) Subrayar con otro color la idea del párrafo,
- c) Anotar al margen (en su caso) los números correspondientes al artículo de la ley de que se trate; por ejemplo, el de la entidad federativa de interés,

- d) Anotar al margen ejemplos, definiciones, comentarios e incluso críticas del profesor.
- e) Anotar al margen, con lápiz, las dudas que se han de plantear al profesor.
- f) Anotar en la parte inferior, los significados o conceptos de voces o frases que resultan desconocidas.
- g) En los casos necesarios, redactar las síntesis de los temas en pequeñas tarjetas que puedan pegarse en el libro. Los medios más conocidos para las síntesis los constituyen los cuadros, las tablas y las gráficas.

Gran parte del material que presentamos ya ha sido publicado en diversas revistas especializadas y se reproduce con ligeros cambios.

Las primeras dos partes de este trabajo fueron proporcionadas a nuestros alumnos durante algunos semestres, y se difundieron en copia mimeográfica a manera de notas o apuntes complementarios de clase. La primera parte (hoy ligeramente corregida) inicialmente fue publicada en nuestro libro *Teoría del derecho procesal penal*, con excepción de la parte histórica, que se publicó en los *Cuadernos Universitarios*.

La séptima parte del trabajo (salvo algunas modificaciones y adiciones) se encuentra en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México*, (núms. 160, 161 y 162).

Cada semestre, cuando se volvían a imprimir las notas mimeografiadas, se hacían los ajustes necesarios, no sólo por el cambio en la legislación, sino por las experiencias didácticas obtenidas.

En el texto hemos procurado evitar el empleo de abreviaturas y siglas; no obstante, hemos cedido en las más convencionales y en aquellas que son producto normal de la transcripción. De cualquier manera, para casos de duda se inserta una sección de abreviaturas y siglas con el significado equivalente. Por tanto, sugerimos que el lector se familiarice con los mismos.

Igualmente, si surge alguna dificultad respecto al significado de textos en latín, recomendamos que se consulte la lista de latinismos, donde se encuentran las principales voces y adagios mencionados en el discurso.

Las interpolaciones o párrafos sangrados, que tal vez podrían haberse colocado en nota al pie de página, se han insertado a lo largo del texto, con un formato especial, de manera que permitan detenerse en ellas o continuar la lectura de la obra. Sugerimos que en una primera ocasión se lean todos los textos, ya que en la segunda y en las ulteriores podrán omitirse los más pequeños.

En realidad, en dichos párrafos se proporciona información complementaria y aclaratoria, o se procura mantener el interés en la lectura.

Por lo que hace a las referencias cruzadas que tradicionalmente se insertan al pie de cada página, en esta obra se han intentado omitir, salvo casos excepcionales (alrededor de 10), y se insertan en el cuerpo del texto mismo.

En las notas o información al pie de página sólo hemos dejado los créditos a los autores de la información citada. Estas notas no podían ser ignoradas

porque caeríamos en el plagio. Las referencias completas de cada obra se encuentran en la bibliografía general.

Ya para terminar estas notas al lector, no dejaremos pasar por alto algunas de nuestras limitaciones.

Como juristas, los procesalistas nos hemos acostumbrado a abordar un tema según una dirección metodológica y con técnicas especiales de tratamiento. Sin embargo, para nosotros resultó de singular interés el capítulo histórico (capítulo 2), pues no quisimos sólo enumerar cronológicamente diversas instituciones que han surgido y decaído a lo largo de los siglos.

Nos pareció importante (especialmente para el estudiante) presentar el marco histórico que dio origen a las instituciones. A pesar de no ser historiadoras, nos apoyamos en las ideas de Collingwood.

Aunque esta obra nos reporta cierta satisfacción personal, hay elementos que la limitan. Así, nos habría gustado tener a nuestro alcance las obras básicas de Massari, Fenech, Gómez Orbaneja, Vélez Maricande, Jofré, Bartolini Ferro, Clara Olmedo, Fontanecilla o Devís Echandía, obras de las que desgraciadamente sólo poseemos excelentes referencias, pero son inexistentes en nuestras bibliotecas.

Las motivaciones que un profesor recibe para emprender una obra de este tipo son de diversa índole: por un lado, los alumnos que casi exigen que las notas completas se encuentren publicadas; por otro, el de algunos profesores que desean conocer cómo solucionamos algunos problemas didácticos. En casa, nunca falta el consuelo de la mujer y los hijos, a quienes tanto tiempo se les roba. A todos ellos les damos las gracias por habernos estimulado en la elaboración de este trabajo.

Un libro como éste no es producto exclusivo de una sola persona, y justo es reconocer nuestra deuda. Tras las afirmaciones que aquí se hacen militan muchas de las ideas y marcos teóricos que dieron lugar a nuestra formación. De aquí que más que emplear en la redacción la primera persona gramatical del singular, utilicemos la tercera del plural.

No obstante, debemos agradecer de manera especial algunas sugerencias al doctor Fernando Flores García, con quien intercambiamos puntos de vista de carácter teórico.

De nuestra parte, gran agradecimiento tendremos para quienes conociendo el libro nos den su opinión, fundamentalmente aquellas opiniones que tiendan a aclarar lo planteado o a corregir errores.

EL AUTOR

notas a la segunda edición

notas a la

SIGL

Art
Arts
C
C
C

NOTAS A LA SEGUNDA EDICIÓN

Debido a la aceptación que tuvo la primera edición de este libro al colocarse como libro de texto obligado en varias universidades, así como a la crítica favorable de los estudiosos de la materia, abogados y postulantes, me place presentar la segunda edición de la obra.

Luego de la aparición de la primera edición se han producido profundos cambios dentro del proceso penal mexicano que ameritaron una revisión a la obra y no una mera reimpresión.

La doctrina ha sido pródiga en torno al desarrollo de la ciencia procesal, basta listar las obras de García Ramírez y de Ovalle Favella sólo para recordar algunas.

En el campo de las reformas tenemos, no sólo las habidas desde 1991 a la legislación secundaria que se dieron año con año, sino también la reforma a diversas disposiciones constitucionales en 1993, que afectaron hondamente diversas instituciones del proceso penal secundario.

Hemos presenciado una nueva regulación de la Ley Federal para la prevención y sanción de la tortura.

En el panorama nacional han aparecido diversos ordenamientos locales que dan lugar a la reflexión, por ejemplo el Código de Procedimientos penales de Baja California.

Hemos aprovechado la oportunidad en esta segunda edición, no sólo para ajustar las ideas ya planteadas a las nuevas tendencias y doctrinas, sino también para adecuar o en su caso modificar nuestras ideas, por ejemplo en lo relativo a las conclusiones contrarias (18,12).

Igualmente hemos aprovechado la oportunidad para corregir y en su caso sustituir algunos de los gráficos que se presentaron en la primera edición.

SCJ.	Suprema Corte de Justicia
Sec.	Sección
Sigla.	Siguientes
T.	Tomo
Vol.	Volumen

01.473.17

LATINISMOS

A quo, del cual, de quien

Ab initio, desde el principio

Absolutio ab instancia, absolver de la instancia

Actio calumniae, acción cuya pretensión se funda en el hecho calificado como delito de calumnia

Actio civile ex delicto, acción civil derivada del delito

Actioem trium personarum, acciones a cargo de tres personas

Ad hoc, para un fin determinado, para esto

Ad libitum, a gusto, a voluntad

Ad quem, al cual, a quien

Animus confitenti, ánimo o deseo de confesar

Animus testificandi, ánimo o deseo de dar testimonio

Causa cognitio summaria, supuesto que da lugar a un enjuiciamiento sumario

Causa petendi, hecho fundatorio de la pretensión

Cautio iudicatum solvi, recuerda a la caución que debe darse para poder abrir el juicio de conocimiento

Contra legem, contra la ley

Contra petita, contra lo pedido o reclamado

Contra reus, en perjuicio del reo

Corpus delicti, cuerpo del delito

Damnatio memoriae, condena en memoria

Delicta privata, delitos privados

Denegatio actionis, denegar la acción

Dies a quo, desde el momento inicial, día de origen

Dies ad quem, hasta el momento final, día de conclusión

Diminutio capitis, capacidad disminuida

Eadem causa petendi, identidad en la *causa petendi*

Eadem personae, identidad en la persona

- Eodem res*, identidad en la cosa
- Ex officio*, oficiosamente. En atención a su cargo
- Ex post facto*, después de los hechos
- Exceptio litis ingressum impediens*, excepción fundada en la litispendencia
- Exceptio iudicati*, excepción fundada en que existe cosa juzgada
- Forum commissi delicti*, el foro del lugar donde se comete el delito
- Forum decidentis*, el foro que ha de decidir
- Forum praeventionis*, el foro donde se ha prevenido
- Forum prorogatum*, el foro prorrogado
- Ibidem*, de allí mismo, lo mismo. Obra citada en nota anterior, concuerda hasta en el número de página
- Idem*, lo mismo, allí mismo. Obra citada en nota anterior, pero página diversa
- Imperium*, referido a autoridad. En el medioevo significó imperio, cuya connotación era poder supremo
- Imperium iudicis*, autoridad del juez
- Impugnare*, resistir, atacar, refutar
- In absorto*, absolviendo
- In condemnato*, condenando
- In favor reus*, en favor o beneficio del reo
- In idem*, por lo mismo
- In incertam persona*, en persona desconocida
- In ipsa perpetratione facinoris*, en el momento de estar ejecutando el hecho
- In iudicando*, al momento de juzgar o resolver
- In iudicium*, en juzgamiento. Fase procedimental en el antiguo derecho romano
- In iure*, en derecho. Fase procedimental en el antiguo derecho romano
- In procedendo*, durante el procedimiento
- Incidentia*, que sobreviene, cuestiones que sobreviven en el proceso (cuestión incidental)
- Inter loca*, entre lugares, queriendo indicar mientras tanto
- Interdictanda*, afirmación que se hace mientras se juzga; es decir, "mientras se dice el derecho"
- Intertantum*, mientras
- Inter crimina*, durante la conducta delictuosa
- Iudicium publicum*, juzgamiento público
- Iura novit curia*, el juez conoce el derecho
- Iuris et de iure*, acerca de las presunciones que no admiten prueba en contrario
- Iuris tantum*, presunción legal que admite prueba en contrario
- Ius libertatis*, derecho a la libertad
- Ius postulandi*, derecho a realizar la actividad de postulación
- Ius puniendi*, derecho a punir
- Juramentum calumniae*, juramento de no acusar calumniosamente
- Lata sententia desinit esse iudex*, dictada la sentencia, el juez deja de ser juez
- Lato sensu*, sentido amplio

- Legis actionem*, acciones de la ley en el antiguo derecho romano
- Litiscontestatio*, quiere significar que el litigio procesal surge al contestarse la demanda
- Litis desuatio*, quiere significar que el litigio procesal surge al presentarse la demanda
- Maiestas*, delitos públicos
- Motu proprio*, motivo propio, obrar autónomamente, voluntariamente
- Nemo iudex sine actore*; *ne procedat ex officio*, no hay juicio sin actor; el juez no puede proceder oficiosamente
- Namen iuris*, denominación del delito
- Namen iuris criminis*, denominación legal dada al delito
- Non bis in idem*, no duplicidad por lo mismo. Más entendido como no ser juzgado dos veces por lo mismo
- Non liquet*, sin claridad. Se dice de la resolución que ni absuelve ni condena
- Non reformatio in peius*, no variación en perjuicio
- Notitia criminis*, información de un delito
- Per se*, por sí mismo
- Pericidam in mora*, quiere indicar el daño marginal
- Peritus peritorum*, perito de peritos
- Petitum*, quiere significar la pretensión procesal enunciada
- Plus petitio*, más de lo pedido
- Principaliter*, principalmente
- Quaestio*, cuestión, conocer cada caso
- Quaestio incidens*, cuestión incidental
- Quaestio principalis*, cuestión principal
- Quaestores*, los que conocen de cada caso en la antigua Roma
- Quantum*, cantidad
- Quaestiones perpetuae*, especie de leyes especializadas para cada tipo de delito en el antiguo derecho romano
- Ratio decidendi*, motivo o razón que da lugar a la decisión
- Ratio essendi*, la razón misma o esencial
- Rectius*, más correcto. Se usa para aludir a una corrección
- Reformatio in beneficium*, variación en beneficio
- Reus in exceptione actor est*, la excepción del demandado es su acción
- Secundum allegata et probata*, según lo alegado y probado
- Sine qua non*, sin la cual no; que implica un condicionante
- Stare decisis*, atenerse a lo ya decidido
- Stricto sensu*, en sentido restringido
- Subiudice o sub iudice*, bajo el juez. Sujeto a decisión judicial. En lo penal, con frecuencia se emplea para indicar que está bajo la disposición material del tribunal
- Sui generis*, género muy propio o singular. De su género o especie
- Tantum, devolutum, quantum appellatum*, se "devuelve tanto" como se apela,

Eadem res, identidad en la cosa

Ex officio, oficiosamente. En atención a su cargo

Ex post facto, después de los hechos

Exceptio litis ingressum impediens, excepción fundada en la litispendencia

Exceptio iudicati, excepción fundada en que existe cosa juzgada

Forum commissi delicti, el foro del lugar donde se comete el delito

Forum decedendi, el foro que ha de decidir

Forum preventivum, el foro donde se ha prevenido

Forum prorogatum, el foro prorrogado

Ibidem, de allí mismo, lo mismo. Obra citada en nota anterior, concuerda hasta en el número de página

Idem, lo mismo, allí mismo. Obra citada en nota anterior, pero página diversa

Imperium, referido a autoridad. En el medioevo significó imperio, cuya connotación era poder supremo

Imperium iudicis, autoridad del juez

Impugnare, reelexir, atacar, refutar

In absente, absolviendo

In condemnatio, condenando

In favor reus, en favor o beneficio del reo

In idem, por lo mismo

In incertam persona, en persona desconocida

In ipsa perpetratioe factiois, en el momento de estar ejecutando el hecho

In iudicando, al momento de juzgar o resolver

In iudicium, en juzgamiento. Fase procedimental en el antiguo derecho romano

In iure, en derecho. Fase procedimental en el antiguo derecho romano

In procedendo, durante el procedimiento

Incidentia, que sobreviene, cuestiones que sobreviven en el proceso (cuestión incidental)

Inter locus, entre lugares, queriendo indicar mientras tanto

Interdicendo, afirmación que se hace mientras se juzga; es decir, "mientras se dice el derecho"

Intertantum, mientras

Inter criminis, durante la conducta delictuosa

Iudicium publicum, juzgamiento público

Iura novit curia, el juez conoce el derecho

Iuris et de iure, acerca de las presunciones que no admiten prueba en contrario

Iuris tantum, presunción legal que admite prueba en contrario

Ius libertatis, derecho a la libertad

Ius postulandi, derecho a realizar la actividad de postulación

Ius puniendi, derecho a punir

Juramentum calumniae, juramento de no acusar calumniosamente

Lata sententia desinit esse iudex, dictada la sentencia, el juez deja de ser juez

Lato sensu, sentido amplio

- Legis actiones*, acciones de la ley en el antiguo derecho romano
- Litiscocontestatio*, quiere significar que el litigio procesal surge al contestarse la demanda
- Litis denunciatio*, quiere significar que el litigio procesal surge al presentarse la demanda
- Majestas*, delitos públicos
- Moti propria*, motivo propio, obrar autónomamente, voluntariamente
- Nemo iudex sine actore; ne procedat ex officio*, no hay juicio sin actor; el juez no puede proceder oficiosamente
- Nomen iuris*, denominación del delito
- Nomen iuris criminis*, denominación legal dada al delito
- Non bis in idem*, no duplicidad por lo mismo. Más entendido como no ser juzgado dos veces por lo mismo
- Non liquet*, sin claridad. Se dice de la resolución que ni absuelve ni condena
- Non reformatio in peius*, no variación en perjuicio
- Notitia criminis*, información de un delito
- Per se*, por sí mismo
- Periculum in mora*, quiere indicar el daño marginal
- Peritus peritorum*, perito de peritos
- Petitum*, quiere significar la pretensión procesal enunciada
- Plaz petitio*, más de lo pedido
- Principaliter*, principalmente
- Quaestio*, cuestión, conocer cada caso
- Quaestio incidens*, cuestión incidental
- Quaestio principalis*, cuestión principal
- Quaestores*, los que conocen de cada caso en la antigua Roma
- Quantum*, cantidad
- Questiones perpetuae*, especie de leyes especializadas para cada tipo de delito en el antiguo derecho romano
- Ratio decidendi*, motivo o razón que da lugar a la decisión
- Ratio essendi*, la razón misma o esencial
- Rectius*, más correcto. Se usa para aludir a una corrección
- Reformatio in beneficium*, variación en beneficio
- Reus in exceptione actor est*, la excepción del demandado es su acción
- Secundum allegata et probata*, según lo alegado y probado
- Sine qua non*, sin la cual no; que implica un condicionante
- Stare decisis*, atenerse a lo ya decidido
- Stricto sensu*, en sentido restringido
- Subiudice o sub iudice*, bajo el juez. Sujeto a decisión judicial. En lo penal, con frecuencia se emplea para indicar que está bajo la disposición material del tribunal
- Sui generis*, género muy propio o singular. De su género o especie
- Tantum, devolutum, quantum appellatum*, se "devuelve tanto" como se apela,

queriendo indicar en la actualidad, el límite de conocimiento en apelación, según lo argumentado

Testis unus, testis nullus, testigo único, testigo nulo

Thema decidendum, objeto o materia de la decisión

Thema probandum, objeto o materia que trata de probarse

PRIMERA PARTE

TEORÍA DEL DERECHO PROCESAL PENAL

- Describir la organización y funcionamiento de la policía judicial.
- Conceptuar al sujeto pasivo del proceso penal, diferenciándolo del sujeto activo del delito.
- Describir la capacidad y legitimación del imputado penal.
- Conceptuar a la defensa penal.
- Identificar al defensor penal.
- Explicar la naturaleza jurídica del defensor penal.
- Diferenciar representación unitaria de unificación en la representación.
- Describir la regulación formal del cargo de defensor.
- Describir los sistemas de asesoramiento penal.
- Describir la organización y el funcionamiento de la defensoría de oficio.

SEMINARIO DE

CAPÍTULO

1

INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO PROCESAL PENAL

SUMARIO

- 1.1 EL SUPUESTO DEL PROCESO PENAL
- 1.2 MEDIOS DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS PENALES
 - A. AUTODEFENSA O AUTOTUTELA
 - B. AUTOCOMPOSICIÓN
 - C. PROCESO JURISDICCIONAL
- 1.3 NECESIDAD DEL PROCESO
- 1.4 UBICACIÓN DEL DERECHO PROCESAL PENAL
- 1.5 DENOMINACIONES
- 1.6 DERECHO PROCESAL PENAL Y UNIDAD DEL DERECHO PROCESAL
 - A. UNIDAD LEGISLATIVA
 - B. UNIDAD ACADÉMICA
 - C. UNIDAD DOCTRINAL
 - D. ARGUMENTOS EN PRO Y EN CONTRA DE LA UNIDAD
- 1.7 RELACIONES DEL DERECHO PROCESAL PENAL
 - A. FILOSOFÍA DEL DERECHO PROCESAL PENAL
 - B. TEORÍA GENERAL DEL PROCESO
 - C. PRÁCTICA FORENSE PENAL
 - D. DERECHO PENAL
- 1.8 METODOLOGÍA
 - A. ENSEÑANZA
 - B. CONOCIMIENTO
- 1.9 FUENTES DEL DERECHO PROCESAL PENAL
 - A. CONVENIOS INTERNACIONALES
 - B. LEYES INTERNAS
 - C. REGLAMENTOS
 - D. PRECEDENTES JUDICIALES
 - E. USOS Y COSTUMBRES
 - F. LA REALIDAD SOCIOJURÍDICA
 - G. DOCTRINA

1.1 EL SUPUESTO DEL PROCESO PENAL

"Para que haya caldo de pollo se requiere que haya pollo", dice el viejo refrán. Algo similar podríamos decir respecto al derecho procesal: para que haya proceso, se requiere litigio, controversia. Esto significa que el litigio es un supuesto del proceso.

Todo proceso jurisdiccional, independientemente de cuál sea su naturaleza, supone un litigio. Así, del litigio se ha dicho que es la base, el presupuesto o el prius del proceso.

D'Onofrio apuntó que el proceso (cualquiera que fuere, y aquí incluimos al penal) requiere una materia como prius, materia que se distingue por tres rasgos fundamentales:

- a) Tiene carácter jurídico.
- b) Reviste especial importancia jurídica en relación con un sujeto en particular (a lo cual el citado autor llama interés); y
- c) Esta materia no se ha podido arreglar extraprocesalmente.¹

Más conocido es el vocablo "litigio", el cual se emparenta con el de "asunto o negocio", que es el supuesto de la mal llamada jurisdicción voluntaria, y con el que no debe confundirse.

Carnelutti llama litigio al conflicto de intereses calificados por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro, pero además —y aquí intercede Alcalá-Zamora— ha de implicar trascendencia jurídica, porque una discusión científica o una competencia deportiva no son materia de un proceso.² Cuando el contenido de esa pretensión y su resistencia se cualifica como penal, el litigio es penal.

¹ D'Onofrio, *Padra*, *Lecciones de derecho procesal civil*, págs. 50 y 51.

² Alcalá-Zamora y Castillo, Niceta, *Ensayos y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción*, pág. 329.

Carnelutti llegó a aludir al *conflicto* como un género cuyas especies fueran el *litigio* y la *controversia*, ideas éstas que no parecen haber encontrado eco en la doctrina. De aquí que hoy en día se utilicen casi indistintamente tales vocablos.²



El litigio que importa al proceso requiere dos posiciones opuestas. Aquí cabe precisar que en el concepto de litigio penal no importan los conflictos de derechos, esto es, del *ius puniendi* por un lado, y el *ius libertatis* por el otro. Tampoco importan los hechos que se oponen, ya que en la noción de litigio importan los intereses contrapuestos; es decir, las apreciaciones o inclinaciones divergentes de dos sujetos o dos intereses cualificados como penales en su contenido.

No importa a la noción de conflicto (o a la pura noción de conflicto) si los hechos aducidos por cada contendiente son ciertos o falsos, ni importa si a cada contendiente le asiste el derecho material. No importa si el acusador posee realmente el *ius puniendi*, o si al acusado le asiste una excepción sustancial. Sólo importa que se sostenga la existencia de un hecho cualificado como penal y la afirmación del derecho, y que acerca de esto exista pugna, vale decir, la resistencia a una pretensión punitiva.

Tampoco olvidemos que el litigio penal no surge con el proceso penal, sino que a él es llevado para su solución. El litigio penal es *metaprocesal*. Surge desde antes del proceso. Es por esto que el litigio es un supuesto *siue* que nos del proceso, y éste depende o se funda en el litigio.

No está por demás indicar que el tema del litigio penal no es propiamente procesal, pero sí conexo con su estudio. Porque además, es en atención a la naturaleza del litigio como se delinea un procedimiento. En otras palabras, que en atención a la especial naturaleza del litigio penal es como se estructura el procedimiento penal.

² Carnelutti, Francesco, *Principios de derecho procesal penal*, pág. 40.

1.2 MEDIOS DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS PENALES

La conflictiva cualificada como penal es susceptible de ser resuelta por las partes mismas en conflicto o por un tercero extraño.

En el caso de solución por las partes mismas, ésta puede ser —y aquí seguimos a Alcalá Zamora— por *autodefensa* (que también se conoce como *autotutela*) o por *autocomposición*, según que tal solución sea egoísta o altruista, respectivamente.

A. AUTODEFENSA O AUTOTUTELA

En la autodefensa las partes mismas, ya sea unilateral o bilateralmente, imponen la solución a su conflicto. Esta forma de solución se matiza con criterios de parcialidad y de egoísmo.

Es prácticamente el más fuerte o el más hábil quien lleva al triunfo su pretensión. Tal es el caso en el ámbito unilateral de la *legítima defensa propia* (que no debe confundirse con la legítima defensa de terceros), en la cual el agredido repele la agresión unilateralmente, se autodefendiendo.

Mencionemos también el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho, como es tomar las cosas del huésped (en el contrato de hospedaje) para garantizar el pago de lo adeudado, sin necesidad de pedirle permiso a aquél y sin necesidad de recurrir al Estado para robar tal permiso.

Como otros casos de ejercicio de un derecho, el propietario de un predio puede ejercitar su derecho para cortar las ramas o raíces del árbol vecino, que el ofendido puede perdonar (al renunciar o revocar su querrela), pues terminada una pretensión, no hay reacción.

En el ámbito de la autodefensa bilateral, ambas partes dirimen su conflicto por la vía de los hechos, como en el caso del duelo, y de cierta manera, en la ría.

El duelo es un caso de autodefensa bilateral. Surgido entre los germanos en la Edad Media, fue objeto de reglamentación y luego prohibición. En México, no fue sino hasta el duelo Verdástegui-Romero, al terminar el siglo pasado, cuando concluyó la odisea, aunque actualmente todavía quedan resabios en la atenuación de la pena por homicidio cuando concurra duelo (art. 308 CP).

En atención al excepcional reconocimiento que da el legislador, la autodefensa puede ser *lícita* o *autorizada* (por ejemplo, el caso de la legítima defensa propia), *tolerada* (por ejemplo el duelo, en algunos lugares) y *prohibida* (el supuesto de vengar la ofensa).

Aunque la autodefensa no es el medio más recomendable para solucionar un conflicto, ésta "subsistirá porque el mecanismo estatal dista mucho de ser perfecto y porque —continúa Alcalá-Zamora— es prácticamente imposible que ningún Estado, por grande que sea su potencia económica, soporte el monstruoso presupuesto que resultaría si pretendiese someter a cauces procesales la totalidad de los litigios, incluso los más nimios, que en su territorio se produzcan...".¹

B. AUTOCOMPOSICIÓN

El otro medio de solución de los conflictos interpartes que según la calificación de Alcalá-Zamora, no resulta egoísta sino altruista es la autocomposición.

La autocomposición puede ser *preprocesal*, si la solución sobreviene antes del proceso, *intraprocesal*, si coincide temporalmente con el proceso (con sus dos modalidades: que las partes lo solucionen sin intervención de nadie o que alguien extraño favorezca la solución); o *posprocesal*, si se soluciona con posterioridad al proceso.

EJEMPLO: puede ser *preprocesal* el caso en que el considerado ofendido renuncie a la querrela, sin haberse promovido la acción penal. En la *intraprocesal*, mencionemos al convenio interpartes, para cuando sólo éstas intervengan, o la conciliación, cuando la autoridad la favorezca. Y en la *posprocesal* se menciona el caso de revocación de querrela para el delito de adulterio, cuando esta revocación sobreviene luego de la sentencia.

Otra clasificación de Alcalá-Zamora, tal vez la más difundida, agrupa a los medios autocompositivos de solución en *unilaterales* y *bilaterales*.

En el caso de los *unilaterales*, una sola de las partes pone fin al conflicto. Esta solución unilateral puede provenir del atacante, como cuando el acusador *desiste de su pretensión* (nuestra ley procesal penal la conoce con el nombre de desistimiento de la acción) o cuando el presunto ofendido *revoca su querrela* (otorga el perdón).

Las resoluciones también pueden provenir del atacado, cuyo clásico ejemplo en solución de litigios civiles es el *allanamiento* del demandado que en cierta medida se corresponde con la rendición. En las soluciones penales, no resulta tan fácil aceptar los efectos que produce el allanamiento, pues éstos, implicarían una renuncia al derecho de defensa, derecho que es indisponible al estar inscrito como garantizado en nuestra Constitución.

Como caso de allanamiento, Alcalá-Zamora considera la confesión y los efectos que ésta produce en el llamado juicio sumario del código chihuahuense de

¹ Alcalá-Zamora y Castilla, *Niema, Proceso, autocomposición y autodefensa*, pág. 55

1971. Procedimiento que abreviado en el tiempo y en ciertas formalidades, declinaba con irremediable sentencia condenatoria.⁵

Históricamente fue conocida la *palivodía*, que se traducía en manifestación de arrepentimiento por el delito cometido.

En los medios de autocomposición bilateral, la solución surge de atacante y atacado. La figura más conocida es la *transacción*, que sólo puede ser factible en la solución de los conflictos penales, en la medida en que éstos sean acogidos según una concepción privatista, cosa que actualmente no ocurre.

No obstante, por aplicación de la Ley de Partidas, antes de 1857 sí era posible la transacción en asuntos puramente penales. Así, en los delitos sancionados con pena de muerte era factible el convenio entre las partes.⁶

El caso que llamó más la atención de Alcalá-Zamora, y al que dirigió ardientes críticas, es el *plea bargaining* del derecho procesal penal del vecino país del norte. Esta figura consiste en "el convenio del demandado en declararse culpable de un cargo criminal con razonable expectativa de recibir alguna consideración del Estado".⁷

En el presente se trata de:

1. INTRODUCCIÓN.

2. EL PROCESO PENAL.

C. PROCESO JURISDICCIONAL

Como medio compositivo, la figura por excelencia es el proceso jurisdiccional, donde un tercero extraño a la contienda es quien lo soluciona.

La importancia de este medio de solución es tal, que nuestra Constitución (art. 17) *prohíbe hacerse justicia por sí mismo*. Esta disposición se complementa con la atribución exclusiva para la autoridad judicial, de imponer las penas (art. 21).

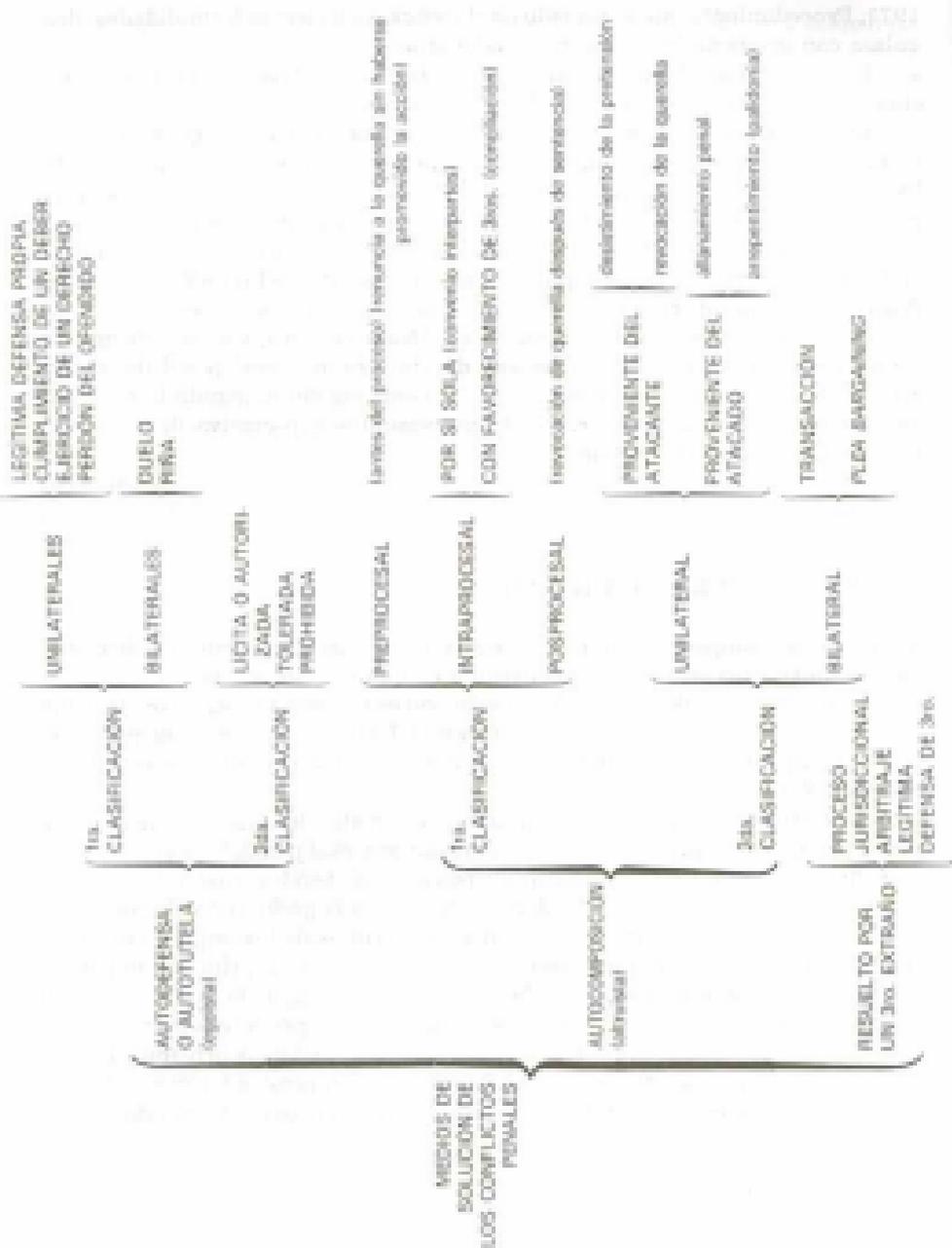
A efectos académicos, importa tanto este medio de solución que es el supuesto en que descansa este curso de derecho procesal penal. Si social y jurídicamente careciera de relevancia, nuestro curso no tendría razón de ser.

Conviene destacar que la evolución jurídica ha llegado hasta el proceso jurisdiccional. "Aun cuando nada en concreto sepamos de los orígenes de la administración de justicia, cabe conjeturar, con Kish, que al principio imperó la autodefensa; que más adelante, a la vista de sus estragos, la familia, la tribu o la *siippe* hubo de intervenir entre los contendientes, primero para reglamentar y después, al sentirse más fuerte, para excluir la violencia privada y buscar soluciones autocompositivas; que más tarde, como supone entre otros, Alsina, surgió el arbitraje, y que en un postrer y definitivo avance, y cuando ya hay

⁵ *Ibidem*, págs. 88, 450, y 451.

⁶ *Cronica filipica mexicana*, págs. 419 y 420.

⁷ Stephen A. Saltzburg, *American criminal*, pág. 197.



un Estado o por lo menos un *mínimum* de organización social, hace su aparición al proceso.¹⁹

De los otros medios de solución resueltos por tercero, como es el caso del arbitraje, sólo diremos que tratándose de conflictos penales ya no es empleado. Por lo que hace a la legítima defensa de tercero, ésta sigue siendo operante y regulada inclusive en el Código Penal.

1.3 NECESIDAD DEL PROCESO

En el caso de ciertos litigios (por ejemplo, algunos familiares, civiles, mercantiles, etc.) es posible que los contendientes solucionen por sí mismos su conflicto, sin necesidad de recurrir al proceso. Es más, la casi totalidad de los conflictos a que se enfrenta cualquier ser humano se resuelve favorable o desfavorablemente, sin necesidad de recurrir al proceso jurisdiccional. Incluso, existen y han existido millones y millones de personas que nunca en su vida han tenido que recurrir al proceso, porque los conflictos a que se han enfrentado los han resuelto por sí mismos.

Desde el punto de vista jurídico, esto no está prohibido, sino que incluso conviene al propio Estado que los propios particulares sean quienes de manera pacífica, pero no egoísta, resuelvan sus problemas.

No obstante, existe cierto tipo de conflictos que debido a su especial naturaleza no son susceptibles (o por lo menos el Estado no lo quiere) de ser solucionados por las partes mismas. En estos casos, el Estado prohíbe que los particulares solucionen por sí mismos su conflicto, y el propio Estado (generalmente) monopoliza la solución o al menos fiscaliza los procedimientos empleados para su solución.

La prohibición de hacerse justicia por sí mismo, la exclusividad en la imposición de las penas por parte del Estado y el principio *nullo poena sine iudicio*, son reflejo de estas ideas y se encuentran plasmados en nuestra Constitución.

Sólo en casos excepcionales, establecidos en nuestras leyes secundarias, es posible solucionar a través de la autodefensa o la autocomposición un litigio cualificado como penal. La regla general para solucionar los conflictos va a la heterosolución y, específicamente, a la procesal jurisdiccional.

La obligación de seguir un proceso constituye lo que en doctrina se conoce como principio de obligatoriedad del proceso o principio de necesidad del proceso.

¹⁹ Alcalá-Zamora y Castilla, Nieto, *Resolución de la doctrina procesal*, pág. 294.

El proceso penal actual tiene como regla general este principio de necesidad del proceso y de aquí procede una de las notas que hacen importante el estudio del derecho procesal penal.

Como regla general podemos sostener que mientras en un litigio civil el juez es eventual, en un litigio penal es indispensable.

1.4 UBICACIÓN DEL DERECHO PROCESAL PENAL

Para quienes han conocido, aunque sea someramente, la teoría general del proceso, un curso de derecho procesal penal resulta no sólo un peldaño más en el conocimiento de la ciencia procesal, sino un estudio que apoya más al estudiante en su formación de abogado.

El estudio integral del derecho procesal penal debe incluir tres pasos: a) la *teoría general del proceso*, que nos explica, los principios, instituciones y conceptos comunes a las diversas ramas del derecho procesal; b) la *disciplina del derecho procesal penal* (independientemente del número de cursos que la conforma), que debe llevar como marco conceptual a la teoría general del proceso, y que sitúa a la norma procesal en un espacio y tiempo determinados, para facilitar su conocimiento y comprensión y c) la *clínica de derecho procesal penal* o *práctica forense penal*, que lleva al nivel de su aplicación los conceptos previamente adquiridos.

El curso y la disciplina que ahora iniciamos se ubica en el segundo de los niveles: no pretende ser un curso de teoría general del proceso (aunque la implique), ni una práctica forense.

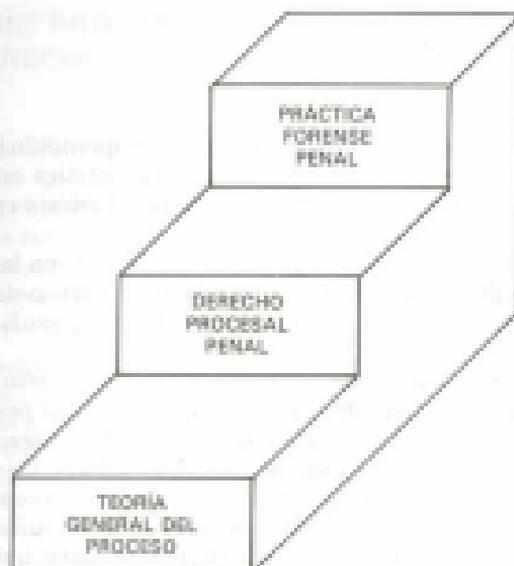
Propiamente, la teoría general del proceso surgió cuando los estudiosos de las diversas ramas del proceso (civil, penal, laboral, mercantil, etc.) comenzaron a analizar sus principios, con el objeto de identificar cuáles de éstos son comunes a todas las ramas procesales.

Localizadas las coincidencias, los teóricos del proceso (con base en sus propias experiencias y en las de los procesalistas de cada área), han dado a dichos principios alcances gigantescos, pero sobre todo sistematizados.

De la práctica se fue así a la construcción de la teoría, y ahora ésta se revierte a las áreas procesales (como la penal) no sólo para ponerse a prueba y robustecerse, sino también para provocar y estimular el desarrollo científico de un área específica del proceso, como es la que pretende resolver el litigio penal.

Así, si el derecho procesal penal requiere ser estudiado científicamente, su objeto de estudio debe tener como marco teórico y conceptual no sólo aquello que la teoría general del proceso ha construido hasta el momento, sino lo que seguirá construyendo con base en la recíproca influencia teoría-práctica.

Entonces, el derecho procesal penal (y sin que esto pretenda ser una definición) constituiría la *disciplina jurídica especial* cuyo objeto de estudio consis-



te en la sistematización, exposición, análisis y crítica de la serie de actos jurídicos realizados por el tribunal, acusador, acusado y otros sujetos procesales, actos que se encuentran orientados teleológicamente y, mediante la aplicación del derecho penal sustantivo, tendientes a solucionar un conflicto cualificado en su naturaleza como penal. Implica además la sistematización, exposición, análisis y crítica de la organización, jerarquía y funcionamiento de los órganos que en el proceso penal intervienen (tribunal, acusador, acusado, defensor), la forma en que se distribuye el trabajo (competencia), así como la atribución a la acción y jurisdicción que dentro del proceso se concretan.

Desafortunadamente, en nuestras universidades no existen cursos de administración de justicia, y mucho menos de administración de justicia penal, de ahí que los que enseñan derecho procesal penal hayan "adoptado" temas de la administración de justicia penal.

En suma, al derecho procesal no sólo corresponde el estudio de las reglas procedimentales (formales), sino también las que se refieren a la organización y funcionamiento de ciertos órganos y funcionarios, como el juzgador, el acusador, el defensor, e igualmente otro tipo de supuestos, como la capacidad, la legitimación, obstáculos, validez, etcétera.

1.5 DENOMINACIONES

La rama del derecho procesal cuyo estudio hemos emprendido ha sido designada con diversos nombres. Se le ha conocido como práctica criminal, derecho adjetivo penal, derecho de procedimientos penales, materia criminal forense, etcétera.

En realidad, las designaciones pueden ser correctas en la medida en que reflejen su contenido. Sería correcto, por ejemplo, llamarle *práctica forense penal* si, éste es su cometido, o también *derecho judicial penal*, si tal fuera su limitado contenido.

Sin embargo, dado su contenido, nuestra asignatura sólo puede tener un nombre que, en nuestra opinión es el de *derecho procesal penal*.

No obstante en México, e inclusive en muchos otros lugares, hay quienes insisten en llamarle *derecho de procedimientos penales*, y los títulos de algunos libros así lo demuestran. Por ejemplo, Julio Acero, Fernando Arilla Bas, Enrico Ferri, Carlos Franco Sodi, Manuel Rivera Silva, Guillermo Codin Sánchez, entre otros, prefieren tal denominación. Por su parte, quienes parten generalmente del estudio de la teoría general del proceso se inclinan por la denominación de *derecho procesal penal*, dentro de ellos podemos citar a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Jorge Claría Olmedo, Rafael de Pina, Miguel Fenech, Eugenio Florian (aunque asume una posición separatista), Alberto González Blanco, Vincenzo Manzini, Javier Piña y Palacios, Sergio García Ramírez y Humberto Briseño Sierra.

Denominarle simplemente procedimientos penales significa reducir el contenido de la disciplina a un *mero ritual*. La rama del derecho procesal penal cuyo estudio emprendemos, no sólo estudia los procedimientos, sino también y en cierta medida la organización y funcionamiento de algunas instituciones, como la defensoría de oficio, el Ministerio Público, cuyo estudio no es esencialmente procedimental. La actividad jurisdiccional o la acción tampoco es meramente ritualista.

El profesor que se limite a enseñar el mero procedimiento, lo único que consigue es formar *simples técnicos y no científicos del derecho*, y el alumno que sólo se conforme con el simple ritual, no merece estudiar en una escuela o facultad, en la cual se pretende formar científicos.

Muchos "abogados", "abogadillos", "legales", "chapatistas" (esto es, procuradores legos), a causa de la práctica han llegado a alcanzar cierta fama en el procedimiento, pero son técnicos, no científicos. El día que la ley cambia se desploman porque carecen de los marcos teóricos y científicos necesarios para desarrollar la profesión.

1.6 DERECHO PROCESAL PENAL Y UNIDAD DEL DERECHO PROCESAL

El nacimiento de la teoría general del proceso estuvo suscitado principalmente por quienes se dedicaban al estudio del *derecho procesal civil*.

Así, en los primeros momentos de dicha teoría reaccionaron algunos "procesalistas" de la rama penal, para *negar la existencia de unidad* en torno a la recién nacida ciencia.

De este modo se perfilaron dos posiciones antagónicas: por un lado los *unitaristas*, y por el otro, los *separatistas*.

Aunque el problema de la unidad o la diversidad corresponde a la teoría general del proceso, importa a nuestra disciplina porque depende de la respuesta que se dé a tal problema para tener o no en consideración a dicha teoría como marco teórico y conceptual. Y nos interesa mucho a quienes nos dedicamos al área penal, puesto que algunos de los nuestros fueron quienes más severamente cuestionaron tal unidad.

La construcción de una teoría que explique varios sistemas jurídico-positivos se funda básicamente en que el fin a que aspira cada sistema es común, o se basa en los elementos comunes de cada sistema.

Actualmente resulta difícil encontrar verdaderos procesalistas que nieguen tal unidad, a la cual reafirman en diversas vertientes: legislativa, didáctica y doctrinal.

al procesalista

procedimiento

A. UNIDAD LEGISLATIVA

Se afirma *unidad legislativa*, por cuanto que han existido y aún existen ordenamientos que en un sólo cuerpo regulan tanto el proceso civil como el penal. De Alcalá-Zamora tomamos parte de su catálogo: el Código Judicial de Colombia hasta 1938, el de Panamá, el Código de Procedimientos de Honduras de 1906, los Códigos de Dinamarca y de Suecia, los Principios Generales de la Legislación Procesal Soviética, la Ley de Evidencia de Puerto Rico, etcétera.

En Veracruz, mientras era Gobernador Fernando de Jesús Corona, quien fuera asimismo profesor de derecho penal, apareció el Código Procesal que entró en vigor el primero de junio de 1869.⁹

El llamado Código de Béistegui del 10 de septiembre de 1880, que fue el Código de Procedimientos del Estado de Puebla, también fue unitarista.

⁹ Marco Daniel, *Grandes justicias*, pág. 218.

En nuestros días todavía se regulan en México cuestiones propias del derecho procesal mediante cuerpos legales únicos. Son ejemplos la Constitución Política de nuestro país, las leyes orgánicas del poder judicial, de la defensoría de oficio y las del Ministerio Público.

Contra esta unidad legal tenemos códigos procesales separados; por ejemplo, los civiles y los penales, cuya escisión tiene como antecedente a los códigos napoleónicos, que separaron al proceso civil del penal.

B. UNIDAD ACADÉMICA

En el aspecto académico podemos remontarnos a los cursos de Pescatore en 1848, quien estudió lo procesal sin diferenciar áreas y también a Calamandrei, y los cursos de teoría general del proceso que se insertan en la licenciatura a partir de 1968, gracias a la diligencia de Fernando Flores García.

Contra la unidad académica, durante mucho tiempo quedaron separados los cursos de derecho procesal, hasta que se les dio unidad con la teoría general del proceso, que es una disciplina prerequisite para acceder a las áreas.

C. UNIDAD DOCTRINAL

El drama más interesante y, por supuesto, más científico para determinar la unidad o diversidad del derecho procesal, se ha dado en el terreno de las ideas; es decir, en la doctrina, propiamente durante la construcción de la teoría.

La unidad doctrinal prácticamente surgió con la obra de Bülow en 1868. Mittermaier también señalaba que en lo civil como en lo criminal, un proceso es siempre un proceso, y en el uso como en el otro deben dejarse ver algunos caracteres genéricos comunes.¹²

En la corriente separatista se distinguieron varios estudiosos que han ejercido gran influencia en nuestro medio. Por ejemplo, Eugenio Florian, el propio genio de Vincenzo Manzini, e incluso Gómez Orbaneja.

D. ARGUMENTOS EN PRO Y EN CONTRA DE LA UNIDAD

En suma, la corriente diversificadora sostiene que no existe la posibilidad de una teoría que nos explique la unidad entre el derecho procesal civil y el proce-

¹² Mittermaier, C.J.A. *Tratado de la prueba en materia criminal*, pág. 42.

sal penal. Recordemos sus argumentos, y las críticas que expone Alcalá-Zamora:

a) El objeto del derecho procesal civil es una relación de derecho privado, en tanto que la relación del penal es pública.

Esta afirmación es falsa, porque también en las de carácter civil aun existen relaciones que la tradición concibe como de derecho público, el matrimonio y la adopción son ejemplos de ello.

b) El proceso penal tiene como base al principio de necesidad del proceso para solucionar el conflicto, en tanto que en el civil, el conflicto puede solucionarse sin necesidad de proceso.

La aseveración es falsa, por cuanto existen casos en civil en que el proceso también es necesario; así, para divorciarse o para declarar la nulidad de un matrimonio no basta el acuerdo entre las partes. En materia penal, la legítima defensa también hace innecesario el proceso para solucionar el conflicto entre agresor y agredido.

c) En el proceso penal no existe poder dispositivo de las partes, mientras que sí existe en el civil.

Esto es falso, ya que el mismo permiso que da el particular ofendido para iniciar el proceso a través de la querrela, o la revocación de ésta, implica una disposición del proceso penal, como también lo implica en ciertos casos en los que se pueda escoger entre el juicio sumario o el ordinario.

d) En el proceso penal el tribunal se inspira en criterios ético-sociales, lo que no ocurre en el civil.

Falso, en el civil también se tienen en cuenta estos criterios, como ocurre en las declaraciones de incapacidad, buenas costumbres, corrupción de los hijos, etcétera.

e) En el proceso penal el tribunal tiene facultades instructorias, lo que no sucede en el civil.

La afirmación es también falsa; en el civil, el tribunal puede asimismo autoinstruccionarse mediante las llamadas diligencias para mejor proveer.

f) En el proceso penal, no es suficiente la confesión, mientras que en lo civil basta con ésta.

Falso, puesto que la decadencia del valor de la confesión así lo ha venido demostrando.

g) Durante el proceso civil el tribunal no tiene que consultar preceptos materiales, lo que sí ocurre en el penal.

La aseveración es falsa, ya que en el civil también el tribunal recurre a preceptos materiales, como en el caso de la litispendencia, la cosa juzgada o la incompetencia.¹¹

¹¹ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceta, *La teoría general del proceso y la existencia del derecho procesal*, págs. 543 y 544; ídem., pág. 134 *Concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso*, pág. 44 a 443. Véase también Dorantes Tamayo, Luis, *Elementos de teoría general del proceso*, págs. 17 y sigs.

En fin, y aquí seguimos a Alcalá-Zamora, "la existencia, indudable de diferencias entre el proceso civil y el penal no basta, en efecto, para destruir la unidad esencial de todo el derecho procesal, porque al proclamarla, nadie pretende sostener que el derecho procesal sea, se confunda o se reabsorba en el derecho procesal civil, sino sencillamente (un 'sencillamente' inadvertido por los partidarios del dualismo) que el derecho procesal penal, como el civil, es ante todo y sobre todo, derecho procesal y no prolongación o descendiente del derecho penal sustantivo. Por otra parte, además de mediar zonas de tránsito entre uno y otro, deben recordarse los mutuos influjos y repercusiones del proceso civil y proceso penal, no en épocas lejanas de comunidad o imprecisión de contenido, sino en los últimos ciento cincuenta años, cuando legislación y doctrina de ambos sectores se perfilan y acinden".¹²

Los que propugnan por la diversidad del proceso se basan en el orden jurídico que tutelan (civil, penal, mercantil, etc.), pero la diferencia se da en relación con el derecho sustantivo y no propiamente al adjetivo. En otras ocasiones, la diferencia está en relación con ciertas reglas rituales específicas, mas nunca se ha atacado a los principios del proceso mismo. En torno a la acción, la jurisdicción y el proceso no se han marcado diferencias.

"Se podrá reconocer —afirma Brisoño Sierra—, como hacen casi todos, que en lo penal la finalidad es distinta, que el conflicto es de otro orden, que los ritos y conexiones varían, que la competencia es diferente, pero todavía nadie niega que el penal sea proceso... ello es suficiente para pagar por la unidad de la rama jurídica, sin mengua de sostener las diferencias de sus disciplinas."¹³

1.7 RELACIONES DEL DERECHO PROCESAL PENAL

Para continuar con la ubicación de nuestra asignatura, veámosla ahora en relación con otras disciplinas jurídicas.

A. FILOSOFÍA DEL DERECHO PROCESAL PENAL

En uno de los apartados de la filosofía del derecho concentramos a la filosofía del derecho procesal penal (que aún está por construirse).

¹² Alcalá-Zamora y Castillo, Néstor, *Misodualismo procesal*, t.2, pág. 148, al examinar la obra de Bartolini Ferrer, *El proceso penal y los actos jurídicos procesales penales*.

¹³ Brisoño Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, vol. II, pág. 48.

De acuerdo con las ideas de Giorgio del Vecchio, la filosofía del proceso penal se enfocaría a la lógica, la fenomenología y la deontología del derecho procesal penal.

Esta filosofía corresponde a una rama de la filosofía general, que entre otras cosas trata de resolver la naturaleza del derecho procesal penal y los valores que busca.

La filosofía del derecho procesal penal nos dice, entre otras cosas, la lógica del derecho procesal penal. Aquí cobra importancia la organización de las ideas (reglas del pensar), a grado tal que la o las clasificaciones empleadas en el discurso del proceso penal provienen de la lógica.

Tampoco olvidemos los juicios de valor, es decir, lo justo y lo injusto, lo bueno y lo malo son aportaciones de la filosofía.

Los criterios teleológicos —es decir, los fines a que se orienta, tal como la justicia, el bien común, y la seguridad jurídica— son a la vez aportaciones de la filosofía, y de ellas se nutre la teoría general del proceso.

Los métodos de estudio de que se sirven la teoría del proceso penal, el proceso penal mismo e incluso la práctica forense, son aportaciones de la filosofía.

No se confunda entonces a la filosofía del derecho procesal penal, con la teoría del proceso, pues mientras la primera nos conduce a la reflexión, la segunda (que tiene aspiración científica) nos lleva a la explicación.

B. TEORÍA GENERAL DEL PROCESO

El derecho procesal penal se encuentra tan estrechamente ligado con la teoría general del proceso que aquél proporciona el marco teórico y conceptual de nuestra disciplina.

Puede afirmarse que donde termina el estudio de la teoría general del proceso se inicia el de las ramas procesales en lo particular, y una de ellas es la procesal penal.

A nuestro parecer, nada impide pensar que dentro de la teoría general del proceso exista un sector que nos explique el proceso destinado a solucionar conflictos de carácter penal, caso en que estaríamos refiriéndonos a una *teoría del proceso penal*, es decir, una teoría específica.

Esta teoría del proceso penal se elaboraría (pues aún está por hacerse) con todos aquellos elementos comunes al proceso penal, estén o no vigentes, existan o hayan existido.

La teoría del proceso específico a que nos referimos no es una teoría diversa de la teoría general del proceso. Es la misma teoría general del proceso aplicando los objetos propios del proceso penal. En el objeto particular de conocimiento rigen las mismas normas generales, sin descartar la posibilidad de emplear algunas especiales.

En este sentido, dicha teoría del proceso penal podría calificarse como *teoría general del proceso penal*, en la medida en que nos daría una explicación general de todo tipo de proceso cuyo conflicto por resolver se califica como penal, pero también podría bautizarse como *teoría particular o específica* dentro de la teoría general del proceso que nos explique al proceso penal.

De cualquier manera, sea que se le llame *teoría general del proceso penal* o *teoría especial* referente al proceso penal, su ubicación en tanto conocimiento pertenece a la teoría general del proceso, y no precisamente a la disciplina especial que es el derecho procesal penal.

En nuestra opinión —parafraseando a uno de nuestros maestros—, la *teoría del proceso penal procura integrar en una visión sintética y totalizadora, purificada por un previo examen crítico, los estudios fundamentales del proceso penal*.

Aunque las leyes o códigos constituyen el *corpus* que supone la disciplina que llamamos derecho procesal penal, ésta, para abocarse al conocimiento de aquélla, implica a la vez —y de cierta forma aquí seguimos a Tamayo y Salmerón— reglas que compendian el derecho y lo definen (conceptos fundamentales), las cuales prácticamente conducen a determinar sus formas de creación y a introducir la *doctrina política del sistema*.

Entre otras reglas que también subsume la disciplina se encuentra el establecer los *principios de interpretación* y aplicación, reglas de razonamiento o incluso *criterios de clasificación*.¹⁴ Quien desee estudiar alguna ley procesal penal no debe contentarse con leerla o incluso memorizarla, ya que es menester que recurra a las reglas indicadas que le permitan introducirse.

Debido a la necesidad de conocer ciertos datos o elementos que nos proporciona la teoría general del proceso, así como la teoría del proceso penal, consideramos indispensable que nuestro curso no sólo se enfoque a la mera disciplina especial del proceso penal, sino también a esos elementos o conocimientos previos que son necesarios para acceder a la disciplina.

Nuestra asignatura comprende entonces, el estudio de dos grandes temas: la *teoría del proceso penal*, y propiamente la *disciplina especial referente al proceso penal*.

La teoría del proceso penal nos da los instrumentos necesarios para acceder a la disciplina especial. Así, la teoría nos proporciona, entre otras cosas la explicación de conceptos —los conceptos básicos o fundamentales—, las técnicas de aplicación y creación, sin considerar para ello que estén o no en vigor las normas a que ha de referirse la disciplina.

La disciplina especial, que preferimos denominar *derecho procesal penal*, supone a la vez la teoría del proceso penal y tiene como objeto de estudio las normas procesales penales de un lugar y momento determinados (generalmente un ordenamiento positivo), a las que sintetiza y expone.

¹⁴ Tamayo y Salmerón, Rolando, *El derecho y la ciencia*, págs. 147 y 148.

C. PRÁCTICA FORENSE PENAL

Aunque es verdad que de la práctica se asciende a la teoría, también es cierto que ésta luego se revierte y va hacia la práctica, lo cual implica una recíproca y dialéctica influencia entre ambas.

La práctica forense penal o clínica del proceso penal corresponde al estudio funcional, empírico y particularizado del proceso penal y de su práctica. Posee una "nacionalidad" bien definida. Trata además de llevar los conocimientos científicos a la práctica, pero a la vez procura detectar o sobrellevar, en mínima medida, tanto los errores del legislador como de la jurisprudencia.

Es aquí donde el estudiante "resuelve los casos", se familiariza con los códigos, redacta escritos, hace alegatos e incluso prácticas que sean "reales", en los bufetes jurídicos gratuitos que poseen las universidades.

Nuestra disciplina se relaciona con la práctica forense en dos sentidos: para orientarla hacia correctas o nuevas tendencias, incluso marcándole directrices; y para recibir de ella lo positivo que trascienda a la construcción de la teoría, o lo negativo, en su caso, como experiencia de lo que no debe ser.

De este modo, nuestra disciplina viene a constituirse en el punto medio entre las ideas abstractas de la teoría del proceso y lo concreto y empírico de la práctica.

Si se nos permite la metáfora, la práctica forense sería la receta y las instrucciones de ejecución, en que se menciona a todos y cada uno de los ingredientes que ha de emplear el cocinero para preparar un platillo (el *modus faciendi*, el modo de obrar), en tanto que el derecho procesal penal sería la carta o menú que nos indique los platillos y el orden en que se servirán al comensal. Así, el cocinero tiene que preparar el producto que la carta ofrece. Por ejemplo, si el derecho procesal penal dispone que el acusado pueda apelar contra la sentencia, es la práctica forense la que nos indica cómo ha de redactarse el escrito que contenga la impugnación. En este sentido, la práctica forense provee el recetario, cadáveres o prontuario para preparar la apelación.

D. DERECHO PENAL

Durante mucho tiempo nuestra disciplina fue considerada un capítulo más del derecho penal. Prueba de ello es que todavía en nuestros días muchos penalistas son a la vez estudiosos de la disciplina que nos ocupa. En realidad, nuestra disciplina no es una prolongación o complemento del derecho penal, y tampoco el derecho penal, es o debe ser un marco teórico para ella. En todo caso, el derecho penal (sustantivo o material) es el que tratará de aplicarse a través del

proceso, de manera que entre ambas disciplinas no existe oposición sino sólo autonomía.

“Entre el derecho procesal y el derecho material —apunta Oderigo— existe, pues, una relación de medio a fin, de donde resulta que ambas disciplinas están destinadas a regular conductas distintas. El primero mira a lo inmediato, que es verificar si ha ocurrido un hecho —positivo o negativo— que pudiese importar violación del derecho material, que pudiese contrariar alguna norma distributiva de bienes de la vida; cuando se sostiene que alguien no ha pagado una deuda o que ha cometido un delito, se hace el proceso para comprobarlo, para colocar al juez en condiciones de dictar sentencia. Ésta es la conducta procesal, la que el derecho procesal regula. El segundo —el derecho material— mira a lo mediato, que es el restablecimiento del orden jurídico alterado por esa violación, poniendo en acción las normas materiales asegurativas de los bienes lesionados: cuando se pone fin al proceso, cuando el juez hace cesar la actividad procesal emitiendo su sentencia, dice qué deben hacer los funcionarios administrativos encargados de la ejecución.”¹²

1.8 METODOLOGÍA

El estudio del método del derecho procesal penal puede atisbarse desde dos ángulos de enfoque: el método de enseñanza y el método de conocimiento.

A. ENSEÑANZA

En el método de enseñanza las direcciones se extreman entre lo práctico o empírico por un lado, y lo teórico por el otro. Zitelman sustentó el criterio practicitista, en tanto que Wach, el teórico. Carnelutti y Finzi propusieron un criterio intermedio.¹³

El estudio del derecho procesal penal no debe inclinarse hacia lo meramente teórico, ni a lo meramente empírico, la teoría y la práctica están íntimamente relacionadas y su enseñanza debe comprender los dos extremos. El establecimiento de los cursos en las escuelas mexicanas revela algo de esto: teoría general del proceso, a la que sigue derecho procesal penal y luego prácti-

¹² Oderigo, Mario A. *Derecho procesal*, t. I, pág. 19.

¹³ Alcalá-Zamora y Castilla, Néstor, *Preocupaciones y directrices fundamentales del derecho procesal contemporáneo*, págs. 120 y 131.

ca, forense penal. Aunque se trata de un sentido deductivo, el profesor debe también cooperar para que el estudioso no pierda el sentido inductivo, que es el propio para ascender a la construcción teórica y científica.

En el derecho procesal penal, la enseñanza debe en lo teórico tener un sólido marco de referencia apoyado en la teoría general del proceso, y ésta en la teoría general del derecho (sin olvidar la filosofía del derecho); y en lo empírico, orientarlo hacia los tres tipos de empirismo a que Flix Zamudio alude: empirismo normativo, para que el profesor se funde en leyes, códigos, reglamentos, jurisprudencia; empirismo pragmático, cuya fuente de conocimiento "se obtiene con el examen empírico de los hechos en los cuales se realiza esa aplicación" (por ejemplo, prefabricar denuncias, querrelas, ofrecimiento de pruebas, etc.); empirismo sociológico, cuya fuente de conocimiento está constituida por los fenómenos sociales, tales como la incidencia de recursos, los supuestos sociales o económicos que hacen cambiar al tribunal para ir de un monto de las cauciones a otro, o negar la libertad, acortando o alargando los rituales, etcétera.¹⁷

Aunque en la práctica forense se acentúa este tipo de empirismo, en un curso de derecho procesal penal no debe ser olvidado.

No está por demás hacer notar, siguiendo la idea de Casamiglia, que el estudio del proceso penal se ha abordado desde dos perspectivas:

- a) *Conservadora legalista*, cuya tarea se cifre sólo a custodiar, transmitir, interpretar y aplicar la ley sin modificarla, siendo su base ideológica la certeza del derecho y la seguridad jurídica.
 - b) *Innovadora*, mediante cuya tarea se trata de resolver eficaz y justamente los problemas, legal o extralegalmente con, sin o a pesar de la ley y contando incluso con el auxilio de otras ciencias. En este caso, su orientación es la resolución eficaz y justa de las controversias.¹⁸
- Adviértase en estas dos posiciones, que una arranca poniendo el acento en los supuestos, en tanto que la segunda lo hace en función de finalidades.

B. CONOCIMIENTO

En el conocimiento del derecho se han aportado varios tipos de métodos, ninguno de los cuales ha de ser rechazado, ni extremado al grado de desochar a los demás. Veamos algunas de esas tendencias.

- 49) En la *altrucción insaturacionalista* se tendría la idea de que el proceso penal responde a las aspiraciones y necesidades de la sociedad, o que es un derecho

¹⁷ Flix Zamudio, Héctor, "Reflexiones sobre la investigación jurídica", págs. 73 a 75.

¹⁸ Labarriaga Villanueva, Pedro, en la revista bibliográfica a la obra de Casamiglia, Alberti, *Sobre la función de los juristas*, Boletín mexicano de derecho comparado, núm. 55, marzo-abril 1986, pág. 349.

propio por naturaleza; es decir, que es intrínsecamente valioso. Sus ideas aún se sostienen, en la medida en que todavía se sigue hablando de justicia, equidad, etcétera.

- b) En la *dirección exegética* o positivista, el proceso penal rinde un culto exagerado a la letra y al texto de la ley. Tiene un respeto absoluto a las autoridades y leyes, sin ponerlas en entredicho. Aquí no importa la validez intrínseca o lo valioso, sino la validez extrínseca.

En cierta medida nos ayuda para entender y aplicar la ley vigente, pero por desgracia esta tendencia no hace progresar al derecho, ni a su estudio. No sistematiza ni construye; sólo deduce y analiza, prescindiendo de consideraciones sociológicas, espirituales, morales y científicas. El derecho procesal penal no debe tratar de "cientificar" los errores y monstruosidades del legislador o del juzgador, ni encasillar al estudiante en dogmas. El profesional del derecho no debe ser un siervo de las decisiones estatales ni del poder político.

- c) En la *dirección histórica*, se sostiene que el derecho, es fruto de una *ininterrompida* tradición. En su extremo, se llega a pensar que el derecho no surge a través del Estado, sino de las costumbres jurídicas. Visto desde esta perspectiva, el derecho procesal penal será espontáneo, continuo y tradicional.

De alguna manera, esta tendencia nos ayuda a comprender cómo es que hemos evolucionado de la venganza privada a la solución pública, o a comprender lo que significa en nuestra Constitución la "práctica de absolver de la instancia".

- d) En la *dirección sociológica* el derecho procesal se estudiaría sólo observando y analizando las formas de implantar la normatividad sustantiva, sin hacer uso de principios superiores de razón. Aquí nos importa la eficacia de la norma misma dentro de la organización social, como medio de convivencia, independientemente de la validez formal de la norma.

En fin, el método del derecho procesal penal no debe en momento alguno perder las características de su objeto.

Si bien es cierto que la norma procesal es el objeto de estudio de nuestra disciplina, no debe olvidarse que tal objeto puede estudiarse teniendo en cuenta su *validez ética*, su *validez formal*, su *validez histórica* y su *eficacia social*. Si el estudio es parcial (al obviar alguna de estas perspectivas), el conocimiento será incompleto e impropio de un científico.

El derecho procesal penal en su conocimiento, no debe olvidar la idea de justicia, ni el contenido de la ley, ni su evolución histórica, ni el espacio social en que se aplica; pero tampoco debe pensarse que el proceso penal es un fin en sí mismo o que obedece a meras reglas consuetudinarias que luego se formalizan mediante la escritura.

En la investigación y el conocimiento del derecho procesal penal todos están comprometidos: el juez, el abogado postulante, el procesalista de buró, el sociólogo, el político, el historiador, etcétera.

El estudio del proceso penal no sólo puede enfocarse desde una perspectiva meramente exagógica, pues no hay que olvidar la sociología del proceso, la política procesal, la historia del proceso, etcétera.

1.9 FUENTES DEL DERECHO PROCESAL PENAL

Al hablar de fuentes del derecho podemos referirnos a las fuentes de creación del orden jurídico, o a las fuentes de conocimiento del orden jurídico.

En las fuentes de creación se estudian los procedimientos de creación del orden jurídico, como puede ser el procedimiento legislativo (legislación), el procedimiento de creación de un tratado, de un contrato o inclusive de una sentencia.

En nuestro curso también interesan las fuentes de conocimiento, esto es, las fuentes donde se encuentra la base u objeto de nuestro estudio. Así, el procesalista ha de fundar su estudio en las leyes, los reglamentos, la jurisprudencia, las costumbres, la realidad social, etc. El procesalista recurre para su estudio a la investigación, a la consulta documental, o a la experiencia sensible del hecho procesal. Así, el derecho procesal, no es divagación, sino estudio fundado y concienzudo.

Si pretende conocer la disciplina, el estudiante de derecho procesal penal debe tener en consideración no un simple libro de texto, como éste, sino remontarse a las fuentes de conocimiento del sistema procesal penal. En todo caso, el libro de texto es sólo una guía elemental, algo así como un itinerario o un mapa que ayuda a llegar al lugar de destino.

Entre esas fuentes de conocimiento del derecho procesal penal se encuentran, como los más destacados, a los convenios internacionales, las leyes internas, los reglamentos, los precedentes judiciales, los usos y las costumbres procesales, la doctrina, etcétera.

A. CONVENIOS INTERNACIONALES

Un país, por libre y soberano que se autoproclame, no puede vivir fuera del contexto y de la interrelación jurídica universal. El crimen internacional y los delitos llamados *in re gestivo*, bastan para llamar la atención hacia un objeto de conocimiento dentro de un proceso. Es en atención a esto que surge la cooperación judicial internacional regulada, en gran medida, a través de las convenciones o tratados internacionales, sean éstos bilaterales o multilaterales.

Desde mucho tiempo atrás, México ha celebrado convenios con diversos países. Recordemos, por ejemplo, los convenios de extradición y los de asilo, así como diversos convenios que dan libre acceso al extranjero a la justicia.

A últimas fechas, mediante las reuniones de CIDIP (Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado), en el nivel multilateral, se han firmado diversos convenios entre los cuales podemos destacar a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, la Convención Interamericana sobre Pruebas e Informes acerca del Derecho Extranjero y la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado. En el nivel bilateral, nuestro país ha celebrado tratados sobre ejecución de sentencias penales con varios países.

Importa igualmente la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, que contiene el derecho de todo individuo a un juicio previo a cualquier acto de privación.

B. LEYES INTERNAS

Dentro de las leyes internas, México muestra un panorama impresionante, comenzando desde la Ley Suprema, hasta las leyes de inferior jerarquía

En el nivel constitucional, es el proceso penal el que cuenta con mayor número de disposiciones que cualquier otro tipo de proceso. Así, encontramos normas procesales, en los artículos 13, hasta el 21, y más adelante otros no menos importantes sobre los órganos jurisdiccionales y de acusación. Tenemos también normas constitucionales que fundan la extradición, al igual que referentes a las medidas cautelares, especialmente las atinentes a la prisión preventiva.

En el nivel secundario las leyes proliferan. Tenemos así leyes federales, locales o estatales, e incluso militares.

Dentro de las leyes federales, hay que citar entre otras al *Código Federal de Procedimientos Penales*, la *Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República*, la *Ley Penal de Defraudación Impositiva en Materia Federal*, el propio *Código Penal* aplicable tanto en materia federal como local, la *Ley de la Defensoría de Oficio Federal*, la *Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos*, la *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*, la *Ley Reglamentaria del Artículo 119 de la Constitución General de los Estados Unidos Mexicanos*, la *Ley Reglamentaria del Artículo 130 de la Constitución Federal* y la *Ley de Extradición Internacional*.

En las leyes locales o estatales, prácticamente hay que multiplicar por 31 las existentes en el Distrito Federal, para comprender a cada una de las que rigen en las entidades federativas. Como ejemplo citamos el *Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal*, la *Ley Orgánica de la Procuraduría*

General de Justicia del Distrito Federal, la Ley orgánica de los Tribunales de Justicia del fuero común del Distrito Federal, la Ley que crea la Depositaria Judicial, y la Ley Federal para la Prevención y Sanción de la Tortura, etcétera.

Cabe destacar que las llamadas leyes privativas se encuentran prohibidas en México.¹⁹ Son leyes privativas —aseñan González Oropeza y Jorge Gaxiola— aquellas que regulan la conducta o situación jurídica de una o más personas individualmente determinadas con exclusión de las demás. La característica distintiva de la ley privativa es carecer del dato de la generalidad, y dado que ese dato es esencial al concepto de ley en su sentido material, puede afirmarse que, en ese sentido, las leyes privativas no son leyes, sino un tipo especial de normas individualizadas, que prohíbe expresamente el art. 13 de nuestra c.²⁰

C. REGLAMENTOS

Constituyen otra fuente de estudio del derecho procesal penal, y tanto en el nivel federal como local resultan también prolíficos. He aquí algunos ejemplos: *Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, Reglamento Interior de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Reglamento de la Defensoría de Oficio Federal, Reglamento de la Defensoría de Oficio del Fuero Común en el Distrito Federal, Reglamento del Cuerpo Médico-Legista del Distrito Federal, Reglamento de Reclusorios del Distrito Federal, Reglamento de la Depositaria Judicial, etcétera.*

D. PRECEDENTES JUDICIALES

En lo que toca al precedente judicial, queremos referirnos a las resoluciones judiciales que como normas concretas y particulares fueron dadas a un caso específico, y que también son fuente de estudio del procesalista penal.

“En el discurso jurídico inglés *precedent* —aseña Tamayo y Salmerón— significa una norma jurídica creada judicialmente (*la judge-made rule*). Este significado se deriva, sin duda, de la doctrina del precedente (o doctrina del *stare decisis*) que caracteriza la creación judicial del derecho en los sistemas jurídicos del *common law*. En este contexto *precedent* significa un caso litigioso resuelto o, bien, una decisión judicial (sentencia) que se considera como ejemplo o autoridad para casos idénticos o similares que surjan con posterioridad

¹⁹ González Oropeza y Jorge Gaxiola “Ley privativa”, en *Diccionario jurídico mexicano*.

(Black). En un sentido más restringido, los precedentes judiciales son decisiones anteriores de tribunales superiores las cuales, se considera, encierran un principio o axioma que debe ser aplicado en los casos posteriores en el que se plantea la misma cuestión jurídica. Es de esta manera como los precedentes vinculan a los jueces. La doctrina del precedente en el derecho anglosamericano es conocida como la doctrina de la *ratio decidendi* o doctrina del *stare decisis*.²⁰

En México es casi costumbre referirse sólo a la jurisprudencia de los tribunales de amparo, desdénando a los precedentes de los tribunales penales, sean locales o federales. Si bien estos precedentes no tienen los alcances de obligatoriedad que ostenta la jurisprudencia de amparo, no por eso deben olvidarse ni soslayarse como objetos de estudio. Desgraciadamente no es fácil encontrar estos criterios de forma compilada. En el Distrito Federal es conocida la obra *Anales de Jurisprudencia*, que ha publicado las resoluciones del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en numerosos volúmenes.

El precedente judicial penal debe considerarse tanto objeto de estudio como índice de la problemática real detectada por los tribunales. Ambos enfoques son atendibles por su propia importancia.

Por desgracia la jurisprudencia mexicana, recuerda Briceño Sierra, "camina sobre conflictos individualizados y difícilmente se eleva a los niveles doctrinarios; además, es cambiante por la naturaleza misma de las cuestiones concretas que revisa, y esto la hace perder sistematización, unas veces conscientemente para no entrar en compromisos teóricos, y otras inconscientemente por no estar obligada a dar coherencia a todas sus decisiones".²¹

E. USOS Y COSTUMBRES

En ocasiones, ante las autoridades penales se observan ciertas reglas no escritas, en algunos casos con la creencia de que son obligatorias (costumbres), y en otros a sabiendas de su no obligatoriedad (usos).

A veces se utilizan las costumbres o los usos para interpretar la norma o para aplicarla, y en algunos casos no interfieren con la ley, pero en otros son *contra legem*.

Una muestra en lo procesal penal es el darle significados específicos a los vocablos caución y fianza; el utilizar frases sacramentales ("presto lo necesario" o "sufragio efectivo, no reelección"); el incluir un recuadro en los escri-

²⁰ Tamayo y Salmerón, Rolando, "Precedente", en *Diccionario jurídico mexicano*.

²¹ Briceño Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, t. IV, pág. 626.

tos donde se anotan datos específicos (número de expediente, secretaría); el dirigirse al juez como "señoría", o como "C. Juez", etcétera.

Un desgraciado uso es recurrir a la dádiva y al premio a los mecanógrafos, y en ocasiones a ciertos funcionarios para que realicen determinada tarea, bien para que ésta sea rápida o contra derecho.

F. LA REALIDAD SOCIOJURÍDICA

"Las fuentes del conocimiento jurídico —expresa atinadamente Jorge Winkler— no se agotan en sus expresiones formales vistas en los párrafos anteriores (las relativas a las fuentes del derecho). Como ciencia social que regula conductas, la realidad es el universo material donde se dan las relaciones e interacciones entre individuos, grupos, administradores y administrados. Los hechos sociales son los factores que generan las normas jurídicas y éstas no pueden abstraerse dogmáticamente y volverse 'entes muertos', al decir de Renato Treves. Por el contrario, el dinamismo social impacta y afecta al orden jurídico interpenetrándose en forma dialéctica."²²

En el campo procesal penal, los embates políticos, sociales y económicos afectan en mayor grado que en el civil, para accionar y continuar un proceso, para desistirse, suspender y aun sobreser un proceso; para dilatar o abreviar los procesos, etc. Esta realidad debe también estar presente en el procesalista, no sólo al interpretar los textos legales, sino al proponerlos.

La sociología del derecho, referida al proceso penal y a la administración e impartición de justicia penal nos informa no sólo de la realidad existente que puede influir en la creación de normas, sino también de la aplicabilidad de esas normas. Quiere esto último suponer que aunque la ley exista, ésta se acata o no. Es decir, le importa el grado de efectividad social de un grupo de normas jurídicas.

G. DOCTRINA

Pese a los múltiples desprecios y "desdenes" a la doctrina (que generalmente provienen de los ignorantes) es ésta precisamente la que de alguna manera ha hecho evolucionar el derecho, y la que lleva de la mano al estudiante para que conozca el objeto jurídico propio del estudio.

²² Winkler, Jorge, *Cómo elaborar una tesis en derecho*, pág. 35.

La doctrina corresponde a "los estudios de carácter científico —dice García Maynez— que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar reglas de su aplicación."²³

El procesalista —apunta Alcalá-Zamora, contra lo que nuestros prácticos suponen—, "no es el ser que vive de divagaciones doctrinales, sino el que estudia los problemas procesales en sus diferentes aspectos y el que los contempla sin la limitación de horizontes y sin la visión deformada a que el ejercicio profesional del foro conduce con frecuencia".²⁴

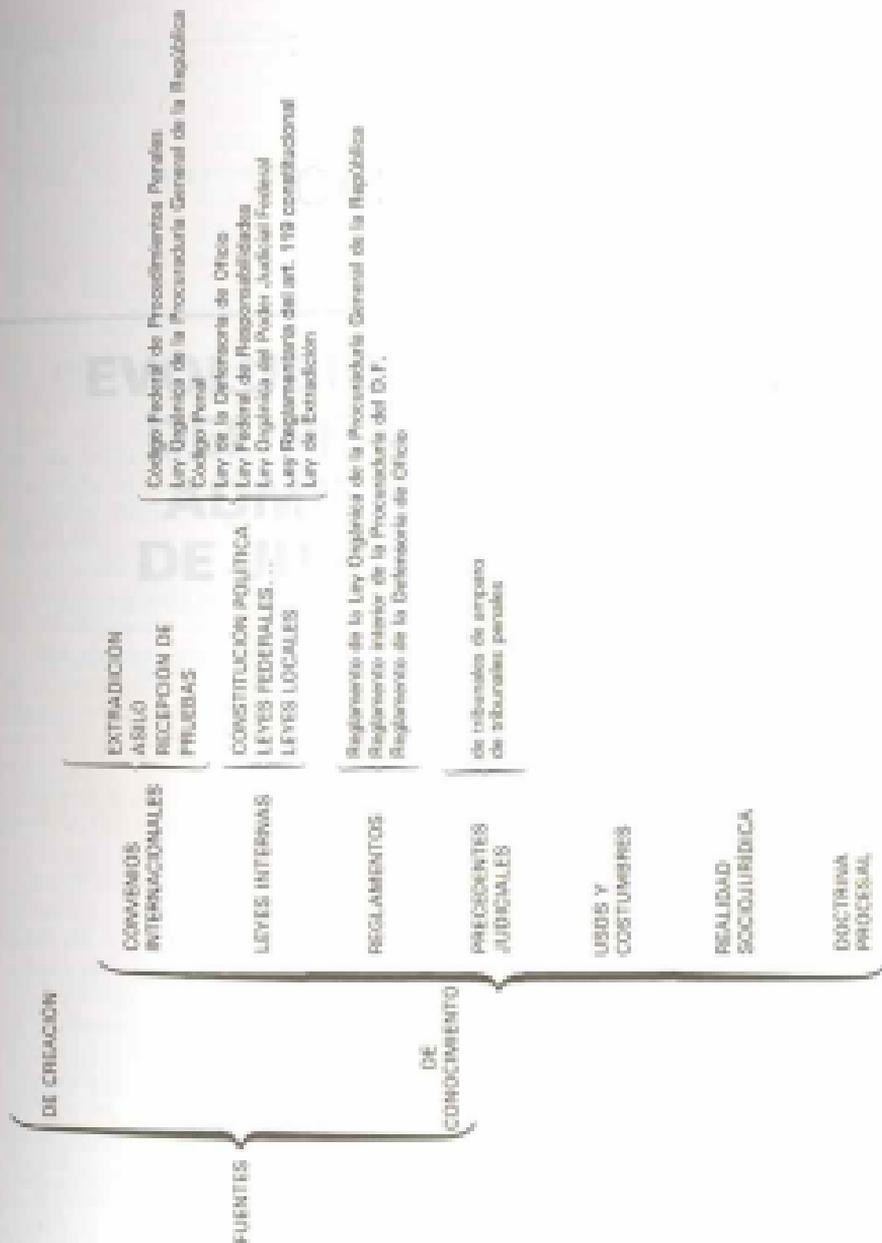
La doctrina da forma y armonía a las instituciones puede ser tan admirada y respetada por el científico, como temida por el tirano. La doctrina sirve para interpretar las instituciones jurídicas vigentes, pero con mayor acierto, como fuente de inspiración a nuevos sistemas. En este sentido, la doctrina normalmente inspira los cambios legales y jurisprudenciales.

No hay que olvidar que hasta en los "claros legales" (lagunas) se tiene en consideración la doctrina, para integrarlas cual si fueran o se trataran de normas jurídicas implícitas (no explícitas).

En fin, la doctrina no sólo sirve para preparar la aprobación de nuevas leyes, resoluciones o sentencias que han de venir, sino también para entender el producto derivado de leyes, resoluciones y sentencias.

²³ García Maynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, pág. 76.

²⁴ Alcalá-Zamora y Castilla, Niceto, *Algunas observaciones acerca de la reforma procesal*, págs. 146 y 146.



JAMES
CAPÍTULO
2

**EVOLUCIÓN HISTÓRICA
DEL PROCESO Y LA
ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA PENAL**

SUMARIO

- 2.1 INTRODUCCIÓN
- 2.2 ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y PROCESO PENAL
 - 2.2.1 Época prehistórica
 - A. LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS
 - B. SURGIMIENTO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL
 - C. EL TRÁNSITO DE LA PREHISTORIA A UNA NUEVA ÉPOCA
 - D. SINOPSIS
 - 2.2.2 Época antigua
 - A. GRECIA
 - B. ROMA
 - C. SINOPSIS
 - 2.2.3 Épocas medieval, renacentista y moderna
 - A. GERMANOS
 - B. INGLATERRA
 - C. CRISTIANISMO MEDIEVAL
 - D. ESPAÑA
 - E. OTRAS MANIFESTACIONES RENACENTISTAS Y MODERNAS
 - F. SINOPSIS
 - 2.2.4 Época contemporánea
 - A. SINOPSIS
 - 2.2.5 Derecho mexicano
 - A. DERECHO INDÍGENA (época precolonial)
 - B. DERECHO INDIANO (época colonial)
 - C. MÉXICO INDEPENDIENTE
 - D. MÉXICO ACTUAL
 - E. SINOPSIS
- 2.3 EVOLUCIÓN DOCTRINARIA
 - 2.3.1 Periodos prehistórico y antiguo
 - 2.3.2 Judicialismo
 - 2.3.3 Prácticas
 - 2.3.4 Procedimentalismo
 - 2.3.5 Procesalismo
- 2.4 LA DOCTRINA PROCESAL PENAL EN MÉXICO

2.1 INTRODUCCIÓN

Es una tarea titánica y casi imposible para un jurista abordar el estudio de la historia de una rama del derecho, no tanto porque sea una rama del derecho (lo que ya de por sí es difícil), sino porque el estudio de la historia supone el conocimiento de otra metodología, y de técnicas o métodos para abordarla.

El alumno que se inicia en el estudio de la historia de las instituciones jurídicas acaso pueda preguntarse (y con razón) para qué sirve la historia. Al parecer, la respuesta no fue unánime en todas las épocas.

En algún momento, algunos consideraron que servía para apoyar la moral del presente (Plutarco); otros, quizá pensaron que servía para dar una explicación narrativa, en síntesis, para demostrar conocimiento (Tallerand); otros más, aunque no lo dijeran, se valieron de la historia para dar apoyo a sus teorías (Montesquieu).

En el caso de la historia del derecho, especialmente del derecho procesal penal, la finalidad no debe de ser tan subjetiva. El carácter didáctico con que la empleamos debe tender más a lo general y, sobre todo, a lo objetivo.

La mayoría de los escritos acerca de la historia del proceso penal y administración e impartición de justicia (redactados generalmente por juristas carentes de conocimiento de la metodología de la historia), pueden englobarse en dos vertientes metodológicas:

- a) Aquellas que presentan la génesis del problema sociojurídico, su correcto planteamiento y definición, la o las hipótesis o soluciones dadas por la doctrina, el fenómeno circundante, las razones por las que se adoptó o rechazó una hipótesis o doctrina y su culminación, consistente en la aparición de la o las normas procesales.
- b) Aquellas que inician su presentación a partir del momento en que la ley o norma jurídica fue aprobada, y señalan la época en que estuvo en vigor, dando superlativa importancia al orden cronológico.

En esta segunda dirección metodológica predominan los planteamientos

que se asemejan al directorio telefónico, pues sólo consisten en un catálogo de normas y disposiciones matizadas ordenadas de manera cronológica, algunas de ellas con comentarios del contenido o de curiosidades de su acontecer.

En nuestra opinión, al estudioso del derecho debe interesarle el primer enfoque, pues sólo con él puede conocer cómo ha evolucionado una institución jurídica.

El criterio de plasmar curiosidades ocurridas, hechos raros o extraordinarios, no es la línea adecuada para plantear la historia, como tampoco lo es limitarse a la mera enumeración de instituciones. En la historia del derecho nos interesa la institución en sí (forma de la institución), pero, más que eso, nos importa *la forma en que ha evolucionado*, e incluso *qué efectos produjo o desea causar* (realidad de la institución).

Hacer historia implica suponer en el historiador una intuición para interpretar la diversidad de datos recopilados, depurarlos o rechazarlos. A la historia del derecho importa la *interpretación de los datos*, y no la mera acumulación de datos.

Acaso por esto Guillermo Floris Margadant ha dicho que "la tarea del historiador del derecho no es simplemente la de *exponer*, sino también la de *explicar* determinados cambios en algún sistema jurídico, mediante la proyección de su fantasía hacia la plenitud de las circunstancias históricas, relacionadas con el derecho."¹

Uno de los fines con que utilizamos la historia consiste (de la misma manera como lo haremos con el derecho comparado) en emplearla como apoyo para *comparar en el tiempo (y en el espacio) nuestro derecho procesal positivo*. De ahí que a lo largo del texto se encuentran elementos históricos particulares.

Como la historia comprende los hechos ocurridos (el fenómeno), así como las ideas expuestas (la filosofía, la teoría, la doctrina jurídica), este capítulo procurará referirse de manera muy general a la administración e impartición de justicia y del proceso penal, así como la evolución de las ideas (plasmadas en la bibliografía correspondiente a lo procesal penal).

2.2 ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y PROCESO PENAL

2.2.1 Época prehistórica

La mayoría de las referencias jurídicas a la época prehistórica quedan en el nivel de hipótesis sin confirmar, ya que la falta de fuentes de conocimiento e his-

¹ Floris Margadant, Guillermo, *Enciclopedia de la Historia universal*, pág. 15.

seriografía nos lo impide. A lo sumo, lo conocido de esos momentos prehistóricos sólo son restos de monumentos e inscripciones.

De cualquier manera, los historiadores consideran que se puede realizar la reconstrucción histórica con base en patrones comparativos de sociedades actuales que se encuentran en etapas embrionarias, e igualmente a partir del estudio de las conductas animales, en especial de los primates, con los que el hombre, en tanto animal, tiene parentesco.

Se afirma que en el mesolítico el hombre vivía en cavernas y que la piedra era su instrumento de trabajo. Es durante el neolítico, con el comienzo de la agricultura, precisamente hacia el año 7000 aC, cuando ya podemos formular hipótesis más firmes. De forma análoga, fue aproximadamente por el año 3500 aC cuando aparecieron los conglomerados que podemos llamar ciudades en Medio Oriente, en una región llamada Mesopotamia.

En Mesopotamia encontramos a los sumerios, que hacia el año 4000 aC alcanzaron un sistema de escritura. Varias ciudades, no lejanas a la de los sumerios aparecen ya registradas.

A pesar de tantos años transcurridos, no se conoce forma alguna de Estado, y la hipótesis es que no existió antes de la fundación de las primeras ciudades.

A. LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS

Durante esta primera etapa de la humanidad (antes de las primeras ciudades y gobernantes), las cuestiones que inicialmente resolvía el jefe de la gens, mediante la venganza, pasaron a ser (con las características de magia y misticismo) dirigidas (y tal vez resueltas) por la clase sacerdotal. Téngase en cuenta que para ese entonces prevalecía el animismo y que el hombre veía un dios en todas las cosas.

Ante la impotencia para controlar los fenómenos que lo asediaban, el hombre recurrió a esos dioses, a través de los sacerdotes y brujos. Eran esos sacerdotes con los que más contacto tenían los primeros moradores, a ellos recurrían para solucionar los problemas del ser humano. De esta manera, primero como mediadores (entre la divinidad y el hombre) y luego como jueces (intérpretes de la divinidad o delegados de la misma), los sacerdotes fueron quienes inicialmente implantaron mecanismos para dar solución a la conflictiva humana.

El establecimiento de la función jurisdiccional no se dio vertiginosamente, sino que debieron transcurrir muchísimos siglos antes de que se instaurara.

Los lazos entre tribus y hordas se estrecharon con la finalidad de protegerse de los enemigos, es posible que dos o tres aldeas hayan designado a una persona para que dirigiera la defensa de sus asentamientos como jefe militar. Este nombramiento, originalmente fue accidental, con el transcurso del tiempo llegó a ser definitivo, debido a la constante ola de ataques.

Sabemos, por ejemplo, que muchísimo tiempo después surgió la I dinastía de Babilonia (2057), que logró unir a Sumeria y Acad, y que Menes reunió al Alto y al Bajo Egipto (3000 aC).

Antes de esa unión (que ya supone ciudades), el primer líder debió haber sido militar. Al regresar a la aldea —expone Florin Margadant—, lo hizo “con incrementado prestigio y fuerzas a menudo, durante los intervalos de paz, poderosos jefes. En esta combinación de *general-jefe* podemos encontrar la figura del rey (desde aproximadamente 3000 años aC) asistido por la nobleza y los sacerdotes”.²

Este jefe, victorioso, cuando regresó a la aldea, además de vigilar la seguridad externa del conglomerado comenzó en el interior de la aldea una carrera para “imponer la paz social interna”, lo que significó cierta función destinada a procurar la resolución de los conflictos.

El fin de la venganza privada desproporcionada tuvo lugar cuando se estableció un sistema de tarifas para graduar la venganza. Así apareció la *Ley del Taliós*, que supone un sistema de equivalencias.

Algunas acciones, que no eran fácilmente medibles para la reacción, originaron otros sustitutos; por ejemplo, la indemnización, que dio lugar a la composición.

Es casi seguro, que los primeros jefes carecieron de una fuerza *imperiante* propia, pues era el pueblo (gens, tribu, aldea) quien lo apoyaba y el que realmente tenía el poder. De ahí que en multitud de pueblos antiquísimos las reuniones del pueblo eran las encargadas de resolver.

Sabemos que había posibilidad de composición, por ejemplo en los casos de homicidio, donde a cambio de algo los deudos del muerto olvidaban o componían la ofensa, con lo cual se lograba “la paz de la aldea”, tan necesaria para hacer frente a los enemigos externos.

Las primeras costumbres reguladas fueron, al parecer, las relativas a la convivencia sexual, lo que nos hace suponer que algunos de los primeros litigios debieron de haber sido en torno de esta cuestión.

B. SURGIMIENTO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Todo parece indicarnos que antes de que el jefe asumiera el poder, éste residía y se ejercía en el pueblo. Las asambleas del pueblo, e incluso los enjuiciamientos ante el grupo, así nos lo demuestran.

Cuando alguien que se consideraba acreedor u ofendido deseaba resarcirse según el criterio tarifario, iba ante el presunto deudor u ofensor, lo tomaba

² Florin Margadant, Guillermo, *Paradigma de la historia universal*, págs. 27 y 28.

y se cobraba. Ningún tercero extraño aparecía en la contienda. El acreedor sólo iba y ejercía su "derecho". Se presentaba así, como medio de solución de los conflictos, la autotutela o autodefensa unilateral.

Resulta difícil explicar cómo es que entró en escena un tercero extraño al conflicto para dirimirlo, pero si recordamos que el presunto acreedor u ofendido podía ir a eschar al deudor, éste, con el tiempo, tuvo la posibilidad de recurrir o apelar al pueblo mismo.

Parace lógico pensar, que el presunto deudor u ofensor, fue quien primero recurrió al pueblo (accionaba), a las asambleas del pueblo, para pedirle que intercediera y que reconociera su excepción o graduara la reacción (dentro del sistema tarifario); es decir, cuando la reacción del ofendido prometía ser más violenta o desproporcionada que la ofensa misma.

Ya que nos referimos a la promoción de la acción por quien se autocalifica ofendido, no está por demás cuestionarnos si el supuesto violador de la norma prohibitiva (es decir, el presunto delincuente) podía (mediante la acción) provocar la actividad jurisdiccional.

Según Tamayo y Salmerón (quien a su vez sigue a Hans Julius Wolf), en antiguas épocas el procedimiento se iniciaba a instancia del que sería "demandado" y no del "demandante".

De acuerdo con la interpretación obtenida de fuentes, tales como *La Ley de Homeros*, las *Leyes de Hamurabi*, el derecho babilónico, e incluso disposiciones romanas antiguas, el acreedor podía tener derecho a tomar al deudor y hasta darle muerte. Cuando el supuesto deudor (pensemos aquí en el supuesto delincuente) temía por el acto que iba a realizar el supuesto acreedor, invocaba la protección del tribunal, al cual "llevaba el caso". Era entonces cuando este tribunal llamaba al presunto acreedor para "supervisar la autodefensa", anulando la venganza privada, pero en especial, para imponer "la paz" entre los contendientes.³

Al ocuparse el jefe de las funciones que originalmente tenía el pueblo para resolver conflictos, obtuvo gran parte de la función jurisdiccional. Pero ésta no apareció de inmediato y como hoy la conocemos. Es posible que el jefe (que aún carecía de la fuerza suficiente frente a todo el pueblo, ni había podido consolidarla de manera definitiva) en un primer estadio mediana para solucionar la conflictivo, posteriormente conciliar, luego arbitrar, en tanto que la función del pueblo ya tendía más a la función jurisdiccional.

Cabe precisar que a esta función, a la que ya le estamos llamando jurisdiccional, no le competía al estado, sino al pueblo.

Es probable que en este estado de cosas la posibilidad de arbitrar del jefe evolucionara (al dársele fuerza y al imprimírle el jefe fuerza a su resolución) a la función jurisdiccional (que ya supone un jefe consolidado y el nacimiento de un Estado).

³ Tamayo y Salmerón, *Kolanda*, El derecho y la ciencia del derecho, Excursus I, el Proceso jurisdiccional, págs. 181 y sigs.

En general, los estudios históricos sostienen que primero apareció la función arbitral y después la jurisdiccional. Tamayo y Salmerón sostiene que ambas funciones surgieron independientemente, y los argumentos que expresa y las fuentes en que se funda no carecen de lógica.

La consolidación del jefe no sólo como instructor, sino también como juzgador, no se produjo de inmediato. "De aquí que el juez primitivo —apunta del Vecchio— sea tan sólo un árbitro que propone un arreglo; su sentencia puede ser aceptada por las partes, pero no va acompañada de suficiente fuerza coactiva. Existen ciertamente medios indirectos para obtener que la sentencia sea cumplida; por ejemplo, las promesas solemnes de las partes, las invocaciones a la divinidad, las apuestas judiciales (como pago anticipado del precio de la composición) —con lo cual las partes demuestran su seria intención de obedecer la futura sentencia—, y además la intervención de testigos y fiadores en vistas a este mismo fin."⁴

C. EL TRÁNSITO DE LA PREHISTORIA A UNA NUEVA ÉPOCA

En Babilonia, el rey Hamurabi (1894 aC) promulgó una de las primeras constituciones que se conoce: el Código de Hamurabi. Mediante este código se arrebató a la clase sacerdotal lo que podemos designar como "poder judicial", para entregarlo a los laicos (advértase: no necesariamente a la clase gobernante). Desgraciadamente, no podemos asegurar si en la realidad se plasmó la independencia legislada, en virtud de la gran fuerza ejercida por la clase sacerdotal.

Es casi seguro que dentro de los mecanismos para la solución de los conflictos, se empleara la oralidad y la inmediación; la oralidad, puesto que no cualquier persona sabía leer y escribir. Incluso, todavía durante la Edad Media los jueces no estaban obligados a saber leer y escribir, por eso surgieron los escribanos. En cuanto a la inmediación, aparece no sólo por ser característica que sigue a la oralidad, sino por la directa intervención de los juzgadores en la solución de los conflictos.

Aunque en algunos lugares la administración o impartición de justicia estaba desligada de la clase sacerdotal, ésta tenía cierta intervención en la misma. Por ejemplo, los visires egipcios, no sólo estaban al lado del monarca, sino también de los sacerdotes. Algunos datos históricos también nos recuerdan la existencia de jueces pedáneos en Egipto.

En los casos de intervención del pueblo o asambleas del mismo (que se celebran todavía durante la Edad Media entre los pueblos germanos), la administración de justicia fue girando hacia otra persona o pequeño grupo de

⁴ Del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del derecho*, pág. 413.

personas. No era fácil que toda la aldea se reuniera a cada momento, de manera que su función quedó en manos de los Consejos, cuyos miembros primeramente fueron electos por el pueblo mismo, y después por el monarca.

Igualmente, de la publicidad que caracterizaba a los enjuiciamientos populares se dio un paso hacia lo que ya en los procesos inquisitoriales sería el *secreto*.

Un dato de importancia para el estudioso, es que durante esas épocas los asuntos civiles y penales prácticamente no se diferenciaban: por lo tanto, los procedimientos y los tribunales eran los mismos.

La tremenda influencia religiosa durante toda esta etapa impregnó a los procedimientos, de ahí que llegara a acusar un exagerado *formalismo* y *centralidad*, en los cuales los movimientos, los gestos y las palabras eran sacramentales. Esta particularidad imperó hasta la primera época romana.

Se afirma incluso que por entonces los "juicios de Dios" eran conocidos, es decir, que se recurría a los fenómenos "impuestos por la divinidad" para saber quién tenía la razón. Lo único que tenía que hacer el sacerdote era indicar a quién correspondía la carga de la prueba. Estos juicios de Dios continúan practicándose entre los pueblos germanos de la Edad Media.

D. SINOPSIS

En suma, en esta época prehistórica encontramos el paso de la venganza privada a soluciones con reacción medida. Igualmente, quien inicialmente apela al pueblo, lo es el deudor y no el acreedor. Aquí también se detecta un cambio de la justicia administrada por el pueblo, hacia la justicia administrada por una persona o grupo de personas.

2.2.2 Época antigua

La aparición de la escritura y la constitución de los imperios orientales marca el fin de la época prehistórica y el nacimiento de la que se conoce como época antigua.

Los estudios de la historia (en especial los del siglo XIX) consideraron que en la evolución se han sucedido varios periodos (prehistoria, época antigua, medieval, renacentista, moderna, contemporánea). En la actualidad, esas "etiquetas" sólo se utilizan para tratar de ubicar cronológicamente algún fenómeno, pero sin la idea de considerar la existencia de verdaderos periodos estancos y cerrados.

Algunos de los pueblos que mencionamos en la prehistoria se proyectaron

en la época antigua, tales como Egipto y algunos grupos mesopotámicos como los hebreos, fenicios y cartagineses, pero tal vez los más destacados (scaso por ser más conocidos) fueron los de Grecia y Roma.

A. GRECIA

La historia del pueblo griego se inicia en la prehistoria, pero nos resulta de mayor interés la época antigua. Como lo vimos en los pueblos prehistóricos, los griegos se organizaron según el *régimen de la gens*, familia amplia, que para entonces ya giraba en torno al varón.

El Areópago correspondía al consejo de ciudadanos (espátridas) que administraban justicia criminal, en tanto que el arconte poseía entre otras facultades: las políticas y las militares. Era ante el arconte, ante el cual se presentaba la acusación, para después convocar al tribunal del Areópago.

Dracón (621 aC), uno de los arcontes, prohibió la venganza privada (auto-defensa unilateral), aunque es más conocido por la drasticidad de sus sanciones ("sanciones draconianas").

Ya durante el periodo clásico, ciertas cuestiones políticas entre Pericles y Cimón condujeron a la promulgación de una ley (de Efialtes) que le restó facultades al Areópago, y más tarde el arcontado dejó de ser un privilegio de los ricos y se estableció que las funciones públicas debían ser remuneradas.

Después de Pericles aparece en escena la Elia, tribunal cuyos miembros se elegían democráticamente. No había acusador o actor y el procedimiento tenía dos fases: instructora, donde los magistrados instruían; y resolutora, en la que los jurados resolvían. Cualquier persona podía denunciar.

En Atenas —a decir de Floris Margadant—, "las funciones oficiales eran anuales y se procuraba que en el transcurso de su vida la mayor parte de los ciudadanos recibieran la oportunidad de participar en la vida pública, ya sea como magistrados, jueces o consejeros. Todo magistrado era controlado severamente en forma represiva, después de entregar la administración a su sucesor, pero también anticipadamente, mediante un control llevado a cabo, de ordinario por una comisión de arcontes (los seis *thesmothetái*) respecto del cumplimiento del candidato con ciertos requisitos formales y morales."⁵

Fue durante esta época cuando se introdujo la oratoria en el foro. Así, apareció la costumbre de que los interesados llevaran a un orador para que alegara. A partir de Anfíton se escribieron los alegatos y se recibía una recompensa, esto fue el germen del defensor.⁶

⁵ Floris Margadant, Guillermo, *Parcours de la histoire universel*, pág. 68.

⁶ Briseño Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, t. I, pág. 448.

Durante el mismo período coexistieron Grecia y Roma. Una rebelión de los macedonios dio lugar a la caída de Corinto (146), fecha a partir de la cual la historia griega quedó subordinada a la romana.

Los griegos contribuyeron al régimen constitucional. Sus reflexiones sobre los fenómenos, abrieron el campo para referirse a la justicia. Incluso las sentencias se debían elaborar en base a un sentimiento de justicia, más que de reglas jurídicas legisladas.

Un instrumento dado a conocer por los griegos —la lógica— marcó la pauta para posteriores desarrollos. La lógica, aún en la actualidad, sigue siendo uno de los principales instrumentos del jurista.

A la vez, la dualidad de fases en el enjuiciamiento nos recuerda otras que habrían de acogerse después de la Revolución Francesa: la instrucción y el juicio.

B. ROMA

Las referencias romanas que poseemos se inician a partir del año 1000 aC, cuando diversas tribus comienzan a penetrar en el territorio. Hacia 900 aC aparecen los etruscos y alrededor de 750 aC se fundan algunas ciudades griegas en el sur de Italia (los fenicios de Cartago se extienden hasta Sicilia, Cerdeña y Córcega. Para esta fecha (aproximadamente 753 aC) se funda la ciudad de Roma, a la que confluye el grupo latino.

En la historia romana, así como la de otros pueblos de la época, la naturaleza del litigio matizó ligeramente el tipo o forma de enjuiciamiento.

Las cuestiones penales, como hoy las conocemos, no siempre fueron consideradas de orden público, de manera que gran parte de esos conflictos se tramitaron en el orden privado. Esto significó que la división entre delitos "privados" y delitos "públicos" marcara el tipo de enjuiciamiento.

Mommsen señala dentro de los delitos privados al hurto, homicidio, daño en cosas, etc., y como delitos públicos, es decir, aquellos que atentan contra la comunidad, menciona los de traición a la patria (insurrectos), falsificación de moneda, abuso de poder, etcétera.¹

El orden privado resulta a nuestra fecha más conocido. El procedimiento civil era el mismo que se seguía para esos delitos "privados" (*delicta privata*), salvo excepciones. El tratamiento para los "delitos públicos" es un poco más desconocido, al que nos referiremos en las siguientes líneas.

Políticamente la historia de Roma atravesó tres períodos: la monarquía (753 aC hasta 510 aC), la república y el imperio. Como veremos, cada uno de estos tres tipos de organización llegó a influir en la impartición de justicia.

¹ Mommsen, *Teodoro. Historia*, pág. 428.

La época de los reyes (época arcaica) prácticamente coincide el período de la que se conoce como las *leges actionum*. Durante esta fase, en la administración de justicia encontramos aún residuos de la época prehistórica. La influencia religiosa establecía ciertas acciones que habían de realizarse para poder satisfacer la pretensión, especialmente en la de los delitos privados. Dichas "acciones" consistían en rituales, movimientos y frases sacramentales que debían de pronunciarse para someter la pretensión ajena a la propia.

En los "delitos públicos", aunque inicialmente el pueblo decidía tales cuestiones, la delegación de poder a órganos especialmente creados dio surgimiento a una burocracia encargada de administrar justicia penal. Los "comicios por centurias" eran las únicas organizaciones que podían imponer la pena de muerte, el destierro o las multas. Más que realizar función jurisdiccional, estos comicios que representaban al pueblo se encargaron de la *repression política*.

No obstante, el derecho de presentar el asunto a los comicios por centurias (derecho de acusación) no perteneció a todos los ciudadanos, sino a los magistrados, los cónsules, los pretores y los tribunos. A los ciudadanos lo único que les quedó fue el derecho a denunciar los delitos ante los últimos.

Con el transcurso del tiempo, el derecho a juzgar las cuestiones penales pasó al rey, el cual ejerció esa función, especialmente en asuntos graves, pero podía delegar el conocimiento a ciertos funcionarios que fue creando especialmente para conocer (*questio*) cada caso que se planteaba. Surgieron así los *questores*.

Originalmente éstos *questores*, sólo conocían del caso que se les planteaba y luego desaparecían (eran juzgadores por comisión); pero después se empezó a dictar una serie de leyes que permitieron a los *questores* profesionalizarse; es decir, tener mayor permanencia en sus puestos. Esto se presentó prácticamente en la época de la República.

Las *questiones perpetuae*, especie de leyes especializadas, dieron esta permanencia, pero no para todos los delitos, sino sólo para cada tipo de delito. Aparecieron entonces los *questores de clandestinís conjuracionibus* (para conjuraciones), *majestate* (para la seguridad de la nación), *veneficiis* (de envenenamiento), *homicidiis* (de homicidio), *peculatus* (peculado), *pecunias resqueptundae* (exacciones ilegales).

Se tuvo, de este modo, un tribunal para cada delito, donde un magistrado conocía *questio*, y otro grupo de personas (jurado) resolvía. Para entonces ya se permitió a todo ciudadano acusar, y se le exigía tan sólo el juramento de no acusar calumniosamente (*juramentum calumniae*).

Como se advierte, este tipo de enjuiciamiento, con tintes más democráticos, poseía dos fases bien delineadas similares a las del enjuiciamiento civil: una fase *in iure*, donde el magistrado conocía o instruía en torno a los hechos que le eran denunciados, y otra segunda fase en la cual este magistrado sometía a la consideración del jurado el asunto para que lo resolviera (*iudicium*).

En la fase *in iure*, tratándose de delitos privados, se llegaba hasta la entre-

ga de la fórmula, y cuando se trataba de delitos públicos, el caso se turnaba a los *quaestores* para que resolvieran.

En la fase *in iudiciis*, el número de jurados era variable, dependiendo de la *quaestio perpetuae* (entendámosla como ley especial), de manera que los jurados podían ser 32, 50, 75, etc. Este tribunal resolvía en tres sentidos: *in condemnatio* (condenando), *in absolutio* (absolviendo) o con un *non liquet* (que equivale a la absolución de la instancia: no condena ni absuelve).

Durante esta época, una diferencia entre el enjuiciamiento civil y el penal consistió en que el civil se regulaba con base en una fórmula (derecho formulario), en tanto que el penal (en delitos públicos) se regía según las *quaestio perpetuae*. Igualmente, mientras que en el civil los juzgadores eran escogidos por las partes; en lo penal aunque también había posibilidad de escoger, era el que les designaba el magistrado o el factor suerte era el que decidía. Al respecto, se sabe que existían listas de personas para escoger.

El imperio surge casi imperceptiblemente. César Octaviano fue adquiriendo paulatinamente mayores poderes y funciones para sí, hasta el momento en que recibe el título de emperador. Es entonces cuando comienza la tercera época de la vida política de la Roma antigua.

Los procedimientos formulario y de las *quaestio perpetuae* no cambiaron bruscamente, sino que fueron sustituidos de manera paulatina.

Ya desde la época de los reyes, el magistrado en casos excepcionales podía resolver (*extraordinae*) haciendo uso también de su extraordinario imperio, facultad que vino a sustituir la ordinaria de la fórmula y de la *quaestio perpetuae*, que exigían dos fases en el enjuiciamiento (*in iure* e *in iudicio*), para que el mismo sujeto (el magistrado) juzgara también, decidiendo sobre las pretensiones propuestas.

Adviértase que la concentración de poder en el emperador fue seguida por la del magistrado, pues la actividad de éste ya no quedó en la mera *cognitio*, sino que también alcanzó la *iuris-dictio*.

En este momento dejaron de hacerse, las listas de jurados que antes se elaboraban, y los miembros del pueblo dejaron de ser jueces. Al asumir el *iudicium*, los antiguos magistrados recibieron también el nombre de *iudex* o de *judicis* mayores. Así, del *iudicium populi* se pasó al *iudicium publicum*.⁹

C. SINOPSIS

Desde la época prehistórica hasta el inicio de la Edad Media, la época antigua marcó un gran avance en la administración e impartición de justicia penal.

⁹ Ostian, M., *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*, vol. correspondiente a la historia de la legislación romana, especialmente las páginas 301, 314, 328 y 341.

El viejo juicio directo ejercido por el pueblo fue pasando al gobernante, quien primero realizó una función de magistrado (*fase in iure*), hasta que alcanzó y concentró la función de decisión (*iudicium*). Es aquí cuando el magistrado toma el nombre de juez. Apareció a la vez que en este tránsito se pasaba de la función privada de decisión, a la función pública. El Estado acogió para sí, además de las funciones militar y política, la jurisdiccional.

2.2.3 Épocas medieval, renacentista y moderna

Durante la época del Imperio Romano, Diocleciano (284-306) dividió el poder en dos partes: el del oriente y el del occidente, lo que marcó una separación cultural entre oriente y occidente.

Por esa época (siglo III) se inició una invasión gradual de personas que parecían provenir del norte de Europa. Los hunos, procedentes de China, derrotaron en el sureste de Rusia a los ostrogodos (376), los que a su vez, al movilizarse, se enfrentaron con los visigodos. Los diversos movimientos de los pueblos en Europa, aunados a triunfos y errores políticos y militares, llevaron a los ostrogodos, con su rey Teodorico, a la misma Italia.

Debido a tales movilizaciones, los visigodos se asentaron en el sur de Francia y España, los francos en el centro de Francia, y los anglos y los sajones en Inglaterra.

Un hábil movimiento militar colocó a uno de los godos, Teodorico, en Italia, en tanto que Odacar (un militar germano) depuso al último emperador de occidente: Rómulo Augusto.

La humanidad, sobre todo la occidental, llegó a la Edad Media acostumbrada a los textos legales en que se les indicaban sus derechos.

Lo anterior resulta de suma importancia, porque a partir de aquí no serán los jueces los que determinen el derecho aplicable, sino que las leyes serán dadas por el legislador, y los jueces sólo la cumplirán.

Este sistema, denominado *civil law*, diverge del *common law*, pues en este último el derecho común seguirá siendo aplicable, a grado tal, que son realmente los jueces los que hacen el derecho (*judge make the law*).

Esto provocará igualmente en los estudiosos la divergencia en cuanto a si la actividad jurisdiccional consiste sólo en aplicar la norma o también en crearla.

En Europa, el panorama de los primeros tiempos de la Edad Media es desolador. Durante los siguientes años, los monarcas trataron de reorganizar al Imperio Romano sin éxito, comenzando con el propio Teodorico, e incluso Carlomagno (rey de los francos), a quien el Papa designó para el imperio romano de occidente. En 843 llegó el fracaso, lo cual se reconoció en el tratado de Verdún, según el cual se dispuso la desintegración.

Esas larga jornada de la humanidad conocida como Edad Media tiene, para la cultura occidental, un lado "oscuro" y un lado "más avanzado", que se inicia aproximadamente en el año 1000 y es el preámbulo del Renacimiento.

A la primera parte de la Edad Media se la suele caracterizar en lo general por un retroceso de la esclava, pero su matiz fue diverso a lo largo de todo el continente Europeo. En filosofía la *patristica es lo que impera* en esa fase.

Durante esta época (siglos VI a X) las constantes invasiones originaron que cada pueblo organizara por sí mismo su seguridad y subsistencia mediante las *Cartas Reales*. Esta "autosuficiencia" local denota un desquebrajamiento del poder imperial y, por ende, el surgimiento de la administración de justicia local mediante la *corte feudal*, con un derecho localista.

Mientras en Oriente se conservó cierta unidad y se logró un relativo avance (recuérdese la Biblioteca de Alejandria), en occidente (hasta el siglo XII) se procuró deliberadamente perder la tradición romana, ya que se trataba de una cultura no cristiana.

A manera de ejemplo, veamos el comportamiento en algunos pueblos, desde esta primera parte de la Edad Media, hasta la época moderna.

A. GERMANOS

Las costumbres godas primitivas que tenían los germanos desentonaban con la administración pública que hasta entonces había alcanzado el pueblo romano. Así con la administración primitiva recién llegada se incorporaron prácticas que los romanos ya habían superado siglos atrás.

La influencia religiosa sobre el pueblo germano forjó el enjuiciamiento, cuya filosofía se fundó en la creencia de que el ser humano era incapaz de resolver la conflictiva humana, y que sólo Dios podía hacerlo. Al amparo de esta idea, el hombre basó en Dios una señal que le indicara cuál de los contendientes tenía la razón. Los juicios de Dios u ordalias (del germano *ordel*, y a su vez del alemán *urteil*, sentencia o juicio, que combinado con *gotr*, Dios, da *cotteurteile*: juicio de Dios), al introducirse como mecanismo para conocer la verdad, cambiaron la administración de justicia.

Los juicios de Dios, como la prueba del agua o la del fuego, sólo para recordar algunas, consistían en que el pretensor de quien se sospechaba falsedad debía soportar el fuego o la inmersión bajo el agua (casi siempre un río). La señal de Dios consistía en darle la curación o conservarle la vida si se conducía con verdad, de manera que si una persona no sonaba luego de la quemada, o no salía del agua con vida, ello significaba que se había conducido con falsedad.

Abundan las referencias de cronistas a la práctica de las ordalias en casos concretos. Carlo Magno ordenó en su testamento que cualquiera disputa que pudiera sobrevenir entre sus hijos, se decidiera por el juicio de la cruz.

Cardegunda, la Santa, esposa del Emperador Enrique II de Alemania (1002-1024), debió probar su castidad marchando con los pies desnudos sobre barras de hierro hechos ascua. Emma, reina de Inglaterra, afrontó la misma prueba. La inocencia de Teutberga, esposa repudiada de Lotario II de Lorena (+ 859), falsamente acusada de incesto, se demostró por un carpeta que sufrió por ella la prueba del agua hirviente.¹⁷

Aunque la Iglesia cristiana prohibió estos juicios (IV Concilio Laterano), de hecho siguieron celebrándose.

Igualmente, se estableció que para condenar se requerían dos testigos o la confesión, de manera que cuando no había testigos se procuraba o incluso se forzaba a la confesión, para lo cual se infligía tormento.

El contacto del germano con el pueblo conquistado logró una fusión, de la cual nació la llamada prueba legal: si ya no se recurría a Dios, se podía recurrir al monarca (representante de Dios), el cual indicaba no sólo los medios de prueba, sino también el valor que tenían.

La influencia de las llamadas "matemáticas el espíritu", logró asignar un valor numérico a cada medio probatorio, detalle que de cierta forma ilógicamente se conserva, cuando nuestros códigos siguen aludiendo a "pruebas plenas" (valor de un entero) y "pruebas semiplenas" (valor de medio-entero).

El enjuiciamiento germano se iniciaba con la cita que el presunto ofendido hacía al ofensor, el cual debía aceptar el "mandamiento de paz" para que compareciera a solucionar el conflicto. Si acaso las divergencias continuaban, se recurría a la prueba (especialmente las ordalias). La contumacia del presunto ofensor le acarrecaba la "pérdida de la paz".

B. INGLATERRA

Originalmente la isla de Britania era de ocupación romana; durante el siglo V los romanos se retiraron pero dejando algunos elementos de su sistema. Al poco tiempo la isla fue invadida tanto por los anglos, los sajones, los daneses (en el fondo, tribus germánicas) y posteriormente (siglo X) por los normandos (antiguos vikingos).

Guillermo el Conquistador (duque de Normandía, luego rey de Inglaterra) llevó el Witan presnormánico, que se transformó en una magna curia del rey, cuyas funciones consultivas dieron lugar a los tribunales monárquicos creadores del *common law*.

Con Eduardo I (1272-1307) cobraron auge los Yearbooks, algo similar a

¹⁷Blasco Fernández, Francisco. "Ordalias". en *Enciclopedia Jurídica Oseba*.

lo que en nuestro medio son las compilaciones de precedentes judiciales, y que en Inglaterra aceleraron el *commos law*.

Durante esa época, una lucha entre los señores feudales y el rey Juan sin Tierra, llevó al triunfo a los primeros (1215), quienes arrancaron al monarca un documento (*Magna Carta*), en el que se establecía como prerrogativa de los propios señores feudales, que no serían juzgados por el monarca, sino por "sus iguales"; esto es, por gente de igual jerarquía. Es ésta la simiente del *jurado popular* que trasciende a nuestro código federal de procedimientos penales.

La tradición se inició cuando algunos súbditos se presentaron espontáneamente ante los tribunales a formular una acusación penal. Esta organización (1166) para acusar se conoce como *jurado de acusación*, la cual en nuestros días persiste como gran jurado (*grand jury*).

Enrique II organizó un sistema de jurados para resolver los litigios relacionados con la tenencia de la tierra, es decir, creó un jurado declaratorio, al que se conoció como pequeño jurado (*petit jury*).

En el nivel de derechos superiores (derechos humanos, conocidos en México como garantías del gobernado), la Carta Magna (1215), instituyó el derecho del súbdito a ser juzgado por sus iguales.

Por su parte la Iglesia, al tratar de combatir las ordalias, dio impulso al *jurado popular* (1351).¹⁸

Un mecanismo tutelar de los derechos humanos aparece a la vez en Inglaterra (1679) bajo el nombre de *writ of habeas corpus*, institución que guarda cierta equivalencia con el amparo penal de nuestro sistema legal actual.

También resultan importantes las ideas de Coke, que dieron lugar a la prohibición de tribunales extraordinarios o *ad hoc*, así como a la idea de que los tribunales debían revisar la constitucionalidad de las leyes, aceptadas después en Estados Unidos por Marshall y en México en nuestra legislación de amparo.

C. CRISTIANISMO MEDIEVAL

Ya casi en las postrimerías del Imperio Romano Occidental (311-313) se dieron a conocer los llamados Edictos de Tolerancia, según los cuales se legitimó al cristianismo y se dio un paso hacia la cristianización del Estado.

La filosofía cristiana, más firme a medida que transcurría el tiempo, fue introduciendo una concepción diferente acerca del hombre, la igualdad de los seres humanos y el amor al prójimo fueron algunas de ellas. La sensibilidad contra los tratos crueles hicieron pensar en un tipo de justicia diferente.

¹⁸ Florio Morgadani, Guillermo, *Planes de la historia universal*. En el apartado arriba anotado, especialmente las págs. 184 a 186.

El tratar a los individuos como seres y no como cosas (los esclavos, por ejemplo) se debió, en una primera fase de la historia, al cristianismo, como también la "suavización" de penas, así, de la pena de muerte, se evolucionó a las cárceles.

En Italia, dice Rodríguez, nació el sistema penitenciario, "con la institución del Hospicio de San Miguel, fundada por Clemente XI para los delirantes; el Ergástolo construido en Milán con el mismo objeto; y la cárcel celular, establecida en Florencia por Francia en 1677, nos demuestran que en estos establecimientos penales puede encontrarse la fundamentación del sistema penitenciario".³¹

La Iglesia implantó los tribunales, pues según la carta que el emperador bizantino envió al Papa Gelasio, la Iglesia era competente no sólo para conocer de asuntos espirituales, sino también de aquellos temporales que comprometan los asuntos espirituales.

La importancia adquirida por los glosadores llevó a la Iglesia a contrarrestar los temas "puramente mundanos" y a exigir la compatibilidad del derecho romano con las normas religiosas y la piedad medieval.

Por ello una de las grandes aportaciones del cristianismo y su legislación canónica (las Clementinas, año 1317) consistió en la introducción del juicio sumario (aunque más enfocado hacia cuestiones civiles), para remediar los excesos de los juicios ordinarios que venían desde Roma y que se habían complicado tanto que implicaban una desagajación de justicia.

En gran medida aunque con muchas variantes encontramos aquella inspiración en nuestros actuales enjuiciamientos sumarios (tanto civiles, como penales), en cuanto simplifican las formas procesales y abrevian el tiempo.

Una exageración en la contemplación de la verdad histórica llevó a la Iglesia a desarrollar los enjuiciamientos inquisitoriales (de triste memoria) para la defensa de la fe, que se conocían desde la antigua época romana. Los excesos llegaron al punto de legitimar el tormento.

La parte más dramática de la Inquisición la habremos de ver auspiciada por la corona española, especialmente en la América colonial.

En la legislación religiosa es donde aparece la prohibición de revelar los secretos del proceso.

D. ESPAÑA

En la región peninsular, asiento de la actual España y entonces provincia romana, imperó el derecho romano hasta la llegada de los visigodos, pueblo de

³¹ Rodríguez, Ricardo, *El procedimiento penal en México*, pág. 68.

origen germánico (siglo VI), los cuales implantaron su derecho (el Código de Eurico o de Tolosa, por ejemplo, año 475) y un derecho romano (*Breviario de Alarico* o de Aniano, año 506).

La implantación del derecho romano en la península arábiga propiamente a partir del siglo II con motivo de la Constitución de Caracalla, que extendió la ciudadanía romana. Anteriormente, por esa región pasaron los fenicios, los cartagineses y los griegos.

Poco después los musulmanes arribaron a la península donde permanecieron casi por espacio de un milenio (la última reconquista fue en 1492). Al lado de los musulmanes conviven además los moros, los judíos y otras culturas.

La fusión de los derechos visigodo y romano, dio lugar al *Fuero Juzgo* (653), que destacó algunos derechos humanos, pero al cual la invasión árabe le hizo caer prácticamente en desuso. Surge en la realidad un *derecho procesal popular*.

No obstante, durante muchos siglos del *Fuero Juzgo* sobrevivió la sujeción de la función jurisdiccional al monarca. De tal sujeción, aún quedan las voces "corte", como voz que hace hincapié en lo regio de la justicia, "devolutiva", que alude a la devolución de la función jurisdiccional al monarca.

Durante los siglos siguientes la regulación residió en las ciudades, cada una de las cuales tuvo su propio régimen de impartición de justicia. Los gobernantes le "reconocieron" sus derechos, mediante los documentos que recibieron el nombre de *Fueros*. Recordemos tan sólo al *Fuero Viejo de Castilla*, o al *Fuero de León*.

En cierta manera en las formas de solucionar los conflictos predomina la transacción obtenida gracias a un derecho procesal popular donde la oralidad imperante prácticamente desconoció a la escritura. La equidad, proveniente de los pueblos germanos, supera a la vez al mandato mecánico, aunque humanístico del *Fuero Juzgo*.

Las diversas influencias romanas, musulmanas, cristianas, moras e incluso las antiguas germanas, con el transcurso del tiempo originaron una gran cantidad de leyes, que se trataron de compilar, pero sin resultado inmediato. El agotador trabajo dio finalmente por resultado, lo que fueron las *Siete Partidas*, obra de Alfonso X "el Sabio" (1258), y que en cierta forma retomara al viejo derecho romano.

El pensamiento de la época de las *Partidas* concebía al derecho de las ciudades como una derogación de la ley, es decir, de la ley romana, que se decía era la imperante en el Sacro Imperio Romano y la que lo aglutinaba. En realidad, el derecho romano no se consideraba exactamente como ley vigente, sino como ley subsidiaria o ley ideal que presidía la vida de los hombres, es decir, derecho natural y derecho romano eran casi la misma cosa. Frente a la diversidad de leyes en la península, las *Partidas* muestran la tendencia a "romani-

zar" el derecho, obviamente con la finalidad de reunir en un solo cuerpo las disposiciones e incluso las contradictorias normas y costumbres locales.

Observa Couture que las *Partidas* significaron el "tránsito de un derecho popular, vivo y hondo, a un derecho escrito, académico y romano".¹²

A pesar de la aplicación de las *Siete Partidas*, el paso del tiempo comenzó a hacerlas obsoletas, de manera que para complementarlas o ajustarlas se dictaron diversos tipos de leyes, como las *Ordenanzas de Medina*, las *Leyes del Toro*, etcétera.

Es importante aclarar que las *Leyes del Toro* (1505) prohibieron en el uso forense al derecho romano, lo cual podemos interpretar como una cierta emancipación del fantasma del imperio romano, que aún rondaba en Europa.

La pesadez que implica manejar material jurídico reunido durante varios siglos después de las *Siete Partidas* resultó en trabajos que, luego de la compilación de Montalvo, culminaron con la *Nueva Recopilación* (1567).

Las mismas razones que motivaron la Nueva Recopilación (la gran legislación complementaria), así como los problemas surgidos en las colonias, virreinos y capitanías, dieron a su vez lugar a otra recopilación, conocida como *Novisísima Recopilación* de las Leyes de España (1805), que tanta influencia tuvo en nuestro país durante casi todo el siglo XIX, a pesar de la independencia política.

Debido a las nuevas técnicas codificadoras (píensese en la napoleónica, por ejemplo) posteriormente esta compilación de corte medieval nació retrasada en el tiempo, pero muy "viva" para los nuevos estados americanos, que ni supieron ni pudieron enfrentar los nuevos retos de la codificación.

También fue importante la Constitución de Cádiz de 1812, que estableció el tribunal Superior y deslindó las Audiencias.

E. OTRAS MANIFESTACIONES RENACENTISTAS Y MODERNAS

Aunque ya hemos puntualizado la evolución de las instituciones procesales desde la Edad Media hasta los albores de la época moderna, nos resta destacar otros datos no menos importantes.

Una de las notas que caracterizaron al Renacimiento fue la consolidación de varios reyes que se emanciparon del emperador, para crear o formar los Estados nacionales, circunstancia a decir de Margadant, "fue perjudicial a los tribunales eclesiásticos y por tanto a la aplicación del derecho canónico; los nuevos estados reclamaban para sus tribunales muchos de los asuntos de los que, antes, se había ocupado el poder judicial eclesiástico".¹³

En el enjuiciamiento penal privó la denuncia privada, la querrela del ofen-

¹² Couture, Eduardo J. "Trayectoria y destino del derecho procesal civil hispanoamericano", pág. 34.

¹³ Florin Margadant, *Factores de la historia universal*, pág. 28.

dido por sobre la acusación pública. La investigación era practicada de oficio por el tribunal, e incluso podía iniciarse de oficio por rumor público. Lo caracterizaron igualmente el secreto y el tormento.

En Alemania apareció el *Espajo de Sajonia*, conjunto de normas de franca inspiración romanista.

Durante esa época, la cultura jurídica de los germanos se adquirió en las universidades romanas, de ahí la influencia del *civil law* y la no adopción del *common law*, que los ingleses habían adoptado al rechazar el sistema legislado de los romanos.

A esta "romanización" contribuye la llegada de romanistas tales como Carlos Molinieux y Franciscus Balduinus. Esta influencia romana habrá de advertirse en el *Klagerpiegel* (espejo procesal) de 1516.

En realidad no es el derecho romano el que influye, sino el derecho italo-romano de los posglosadores: o sea, las explicaciones, definiciones y clasificaciones dadas por estos juristas, fundadas en el trabajo de los glosadores (que comentaban la ley romana original). A los posglosadores no les importó la ley romana en sí, sino en el ajuste o actualización del derecho romano a una época.

En materia penal, Carlos V de Alemania y I de España (1523) expidió una regulación conocida como la *Carolina*, en la cual se trató de superar el estado de arbitrariedades, en ella destacan ciertos rasgos romanos.

Por esa época, los parlamentarios franceses dictaron algunas disposiciones importantes; por ejemplo, la *Ordenanza de Villers-Cotterets* (1529), relativas al enjuiciamiento penal, en donde además de abreviarse el proceso y establecerse el procedimiento en dos periodos (instrucción y juicio), se redujeron las facultades a los tribunales eclesiásticos. Pero sobre todo destaca la *Ordenanza de 1670*, propia del enjuiciamiento penal, atribuida a Colbert. A partir de esta última, el acusador debía ser el *procurador del Rey*, y la demanda de pago del daño quedó en la parte privada.

En España, también se limitaron las facultades de los tribunales eclesiásticos mediante el "recurso de fuerza", que estuvo vigente en México hasta el siglo pasado.

Desgraciadamente, a pesar de haber concluido la Edad Media, en esta época se desarrolló con mayor fuerza el enjuiciamiento inquisitorial, a través del Tribunal del Santo Oficio.

Desde luego, el "derecho indiano" siguió en ese entonces a la legislación española.

F. SINOPSIS

En el amplísimo periodo que abarca desde la caída del Imperio Romano de occidente hasta la Revolución Francesa se advierte la lucha para incorporar o rechazar el sistema romano. Al inicio de este periodo es evidente la introducción

de prácticas ya superadas (las ordalias); es palpable el impulso dado al jurado popular (*petit jury*), al enjuiciamiento inquisitorial y a la intervención del Procurador del Rey (antecesor del Ministerio Público) en la promoción de la acción. También hacen su aparición los enjuiciamientos sumarios y, al final, se excluye definitivamente a la Iglesia de la impartición de justicia penal, la cual es retomada por el Estado al consolidarse el poder de sus gobernantes.

2.2.4 Época contemporánea

La Revolución Francesa cambió drásticamente muchas de las instituciones existentes e inaugura la que se suele conocer como época contemporánea. De todas formas no olvidamos que en América la independencia de Estados Unidos provocó la expedición del *Bill of Rights* (1776) que separó a la Iglesia del Estado.

En el trasfondo ideológico del movimiento francés, la búsqueda de la igualdad ante la ley y las ideas democratizantes repercutieron en el enjuiciamiento penal, al que dio matices más acusatorios que inquisitivos.

En 1790, la reacción contra el estado de cosas imperante originó leyes que establecieron la elección popular de jueces, y a prohibir los tribunales *ad hoc*, a limitar el número de recursos, a restablecer el jurado de acusación y el de decisión, elementos estos últimos que se tomaron del derecho inglés.

El Código Napoleónico de 1808 (*Código de Procedimientos Penales*) marcó el inicio de la época codificadora actual, tan especializada, pero a su vez con tintes encaminados a la dispersión legal. Aparecieron así varios códigos procesales, por ejemplo los de Italia (1847, 1859, 1865, 1913), renovados luego de la reunificación (1859-1860).

Caracteriza a la época contemporánea, la total sujeción al Estado de la *función jurisdiccional* que durante la Edad Media de cierta forma olió, eliminándose así en la casi totalidad de los países, el conocido como *fuero penal eclesástico*.

En Alemania es importante la aparición del derecho procesal como ciencia, gracias a las discusiones en torno a la acción.

Durante el proceso de la unificación alemana, y aún después de ella, llamó la atención la Escuela Histórica del Derecho (recordemos a Savigny), que strajo hacia Alemania a muchísimos juristas quienes al regresar luego a sus países, habrían de influir en la ciencia procesal. Recordemos como penalista a Carrara, o como procesalista a Mattiolo, y ya en nuestro siglo a Chiovenda o incluso Alcalá-Zamora, que no son necesariamente historicistas.

Durante estos años (1877), también apareció el Reglamento de Procedimiento Penal Alemán.

Coincidentemente, se dio un tránsito del acusador privado al acusador público, inclusive a grados extremos, como en México, donde se monopolizó al

Estado como sujeto actor.

Para la historia de nuestro país, ha de advertirse que aun antes de la conclusión de la Colonia (inicios del siglo XIX), se tomaron algunos elementos importantes de las *Ordenanzas de 1670*, así como del *Edicto francés del 8 de mayo de 1788*, según lo reconoció Ricardo Rodríguez.¹⁴

Es prácticamente en esta época cuando se diferencia a los tribunales penales de los civiles.

En suma, la época contemporánea, que se inició con la idea de *mixtes faire, laissez passer*, se caracteriza por una idea más social en la impartición de justicia.

A. SINOPSIS

En la época que nos ha tocado vivir puede destacarse el reconocimiento de los derechos humanos, un rechazo al derecho romano y al enjuiciamiento inquisitorial; cierta humanización del enjuiciamiento penal, una función jurisdiccional sujeta totalmente al Estado, la aparición y multiplicación de códigos y leyes procesales, un marcado tránsito del acusador privado al público, y aunque inicialmente se dio un impulso al jurado popular, en este siglo prácticamente ha sido desterrado de los países hispanos.

No obstante hay que lamentar, que para el siglo XIX ya se perdió ese derecho procesal popular, oral y de equidad anterior a las Partidas. A su vez que dio un cambio hacia las formas escritas con implementación de un riguroso ritualismo. No en vano los códigos napoleónicos representaban la idea de que el único derecho era el escrito o legislado por el Estado. Única institución que podía imponer su voluntad.

2.2.5 Derecho mexicano

A. DERECHO INDÍGENA (época precolombia)

El hombre precolombino apareció hace alrededor de 8 a 10 mil años (recuérdese al hombre de Tepexpan). La cultura del maíz data aproximadamente del año 2000.

Los primeros momentos del hombre primitivo corresponden, en términos generales, a lo que ya hemos visto de la época primitiva mesopotámica. Así se caracteriza por la influencia de la religión, la aparición de jefes y jerarquías, la fundación de ciudades, etcétera.

La cultura olmeca parece ser la más antigua (desde el siglo IX aC), pero

¹⁴ Rodríguez, Ricardo, *El procedimiento penal en México*, pág. 38.

poco se sabe acerca de su administración de justicia. De ellos sólo se tiene noticia de la *influencia teocéntrica* que había en sus decisiones.

Los mayas florecieron en nuestra era (925-935), y su sociedad tenía también una marcada influencia religiosa y aristocrática. De estos últimos, su derecho penal es más conocido, que su enjuiciamiento. No obstante, podemos afirmar que había cierta *disponibilidad de la acción* por parte del ofendido.

El procedimiento era uninstancial (no había apelación). El tribunal, cuyo juez era el *Batab*, decidía ejecutoriamente, en tanto que los *tupiles* (policías-verdugos) ejecutaban.¹⁵

En el caso de los aztecas (rama proveniente de los chichimecas) conocemos un poco más, especialmente de su derecho penal. Se sabe que existieron jueces de elección popular *teuctli*, que eran competentes para asuntos menores y duraban un año en el desempeño de sus funciones; y jueces vitalicios, encargados de asuntos más importantes que eran nombrados por el *cihuacóatl*.

El monarca tenía su tribunal, que conocía de la apelación, y el cual sólo se reunía cada 34 días. Cabe aclarar que había tribunales especializados para sacerdotes, militares, etcétera.

En Texcoco, existían tres salas (civil, penal y militar) a cuyos jugadores designaba el rey, que era el magistrado supremo.

En Tlaxcala los asuntos los decidía un consejo de ancianos, y en Michoacán había un tribunal supremo para asuntos penales, pero el rey conocía de los más graves.

Margadant, afirma que a diferencia de lo ocurrido en el continente europeo, entre los aztecas no aparecieron los *juicios de Dios*. No obstante, Kohler, sostiene lo contrario, al señalar que se recurría a la adivinación, los augurios y los presagios.¹⁶

En una revisión general de los pueblos precolombinos es fácil advertir los principios de *inmediatez, oralidad y concentración procesal* por los que tanto han luchado los procesalistas actuales.

En este derecho anterior a la conquista —interpreta Couture— existe una gran aproximación con lo que es el *common law*, puesto que los litigios se resuelven *case por caso* y no con sujeción general a decretos y leyes.¹⁷

A pesar de que en la época precolombina hubo cierta administración de justicia y proceso penal, en este aspecto nada ha repercutido o trascendido hasta la actualidad en nuestras instituciones. Aquí no hubo fusión institucional entre conquistadores y conquistados, como ocurrió en otros lugares, sino imposición de instituciones.

¿Cuál puede ser la razón por la que el derecho indígena no se combinó con

¹⁵ En gran medida la historia del derecho en México, particularmente las épocas precolombina y colonial, se ha tomado y sintetizado de la obra de Florín Margadant, Guillermo, *Introducción a la historia del derecho en México*.

¹⁶ Briseño Sierra, Humberto, *Derecho Procesal*, t. 1, pág. 178.

¹⁷ Couture, Eduardo J., *Fracción del proceso en el 'common law' y en la codificación*, pág. 39.

el español? Tal parece que la conquista realizada por los españoles en México diverge de la que los godos llevaron a cabo en Europa. Efectivamente, los godos estaban acostumbrados a un sistema de leyes personalista, en tanto que los españoles, a un sistema territorialista, el cual se identificaba con la ley de la Corona. He aquí una variable que influyó.

Importó, además, que a pesar de que existió disposición legal para que se aplicaran las leyes y costumbres indígenas (*Recopilación de Indias*, Libro II, Título I, ley 4), éstas no se potencizaron debido a que desde el principio los indígenas desconfiaron de la justicia española, lo que impedía que los litigios penales se plantearan ante los tribunales.

Se afirma que en los tribunales novohispanos prácticamente no se resolvían asuntos de los indígenas, si acaso se llegaban a plantear, no había abogados de los indígenas que pugnarán por la intromisión de sus costumbres en la impartición de justicia. Por tanto, no hubo fusión entre dos sistemas, sino aceptación o, mejor dicho, imposición.

Otras variables no menos importantes para que triunfara el sistema del conquistador, fueron la tremenda influencia ejercida por la religión impuesta, los móviles muy personales de la conquista (por lo menos al principio de la conquista dominaron más los intereses personales que los del Estado español) y la "compra" de los caciques, a quienes se les ofrecían beneficios económicos.

B. DERECHO INDIANO (época colonial)

La llegada del conquistador a América provocó en los primeros momentos una dualidad de sistemas jurídicos bajo una misma corona: el sistema jurídico indígena y el español. El indígena, fundado en la legislación precolombina, continuó funcionando hasta que se consolidó la conquista y mientras no se opuso a los lineamientos básicos de la legislación española.

Una vez consolidada la conquista, fueron las leyes peninsulares las que siguieron aplicándose, entre otras las Siete Partidas y su legislación complementaria, así como la *Nueva Recopilación*.

No obstante, los problemas que surgieron desde el inicio de la conquista dieron pie a una serie de disposiciones especiales para las colonias: el *derecho indiano*.

La legislación indiana, que no debe confundirse con la legislación indígena, proviene tanto de la metrópoli española como de las propias colonias. De la península basta recordar la creación del Consejo Real de Indias; las *Leyes de Burgos* (1512), que procuraron tutela al indígena; y la creación de audiencias, corregidores, juzgados de indios, etcétera. Por su parte, de la legislación indiana criolla —como la llama Margadant— recordamos las disposiciones que dieron lugar a la *Recopilación de las Leyes de Indias* (1680) y a la *Recopilación de Autos Acordados* (1787) que fueron dictando las Audiencias.

La Real Audiencia fue un órgano de gobierno al que, en Nueva España, el vi-

rey debía consultar. Pero la Audiencia tenía otras funciones legislativas, como expedir leyes (cuando la Audiencia era presidida por el virrey), conocidas como autos acordados, y tenía, además, funciones jurisdiccionales.

Las Audiencias de México, Guadalajara y Santo Domingo dependían del virrey de Nueva España. La Audiencia en México llegó a tener una cámara criminal (lo que hoy llamaríamos sala penal) y otra civil. En materia penal, la Audiencia funcionó como tribunal de apelación, y además, resolvía los recursos de fuerza, contra sentencias eclesiales.

En la Nueva España se establecieron ciertos mecanismos tendientes a lograr cierta imparcialidad en el juzgador, y así se crea el Juicio de residencia.

En general, la administración de justicia colonial dependió del monarca español, y las sentencias que se pronunciaban eran *ex nomine* de su majestad.

Hacia 1722, con motivo de los frecuentes asaltos que había en los caminos, se creó el Tribunal de la Acordada, que tenía competencia para resolver de los delitos cometidos en los caminos. Era independiente del virrey y utilizaba procedimientos sumarios.

A pesar de la existencia de la Audiencia, ésta fue materialmente incapaz de impedir los diversos delitos que se cometieron durante el siglo XVIII. La escasez de alimentos, el aumento en el número de vagabundos, el asalto al Palacio del Virrey (1693) y el auge del banditaje llevaron en un primer momento a autorizar a particulares (hacendados) para establecer "cárceles particulares". Más tarde, un acuerdo de la Audiencia exigió al virrey de dar cuenta con sus sentencias a la Real Sala, lo que llevó a este último a ejercer el poder (para someter a los bandidos) propiciando los Tribunales de la Acordada, así llamados debido al acuerdo de la Audiencia que los creó.

Este tribunal de la Acordada no existió en otros virreinos, lo que significa que fue una creación local que respondía a las necesidades del momento.¹⁸

Durante esta fase histórica del derecho indiano, por su fuerte color ideológico se conoce más al Tribunal del Santo Oficio. Este tribunal funcionaba accidentalmente, pero se convirtió en permanente cuando los Reyes Católicos pidieron al Papa Sixto IV que implantara uno en la península (1478).

Al llegar los conquistadores al continente, el tribunal no se trasladó, sino que, debido a ciertos rumores de que algunos judíos se habían internado en la colonia, se ordenó al virrey que instituyera el Tribunal del Santo Oficio (1589).

La Constitución de Cádiz de 1812 marcó el inicio de la que se ha dado en llamar Era Godina, que se inspiró en principios más evolucionados que los del derecho indiano pero que, en especial, superó la organización de justicia anterior.

Con motivo de la Constitución de 1812, una resolución de la Audiencia impuso la extinción del tribunal de la Acordada. De forma análoga, en la Era Gu-

¹⁸ Ramón Piros, Demetrio, *El tribunal de la Acordada en las Cortes de Cádiz* . . . págs. 406 y sigts.

ditara, el tribunal de la inquisición funcionó hasta 1813, fecha que fue eliminado por las Cortes de Cádiz, y aunque volvió a restablecerse, se suprimió definitivamente en 1820.

C. MÉXICO INDEPENDIENTE

La independencia política de España, no implicó la correlativa independencia de la legislación española. Tal parece que a los gobernantes mexicanos les interesó más consolidar la autonomía política y militar del país respecto al exterior y asegurar el puesto personal dentro del interior, que la organización de la administración de justicia.

Las leyes de los primeros años independentistas se caracterizaron por su provisionalidad, es decir, leyes que regirían mientras se expedían las definitivas. En gran parte, la legislación habida en estos primeros tiempos se adaptó de las extranjeras (ni siquiera se adaptó), especialmente de las leyes de Partida y de la *Novísima Recopilación*.

Inmediatamente después de la independencia política, la Audiencia de la Ciudad de México siguió funcionando, pero con el transcurso del tiempo se le retiraron las funciones legislativas y administrativas, y sólo se le dejaron las jurisdiccionales, lo que significó un primer paso hacia la autonomía de la función jurisdiccional.

Hasta poco antes de la creación de la Corte Suprema, en la que se transformó la Audiencia, la Audiencia de la Ciudad de México funcionaba como tribunal de apelación, para elevarse, luego de varias opiniones y sugerencias, a la categoría de tribunal nacional (pues ya no se podía recurrir a España), lo cual la transformó en la Corte Suprema de Justicia, mejor conocida como Suprema Corte de Justicia, dada la traducción literal que se hizo de la Constitución de los Estados Unidos de América.

Pese a la creación de la Suprema Corte de Justicia, ésta careció de disposiciones legales que la reglaran. Así, en febrero de 1826 se ordenó se aplicara el *Reglamento del Supremo Tribunal de Justicia de España*.

Del centralismo existente en la Colonia se pasó al federalismo, lo que significó tener que abrir un poder judicial local para cada entidad federativa. Ante la falta de experiencia en estos menesteres en los Estados creados o inventados, el congreso federal incitó a individuos a elegirse para el tribunal superior de cada entidad federativa (decreto de 27 de agosto de 1824).

En realidad, leyes procesales penales propias y organizadas para el México del siglo XIX, no las hubo sino hasta fines de ese siglo, en la época de la codificación, bajo el gobierno del presidente Díaz. Mientras tanto, siguió aplicándose la *Novísima Recopilación*.

En un discurso del ministro de justicia, Joaquín Baranda (1895), se decía: "tres siglos de observancia identificaron tan íntimamente a nuestro modo de ser con la legislación española, que muchos años después de consumada la indepen-

dencia nacional, en los tribunales mexicanos se administraba justicia conforme a las leyes del Fuero Juzgo, de las Partidas, de la Novísima Recopilación...¹⁸⁸²³

Debido a la intervención de Ponciano Arriaga, en San Luis Potosí se abrió la Procuraduría de Pobres (marzo de 1847), que luego sirvió de inspiración a la Defensoría de Oficio, en el nivel nacional.

Un año después (ley del 16 de diciembre de 1848) se organizó el Ministerio Fiscal, cuyas facultades, resumidas por Briseño Sierra, eran "la intervención de sus oficios en pleitos y causas comunes que interesan a las demarcaciones, pueblos, establecimientos públicos, en las causas criminales y civiles en las que se interesara la causa pública, entablar solos o auxiliados de las partes y en favor de la observancia de las leyes, los recursos de nulidad en contra de fallos pronunciados por los juzgados y tribunales; acusar con arreglo a las leyes a los delincuentes, averiguar las detenciones arbitrarias y promover su castigo y reparación."¹⁸⁸²⁴

Algunos de estos elementos posteriormente se insertaron en la *Ley Juárez de Jurados Criminales* (1869), que tiempo después, con otras influencias, dio lugar al actual Ministerio Público.

En el aspecto procedimental, la ley de julio de 1848 estableció un proceso breve y verbal en el Distrito Federal para juzgar a ladrones, homicidas y heridos.

Hacia 1853 (22 de abril), en las *Bases para la Administración de Justicia*, se ordenó que se dictaran medidas para que se formaran los códigos civil, mercantil, de procedimientos civiles y de procedimientos penales, pensando seguramente en la codificación napoleónica.

En lo que toca a los medios de solución de conflictos, resulta importante la *Ley de Procedimientos de 1857* (ley excepcional), que estableció que las demandas civiles o criminales sobre injurias (las puramente personales) no podían ser admitidas, salvo que se acreditara haber intentado la conciliación.

La Constitución de 1857 recogió los derechos humanos (los reconoció, decía, especialmente los del enjuiciamiento penal, y los plasmó como derechos garantizados).

Durante la época de Juárez se tendió a cerrar el país a influencias extranjeras. No era fácil que la codificación napoleónica pudiera penetrar en México, si fueron precisamente los franceses los que habían maltratado tanto, por fuerza de las armas, la integridad nacional.

De la época juarista, ya dijimos, sobresale la *Ley de Jurados* de 1869.

Poco después de la muerte de Juárez, Díaz llegó al poder. Su objetivo, especialmente el económico, fue abrir otra vez el país al extranjero. México entonces se "afrancesó", paso necesario para la codificación (a la francesa).

¹⁸⁸²³ Rodríguez, Ricardo, *El procedimiento penal en México*, págs. 34 y 35.

¹⁸⁸²⁴ Briseño Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, t. I, págs. 261 y 262.

La legislación —y con ella la doctrina jurídica— estuvo francamente influida por las ideas francesas. De este "afrancesamiento" pasaron a nuestra legislación el jurado popular, el nuevo Ministerio Público, el procedimiento mixto o francoinglés (instrucción y juicio), la codificación procesal penal autónoma, etcétera.

De la regulación expedida en la época codificadora sólo mencionaremos las leyes relativas a la organización judicial común (1890) y militar (1897), las de amparo (que evolucionó, aunque estaba regulado en el Código Federal de Procedimientos Civiles), las de enjuiciamiento penal para el Distrito Federal (1890 y 1894), para la federación (se promulgó en tres partes: 1895, 1896 y 1897), y en materia de guerra, que junto con el libro II complementó el Código de justicia militar existente (1895).

A partir de 1910 se vivieron momentos difíciles con la caída del presidente Díaz, que se había convertido en dictador; y la casi interminable lucha fratricida que corresponde al periodo revolucionario.

Durante esta época revolucionaria, la legislación en general fue de avanzada, pero en la administración de justicia penal no hubo nada significativo. De cualquier manera, sólo recordemos cierta reorganización a los tribunales del Distrito Federal (1914), de la federación (1917) y militares.

D. MÉXICO ACTUAL.

La Constitución (1916-1917) reiteró lo que ya establecía la anterior ley fundamental en materia de administración de justicia penal; entre las novedades introducidas sobresale la policía judicial, que quedó bajo el mando del Ministerio Público, al que ya constitucionalmente se le dio la facultad de "perseguir los delitos". Destaca, a la vez, la supresión de la Secretaría de Justicia.

Luego del movimiento armado no son muchos los logros en la administración de justicia penal. Destaquemos, de cualquier manera, la modificación constitucional llevada a cabo en la época de Cárdenas, que eliminó la inamovilidad de los ministros de la Suprema Corte y que luego se restaura bajo el gobierno de Miguel de la Madrid, ampliándose inclusive a los magistrados y jueces de las entidades federativas.

El fin del jurado popular también sobresale, ya que en la realidad mexicana no dio resultado alguno, motivo por el cual en 1917 se restringió para casos especiales, y posteriormente se llevó hasta casi su anulación. Sólo resta una hipótesis, cuya concreción consideramos francamente difícil.

La organización del poder judicial en el área penal prácticamente no ha evolucionado, y casi sigue siendo el mismo de fines del siglo pasado (cuando mucho, recordamos la supresión de las Cortes Penales en el Distrito Federal).

En el enjuiciamiento, con las primeras codificaciones, éste sólo recogió lo ya habido, sin que se introdujeran cambios significativos.

De las codificaciones correspondientes a esta fase tenemos los códigos de procedimientos penales para el Distrito Federal (1929 y luego 1931), federal (1934) y de Justicia militar (1934).

Destaca, de cualquier manera, la obra codificadora llevada a cabo bajo el gobierno de Miguel de la Madrid, cuyo artífice, a no dudarlo, fue su procurador: Sergio García Ramírez, que en parte introdujo al ya viejo Código Federal de Procedimientos Penales elementos técnicos y algunos importantes de fondo (enjuiciamiento sumario y recurso de queja, por ejemplo).

Las leyes de enjuiciamiento militar siguen llevando el litigio según los mismos moldes establecidos desde su promulgación, *sin modificación alguna*.

Un cambio muy evidente es el crecimiento acelerado y desproporcionado del Ministerio, al que parece haber adquirido más facultades día tras día, sin el crecimiento correspondiente en el defensor de oficio.

Incluso, el desmesurado crecimiento del Ministerio Público, crecimiento que la doctrina ha calificado de hipertrofia, ha desplazado al presunto ofendido del proceso penal, e incluso del civil resarcitorio del daño, al negársele la calidad de parte.

Igualmente, es un hecho notorio que todas las reformas legales a las leyes procesales penales, a partir del movimiento revolucionario, han surgido de iniciativas propuestas por las procuradurías (federal o de los estados), sin aportar alguna del poder judicial, ni de los abandonados defensores de oficio.

Por último, un fenómeno que no ha podido ser combatido es el de la corrupción, que día a día parece ir en aumento y que según nuestra opinión, padecemos desde la época de la conquista.

Otro de los problemas que han de atacarse en el futuro es el de la falta de garantías en el juzgador, especialmente las de independencia. Requerimos además de jueces profesionales y que tengan una verdadera carrera judicial; una revisión a la ya obsoleta defensoría de oficio, para tornarla más social y dinámica; y una revisión a la posición del presunto ofendido dentro del proceso penal, dándole acción subsidiaria.

E. SINOPSIS

Al evaluar la legislación procesal penal y la relativa a la administración e impartición de justicia penal en México, obtenemos algunas conclusiones:

1. La legislación *indígena* realmente no tuvo efecto en la legislación posterior. Ya dijimos que en este caso hubo más aceptación y sumisión a la ley del conquistador, que fusión.

2. En la organización judicial, el tránsito de la Colonia al México libre, no resultó en cambios drásticos, ya que la vieja Audiencia se transformó en Corte Suprema. Sólo encontramos multiplicación de órganos secundarios y un reparto de materias por regiones, como efecto del federalismo incorporado.
3. Desde la época Colonial aún subsiste la dualidad instancial (doble instancia).
4. Durante la época independiente se importó el Ministerio Público francés, que debido a las sucesivas modificaciones legales ha llegado hasta nuestros días hipertrofiado.
5. A raíz de la independencia, la actividad de la defensa ha evolucionado poco, pero ha de valorarse, no obstante, el reconocimiento formal de derechos humanos en nuestros textos constitucionales y la implantación de la Defensa de Oficio, que en el terreno de los hechos sólo se ha convertido en mero formalismo.
6. El final del siglo XIX marcó el inicio de la etapa codificadora de corte francés, que ha llevado al legislador a establecer particularidades en el texto. En la práctica, estas particularidades (regulación casuista) ha provocado que los jueces consideren la ley procesal como un fin en sí misma y no como un medio al servicio de fines, lo cual es a todas luces lamentable.
7. En lo que toca a la aportación de instituciones jurídicas, salvo el caso del *habeas corpus* (amparo penal para evitar abusos contra la libertad) y de la casación penal (amparo penal casacional), no podemos decir que haya habido alguna importante, tratándose de instituciones jurídicas reguladas. Por fortuna, creemos que otros derroteros aguardan a la doctrina creada por mexicanos.

2.3 EVOLUCIÓN DOCTRINARIA

Una historia del derecho procesal penal no estaría completa si sólo se refiriera a la evolución de las instituciones jurídicas y legislativas —es decir, el fenómeno—, puesto que es indispensable ver a su lado o concomitante a ellas la *historia de las ideas procesales*, o más específicamente, la forma en que los juristas se han explicado el fenómeno procesal. De esta manera, aquí aludiremos no a las ideas en sí mismas, sino que presentaremos el cuadro general dentro del que encajan esas ideas, o sea el momento histórico.

La historia del derecho no se limita al estudio inmanente del derecho o a su interacción con otras manifestaciones de la cultura, sino que también comprende el punto de vista científico-espiritual (al que ya aludió Radbruch), dentro del cual encaja la evolución de las ideas.

2.3.1 Períodos prehistórico y antiguo

De esta época carecemos casi completamente de fuentes escritas. Tal parece que los hombres de esta etapa no se preocuparon por explicar el derecho procesal penal. Ni siquiera en el pueblo romano hubo tal explicación del derecho procesal, y menos aun del procesal penal.

Si acaso encontramos indicios, éstos corresponden a aportaciones fragmentarias o incidentales y que no son exactamente doctrinales. Citemos, por ejemplo, *Las avispas*, de Aristófanes e *Institutas*, de Gayo.

2.3.2 Judicialismo

No es sino hasta los siglos XII y XIII de nuestra era cuando encontramos algún material literario, no legislativo, encaminado a explicar el derecho procesal penal. Destaca en esta época el surgimiento de la *Escuela de los Glosadores*.

La capital intelectual jurídica, que había tenido su sede en Roma, se trasladó a Bolonia, y fue de la universidad de ese lugar de donde emanó una corriente de pensamiento que perduró durante bastante tiempo.

Prácticamente la primera dirección metodológica para explicar al proceso fue "el juicio", de aquí la denominación de judicialista. El proceso que se afirmó según esta idea está dividido en sumas o tiempos, que corresponden a lo que hoy denominamos fases o etapas procesales.

Muchos estudiosos extranjeros fueron atraídos por la Universidad de Bolonia, y desde allí irradiaron a toda Europa la nueva concepción metodológica del derecho.

La técnica empleada durante esa época para explicar el derecho, esto es, la glosa, giró en torno al *caso* en su acepción enjuiciamiento o seriación. Precisamente porque los estudiosos centraron la atención en el juicio que Alcalá-Zamora le denominó *etapa judicialista*.

Por entonces destacaron figuras tales como Tancredo, con su *Ordo iudiciorum*; Guillermo Durantis, con *Speculum Iudiciale*; Jacobo de las Leyes, con las *Flores del Derecho* (que fue el borrador de la *Partida III*) y *Doctrinal*, que roseó la *Partida III*.

2.3.3 Prácticos

El final de la Edad Media y el inicio del Renacimiento coinciden con la aparición de esta nueva tendencia que llegó hasta la época de la Revolución Francesa (comprende Renacimiento y época Moderna).

Si examinamos cuidadosamente la evolución jurídica, podemos sin temor afirmar que el renacimiento jurídico se inició con los glosadores, es decir, es mucho más antiguo que el renacimiento artístico.

Pero la invención de la imprenta y la difusión de lo escrito colaboró considerablemente con la nueva tendencia o dirección metodológica.

Los estudiosos de este momento asumieron una posición en torno al proceso; pensaron que reducido su estudio al mero procedimiento, éste debía ser concebido como un arte.

En realidad, los juristas del Renacimiento asumieron una posición contraria a los del medievo (glosadores y pro-glosadores). Si bien los pro-glosadores, al clasificar y definir usaron la inducción como método, los renacentistas consideraron que la práctica jurídica se podía hacer sin teoría.

Ello significó un cierto retroceso con respecto a lo habido en la tradicional Edad Media, pero que se salva en atención a los posteriores trabajos de humanismo, que pretenden reivindicar al enjuiciamiento de aberrantes prácticas judiciales.

Las obras que se escribieron en esta época dieron atención al *stylus cecius*. El proceso fue casi entendido como un juego de estaca; algo así como el juego del ajedrez: quien sepa mover correctamente las piezas, tendrá la posibilidad de "darle mate" al contrario.

Para los estudiantes, la retórica, establecida como disciplina obligatoria en las escuelas, resultó casi la clave del éxito.

Como dato explicativo, cabe recordar que por ese entonces ya se había introducido en los estudios jurídicos la lógica aristotélica, la cual, contaminada originalmente con la teología, derivó hacia esta época en mera argumentación polémica.

Como nota curiosa, casi todas las obras de este momento llevaron por título el de "poética". Destacaron autores tales como Monterroso (1563), Hevia Bolaños (1603), y Benedicto Carpanow, quien por haber sido juez se jactó de haber condensado a la pena capital a más de 20 mil hechicerías.

Conviene recordar que en esta etapa, el sistema *inquisitivo* es aplicable. Podía aplicarse tormento, la *confesio facti* (flagrancia) era suficiente, las pruebas se valoraban matemáticamente, en tanto que la oralidad y la publicidad eran inexistentes.

2.3.4 Procedimentalismo

El surgimiento de la época contemporánea casi paralelamente dio lugar a la siguiente etapa en la evolución de las ideas procesales: se dejó de pensar que

el derecho procesal es un arte, es decir, una habilidad donde debe triunfar el más hábil.

Condujo a esta tendencia, además de la filosofía de la Revolución Francesa y las ideas de Bentham, la aparición de los Códigos Napoleónicos, que tornaron a la oralidad y la publicidad y a los que el estudioso se interesó en interpretar o describir. La Escuela de la Exégesis sentó en este momento sus reales.

En opinión de Chiovenda, las variables que influyeron en el nuevo tipo de proceso que surge a partir del siglo XIX, son las siguientes:

- a) La renovación del método científico, que restituyó al juez la función de investigar la voluntad de la ley, con base en la observación de los hechos, regresando al libre convencimiento.
- b) la renovación de los estudios de *derecho público* a partir de la idea de restauración del Estado. Se concibió así al proceso como una relación de derecho público (en el procesalismo).
- c) la Revolución Francesa, al dar soberanía al Estado, le dejó la actividad jurisdiccional. Concluyeron aquí los tribunales privados o fuera del Estado.²⁰

La concepción del derecho procesal fue meramente *descriptiva*, y su enseñanza estaba íntimamente ligada a la enseñanza del derecho sustantivo o material. En el derecho procesal importaba el procedimiento, la organización y la competencia.

Durante esta época se trató de desechar lo tradicional. La influencia de diversos filósofos (Voltaire, Montesquieu, Beccaria, Bentham) hizo que los ojos se volvieran hacia Inglaterra, y de su derecho se tomaron el jurado (otra forma de organización del tribunal) y el sistema acusatorio, especialmente en el enjuiciamiento penal.

Es ésta, una influyente dirección metodológica que fructificó en el mayor número de obras que tratan de explicar al proceso. Es aquí donde surgen las cátedras de derecho procesal, independientes del derecho sustantivo.

En el caso de la prueba, se operó un cambio de la tasada a la de libre convicción. Curiosamente, en este momento se desarrollaron algunas ideas acerca de la prueba, especialmente encaminadas al enjuiciamiento penal. Surgieron así las grandes obras de Bentham (1827 y 1833), Mittermaier (1834) y Bonnier (1844), que hasta la fecha han tenido una gran acogida entre los comerciantes en libros y entre aquellos que siguen deslumbrándose con enfoques caducos.

Esta tendencia de examinar la prueba por separado del derecho procesal, en parte se debió a la confusión entre derecho procesal, y en ciencias auxiliares (crimínalística, criminología, etc.). El desarrollo llevó a considerar al derecho probatorio como autónomo del derecho procesal, e incluso en algunos países existe como disciplina autónoma en las universidades (Colombia y Chile).

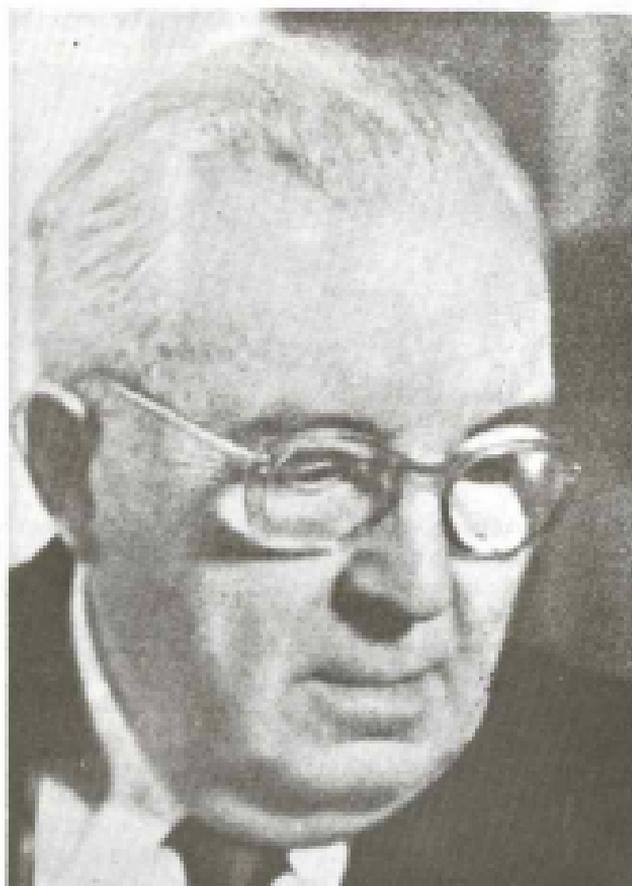
En el tratamiento del derecho procesal sólo los franceses destacaron realmente, entre ellos Faustino Hélie (1845).

²⁰ Chiovenda, José, *Instituciones de derecho procesal civil*, t. I, págs. 168 a 170.

2.3.5 Procesalismo

El procesalismo científico, o simplemente procesalismo, surgió también en la época contemporánea, pero no en Francia, sino en Alemania. Aquí la idea de la ciencia estuvo tan imbuida en todos los estudios que el derecho procesal, no podía escapar de ella.

Caracteriza a los estudios del procesalista la independencia que otorga al derecho procesal respecto al derecho material o sustancial (sólo recuérdese los estudios sobre la autonomía de la acción).



Francesco Carnelutti



Piero Calamandrei

El método de la exégesis es rechazado. No se trata tan sólo de tomar un texto legal y comentarlo, sino de hacer un estudio sistemático del derecho procesal positivo. El procesalismo procura estudiar al derecho procesal de manera sistemática, de considerar al derecho como un todo organizado.

El procesalista, pensando que el derecho procesal puede verse como ciencia, va en busca de los *conceptos jurídicos fundamentales de la ciencia procesal*, algo así como buscarle sus categorías básicas, las cuales se postulan hasta el presente siglo (acción, jurisdicción y proceso).

El procesalismo, a diferencia del procedimentalismo genera un movimiento que hasta la fecha perdura en gran parte del mundo, contrariamente al procedimentalismo, que sólo continúa en Francia, pero sin eco en el exterior.

Los estudios que del procesalismo se han efectuado en Alemania, Italia, España e Iberoamérica son importantísimos.

En Alemania, la cuna del procesalismo, su época de oro fue la segunda mi-

tal del siglo pasado, aunque sin olvidar que todavía a principios del presente algunas lumínicas lo continuaron.

— La idea del procesalismo partió básicamente de quienes prestaban mayor atención al enjuiciamiento civil que al penal; no obstante, sus seguidores trasladan las ideas procesalistas al enjuiciamiento penal. Citemos, por ejemplo, a Glasse, que es autor del Reglamento Procesal penal Austriaco de 1873; a James Goldsmid, más conocido por su monumental idea del proceso como situación, pero que sin embargo incurrió en el proceso penal, como veremos más adelante. Tal vez la mejor obra del procesalismo alemán, es la de Ernst Beling (1928), sin olvidar por ello los trabajos de Sauer.

— En Italia, a pesar de la gran influencia alemana (la mayoría de sus propagadores estudió en Alemania, en especial Chiovenda) las ideas del procesalismo científico lograron adaptarse a las instituciones italianas.



Leonardo Pizarro-Castro

Es en Italia donde se pusieron a prueba las tesis postuladas por la teoría general del proceso, y donde los penalistas se opusieron a la unidad de la ciencia procesal. Finalmente resultaron derrotados, pues aceptaron que el derecho procesal tiene una *visión unitaria*.

El genio de la escuela italiana fue Carnelutti, pero para el proceso penal, Vincenzo Manzini, autor del código procesal italiano de 1930 y de un tratado que, aunque fue traducido al español, desafortunadamente poco es lo que ha repercutido en México.

Entre los italianos, citamos también a Eugenio Florián, que aun cuando no fue el mejor procesalista, influyó poderosamente en los estudios doctrinarios en México, e inclusive en varias decisiones de nuestros más altos tribunales.

Aunque sin tanta influencia, cabe recordar a la vez la obra de Eduardo Masari (en el fondo, *chiovendiano*).

De los españoles que llegaron más tarde al campo procesalista, y en una época política tan poco propicia como el franquismo, recordamos a Prieto-Castro, que inicialmente tendió a los estudios del enjuiciamiento civil, así como Penech y Gómez Orbaneja. Al caso de Rafael de Pina y Alcalá-Zamora, también españoles, ya nos referiremos más adelante.

Las aportaciones de *Iberoamérica* tal vez no se hubieran dado en el momento en que ocurrieron, a no ser debido a la expulsión de multitud de juristas españoles, que con motivo de los movimientos franquistas tuvieron que emigrar a nuestras tierras. De esta corriente llegan al continente personas tales como Alcalá-Zamora, Goldsmidt y de Pina.

Con exclusión de los mexicanos, que veremos más adelante, sobresalen Mac Lean Estenós, Vélaz Maricónde —quien se abocó al estudio del proceso penal en Roma—, Tomás Jofré, Bartolini Ferro, Clara Olmedo y Fontanecilla Riquelme.²¹

Es interesante advertir, como el cambio, el desarrollo y la explicación del derecho procesal se verificaron en periodos de cientos y miles de años, cuando en la actualidad, es la vida de un solo ser humano, se producen cambios legales y doctrinarios vertiginosos.

2.4 LA DOCTRINA PROCESAL PENAL EN MÉXICO

La doctrina procesal penal habida en México se inicia durante la etapa de la colonia y corresponde a la época *judicialista* a que nos hemos referido.

²¹ Salvo el caso de México, la historia de las doctrinas procesales corresponde a una síntesis que hemos logrado del excelente trabajo de Alcalá-Zamora: *Evolución de la doctrina procesal*, inicialmente publicado en 1953, posteriormente actualizado con una adición, aparecida en 1974.

— La independencia política de España no marcó inmediatamente un cambio en la doctrina que en México existía, a pesar de las influencias que en otros campos ejercía la Revolución Francesa.

— En México, la época codificadora llevó a un cambio hacia el procedimentalismo, y es entonces cuando se percibe la influencia francesa. Los textos estaban impregnados de una metodología exegética; basta leer la obra de Ricardo Rodríguez para percatarse que toda la bibliografía se inspiraba en textos franceses.

— Desgraciadamente, el procedimentalismo que se infiltró en México a fines del siglo pasado llegó en el momento en que la escuela alemana se había iniciado ya en el procesalismo. La recepción del procedimentalismo en México fue tardía, como también lo ha sido el procesalismo.

— Durante la primera mitad del siglo XX, entre los estudiosos del proceso penal no se deja sentir la influencia del procesalismo, que ya para entonces era bien conocido en Alemania, Italia, España y gran parte de Sudamérica.

— Tal vez sólo pueda recordarse la gran difusión que tuvo la obra de Eugenio Florián la cual, traducida al español, repercutió hasta en algunas decisiones de la Suprema Corte. Desafortunadamente, la obra de Florián, a pesar de ser procesalista, no era la mejor.

— Cabe recordar que todavía en 1916, José R. Castillo publica una obra con tintes practicistas.

— La década de los cuarenta marca un tránsito de las ideas procedimentalistas hacia las procesalistas. Por esa década aparece la obra de González Bustamante (1941), pero en especial arriban a México algunos refugiados españoles que habrían de imponer algunos cambios definitivos. En este momento destacan Rafael de Pina y Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.

— Las décadas de 1950 y 1960 significan el gran cambio en las direcciones metodológicas para estudiar al derecho procesal civil, pero no así al procesal penal, que salvo estudios aislados, son de corte procedimentalista, aunque con cierta apariencia de procesalista. En lo general, el derecho procesal penal de esta época sigue siendo manejado por los penalistas y no por los procesalistas.

— En la década de los setenta, aparece la obra de Sergio García Ramírez, que a nuestro parecer ha sido la única obra panorámica que está respaldada por los estudios del procesalismo. Esta década marca igualmente un cambio definitivo en la concepción metodológica, ya que las obras se denominan "derecho procesal" y no "de procedimientos", en cuyo caso se utiliza la voz castiza "enjuiciamiento".

— Antes de concluir este capítulo es necesario enumerar algunas de las obras habidas en México hasta el momento, de las cuales citamos las más conocidas, y algunos ensayos monográficos escogidos al azar.

— Del siglo pasado y las anteriores centurias recordamos varias obras practicistas y judicialistas, como las siguientes: Manuel De José de Garay, *Breve compendio de juicio criminal y fácil modo de substanciar las acciones, sacado de*

varios autores y tratadistas (1787); Miguel de María de Azcárate, *Catecismo práctico-criminal de juicios militares* (1834); Anastasio de la Pascua, *Febrero mexicano* (1835); Mariano Galván Rivera, *Curia philippica mexicana* (1850).

Con posterioridad a la Constitución de 1857 tenemos algunas obras que dan pie al procedimentalismo, como son las de José Gutiérrez Blas, *Apuntes sobre las fueros y tribunales militares federales*, (1876); José Gutiérrez Blas, *Lecciones teórico-prácticas de los procedimientos judiciales en los fueros común y de la guerra* (1876); Alberto Martínez, *Guía práctica civil y criminal dedicada a los estudiantes de jurisprudencia* (1879); Luis G. Fernández, *Manual de procedimientos en materia civil y criminal, para los juzgados mayores de paz* (1880); Federico M. del Castillo, *Sustanciación de causas criminales* (1881); Emilio Morales y José L. Álvarez, *Suplemento a los códigos civil y de procedimientos y la ley orgánica del poder judicial del estado de Puebla* (1890); Fernando Ibarán y Ponce, *Manual razonado de procedimientos civiles y penales del estado de Veracruz* (1897); Ignacio Flores Guerrero, *Manual técnico práctico de los procedimientos en juicios* (1897); J. E. Arena, *El procedimiento penal en el fuero federal* (1897); Francisco J. Zavala, *Elementos de derecho internacional privado o conflicto de derechos civil, comercial, de procedimientos y penal entre las legislaciones* (1899); Ricardo Rodríguez, *El procedimiento penal en México* (1900), esta última fue una obra que durante mucho tiempo se utilizó como libro de texto.

A semejanza de lo ocurrido en Francia a partir de la codificación napoleónica, la producción jurídica en México también se incrementó a partir de la codificación procesal de fines del siglo XIX.

De comienzos del presente siglo tenemos obras practicistas y procedimentalistas; por ejemplo Carlos Roumagnac, *Compendio de instrucción criminal para uso de los funcionarios de la policía judicial, jueces de lo criminal y correccionales* (1901); Emilio Rovirosa, *Lígeros apuntes sobre procedimientos penales federales* (1903); Demetrio Sodi, *El jurado de México* (1909); Silvestre Moreno Cora, *Tratado de las pruebas en materia civil y materia criminal* (1909); Ricardo Rodríguez, *Leyes de procedimiento penal promulgadas desde su emancipación política* (1911); José R. Castillo, *Práctica de enjuiciamiento criminal* (1916).

Después de la Constitución vigente de 1916-1917 tenemos obras más procedimentalistas, como las de Clotario Margalli, *La orden de aprehensión y la jurisprudencia* (1933); José A. Ceniceros y Francisco González de la Vega, *Código federal de procedimientos, ley orgánica del M.P.* (1934), e Ignacio García Téllez, *Una etapa del ministerio público federal* (1937).

A partir de la década de los cuarenta pueden citarse las obras de Juan José González Bustamante, *El procedimiento penal mexicano* (1941), que fue una obra que sirvió de libro de texto e influyó en varias decisiones de la Corte; Paulino Machorro, *El ministerio público* (1941); José Aguilar y Maya, *El ministerio público federal en el nuevo régimen* (1942); Manuel Rivera Silva, *El*

procedimiento penal (1944); Juventino Castro, *El Ministerio Público, funciones y disfunciones* (1945), considerada como la mejor obra que sobre el tema se haya escrito en México; Carlos Franco Sodi, *Código de procedimientos penales (D.F.) comentado* (1946); Ricardo Calderón Serrano, *Derecho procesal militar* (1947), que al parecer es la primera obra que utilizó la voz "procesal" y no "procedimientos"; Javier Pina y Palacios, *Derecho procesal penal, apuntes para un texto y amparo penal* (1948).

En la década de los cincuenta anotamos las obras de Carlos Franco Sodi, *Código federal de procedimientos penales comentado* (1950); Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Algunas observaciones al proyecto de código procesal penal* (1950), que muestra un respaldo procesalista; Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *El jurado popular* (1952); Rafael de Pina, *Código federal de procedimientos penales* (1953); Eduardo Pallares, *El procedimiento inquisitorial* (1954); Rafael de Pina, *Código de procedimientos penales para el D.F.* (1954); Julio Acero, *El procedimiento penal* (1956); Javier Pina y Palacios, *Recursos e incidentes en materia penal* (1958).²²

A la década de los sesenta pertenecen los trabajos de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Ministerio público y abogados de estado* (1960); Eduardo Pallares, *Prostatario de procedimiento penal* (1961); Alfonso M. Castillo, *El careo como derecho garantizado en la Constitución* (1963); Luis Carrera y Emilio Portes Gil, *La misión constitucional del ministerio público* (1963); Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *En torno a tres cuestiones del enjuiciamiento criminal anglosajónico* (1963); Guillermo Colín Sánchez, *Derecho mexicano de procedimientos penales* (1964), quien fue nuestro maestro en las aulas universitarias y cuyo texto, recién salido de la imprenta, seguimos; Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *El nuevo código procesal penal del estado de Michoacán* (1964); Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Síntesis de derecho procesal penal* (1965), considerada como la gran síntesis del proceso penal; Fernando Arilla Bas, *El procedimiento penal en México* (1969); y Guillermo Borja Osorio, *Derecho procesal penal* (1969).

En la década de los setenta destacan Marco Antonio Díaz de León, *Teoría de la acción penal* (1974), obra que corresponde a una visión especial de la acción y en la que se tienen en cuenta las diversas teorías conocidas; Pedro Hernández Silva, *Principios rectores al proceso penal* (1974); Rafael Pérez Palma, *Fundamentos constitucionales del procedimiento penal* (1974); del mismo autor, *Guía de derecho procesal penal* (1975); Sergio García Ramírez, *Curso de derecho procesal penal* (1974), a nuestro juicio la mejor obra que hasta ese momento se había escrito; del mismo autor, *La acción en el proceso penal* (1974); otra de García Ramírez, *La libertad provisional del inculcado* (1974); otra más, *Noticia sobre el defensor en el derecho mexicano* (1974); Alberto González Blanco,

²² La bibliografía sumaria hasta 1969, se ha tomado de Enrique Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, t. I.



Niceto Alcalá-Zamora y Castillo

El procedimiento penal Mexicano (1975, obra póstuma); Humberto Briseño Sierra, *Ejecución penal* (1976); Eduardo Herrera y Lasso, *Garantías constitucionales en materia penal* (1978); Olga Islas y Elpidio Ramírez, *El sistema procesal penal en la Constitución* (1979).

En la década de los ochenta tenemos a Sergio García Ramírez y Victoria Adato: *Prontuario del proceso penal mexicano* (1980); Ángel Casamafío Uribe: *Deber del Ministerio Público de ejercer la acción* (1981); Marco Antonio Díaz de León: *Tratado sobre las pruebas penales* (1982); Carlos Oranco Santana, *Manual de derecho procesal penal* (1983); Jesús Zamora Pierce, *Garantías*



Sergio García Ramírez

nias y proceso penal (1984); Marcos Castillejos, *Decreto que reforma y adiciona el CPP DP 1984*, Elías Polanco Bruga, *Derecho procesal penal (instrumento metodológico)* (1985); Ignacio Durán Gómez, *Código Federal de Procedimientos Penales anotado* (1986); Marco Antonio Díaz de León, *Diccionario de derecho procesal penal* (1986); Jorge Reyes Tayabas, *Derechos del ofendido por causa del delito* (1989).

En suma, aunque son pocos los que militan por completo dentro del procesalismo científico, aproximadamente a partir de la década de los cuarenta nuestros estudiosos han prácticamente olvidado las doctrinas francesas procedimentalistas, que tanta influencia tuvieron en nuestra legislación, y todo parece indicar que, por fortuna, en la actualidad se ha arraigado la idea de procesalismo.

Los procesalistas más influyentes en nuestros estudiosos han sido los italianos, y entre ellos Florián ocupa el primer lugar, seguido por Manzini. Esto resulta interesante, porque ni Florián fue más importante que Manzini, ni ambos acogieron la idea de la unidad de lo procesal.

No parece que hayan tenido tanta influencia los estudios que acerca del proceso penal hicieron Fenech, Mac Lean Estanés, Jofré, Ferro, Clara Olmedo y Prieto Castro, por nombrar sólo algunos de los más importantes. Una mención especial merece la influencia de Alcalá-Zamora en los estudios del derecho procesal actual.

En suma, el estudio del derecho procesal en México al amparo de la teoría general del proceso apenas si se ha iniciado en trabajos monográficos. Las obras existentes pueden catalogarse sólo como manuales o libros de texto escolares.

No existe hasta el momento ningún trabajo serio, ni tratado sobre el derecho procesal penal. Las obras existentes, además de los textos escolares, corresponden a prontuarios, códigos comentados y una muy incipiente y raquética monografía de verdaderos estudios de investigación, entre los que sobresalen los de Sergio García Ramírez.

CAPÍTULO 3

ACCIÓN

SUMARIO

3.1 NOCIÓN

- A. ACCIÓN PUNIBLE O DELICTIVA
- B. ACCIÓN FÍSICA
- C. *IUS PUNIENDI*
- D. PRETENSIÓN
- E. DEMANDA PENAL
- F. QUERRELLA Y DENUNCIA
- G. SATISFACCIÓN PENAL

3.2 COROLARIO

3.3 SUJETOS DE LA ACCIÓN PROCESAL PENAL

3.4 CARACTERES

3.5 EL INTERÉS JURÍDICO DE LA ACCIÓN

de la ciencia jurídica, y desde luego la nuestra, debe fundarse en sólidos principios y categorías. En la teoría general del derecho, por ejemplo, se habla de *conceptos jurídicos fundamentales*, esto es, de los elementos constantes en cualquier estudio jurídico. Se menciona, por ejemplo, a la norma con sus supuestos, consecuencias y sujetos.

La teoría general del proceso, a pesar de estar cobijada por la teoría general del derecho, también tiene sus propias categorías o conceptos comunes; y éstos, de acuerdo con la corriente dominante en la actualidad, son entre otros: la acción, la jurisdicción y el proceso, a los que también se les conoce como la trilogía estructural de proceso.

En estos capítulos trasladaremos al derecho procesal penal, a manera de recordatorio o retroalimentación, tales categorías o conceptos.

En estos capítulos trasladaremos al derecho procesal penal, a manera de recordatorio o retroalimentación, tales categorías o conceptos.

En estos capítulos trasladaremos al derecho procesal penal, a manera de recordatorio o retroalimentación, tales categorías o conceptos.

En estos capítulos trasladaremos al derecho procesal penal, a manera de recordatorio o retroalimentación, tales categorías o conceptos.

3.1 NOCIÓN

Ya hemos afirmado que el supuesto de todo proceso es un conflicto y que el proceso es el principal medio de solución de conflictos penales, sobre todo cuando la resolución del conflicto se finca en el principio de necesidad del proceso.

Para que el conflicto sea resuelto mediante el proceso jurisdiccional se requiere el previo ejercicio de la acción procesal. La acción constituiría, permitámonos la metáfora, *el vehículo que lleva las pretensiones*, que es conducido por el pretensor, que corre sobre un camino estructurado en etapas y que continúa su desplazamiento a virtud de previo "permiso", hasta llegar a la meta, donde el sujeto que ha venido dando ese permiso o visto bueno, resuelve el conflicto.

Muchísimas teorías se han postulado sobre la idea o naturaleza de la acción, comenzando con la romanista de Celsus, hasta las actuales, que han independizado al concepto de acción del propio derecho subjetivo material, así como de otros conceptos.

La acción, afirma Prieto-Castro, es la "potestad recibida del ordenamiento jurídico por los particulares o titulares de un derecho, para promover la actividad jurisdiccional, encaminada a la actuación de la ley, en que consiste el fin del proceso."¹

Cabe advertir que los errores en la conceptualización de la acción se han debido, en gran medida, a la confusión de que ha sido objeto frente a otros conceptos, circunstancias que nos lleva al deslinde conceptual.

A. ACCIÓN PUNIBLE O DELICTIVA

La acción procesal no debe confundirse con la acción punible o delictiva, pues el estudio de la primera corresponde al campo procesal, en tanto que la segunda compete a la teoría del delito. La primera implica un actuar lícito, mientras la segunda puede implicar uno ilícito.

B. ACCIÓN FÍSICA

Debe diferenciarse a la acción física o directa de la acción procesal. En la acción física o directa, el pretensor trata de someter el interés ajeno al propio, al amparo de la fuerza o de la astucia. La acción procesal sustituye esa acción directa contra el adversario por una acción dirigida al tribunal, para que resuelva un conflicto. La acción física es detectable en la autodefensa, y en la autocomposición, mientras que la acción procesal sólo opera en la heterocomposición, especialmente en el proceso jurisdiccional.²

C. IUS PUNIENDI

Entre los estudiosos del proceso penal no parece existir confusión entre la acción y el derecho sustancial, como con frecuencia ocurre en algunos civilistas.

No obstante la tesis romanista o clásica de la acción, en ocasiones se ha

¹ Prieto-Castro, Leonardo, *Cuestiones de derecho procesal*, pág. 59.

² Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Enseñanzas y sugerencias de algunas procesalistas sudamericanas acerca de la acción*, parágrafo 11 y *Legítima defensa y proceso*, pág. 611.

plasmado en leyes. En este sentido el artículo 100 de la *Ley de Ejercicio Criminal Español* parece confundir acción con derecho material, al establecer que "de todo delito o falta nace la acción penal".

Mac Lean Estenós apunta que "en la legislación procesal de algunos países de América como Argentina y Uruguay, impers el concepto tradicional de que la acción surge o nace con el delito, como lo expresan los artículos 14 y 1a. del *Código de Procedimientos en lo Criminal de la Capital Federal y Puerto Federal* y del *Código de Instrucción del Uruguay* que hemos mencionado anteriormente. De donde se infiere que en estos países si no hay delito no hay acción, lo que también ocurre en el Perú, puesto que el juez sólo justificará el derecho de acción siempre que crea que el hecho denunciado constituya un delito, según lo preceptuado en el artículo 77 del *Código de Procedimientos Penales*".²

Actualmente sería difícil encontrar a alguien que sostenga que la acción sea el mismo derecho (*ius puniendi*) en pie de guerra, o el derecho de perseguir en juicio lo que se nos debe. El origen de la ciencia procesal se produjo precisamente al independizarse de la acción, respecto del derecho sustancial material.

Es factible que se pueda accionar en sede penal, sin necesidad de que el accionante posea o sea titular del *ius puniendi*; es más, puede ni siquiera existir el *ius puniendi*, y, sin embargo, existir acción.

D. PRETENSIÓN

Con cierta frecuencia se confunde a la acción con la pretensión, actitud que debe ser rechazada.

Mientras que la acción es la facultad de acudir ante el tribunal excitándolo (al poder excitatorio), la pretensión es la afirmación de que existe un derecho subjetivo material a favor, por sobre el aducido por el contrario.

La pretensión es, explica Couture, "la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y, por supuesto, la aspiración concreta de que ésta se haga efectiva. En otras palabras: la autoatribución de un derecho por parte de un sujeto que invocándolo pide concretamente se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica".³

Aunque es frecuente hablar de pretensión punitiva, García Ramírez sostiene que es preferible hablar de pretensión de justicia penal,⁴ muy explicable en la del actor penal.

² Mac Lean Estenós, Percy, *El proceso penal en el derecho comparado*, págs. 61 y 62.

³ Couture, Eduardo, *Fundamentos de derecho procesal civil*, pág. 72.

⁴ García Ramírez, Sergio, *Cursos de derecho procesal penal*, pág. 158.

En no pocas obras de derecho procesal civil se plantea con frecuencia una "clasificación de acciones". En realidad, esto parte de un erróneo marco conceptual: no existen dos o más acciones y, por lo tanto, la acción no es susceptible de ser clasificada. Lo que existe es la acción, y aquí hay que reconocer las afirmaciones de la gran mayoría de procesalistas penales, en el sentido de que la acción es una y única.

En todo caso, lo que existe en variedad son las pretensiones. Cuando los civilistas —recuérdese, por ejemplo, a nuestro Pallares en su *Tratado de las acciones civiles*— hablan de acción de condena, acción de petición de herencia, acción familiar, etc., a lo que en el fondo se refieren, es a los diversos tipos de pretensiones.

Entre los estudiosos del proceso penal es difícil encontrar actitudes semejantes a las de muchos civilistas, ya que no se habla, por ejemplo, de acción de homicidio, acción de robo, acción de estupro, acción de calumnia, etcétera.

E. DEMANDA PENAL

A menudo se confunde la acción con la demanda. Esta concepción niega lo dinámico a la acción y la convierte en un ente estático como la demanda. La demanda es un medio a través del cual se canalizan o postulan al tribunal diversos datos —fácticos y jurídicos y, por supuesto, pretensionales— e incluso coincide en algunos enjuiciamientos con el momento en que se ejercita la acción.

Para esclarecer esta confusión entre demanda y acción, Alcalá-Zamora asienta que "la acción no es un empujón que se le dé a la pretensión litigiosa para que franquee la puerta jurisdiccional, sino una vibración continuada para que llegue a su destino (pronunciamiento de fondo)".⁶

Refiriéndose a la acción, Calamandrei, señala: "no se trata solamente de provocar el movimiento en virtud del cual la justicia, superada la fase de inercia, quede libre de seguir su camino, sino de una colaboración perdurable mediante la cual el actor (y el demandado, agregados), durante todo el curso del proceso continúa señalando la ruta a que el juez se debe atener".⁷

Por lo que hace a la demanda penal de fondo, ésta se planteará en el derecho mexicano luego de ya muy avanzado el proceso, concretamente en el período denominado juicio o plenario —primera instancia, le llama la ley federal— y coincide con lo que nuestra ley llama conclusiones acusatorias.

⁶ Alcalá-Zamora y Castillo, Nieta, *Exordios y experiencias de algunos procesalistas mexicanos acerca de la acción*, pág. 300.

⁷ Medina Lima, Ignacio, *Breve antología procesal*, pág. 217.

F. QUERRELLA Y DENUNCIA

Aunque la querrela y la denuncia coinciden con la acción en que las tres implican actos provocatorios a una actuación, el acto provocatorio de la denuncia es sólo *informativo* y carente de pretensión, o cuando menos no le es indispensable. En este sentido, falta diferenciar la denuncia de la querrela y la acción, dice Alcalá-Zamora: "la denuncia es un acto provocatorio desprovisto de instancia, o reducida a un solo acto de impulso".²

Entre la querrela y la acción, la semejanza se acentúa si nos referimos a la querrela máxima —la del derecho español, por ejemplo—, pero no a la mínima (que emplea el derecho mexicano o el italiano), pues sólo viene a reducirse a una condición de procedibilidad y no al instar constante que implica la acción.

G. SATISFACCIÓN PENAL

Aunque por fortuna no se ha confundido la acción con la satisfacción o al menos ignoramos que alguien hubiese incurrido en tal confusión, conviene precisar el significado de ésta, porque a ella se orienta la pretensión.

En una de las acepciones dadas por Fairen Guillén, satisfacción jurídica "es la consecución y obtención práctica de una situación de cosas equilibrada y favorable a un sujeto en sus intereses jurídicos, conseguida a través de una actuación jurisdiccional, mediante el cumplimiento efectivo de una norma".³

En opinión de Barrios de Angelis, se denomina satisfacción "al conjunto de actos que tiene por finalidad la realización del momento último en la exclusión de la insatisfacción; es decir, en la transformación definitiva del objeto, con relación al tipo de proceso considerado".⁴

3.2 COROLARIO

Puestos ya en recordar el estudio de la acción, nos queda hacer converger sus ideas a lo penal y precisar su significado desde nuestra disciplina.

² Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Enunciados y supuestos de algunas procesales andaluzas casos nuevos de la acción*, pág. 365.

³ Fairen Guillén, *El proceso como función de satisfacción*, pág. 361.

⁴ Barrios de Angelis, Dante, *Teoría del proceso*, pág. 247.

No existe la "acción penal". La acción, y así lo sostienen todos los procesalistas, sin excepción, al aceptar la unidad del concepto de acción, es un concepto procesal puro, desligado de contenido contaminante.

El mismo concepto de acción es empleado por los estudiosos del proceso penal, como por los del civil o los del laboral. Existe la acción en el proceso penal, pero no la acción penal. En todo caso, si al concepto de acción se le suma un contenido —no porque se necesite, sino porque se desea destacar el tipo de litigio que se busque resolver, hablaríamos entonces de una acción tendiente a resolver un conflicto penal. En otras palabras, lo que está calificado como penal es el conflicto, mas no la acción en sí misma.

A sabiendas de este marco conceptual muchos procesalistas utilizan el enunciado "acción penal", al simplificar un conjunto de palabras (*brevitatis causae*) que significan "acción procesal tendiente o encaminada a resolver un conflicto penal". Pero que conste que una cosa es simplificar o abreviar las palabras, y otra pensar en que la acción como concepto puro pueda a la vez ser penal, civil o mercantil. . . . O estamos con la unidad y autonomía, o con la diversidad del concepto de acción.

"De llegar a utilizar aquí —apunta Díaz de León— la locución 'acción penal', se hará con la salvedad de no desconocer la unitaria *validez de la acción en general*, y tan sólo para denotar, acaso por necesidad, las modalidades especiales que su concreción registra en relación con tal materia sustantiva."¹¹

En este sentido, si durante el curso utilizamos el enunciado "acción penal" o "acción procesal penal" es sin perjuicio de continuar sosteniendo su unidad, pero ante todo por mero convencionalismo y condescendencia hacia quienes sintetizan una idea en unas cuantas palabras.

En torno del concepto de acción es importante recordar que ésta es un derecho —no una de tantas facultades que derivan del derecho de personalidad—, cuya correlativa obligación (a cargo del Estado a través de los tribunales) consiste en la realización de la actividad jurisdiccional.

A la vez, debe destacarse que se trata de un derecho abstracto que posee el legitimado, que existe con anterioridad al proceso, y que luego de su promoción se sigue ejercitando a todo lo largo del mismo. Dicho a la manera de Alcalá-Zamora, es la posibilidad de recabar los proveimientos jurisdiccionales necesarios. Por eso la acción —dice Dorantes Tamayo— "no es sino el derecho de actuar ante los órganos jurisdiccionales. Por eso lo mismo corresponde al actor que al demandado".¹²

Además, como ya ha quedado anotado, el derecho de acción es autónomo. No depende de la existencia del *ius puniendi*, ni de que el actor o el demandado obren con buena o mala fe.

¹¹ Díaz de León, Marco, *Proceso de la acción penal*, pág. 156.

¹² Dorantes Tamayo, Laín, *Temas nuevos de la naturaleza de la acción procesal*, pág. 826.

3.3 SUJETOS DE LA ACCIÓN PROCESAL PENAL

Dos interesantes cuestiones importan en la acción procesal penal: ¿quién es el destinatario de la acción? y ¿quién es el titular de la acción?

Por lo que hace al destinatario, actualmente no parece haber duda. Desde el momento en que la acción privada —autocomposición o autodefensa— fue sustituida por la acción pública —acción procesal— se definió que el destinatario no es la contraparte en la controversia, sino el que la resuelve.

Aunque ya no se reconoce el arbitraje en la solución de conflictos penales, y si el proceso jurisdiccional, donde la figura que resuelve el conflicto es el tribunal, resulta entonces que éste es el destinatario de la acción.

En lo referente a quién es el titular de la acción, la respuesta —por lo menos hasta principios de nuestro siglo, e incluso todavía a mediados—, se debía entre dos soluciones: el titular de la acción es el actor o demandante por un lado, o que el titular, lo son demandante y demandado.

En la primera posición, todavía hoy en día algunos juzgadores y abogados postulantes parecen pensar que el titular es el actor o demandante. Se afirma, así, que el demandante es el titular de la acción, en tanto que el demandado es el titular de la excepción o del derecho de contradicción.

En realidad, esta idea ha sido casi abandonada por el procesalismo científico. El titular de la acción —se dice— es tanto el demandante como el demandado. Es esta idea la que ha sido bautizada como la dualidad de pertenencia de la acción o de la doble titularidad del derecho de acción.

Si por lo que hace al sujeto que insta con la acción se quiere diferenciar a este instar, se habla en doctrina de acción activa (cuando el instar recae en el actor) o de acción pasiva (cuando recae en el demandado).

Los viejos textos todavía señalan que la excepción del demandado era su acción: *reus in exceptione actor est*.

A nuestro parecer, no es posible negar al penalmente demandado la titularidad, aunque no exclusiva, de la acción. La posee desde el momento mismo en que tiene derecho de acudir ante el órgano jurisdiccional para reaccionar ante la pretensión del demandante (contragretender).

El derecho del penalmente demandado a pedir sentencia favorable implica un verdadero ejercicio de la acción en manos del demandado. Alsina, por ejemplo, afirma que "también el demandado ejercita una acción al oponer una defensa, porque con ella requiere al juez que le ampare una situación jurídica haciendo actuar la ley en su favor".¹²

Windscheid, en el siglo pasado, ya había afirmado que "la actividad cuan-

¹² Mac Lean Estenós, Percy, *El proceso penal en el derecho comparado*, pág. 142.

de oponer una defensa a la pretensión del actor, es igual a la de éste, y por ello el término *actio* se vuelve idéntico para indicar también su actividad".¹⁴

La trascendencia de este planteamiento adquiere suma importancia en los estudios de derecho procesal penal, y en especial en los tradicionales mexicanos, donde se afirma por el foro, y aun hasta por los tribunales más altos de nuestro país, que el Ministerio Público (sujeto actor) *monopoliza la acción penal*. Desacierto científico que surge no por pagar con la idea que pregonaba la dualidad de la pertenencia de la acción, sino por ignorancia de la misma.

En realidad, lo que muchos mexicanos quieren decir con "*monopolio de la acción*" es que el Ministerio Público *monopoliza al sujeto que ejercita la llamada "acción activa"*, esto es, que en exclusiva él la puede iniciar. Baste por lo pronto advertir que eso no es la acción en su totalidad, puesto que faltaría la llamada "*acción pasiva*" de la cual no es titular el Ministerio Público.

Es especialmente importante destacar que contra la llamada dualidad de pertenencia de la acción, se pronuncia Fernando Flores García quien, al sostener la unidad del concepto, concluye que la acción no es clasificable, por lo que en todo caso el titular lo sería el actor, en tanto que el demandado sería el que resista a esa acción (*contracción*). En el mejor de los casos, parece decir Flores García, el sujeto activo y pasivo lo son del proceso, pero no de la acción.¹⁵

3.4 CARACTERES

"Corrientemente se sostiene la existencia de seis caracteres de la acción penal —dice García Ramírez—, que es, se dice, autónoma, pública, indivisible, irrevocable, de condena y única."¹⁶

La *autonomía* implica independencia del concepto del derecho material; la *publicidad*, volver sobre vetustas distinciones entre el llamado derecho público y privado; *indivisible*, porque es una sola y no implica varias aun cuando sean varios los demandados; *irrevocable*, porque una vez promovida no existe posibilidad de desistimiento (García Ramírez niega, con razón, que esta característica, sea aceptada en el sistema normativo mexicano); *de condena*, que implica retroceder al confundir acción con pretensión, ya que es falso que existan acciones de condena, pues en todo caso, la conocida es la pretensión de condena; y *única*, como para destacar criterios vistos en la teoría general del proceso.

Como se advierte, algunos de los llamados caracteres de la acción penal

¹⁴ Dorantes Terraza, Luis, *Elementos de teoría general del proceso*, págs. 37 y 38.

¹⁵ Flores García, Fernando, *La teoría general del proceso y el amparo mexicano*, pág. 94.

¹⁶ García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, pág. 166.

no corresponden a la idea de acción, y otros no son específicos de la denominada "acción penal", sino simplemente de la acción.

3.5 EL INTERÉS JURÍDICO DE LA ACCIÓN

Un requisito o condición de la acción procesal o acción en abstracto es el interés para obrar o actuar (*agere*). En el interés para actuar, el tribunal debe responder afirmativamente a una interrogante: ¿tiene remedio la situación o hecho ilegal planteado? Dicho de otro modo: ¿es útil el proveimiento que la parte reclama?

Si, por ejemplo, se acciona reclamando reclusión para quien ya murió, aunque la sentencia pueda ser favorable, la utilidad o interés en que se sancione carece de razón, pues el muerto no podrá ser sancionado con reclusión. De aquí que se diga que las sanciones penales son personalísimas.

Falta el requisito del interés, decía la anterior redacción del artículo 1 del CPCDF, "siempre que no pueda alcanzarse el objeto de una acción, aun suponiendo favorable la sentencia".

En este sentido, según Liebman el interés consiste en "*la relación de utilidad existente entre la lesión de un derecho, que ha sido afirmada, y el proveimiento de tutela jurisdiccional que viene demandando*".¹⁷

¹⁷ Ovalle Parola, José, *La audiencia previa y de conciliación en el Código Procesal Civil del Distrito Federal*, pág. 113. Del mismo autor en *Teoría General del Proceso*, pág. 86.

CAPÍTULO 4

JURISDICCIÓN

SUMARIO

- 4.1 DELIMITACIÓN CONCEPTUAL**
 - A. JURISDICCIÓN VOLUNTARIA**
 - B. JURISDICCIÓN SOBRE LITIGIOS PENALES**
- 4.2 ALGUNAS MANIFESTACIONES**
 - A. RESOLUCIONES**
 - B. MEDIDAS DE APREMIO Y CORRECCIONES DISCIPLINARIAS**

4.1 DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

En pocas ocasiones el apego irrestricto al origen etimológico de un vocablo causa tan graves problemas de conceptualización como el de jurisdicción, del que tradicionalmente se ha dicho que significa "decir el derecho".

Esta afirmación ha llevado a muchísimos (especialmente a los que se inician en esta rama del derecho) a pensar que el acto jurisdiccional constituye el desenlace del proceso. Esto es, la sentencia, porque en la sentencia "se dice el derecho".

Así, si con el concepto estático de acción se pensó que ésta es la que da el impulso inicial para el proceso, con la jurisdicción se cree que es la que lo remata. Contra esta falsa creencia debemos afirmar que jurisdicción no sólo es el acto que pone fin al proceso, sino también el que lo dirige. Incluso hay quienes, como Briseño Sierra, afirman que la sentencia *no es acto jurisdiccional*,¹ idea ésta que no ha encontrado eco entre los procesalistas.

Si se nos permite continuar con la metáfora a que nos referimos cuando aludimos a la acción, la jurisdicción se manifestaría a lo largo de todo el camino que ha de recorrer el vehículo que llamamos acción. Así, la jurisdicción sería el primer "banderazo" para que el vehículo (acción) corra; los carteles en el camino indicando rumbos (cruce de trenes, alta, desviación, saneamiento procesal); las paradas momentáneas (semáforos en rojo, suspensión del proceso) o incluso definitivas (sobresedimientos); los actos propios para hacer entrar al camino al que se desvía, así como todas las medidas necesarias para lograr el tránsito fluido, sancionando incluso al que lo entorpece (medidas de apremio y disciplinarias).

La jurisdicción implica, entonces, no sólo un decidir (*judicium*), sino también un conocer el litigio (*scitis*), y acaso más; un poder de ejecutar (*executio*).

¹ Briseño Sierra, Humberto, *La sentencia de condena*, pág. 433, t. I, y *Derecho procesal*, t. II, págs. 299 y sigts.

Así, en el proceso penal hay acto jurisdiccional, desde que el tribunal ordena la radicación del proceso, ordena la aprehensión del inculpaado, concede o niega su libertad caucional, dispone o niega procesamiento, accede o rechaza medios de prueba ofrecidos, sentencia; o cuando resuelve medios impugnativos, etcétera. En consecuencia, jurisdicción no es sólo "decir el derecho", y por tanto, jurisdicción no es un concepto meramente estático.

Al prohibirse la autodefensa y la autocomposición, salvo casos excepcionales, el Estado normalmente asume —como tercero extraño a la contienda— la misión de resolver los litigios, poniendo en marcha el mecanismo que lo lleve a resolver. Es así como surge la jurisdicción.

En el concepto de jurisdicción, la teoría prácticamente se escinde en dos direcciones principales: o bien se concibe a la jurisdicción como *declarar la voluntad de la ley*, o como *resolver controversias*. La primera idea es campo fértil para aludir al silogismo que se dice implica la sentencia, pero también en su extremo afirma acto jurisdiccional, aun cuando no exista contienda. En la segunda dirección, para el acto jurisdiccional quedan sólo las cuestiones controvertidas.

Esto, sin duda alguna, plasma la clásica diferencia entre la llamada *jurisdicción contenciosa* y *jurisdicción voluntaria*.

Aceptada una u otra de las direcciones aludidas, la jurisdicción se define como la exclusivamente contenciosa, o comprendiendo también a la conocida como voluntaria.

A D'Onofrio, por ejemplo, no le interesa la controversia para conceptualizar a la jurisdicción, y así dice: "la función específica del juez es la de declarar la voluntad de la ley, con efecto vinculativo para las partes, en los casos concretos. Usamos la expresión declarar la voluntad de la ley y no la comúnmente usada resolver controversias porque, para ejercer la función de juez, no siempre es necesario que haya una verdadera y propia controversia entre las partes. Es más, existen situaciones jurídicas que sólo pueden tener vida con la intervención del juez aun cuando a las partes estén de acuerdo... y también cuando el demandado se convierte en rebelde o cuando se adhiere a la demanda del actor; en estos casos, la función jurisdiccional se aplica igualmente y el juez dicta sentencia, pues no podría enviar a las partes a estipular un contrato, que consagrara su acuerdo".²

Y Dante Barrios de Angelis es enfático al afirmar que "rechazamos toda denominación que pretenda reducir lo jurisdiccional al proceso contencioso de conocimiento; el menor estudio fenomenológico será suficiente para determinar la esencia jurisdiccional en la ejecución y en la denominada jurisdicción voluntaria".³

² D'Onofrio, Paolo, *Lecciones de derecho procesal civil*, págs. 55 y 56.

³ Barrios de Angelis, Dante, *Teoría del proceso*, pág. 14.

En sentido contrario —es decir, al rechazar que en la llamada jurisdicción voluntaria haya realmente jurisdicción— se pronuncian muchísimos procesalistas, entre los cuales cabe citar a Alcalá-Zamora y Castilla.

No obstante, importa insistir un tanto en la jurisdicción voluntaria, sobre todo porque uno de los grandes genios del procesalismo, como lo fue Carnelutti, llegó a negar que en el proceso penal se ventilen cuestiones litigiosas y, que por tanto, la naturaleza del proceso penal, es el de una jurisdicción voluntaria.

A. JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

De cualquier manera, cabe reflexionar acerca de si el Estado puede —como lo hace en muchas esferas— imponer su pretensión sin necesidad de escuchar al sometido y sin que sea revisada su pretensión. En multitud de casos —diversos del penal— impone directamente su pretensión sin pasar por un juicio. ¿Será posible que imponga su pretensión punitiva por la vía administrativa? La verdad es que en la actualidad se han impuesto frente al poder del Estado diversas aspiraciones de los súbditos que desean se respete su libertad.

Es esto lo que ha llevado al que se autoproclame titular del *ius puniendi* a someter su pretensión ante otro funcionario, que normalmente es el juez en su calidad de representante del tribunal.

Vista de esta forma, la actividad de ese "juez" se puede escindir entre sólo homologar lo decidido por el pretensor o juzgar realmente la legitimidad y justicia de esa pretensión. Si seguimos por el primer rumbo, nos encaminamos a la que se conoce como *jurisdicción voluntaria*, en tanto que si es por la segunda, caminaremos por la verdadera jurisdicción o *jurisdicción contenciosa*. La respuesta depende, entonces, de que haya o no litigio en el proceso penal.

Tradicionalmente se ha sostenido que el proceso penal tiene como objetivo que se resuelva un litigio, es decir, resolver una controversia. No obstante, a este respecto la doctrina no ha sido uniforme. Encontramos así, en la posición opuesta, al genial Francisco Carnelutti, para quien en el proceso penal no existe litigio y, obviamente, con base en este marco no puede haber jurisdicción verdadera (o jurisdicción contenciosa, como también se le llama).

Carnelutti sostiene que en el proceso penal —proceso penal puro— el único interés es el del imputado. El Ministerio Público no puede tener interés, porque si pensamos que su interés fuera de cargo, esto sería una deshonestidad, sobre todo cuando el imputado es inocente.

El imputado, sigue diciendo Carnelutti, sustenta el mismo interés que el enfermo tiene en la comprobación y curación de su enfermedad. El interés del imputado radica en que se descubra su enfermedad, y no en salir absuelto. No es posible —dice— que el enfermo admita interés en que su médico no descubra su enfermedad.

... “La analogía (sigue Carnelutti) entre el proceso civil de interdicción y el proceso penal puede verificarse también muy profundamente si se piensa que para el ‘interdiciendo’ lo mismo que para el ‘jugando’, el juez comprueba si existe en él una diferencia de ser, en el plano psicofísico o en el plano espiritual y, en hipótesis afirmativa, dispone las medidas oportunas para ponerle remedio”.

... “¿Por qué, si el de interdicción es un proceso voluntario, no habrá de serlo el penal?”. De esta manera Carnelutti nos conduce a la tesis de que el proceso penal no es un proceso litigioso, sino un proceso voluntario, de jurisdicción voluntaria.⁴

Alcalá-Zamora, quien fue el prologuista de las *Lecciones sobre el proceso penal* del propio Carnelutti, en dicho prólogo asienta algunas ideas que no deseamos pasar por alto. Afirma que “Carnelutti parte de que el proceso penal de conocimiento... ‘obtiene a la vez dos resultados: el accertamiento del delito, o sea, de la *ilicitud penal* de un hecho, y el accertamiento de lo ilícito civil, es decir, de la *ilicitud civil* del propio hecho’, de tal manera que su ‘contenido va más allá del accertamiento del delito con los fines exclusivamente penales’. ‘Esta observación —prosigue— es fundamental para la definición de su carácter en orden a la distinción, formulada por la teoría general del proceso, entre proceso contencioso y proceso voluntario’. Bien miradas las cosas, ‘se descubre que si respecto de la *ilicitud civil* en el proceso penal puede ser contencioso, en cambio le falta ese carácter cuando se dé la *ilicitud penal*’. Confiesa a continuación que en sus primeros intentos de sistematizar la teoría general del proceso, creyó que el proceso penal tenía carácter contencioso; y atribuye el que considera error suyo, por un lado, a no haber diferenciado su doble contenido civil y penal, y por otro, a haber confundido litigio y controversia. Debido a ello, se equivocó, según él, dos veces al determinar el contenido puramente penal del proceso que nos ocupa: la primera, cuando le asignó un carácter contencioso y la segunda, cuando lo consideró como un tipo intermedio entre el proceso contencioso y el voluntario. En definitiva, y tras establecer que si en el proceso penal cupiese escindir el contenido penal y el no penal, el primero de ellos sería un verdadero proceso no contencioso, y tras afirmar la analogía entre el proceso punitivo y el de interdicción de una persona (destacada así mismo, más tarde, por Alferio...), llega a la conclusión de que no siendo posible dicho aislamiento, por ser ‘inseparables’ las consecuencias civiles y las penales del delito, y porque sobre las de ambos sectores pronuncia ‘inseparablemente’ el juez penal, ‘al proceso penal debe reconocerse, no tanto carácter intermedio entre el contencioso y el no contencioso, como carácter mixto’, puesto que representa ‘la fusión de un proceso contencioso con uno voluntario’”.⁵

⁴ Carnelutti, Francesco, *Principios del proceso*, págs. 41 a 51.

⁵ Alcalá-Zamora y Castilla, Niceto, prólogo a *Lecciones sobre el proceso penal* de Carnelutti, e inserto a la vez en *Miscelánea procesal*, t. II, pág. 644.

A nosotros, aunque afirmamos la existencia de litigio penal, nos ha inquietado la postura de Enrico Rodenti, que el propio Alcalá-Zamora menciona en nota de pie de página, pero sin explicarla. Rodenti se refiere al caso de los actos procedimentales tendientes al internamiento del imputado demente en un "manicomio"² y nos llama doblemente la atención, porque también en nuestro sistema jurídico el tribunal puede seguir un procedimiento e incluso declarar la anormalidad mental (interdicción) e imponer la medida de seguridad, aun sin presencia del insano, y además seguir el ritual, no conforme a cánones reglados por la ley, sino conforme "al recto criterio y a la prudencia del tribunal" (art. 496 CPPP).

En fin, a nosotros parecer y aun contra lo que opinó el genio de Carnelutti, la actividad realizada por los tribunales penales no cae dentro de la conocida como jurisdicción voluntaria. Se trata en todo caso de una verdadera jurisdicción, puesto que el litigio se presenta en el mismo proceso. ¿Quién negará que lo normal consiste en que el procesado se opona a la pretensión del acusador?

B. JURISDICCIÓN SOBRE LITIGIOS PENALES

En su momento, Alcalá-Zamora sostuvo que "por jurisdicción podría entenderse: función desuavuelta por el Estado para (a) conocer, (b) en su día decidir y (c), en su caso, ejecutar la sentencia firme emitida con carácter imperativo por un tercero imparcial, instituido por aquél y situado 'supra partes', arena de una o más pretensiones litigiosas deducidas por los contendientes y canalizadas ante el juzgador a través del correspondiente proceso, en el que podrían haber mediado también actuaciones preliminares o asegurativas".³

En suma, resulta difícil definir lo que es jurisdicción, pero el Código de Organización de los tribunales Civiles y de Hacienda del Uruguay, en su artículo 3 se atrevió a establecer que "es jurisdicción de los tribunales la potestad pública que tienen de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada...".⁴

Mazzini, considerado uno de los más grandes procesualistas penales italianos, expuso que "la jurisdicción (ius dicere) es la función soberana que tiene por objeto establecer, a demanda de quien tenga deber o interés en ello (acción), si en el caso concreto es o no aplicable una determinada norma jurídica y puede darse o no ejecución a la voluntad manifestada por ella; función cuyo ejercicio, en las materias penales, está exclusivamente reservada a órganos del Estado

² Alcalá-Zamora y Castilla, Niceto, *Previsiones para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria*, pág. 146, nota 130.

³ Barrios de Angelis, Dante, *Teoría del proceso*, pág. 155.

⁴ Alcalá-Zamora y Castilla, Niceto, *Notas relativas al concepto de jurisdicción*, págs. 67 y 68.

instituidos con las garantías de la independencia y de la imparcialidad (jueces) y está garantizado mediante determinadas formas (procesos, coerción indirecta).⁹

Cabe ya ahora introducir la reflexión —como hicimos en el caso de la acción— de que, a propósito de la jurisdicción, no existe “jurisdicción penal”. Existe, eso sí, actividad jurisdiccional, pero no “jurisdicción penal”. El concepto de jurisdicción es único e igual para cualquier área —civil, penal, laboral—, y lo que en todo caso cambia es la naturaleza del litigio en torno al cual gira el acto jurisdiccional. Es decir, lo que varía es la naturaleza del litigio, pero no el concepto de jurisdicción.

A la vez, no porque exista diferencia entre tribunales penales y civiles diremos que esto sería una manifestación de que la jurisdicción es clasificable en civil, penal, etc., porque lo clasificable aquí es el órgano en razón del tipo de litigio, pero no la función.

4.2 ALGUNAS MANIFESTACIONES

La sentencia es sin duda alguna la principal manifestación de la función jurisdiccional, pero al lado de ésta existen otros actos no menos importantes. Nos referirnos en general a todas las resoluciones encaminadas a conocer y resolver la controversia, y a los actos o medidas para que se cumplan.

A. RESOLUCIONES

El acto jurisdiccional penal más importante es la resolución, y según Alcalá-Zamora debe diferenciarse del acuerdo, pues mientras la primera emana de un órgano suprapartes, el acuerdo se produce interpartes.¹⁰

Aunque la resolución no es privativa de la autoridad judicial, ésta es, según el colombiano Mesa Velázquez, “la declaración o manifestación de la voluntad del órgano jurisdiccional, formalmente expresada y dirigida a ordenar o impulsar el proceso, decidir un incidente del mismo o el asunto que constituya su objeto”.¹¹

⁹ Manzóni, Vicente. *Tratado de derecho procesal penal*. t. II, pág. 33.

¹⁰ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. *En torno a la noción del proceso preliminar*, págs. 466 y 467.

¹¹ García Ramírez, Sergio y Adato Victoria. *Procedimiento del proceso penal mexicano*, pág. 63.

Las resoluciones judiciales, afirma Fix Zamudio, "son los pronunciamientos de los jueces y tribunales a través de los cuales acuerdan determinaciones de trámite o deciden cuestiones planteadas por las partes, incluyendo la resolución de fondo del conflicto".¹²

A su vez, García Ramírez señala que "las resoluciones son actos judiciales de decisión o manifestación de voluntad, por medio de las cuales se ordena la marcha del proceso, se dirimen las cuestiones secundarias e incidentales que en éste se plantean o se le pone término, decidiendo en cuanto a la cuestión principal controvertida".¹³

Según la ley distrital, las resoluciones se clasifican en decretos, sentencias y autos. "Decretos si se refieren a simples determinaciones de trámite; sentencias, si terminan la instancia resolviendo el asunto principal controvertido; y autos, en cualquier otro caso" (art. 71 CPDF).

Más congruente nos parece el código federal, que clasifica a las resoluciones en sentencias y autos; sentencias si terminan la instancia resolviendo el asunto en lo principal, y autos, en cualquier otro caso (art. 94 CFFP).

B. MEDIDAS DE APREMIO Y CORRECCIONES DISCIPLINARIAS

Los medios de apremio judicial implican diversos medios de que puede disponer el tribunal a través de los cuales puede hacer que se cumpla lo dispuesto en sus resoluciones. Esto hace evidente la potestad jurisdiccional.

"Si en el medio de apremio —dice Gómez Lara—, la finalidad que se persigue es que las resoluciones del tribunal puedan hacerse cumplir aun contra la voluntad de los obligados, en la corrección disciplinaria el objetivo que se persigue radica en mantener en buen orden y en hacer que los litigantes, que los terceros, que inclusive cualquier particular o los mismos subordinados, le guarden al titular del órgano jurisdiccional el respeto y la consideración que un funcionario de su jerarquía debe tener".¹⁴

En los medios de apremio, el tribunal puede valerse de la fuerza pública (art. 44 CFFP), y en las correcciones disciplinarias, puede imponer sanciones tales como el apercibimiento, la multa, el arresto o la suspensión (art. 42 CFFP).

¹² Fix Zamudio, Héctor, "Resoluciones judiciales", en *Diccionario jurídico mexicano*.

¹³ García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, pág. 271.

¹⁴ Gómez Lara, Cipriano, *Tratado general del proceso*, pág. 301.

CAPÍTULO 5

PROCESO

SUMARIO

- 5.1 NOCIÓN
- 5.2 DESLINDE
 - A. DERECHO PROCESAL PENAL
 - B. PROCEDIMIENTO PENAL
 - C. JUICIO PENAL
- 5.3 PROBLEMAS FUNDAMENTALES
- 5.4 FINES
- 5.5 NATURALEZA
- 5.6 FORMA
- 5.7 ESPACIO
- 5.8 TIEMPO
- 5.9 COSTO
- 5.10 SUJETOS
 - A. PARTES
 - B. CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN PROCESAL
 - C. PLURALIDAD DE SUJETOS

5.1 NOCIÓN

De acuerdo con Pallares, la palabra proceso proviene de *procedo*, que significa avanzar;¹ según González Blanco (en México) y Rosenberg (en el extranjero) deriva de *processus*; para Eduardo B. Carlos de *procedere* (avanzar, caminar, recorrer);² y según Couture, del griego *prosekho* (venir de atrás e ir hacia adelante).³

No obstante, no debe perderse de vista que tal como lo indican Menéndez Pidal y Prieto-Castro, "la voz proceso es el término, relativamente moderno, de origen canónico, que sustituye a la palabra romana *iudicium*, con la que se designaba la institución pública encaminada a la definición, aseguramiento y ejecución del derecho material".⁴

Los autores han dado varias definiciones de proceso, casi todas ellas diferentes ya que en la doctrina no ha habido uniformidad para precisar su esencia o naturaleza jurídica.

En la evolución del concepto de proceso destacaron, en tiempos yaidos, las teorías privatistas, que contemplaron al proceso como contrato o como cuasicontrato. A partir del surgimiento del procesalismo científico han imperado las teorías publicistas. De ellas por importancia mencionaremos las que consideran al proceso como una relación, o a la que lo conceptúan como una situación.

Explicando al proceso penal dentro de la teoría de la relación jurídica, Von Kries sostuvo que se componía por:

- a) derecho del acusador (¿qué no es obligación?, se pregunta Dorantes Tamarit) a promover la persecución de los delitos.

¹ Pallares, Eduardo, *Derecho procesal civil*, pág. 96.

² González Blanco, Alberto, *El procedimiento penal*, pág. 111; Rosenberg, Leo, *Tratado de derecho procesal civil*, t. I, pág. 1.

³ Percy Mac Lean Estensón, *El proceso penal en el derecho comparado*, pág. 26.

⁴ Pallares, Eduardo, *Derecho procesal civil*, pág. 96; y de Prieto-Castro, Leonardo, *Caracteres de derecho procesal*, pág. 1.

- b) obligación del acusado de someterse al proceso oportuno,
- c) obligación del juzgador de proveer a las pretensiones de las partes.²

A las teorías de la relación jurídica se las cuestiona o critica que en el proceso no se tiene la obligación de probar —pues en la relación jurídica solo hay obligaciones y derechos, mas no cargas—, y además que el decidir la cuestión planteada no es de naturaleza procesal, sino administrativo-constitucional.

Goldsmidt, quien criticó la teoría de la relación, construyó la de la situación para explicarlo, si más que se le ha criticado, diciéndose que el concepto de situación jurídica es de índole sociológica y no jurídica, que la relación jurídica se desenvuelve en situaciones, que si existen deberes de las partes, etcétera.

Otras ideas no menos importantes son aquellas que consideran al proceso como una institución (Guasp), de la cual deriva la idea del proceso como instancia proyectiva (Brisaño Sierra).

En suma, en lo que parece existir coincidencia es en que el proceso consiste en una actividad, un actuar, una serie o conjunto de actos, con una finalidad específica. Según algunos, tal finalidad es el actuar o aplicar la ley y, según otros, es *dirimir un conflicto*. En este actuar orientado a un fin, algunos aluden a los sujetos que realizan o participan en tal actuación.

Algunos estudiosos, además de precisar este actuar, ponen el acento en el contenido del acto o actuación, de manera que cuando aluden a un contenido penal del actuar, el proceso es penal.

- a) Constrúyese en el contenido del proceso, Bettiol define al proceso penal como "aquel conjunto de actos originados por varios sujetos (juez, ministerio fiscal, imputado) con el fin de la fijación de las condiciones de hecho de las cuales deriva el *ius puniendi* a favor del Estado y el deber de sujetarse a la pena por parte del reo".³
- b) Para de Pina, el proceso penal "es la serie o conjunto de actos jurídicos encaminados a la aplicación de la ley penal, por los órganos jurisdiccionales en cada caso competentes".⁴
- c) Según Prieto-Castro, el proceso penal es la "actividad por medio de la cual el Estado protege el orden jurídico público, castigando los actos definidos como punibles por el derecho penal (y, en su caso, haciendo efectivos la restitución, indemnización y resarcimiento del daño civil causados por los mismos). Es el instrumento necesario para determinar si en el caso concreto el Estado tiene el derecho a castigar (*ius puniendi*)".⁵
- d) De acuerdo con Percy Mac Lean Estenós, "el proceso penal es una relación jurídica que conduce a una sentencia condenatoria o de absolución y

² Dorantes Tamayo, Luis, *Elementos de Teoría del proceso*, pág. 166.

³ Bettiol, Giuseppe, *Instituciones de derecho penal y procesal*, pág. 204 y 205.

⁴ De Pina Vara, Rafael, *Código de procedimientos penales*, pág. 139.

⁵ Prieto-Castro, Leonardo, *Características de derecho procesal*, pág. 288.

que va más allá de la sentencia, desde que el sentenciado puede obtener su liberación condicionada, su indulto o su rehabilitación en el juicio de revisión".³

En fin, como se advierte en quienes tratan de explicar la naturaleza del proceso (en general), encontramos desacuerdos, que se ven aun más marcados al tratar de definir el proceso de índole o contenido penal.

Digamos por lo pronto, que así como lo afirmamos en los conceptos de acción y de jurisdicción, en el caso del proceso, su concepto tampoco requiere de alusión a contenido.

Para penetrar en la idea de proceso resulta conveniente considerar la forma de la solución a los problemas que plantea el proceso, y que más adelante recordaremos. No obstante, hay que tener presente que el proceso, como forma de solución del conflicto, debe conceptualizarse en función de esta idea.

5.2 DESLINDE

Resulta pertinente delimitar al proceso penal respecto de figuras o temas con los que se asemeja.

A. DERECHO PROCESAL PENAL

Debe diferenciarse al proceso penal (reglas jurídico-positivas) del derecho procesal penal, que es la disciplina que lo estudia. No debe olvidarse que el proceso es sólo uno de los temas o áreas de estudio del derecho procesal penal, el cual estudia además la acción y la jurisdicción.

De esta manera, el proceso penal es sólo un capítulo dentro de la disciplina del derecho procesal penal o ciencia procesal penal. Aunque se han dado algunas definiciones de derecho procesal penal que sólo hacen alusión al proceso, debe advertirse que la etiqueta derecho procesal penal no implica únicamente en su estudio al proceso penal, pues cuenta en su programa con otros muy diversos temas, como pueden ser la organización y jerarquía del tribunal, su división del trabajo (competencia), la organización y jerarquía de otros órganos

³ Perry Mac Lean Estenós, *El proceso penal en el derecho comparado*, pág. 25.

(Ministerio Público, Defensoría de Oficio), cuestiones atinentes a ciertos actos (querrela, denuncia, recurso) o cuestiones de mera cooperación (exhortos).

En términos muy generales (es decir, sin que sea una definición), el *derecho procesal penal* es la disciplina de contenido técnico-jurídico, que inserta en su temática el estudio del proceso penal en el marco de la teoría general del proceso. Así, una es la disciplina y otro el objeto de estudio.

B. PROCEDIMIENTO PENAL

La idea de proceso penal debe a su vez deslindarse del concepto de procedimiento penal. Del procedimiento recordemos que evoca la idea de *seriación de hechos, actos o actuaciones*. El procedimiento es la manera de hacer una cosa; es el trámite o rito que ha de seguirse, el orden de actos o diligencias penales.

Del proceso recordamos que implica esa sucesión de actos a que nos hemos referido, pero unidos en atención a la finalidad compositiva del litigio, y esta finalidad es la que define al proceso. De cierta forma, un procedimiento orientado a la solución compositiva es un proceso en la medida en que también comprenda los nexos entre los sujetos y no se quede en lo meramente ritual.

Con fines didácticos, en las aulas universitarias se ha recurrido a símiles para explicar la diferencia, pues se ha dicho que mientras el proceso es el continente, el procedimiento es el contenido; o que el proceso es el teatro, con sus butacas y salón, en tanto que el procedimiento es la escena u obras que se representan en ese teatro.

Dentro de una corriente muy difundida en la generalidad del foro y de los procedimentalistas penales en México, se ha sostenido que el proceso es una parte del procedimiento, que todo proceso es un procedimiento, pero que no todo procedimiento es un proceso.

Arilla Bas llega inclusive a afirmar que la distinción de Carnelutti no es aplicable a México, porque el proceso es una fase del procedimiento,¹⁰ idea que Colín Sánchez estimula.

Según tales ideas, lo cierto es que efectivamente no todo procedimiento es un proceso. La prueba es que existen procedimientos que no son proceso, como los procedimientos necesarios para elaborar un testamento, para obtener un permiso de importación de mercancía, el procedimiento para obtener un pasaporte, cualquier procedimiento administrativo o legislativo, etcétera.

Pero lo falso parte de la falacia que sostiene que el proceso es un procedimiento, pues si bien es cierto que dentro del proceso hay procedimientos —o, mejor dicho, muchos procedimientos— *el proceso no se queda con lo meramen-*

¹⁰ Arilla Bas, Fernando, *El procedimiento penal en México*, pág. 47.

te procedimentalista o ritualista. Como hemos dicho, el proceso comprende además la suma de los actos de la actividad jurisdiccional, de la actividad de las partes y aun las actividades realizadas por terceros (peritos, testigos, intérpretes, etc.) comprende lo que para algunos se denomina contrato procesal, la relación procesal o la situación procesal, que de acuerdo con la teoría escogida da la esencia del proceso.

Por tanto, los juristas —pero en especial para los procesalistas— el proceso penal comprende en gran medida al procedimiento judicial penal, y no éste a aquél. Profunda diferencia que de ser comprendida en su magnitud, se traduce hasta en el nombre de nuestra disciplina (derecho de procedimientos penales o derecho procesal penal).

Remarquemos a la vez que dentro del proceso penal se tramitan varios procedimientos y no uno sólo. Tenemos así diversos procedimientos probatorios (testimoniales, confesionales, inspeccionales, etc.), procedimientos incidentales (competenciales, recusacionales, de nulidad, etc.), procedimientos impugnativos (apelaciones, revocaciones, nulidades, etc.), procedimientos cautelares (embargos, detención preventiva, etc.).

El procedimiento no es más que la forma del proceso, y como forma, es ésta la que más vemos y más nos impresiona. Y puesto que la forma depende del objeto que ha de tratarse, la forma puede ser variante.

En conclusión, "el procedimiento —apunta Flores García— es la parte formal, ritual del proceso jurisdiccional, que es el todo unitario. El procedimiento supone la ruta, el derrotero fijado de antemano para la ley adjetiva, y que debe guardar los requerimientos de la forma (elemento de validez de un acto jurídico) del actuar de las partes y del titular del oficio judicial. Mientras el procedimiento es el cómo llegar a la solución, y por ello es variable, multiforme; el proceso jurisdiccional es la solución misma al litigio, y su concepto es por ello invariable, único. . . ."¹¹

C. JUICIO PENAL

"Alcalá-Zamora señala la diferencia del proceso con el juicio, en la siguiente forma: ' . . . el proceso tiende, evidentemente, a obtener un juicio (judicial) sobre el litigio, pero el juicio se circunscribe a ese solo y decisivo momento o actividad'. "¹²

Más adelante veremos que la voz juicio, pero en especial enjuiciamiento, se refiere a la seriación de los actos del proceso.

¹¹ Flores García, Fernando, *La teoría general del proceso y el amparo mexicano*, pág. 88.

¹² Dorantes, Luis, *Elementos de teoría general del proceso*, pág. 180.

5.3 PROBLEMAS FUNDAMENTALES

Para la actividad didáctica, la secuela de actos tendientes a resolver el litigio plantea al proceso una serie de interrogantes, cuya enumeración inició Alcalá-Zamora y encaminó hacia lo que denominó el perímetro hexagonal del acto procesal, a saber:

- a) ¿Para qué sirve? (finalidad)
- b) ¿Qué es? (naturaleza)
- c) ¿Cómo se exterioriza? (forma)
- d) ¿Dónde se lleva a cabo? (espacio)
- e) ¿Cuándo se realiza? (tiempo)
- f) ¿Quién lo ejecuta? (sujetos)¹²

A estos problemas del proceso habrá que agregar, para su estudio, el ¿cuánto cuesta? (costo).

Aunque estos problemas sólo son explicados por la teoría general del proceso, resulta conveniente recordarlos en el contexto del derecho procesal penal, tarea que prácticamente, de aquí en adelante, inspirará nuestro curso. Posteriormente entraremos en los terrenos propios del procedimiento.

5.4 FINES

El fin o los fines del proceso penal en última instancia y meta final, conducen a los mismos fines generales del derecho: alcanzar la justicia, el bien común y la seguridad jurídica, a los que Lefur, Delos, Radbruch y Carlyle se refirieron en su momento.¹³

En el caso de nuestra disciplina, habrá que recordar no sólo los fines del derecho mismo (esto es, la directriz filosófica), sino también los fines del proceso en general, y los fines del proceso penal mismo, porque los fines del proceso penal no desentajan de los fines del proceso en general, como los de éste tampoco deben apartarse de los del derecho en general.

Punto conocido es que el proceso en general tiende a orientarse o está orientado a la composición del litigio o la satisfacción de la pretensión, según la idea que impera. Si se trata de un litigio cualificado como penal, su fin habrá que reducirlo a la mera composición del conflicto penal, que a su vez es el medio de restablecer el orden jurídico que, se dice, se ha violado.

¹² Alcalá-Zamora y Castilla, Niceto, *La regulación temporal de los actos procesales en el código de 1982 para el Distrito Federal*, pág. 204. Asimismo: *Enriquestización de conceptos e instituciones procesales*, pág. 87.

¹³ Le Fur, Delos, y otros, *Los fines del derecho*.

Descendiendo a las ramas del proceso, la enunciación de fines se multiplica. Así, según las ya apuntadas definiciones del proceso penal, las finalidades serían: para Bettiol, fijar las condiciones de hecho de los cuales derivan el *ius puniendi* y el deber de sujetarse a la pena el *rex*; para MacLean Estemós, conducir a una sentencia condenatoria o de absolución; para Prieto-Castro, determinar si en el caso concreto el Estado tiene el derecho a castigar; para De Pina, aplicar la ley penal; etcétera.

No obstante, conviene advertir que la influencia de Florián entre los estudiosos mexicanos ha sido tan marcada que es su planteamiento de los fines el que se ha acogido con mayor éxito y, de cierta forma, el que más se ha desarrollado.¹⁵

Florián clasifica tales fines en *generales* y *específicos*. Los *generales*, a su vez, pueden ser *inmediatos* o *mediatos*, y los *específicos* se subdividen en *investigar la verdad e individualizar la personalidad del justiciable*.

El *fin general* mediano alcanza, según Florián, los fines mismos del derecho penal —prevención y represión del delito—, en tanto que el inmediato, la aplicación de la norma material de derecho penal al caso concreto.

Teniendo en consideración este fin general, se advierte que el proceso penal, según sus características, puede ser penal represivo o penal preventivo. El primero procura sancionar la peligrosidad delictiva, en tanto que el segundo sólo pretende evitar la comisión de delitos.

En México es desconocido el preventivo, cuyo ejemplo se encuentra en la ley española relativa a vagos y malvivientes.

En los *fines específicos*, Florián destaca dos: la *verdad histórica*, como contrapartida a la *verdad ficticia* o *formal*; y la *personalidad del justiciable*, que ha llamado la atención a García Ramírez.

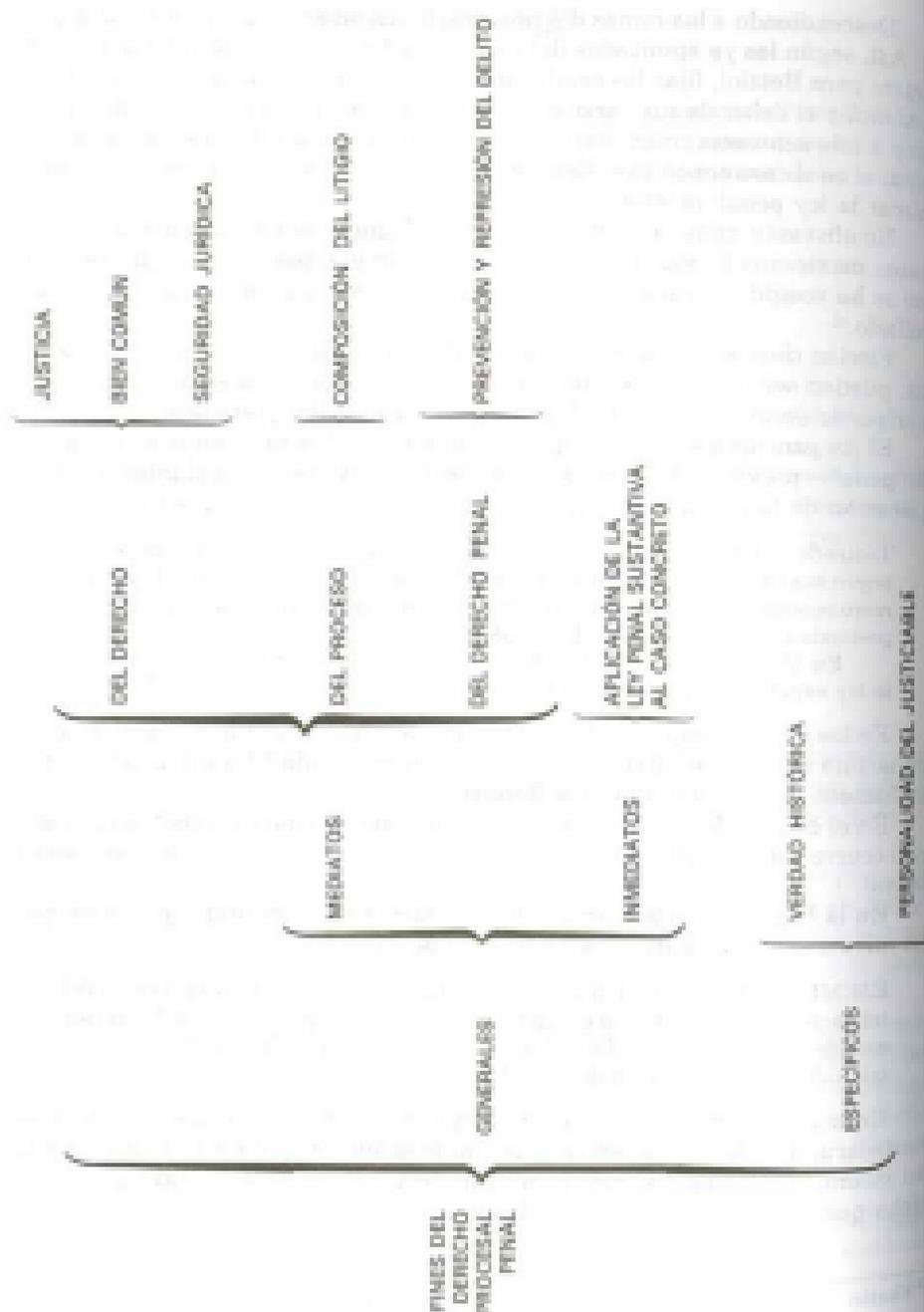
En el caso de la *verdad* —que es única—, parece ilógico clasificarla, pero esto ocurre entre los juristas. Se alude así a *verdad real* o *histórica* y a *verdad formal*.

En la llamada *verdad formal*, la adecuación entre el hecho y la idea que del mismo se tiene ocurre prácticamente por decreto.

EJEMPLO: cuando nuestro legislador afirma que los hijos nacidos dentro del matrimonio, después de cierto tiempo de contruido, se reputan hijos del marido, está estableciendo una *verdad formal* desde el momento en que realmente puede ocurrir que tales hijos no lo sean del casado.

En la *verdad histórica*, conocida propiamente como la *verdad real* (*verdad verdadera*), la adecuación entre el hecho ocurrido en el pasado y la idea que del mismo nos formamos hoy resulta perfecta. Es en este sentido que se ha dicho que el juez es también un historiador.

¹⁵ Florián, *Ensayo*, *Elementos de derecho procesal penal*, pág. 49 y 50.



—Técnicamente la verdad material (o histórica) —dice Briseño Sierra— significa la más eficiente reproducción del acontecimiento discutido; pero en el ámbito procesal y aun en el extenso campo de la juridicidad, esa reproducción suele estar impedida por razones legales. Así, cuando se considera la confesión como una declaración de voluntad, vinculativa para las partes y el juez, el valor de este medio de convicción resulta tasado o previo y aparece como una barrera en la búsqueda de esa verdad material.¹⁶

Por lo que hace a la personalidad del justiciable, importa que sea investigada, no sólo para graduar la sanción en el caso de que la sentencia fuera en contra, sino también para determinar mediante el conocimiento de su persona si es o no imputable (en los términos del derecho penal), y aun si puede figurar como parte dentro del proceso.

Descendiendo del nivel del proceso penal a los procedimientos penales, habrá de advertirse que sea cual fuere el procedimiento empleado (probatorio, cautelar, impugnativo, etc.) debe inspirar en sus fines a los ya mencionados (del derecho, del proceso en general, del proceso penal).

Por último, pese a esta fuerte influencia de Florián, es necesario que el estudio diferencie los fines del proceso de lo que son los fines de la jurisdicción y los fines de las pretensiones de las partes.

5.5 NATURALEZA

Al pretender responder qué es el proceso nos abocamos a tratar de descubrir cuál es la naturaleza jurídica, y respecto a ésta, la doctrina no ha llegado a un acuerdo.

Varias son las tesis que se han aportado a la teoría general del proceso y que Alcalá-Zamora en parte nos organizó para su presentación. Estas tesis —afirma— pueden ser mayores o menores, según la envergadura y aparato científico que las envuelven.

En las tesis mayores militan dos tesis privatistas —la del contrato y la del cuasicontrato—, y otras dos publicistas: la de la relación y la situación.

Entre las que llama tesis menores, Alcalá-Zamora incluye las tesis que sostienen al proceso como un estado de ligamen (Kisch), como servicio público (Duguit, Jéze), como modificación jurídica y misterio (Satta), como institución (Guasp, Coutarel), como reproducción jurídica de una interferencia real (Lois Estévez), como entidad jurídica compleja (Gaстанд Foschini), etcétera.¹⁷

¹⁶ Briseño Sierra, Humberto, *Consideraciones generales sobre el código procesal civil de Zacatecas*, pág. 118.

¹⁷ Alcalá-Zamora y Castilla, Niceto, *Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso*, págs. 277 y sigs.

En México, se ha sostenido con gran fuerza (aunque suavizada) la tesis de la relación, así como de cierta forma, la de la situación, que incluso García Ramírez rememora en su definición de proceso penal.

5.6 FORMA

En atención a las formas o desarrollo, el proceso penal y cualquier otro, como dijera Alcalá-Zamora, "no es una mezcla de esgrima, prestigitación y lotería".¹⁸ Tampoco —y esto nos lo dijo un ameritado criminólogo— es una mera lucha reglamentada con pérdida de su sentido social.¹⁹

Las formas procesales consisten —opina Adolfo Gelsé Bidar— en el aspecto exterior o aparente del acto procesal; es su manifestación externa, la encarnación sensible de la voluntad actuante.²⁰

La forma jurídica sostiene Briseño Sierra, es la expresión de la conducta o la presentación de las cosas, elegida por la norma.²¹

Acercos de la forma, Alsina también ha dicho que el proceso se nos presenta como juicio ordinario, sumario o especial.

La forma corresponde al camino que han de recorrer la acción y la jurisdicción, con sus obstáculos, brechas, desviaciones, en fin, a la apariencia de la serriación, a la que muchos estudiosos parecen darle superlativa importancia, en detrimento del contenido y la justicia.

Desgraciadamente, la praxis actual (propia del *civil law*) ha llevado a los practicantes de nuestra disciplina a prestar más atención a las formalidades que a las finalidades que se deben procurar.

Este marco ideológico de atender más a los medios que a los fines ha llevado a veces a los jueces a adoptar caminos y salidas ilógicas, inexplicables, pero sobre todo injustas.

Las formas procesales no son ni pueden ser laberintos, con caminos de trapezoides, salidas cónicas y sin sentido. Las formas son sólo caminos dúctiles, suaves y transparentes, que deben armonizar en el fin que se propone el proceso: dar solución al problema planteado.

En otra clasificación de las formas procesales encontramos también a las legales, judiciales y las convencionales.

En cuanto a la forma, el proceso penal se ha debatido principalmente entre la oralidad y la escritura, entre la publicidad y el secreto, y entre la inmediación y la mediación.

¹⁸ Alcalá-Zamora y Castilla, Niceto, *Liberalismo y autoritarismo en el proceso*, págs. 278 y 279.

¹⁹ Rodríguez Manzanera, A. *Criminología*, pág. 95.

²⁰ Briseño Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, t. III, pág. 301.

²¹ *Idem*, pág. 308.

En el caso del proceso penal implantado en México, tiende a la oralidad, la publicidad y la inmediación.

Según el tipo de procedimientos encontramos también los procedimientos sumarios y los ordinarios, sin que sean conocidos en nuestro país los procedimientos monitorios.

5.7 ESPACIO

Por lo que hace al "dónde" se llevarán a cabo los actos procesales, o el espacio en que se ejecutan, la respuesta es al parecer más clara.

En principio, los actos del proceso penal deben ejecutarse en la sede del tribunal; no obstante, éste deberá trasladarse al lugar donde están los enfermos, cuando por imposibilidad no puedan acudir a la sede del tribunal. Puede el juez también salir de su sede, en los casos de inspección, reconstrucción de los hechos, si éstos requieren que el juez se aboque al ambiente, al lugar, en que ocurrieron los acontecimientos.

5.8 TIEMPO

Además de que la seriación procesal y sus actos se ejecutan en el espacio, también el tiempo en que se ejecutan importa en su regulación y desarrollo. Así, por lo que hace a la duración de toda la seriación procesal, no debe ser mayor a un año, y según nuestra jurisprudencia se inicia a partir del procesamiento definitivo y concluye con la sentencia de primera instancia.

Como caso especial se encuentran aquellos procesos en cuyo objeto procesal se comprenden hechos que abstractamente estén sancionados con pena privativa de libertad cuyo máximo sea de dos años; en este caso, la duración de la serie debe ser inferior a 4 meses (art. 20 frac. VIII const.).

Los cuatro meses mencionados sólo podrán ser excedidos, cuando medie petición del imputado para ampliar el plazo (art. 20 frac. VIII constitucional).

Puntualizada esta duración máxima para toda la seriación de actos procesales como derecho en favor del procesalmente demandado, González Bustamante, al igual que nuestra Suprema Corte, han llegado a sostener que en los casos en que por petición del propio procesado, fundándose para ello en el desahogo de alguna prueba a su favor, tal plazo podrá prorrogarse.²²

Es mediante la regulación temporal de la serie que los procesalistas penetran en lo que ya suele llamarse principio de brevedad del proceso el cual, dicho

²² González Bustamante, Juan José, *Principios de derecho procesal penal*, pág. 208.

sen de paso, en la realidad no ha funcionado en México como el constituyente lo hubiera deseado.

"La lentitud de los procesos representa, quizá, el más grave mal que los procesalistas latinoamericanos encuentran en sus sistemas —aparta Vescovi—, hasta el punto que es un tema constante en sus congresos y de sus trabajos, como puede observarse a través de las revistas especializadas. Y esa lentitud, como todos lo reconocen, representa siempre, más aun en estos tiempos vertiginosos, y de inflación, una degeneración de justicia."²²

En lo que concierne a la duración de las fases, no es mucho lo establecido en las leyes ordinarias; apenas se mencionan 72 horas para la primera fase de la instrucción judicial, y hasta 10 meses para la segunda y tercera fases (art. 147 CFPPI). Por lo que hace al juicio, su duración se encuentra fragmentada.

Esto llevó a Zamora Piqueo a afirmar que (hasta antes de las reformas vigentes) "bien pobre es, en estos términos la garantía de brevedad. Examinemos, a la luz del criterio de la Corte, un caso hipotético: En el proceso seguido a 'x', el juez declara cerrada la instrucción al cumplirse un año de la fecha en la que se dictó la formal prisión (mejor digamos, procesamiento definitivo), y pone la causa a la vista de las partes para la formulación de conclusiones, dado que el expediente cuenta con más de mil diez fojas (expedientes de este y mayor volumen se presentan con frecuencia en la práctica), el Ministerio Público dispone de 63 días hábiles para la elaboración de su pliego acusatorio (art. 318 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal). Ante la evidente inocencia del acusado, el Ministerio Público formula conclusiones de no acusación, o bien, torpemente, las fórmulas contrarias a las constancias procesales. En ese caso, el juez dará vista al Procurador de Justicia para que las confirme, modifique o revoque. El Procurador, para dictar la resolución correspondiente, dispone de 63 días hábiles (artículos 320, 331 y 332, C.P.F.). Formuladas por el Procurador conclusiones acusatorias, tendrá entonces oportunidad la defensa, por otros 63 días, para formular sus conclusiones. Dentro de cinco días se celebrará la vista y, finalmente, el juez dispondrá de otros 63 días hábiles para dictar su resolución (art. 329 procesal). Los plazos que hemos relacionado suman 337 días hábiles y equivalen a más de un año natural que, sumado al que transcurrió entre la formal prisión y el cierre de la instrucción, arrojan dos años para conclusión del proceso. Todo ello con estricta observancia de los términos (breves, plazos) procesales y, según la Corte, sin violación de la garantía de brevedad".²³

Un caso no sólo especial sino curioso e inconstitucional representa el Decreto que establece los Casos en que se aplicará la Pena de Muerte a los Salteadores en Caminos o en Despoblado (D.O., 31 oct. 1944) —y que al parecer no se ha abrogado—, al establecer en el artículo XI que "los procesos que sean

²² Vescovi, Enrique, *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano*, pág. 14.

²³ Zamora Piqueo, Jesús, *Garantías y proceso penal*, págs. 116 y 117.

objeto de estos delitos deberán concluirse en un plazo no mayor de 90 días a partir de la formal prisión”.

Por lo que hace a la regulación secundaria de los actos procesales en particular, nuestra Ley resulta desafortunada en su técnica y marco conceptual. Confunde con frecuencia términos *de términos*, punto último) con plazo (entendido como espacio o lapso) procesal; da cabida a las etapas muertas o *entractos procesales*, como les llamó Alcalá-Zamora; no todos los cómputos están procesados en su día *quo* y *dies ad quem*; la preclusión no está regulada, etcétera.

En lo que toca a la caducidad del proceso penal, es desconocida en las leyes procesales, no sólo en la mexicana, sino en la de varios países. Afortunadamente, no hay necesidad de “acuses” de rebeldía, pero si por desgracia se introducen plazos dilatorios o no perentorios en favor del Ministerio Público para que presente conclusiones, este plazo en contrapartida, no le es reconocido al defensor.

5.9 COSTO

Otro tema propio del estudio del derecho procesal penal es el de las litisexpensas o costo del proceso, que trata de dar respuesta a la interrogante ¿cuánto cuesta?

No es posible afirmar que un proceso es realmente gratuito, pues durante su tramitación son necesarias diversas erogaciones: se requiere dinero para pagar traductores, peritos, traslado, salarios, equipamientos de los palacios de justicia (energía eléctrica, papel, utensilios de limpieza) y conservación de los mismos; abogados, policías, conserjes, etcétera.

Esto significa que a la interrogante de si cuesta el proceso, la respuesta a no dudarlo es afirmativa. El problema regulado por nuestras leyes no es ese, sino el que se refiere a cargo de quién gravitan tales gastos.

Clasificados los gastos de un proceso, existen gastos o *costas judiciales* por un lado, y por el otro las *costas procesales*.

Por lo que hace a las *costas judiciales* (específicamente las retribuciones arancelarias) tales como salarios al personal del tribunal y auxiliares, éstos antiguamente eran cubiertos por las partes mismas, especialmente en los procesos civiles. A este respecto, nuestra Constitución (art. 17) y el Código Federal de Procedimientos Penales (art. 35) establecen que no son los interesados o partes los que han de pagar estos gastos. Es más, se prohíbe que hagan tales pagos.

En lo que toca a los *gastos judiciales*, esto es, los que se requieren para la marcha normal y eficiente del proceso, quedan, según nuestra ley (art. 36 CFPP) a cargo del erario del Estado, salvo que se trate de actuaciones pedidas por el sujeto pasivo del proceso o su defensor.

De esta manera, los gastos del defensor, gastos de traslado, peritos particulares, etc., corren a cargo del procesado, si éste es el promovente del acto; o del erario, si el promovente es el tribunal o el acusador oficial.

Algunas cuestiones aún no han sido resueltas por la ley ni por los encargados de la administración de justicia: ¿quién, cómo y cuándo ha de pagarse a los testigos su traslado desde un punto distante de la ciudad a la sede del tribunal?, o ¿quién y cómo ha de cubrirse el pago del raquítico sueldo o salario que deja de devengar un obrero para presentarse a un tribunal como testigo?, ¿cómo ha de pagarse a los funcionarios su traslado a lugares fuera del palacio de justicia para la práctica de diligencias?, etcétera.

Si a esto agregamos que no existe en México en las partidas del presupuesto anual de egresos, alguna que sirva para cubrir estos gastos, llegamos a la conclusión de que ésta es una variable que influye poderosamente en las exacciones ilegales.

Esas formas de exacción ilegal se conocen en México con el nombre de "morrida"; en Cuba con el nombre de "piada", en Chile "untada", en Argentina como "coima", etcétera.²³

Para tratar de aliviar situaciones caóticas, por lo menos en lo que hace a asistencia legal, en otros lugares se conocen los *abogados de pobres* —a los que en cierta forma tratan de emular nuestros defensores de oficio—, los incidentes de pobreza, las exenciones a la *cautio judicatum solvi* o al pago de papel sellado.

Actualmente, al sopesar los beneficios e inconvenientes de liberar de gastos a las partes o al erario estatal, algunos procesalistas han pensado en introducir ciertas variaciones al sistema.

"Pensar en una justicia gratuita —apunta Oderigo— significa exactamente pretender que el Estado se haga cargo de todos los gastos; lo cual, aunque aparentemente resulte agradable, sería injusto e inconveniente, porque, contrariando la norma imperante en materia de servicios públicos, haría recaer en toda la población los gastos de un servicio que sólo se presta a los que litigan, y porque fomentaría el pleitismo."²⁴

5.10 SUJETOS

Finalmente, un tema de importancia vital en el desarrollo del proceso es el que comprende el estudio de los sujetos que lo realizan.

²³ Alcalá-Zamora y Castilla, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, pág. 36.

²⁴ Oderigo, Mario A., *Lecciones de derecho procesal*, t. 2, pág. 108.

"El mayor escollo con que tropieza y tropezará el hombre —apuntó Alcalá-Zamora—, por muy perfectas que sean las leyes que lo encuadren, es la naturaleza humana."¹⁷

Con el estudio de los sujetos, el derecho procesal entra en lo que también se denomina sujetos procesales, respecto a los cuales Barrios de Angelis apunta que "son sujetos de proceso quienes lo hacen y aquellos para quienes se hace. Es decir, aquellas personas físicas o jurídicas que producen los actos del proceso, así como —*en sí mismos u otros*— por su vínculo especial con el objeto, dan lugar al proceso y sufren o aprovechan, de modo inmediato, de las modificaciones del objeto. Todo sujeto del proceso se caracteriza por su implicación en el objeto, por un determinado plexo de situaciones jurídicas y por la participación funcional correspondiente".¹⁸

La multiplicidad de sujetos que intervienen en el proceso impone, para su estudio, que sean clasificados.

"Se suele hablar de sujetos principales y accesorios; principales son, a su vez, los indispensables para el surgimiento de la relación jurídica procesal, al paso que los accesorios tienen carácter contingente, esto es, pueden o no existir con referencia a una relación jurídica concreta que, sin embargo, existe a pesar de su ausencia."¹⁹

Se añade igualmente a sujetos de la acción (acusador acusado), sujetos del juicio (juzgador) y terceros (testigos, peritos, etc.).

Dentro del proceso hay también sujetos indispensables y otros sujetos ocasionales. El juzgador es indispensable en un proceso penal, pues sin él no habría actividad jurisdiccional. En un sistema acusatorio es también indispensable el acusador por un lado, y el acusado por el otro. Por disposición de nuestras leyes al menos según nuestra Constitución, también el defensor es indispensable, pues su falta produce la ineficacia de cualquier acto procesal que se realice.

En un proceso penal no son indispensables (el proceso puede existir y tener eficacia aun cuando estos sujetos no se concreten) los testigos, los peritos, los traductores, etcétera.

Por lo que hace al sujeto que se atribuye la calidad de ofendido, puede ser sujeto indispensable si la ley así lo establece. En México, el ofendido al no ser parte procesal (en el enjuiciamiento estrictamente penal) y al permitirse (por la ley) que se tramiten procesos aun contra la voluntad o ausencia del presunto ofendido, éste no es sujeto indispensable, como en su oportunidad veremos (conste que estudiamos al proceso penal puro y no al civil delictual o resarcitorio del dolo).

En los próximos capítulos examinaremos la figura de cada uno de estos sujetos indispensables. En lo tocante al ofendido, examinaremos su figura en el

¹⁷ Alcalá-Zamora y Castilla, Niceto, *Estampos procesales de la literatura española*, pág. 181.

¹⁸ Barrios de Angelis, Dante, *Tratado del proceso*, pág. 115.

¹⁹ García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, pág. 81.

proceso civil resarcitorio del daño proveniente del delito, por la razón de que su intervención en la cuestión penal es prácticamente nula, a diferencia del aspecto civil resarcitorio del daño.

A. PARTES

Las funciones básicas del proceso penal —acusar, defender y decidir— pueden quedar a cargo de una sola persona (principio inquisitivo) o repartidas en diversas personas (principio acusatorio). Según este último principio, el más reconocido en la actualidad, los actos procesales se ejecutan por tres personas diversas (*actum triam personarum*). Uno es el sujeto del juicio (juzgador), en tanto que los otros dos son sujetos de la acción (acusador, acusado).

Desde la perspectiva etimológica, parte proviene de *pars*, *partis*, que significa porción de un todo. Una parte es un fragmento, un trozo, un segmento, una sección, un sector de un entero o de un todo. Así, partido (de partido político) significa ser o tratar de representar una parte considerable de la sociedad; partición significa fraccionar entre los elementos; participación, actividad de los integrantes; participe, que actúa junto con otro; etcétera.

La relación jurídica (al todo) liga elementos personales (partes). En la relación jurídica sustancial derivada de un contrato hay, por ejemplo un deudor y un acreedor, o en una relación sustancial penal hay un sujeto que tiene derecho a su vida o a su patrimonio, y otros sujetos que deben respetar esa vida o ese patrimonio. En la relación procesal también encontramos un acusador y un acusado.

Aunque en el proceso civil los estudiosos coinciden al afirmar que sí existen partes, esto no ha ocurrido en el proceso penal. Algunos estudiosos como Manzini, han llegado a afirmar que *en el proceso penal no hay partes*; otros como Alcalá-Zamora afirman que *en la instrucción no hay partes, pero sí en el juicio*.²⁰ Otros más (como Bartolini Ferri) sostienen que el proceso penal es de *parte única*, negándole calidad de parte al Ministerio Público, y una gran mayoría de autores reconocen actualmente la existencia de *dos partes* en el proceso penal.²¹

Según la idea de *dualidad de partes* en el proceso resulta posible afirmar que las funciones acusación y defensa no sólo le son ajenas al juzgador, sino también que cada función tiene su propio o propios sujetos; a la vez, que cada sujeto o sujetos exigirán que se les reconozca su pretensión por sobre él o los sujetos que realizan la función contraria.

²⁰ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias y diversas*, pág. 399.

²¹ Percy Mac Lean Estensós, *El proceso penal en el derecho comparado*, págs. 42 y 43.



Con frecuencia se suele confundir a las partes procesales o formales —como también se les llama— con las denominadas partes sustanciales; “Parte en sentido formal —dice D’Onofrio— es aquél que está en juicio, bien como actor, bien como demandado, y que por el sólo hecho de estar en juicio tiene o puede tener algunos o todos los derechos y deberes de las partes. Parte en sentido material es aquel en cuyo interés o contra del cual se provoca la intervención del poder jurisdiccional. El caso más simple es aquel en que el sujeto de la acción reúne en sí la figura de parte en sentido material.”²²

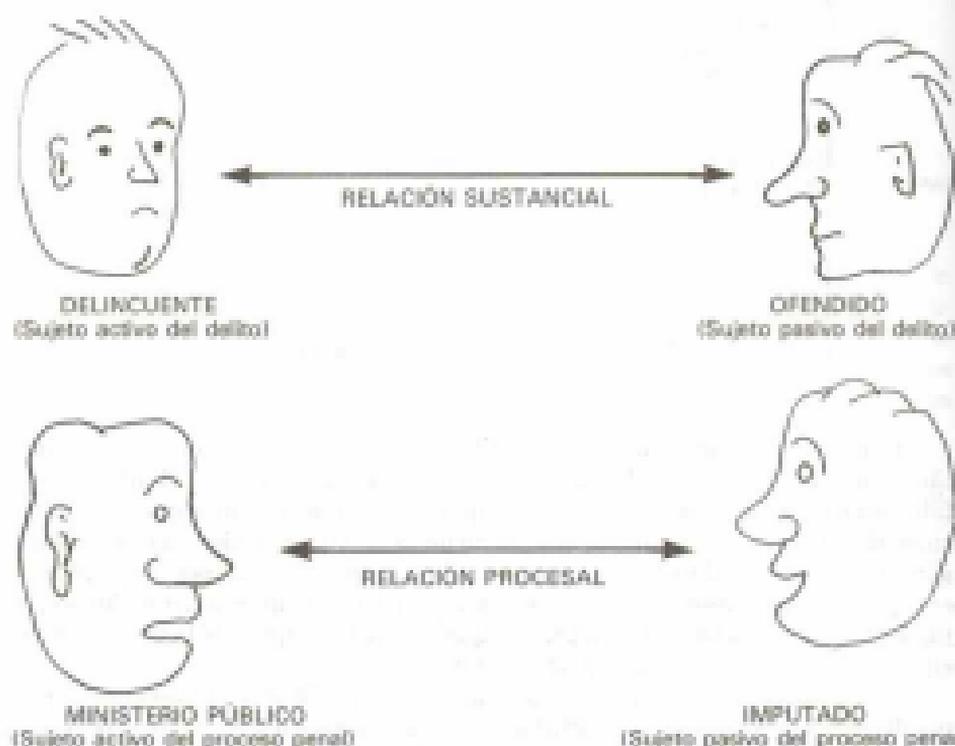
Entre las partes de la relación sustancial o material (ofendido-delincuente) puede darse un nexo de identidad con las partes formales o procesales (demandante-demandado), cuando unas y otras coinciden, caso en el cual estamos ante un nexo de identidad total.

Puede darse el caso de que las partes de la relación sustancial (ofendido-delincuente) no coincidan con las partes formales; es decir, que no haya nexo de identidad. Hay ausencia de identidad total cuando, por ejemplo, las partes en el proceso penal son el Ministerio Público y un inocente (por ejemplo, persona contra la que se ejercita la acción penal, pero no es aquel que cometió el delito, sino otro, que desgraciadamente es ignorado por el acusador).

Se puede hablar de identidad parcial cuando sólo uno de los sujetos de la relación material (caso del delincuente) coincide con otro sujeto de la relación procesal (en el supuesto del acusado).

En el proceso penal —y en cualquiera otro— no es necesaria la identidad, ni total ni parcial. No es total porque el Ministerio Público (acusador) no es parte en sentido material y tampoco es necesaria la parcial porque aun cuando al final del proceso (la sentencia) se pudiera declarar que el acusado y el delincuente son la misma persona, eso en todo caso es un fin de la pretensión del actor, mas no un requisito para considerarle parte procesal. Hay proceso y de-

²² D’Onofrio, Paulo, *Leciones de derecho procesal civil*, págs. 70 y 71.



be tenérsele con calidad de parte procesal al acusado, aunque sea inocente y no sea parte en sentido sustancial. Esta posición es la única que nos resuelve la situación de aquellos penalmente demandados, que al final (en sentencia) son declarados inocentes, y a quienes pese a todo debe tenérseles con todos los derechos de una parte procesal. Esto es, son partes procesales aunque sean inocentes.

En fin, como dice Medina Lima, para ser parte en un proceso basta "la simple afirmación de ser titular de un derecho y la situación de ser atraído al mismo con base en aquella afirmación del demandante, con independencia de cualquiera previsión sobre el posible contenido del fallo que se espera".²⁹

B. CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN PROCESAL

En lo que atañe a la aptitud o capacidad de los sujetos del proceso, se nos presenta una múltiple graduación, que mucho importa para nuestra explicación. Veamos.

²⁹ Medina Lima, Ignacio, "Partes procesales", en *Diccionario jurídico mexicano*.

- a) *Capacidad para ser parte*, que en nuestra disciplina se convierte en la aptitud para ser demandante y demandado; es decir, en la capacidad jurídica de goce. En este sentido, cualquier ser humano posee tal capacidad, que en épocas pasadas se les negó a los esclavos, ya que eran sólo "cosas", y que en algunas ocasiones se le reconoció a los animales.

Esta capacidad se adquiere con el nacimiento y se extingue con la muerte, sin desconocer que a los no nacidos nuestro derecho civil les reconoce ciertos derechos. En el caso de las personas morales o jurídicas, poseen esta capacidad desde que fueron constituidas. Los no nacidos o las personas no constituidas o las que ya se extinguieron, carecen de esta capacidad.

- b) *Capacidad para tomar parte o para estar en juicio, conocida como capacidad procesal, capacidad para comparecer o capacidad de obrar procesalmente*, y equivale (luego de ver la capacidad de goce) a la capacidad jurídica del ejercicio, que en nuestro sistema se veía como la capacidad para ser el actor o el demandado, capacidad que, según nuestras leyes secundarias, se le reconoce al Ministerio Público o al sujeto imputado (mayor de edad, salud mental). A la carencia de esta capacidad se le conoce también como falta de personalidad.

En este tipo de capacidad se reconoce la facultad para realizar los actos por sí mismo. Un menor de edad aunque posee la capacidad para ser parte, no puede realizar los actos por sí mismo. Igualmente, un enfermo mental o un inimputable, aunque posee la capacidad para ser parte (especialmente en el procedimiento de incapacidad), no puede tomar parte. Se requiere que otra persona lo represente. Hay detrás de todo esto, razones de carácter psíquico y social que reconocen la capacidad para estar en juicio.

- c) *Postulación o facultado al ius postulando o, mejor dicha, capacidad de postulación*, que corresponde a la idea de estar facultado "para hacer las promociones necesarias a la iniciación y desenvolvimiento del proceso. Tal ocurre en el caso de los representantes legales o convencionales dentro del proceso, y como en el caso del defensor del imputado o penalmente demandado.²⁴ Es la aptitud —explica Barrios de Angellis— para desempeñar las profesiones legales como la abogacía o la procuración.²⁵

La falta *ius postulandi*, por ejemplo, a quien siendo juez, desea realizar o realiza las funciones de defensor o ejerce la abogacía, aun cuando sea ante otro tribunal, salvo los casos excepcionales que establece la ley.

A la capacidad de postulación también se le conoce como *personería*, a la que no hay que confundir con personalidad. Falta personería cuando se carece de la representación legal o convencional, motivo por el cual no se puede actuar en el proceso.

²⁴ Flores García, Fernando, *La teoría general del proceso y amparo mexicano*, págs. 96 a 98.

²⁵ Barrios de Angellis, Dante, *Teoría del proceso*, pág. 130.

d) *Legitimación causal* (activa o pasiva), que en opinión de Barrios de Angella consiste en "la razonable posibilidad de que quienes se atribuyen o a quienes se atribuye la implicación en los intereses específicos del objeto sean sus efectivos titulares".

En este caso, nuestro legislador trata de que las partes en sentido sustancial sean en principio, las mismas que comparezcan a juicio. Si no se es delincuente, ni se presume que lo sea, no tiene porqué ser llamado a juicio, ni tiene porqué comparecer al mismo.

En este sentido, las leyes procesales penales involucran esta legitimación cuando aluden al "sospechoso" o al "probable o presunto responsable". Como veremos no se requiere en el Ministerio Público la legitimación causal activa.

e) *Legitimación procesal*, que "es la aptitud que permite el ejercicio de las funciones correspondientes a los estatutos de parte y de tercero".

Por regla general, la legitimación causal casi siempre se confunde con la procesal, pero hay casos en que a pesar de ser "probable responsable", no puede éste defenderse, pues a veces se exige que los actos de parte los realice una persona con aptitud especial, como la del defensor.

Por lo que hace a la legitimación procesal, es activa o pasiva, dependiendo del sujeto activo o pasivo del proceso (no del delito).

Es sujeto activo del proceso penal quien se corresponde con el actor, en tanto que es sujeto pasivo del proceso el penalmente enjuiciado. Respecto de este último, cabe destacar que es el *sujeto pasivo del proceso*, lo cual se debe a que los analistas le llaman *sujeto activo del delito*. Pero si bien en la relación sustancial uno es el sujeto activo del delito, en la relación procesal éste puede quedar como sujeto pasivo del proceso. En fin, debe diferenciarse lo que es sujeto activo del delito, del sujeto pasivo del proceso, aunque al final puedan coincidir.

Según Barrios de Angella, la legitimación procesal difiere de la capacidad procesal "en que ésta es una aptitud genérica, para todo proceso; en tanto que la legitimación procesal, como toda legitimación, es para uno o más procesos determinados".²⁸

Igualmente, no debe confundirse legitimación con personalidad o personería, pues de esta manera se puede decir que el sujeto enjuiciado está legitimado, en tanto que el defensor o el representante del ofendido tienen personalidad. El que tiene personalidad realiza los actos en nombre de otro y no en nombre propio.

²⁸ *Ibidem*, pág. 131.

C. PLURALIDAD DE SUJETOS

En el caso de las partes, pueden ser *símples* (un único penalmente demandado) o *compuestas* (varios penalmente enjuiciados). A esta pluralidad de sujetos en la parte compuesta se le conoce como *litisconsorcio* o *acumulación subjetiva*.

Hay litisconsorcio activo cuando son varios los sujetos actores, litisconsorcio pasivo cuando son varios los demandados, y *míxto* o *recíproco* cuando hay varios actores y varios demandados.

Cuando ocurre, como en México, que el sujeto actor es monopolizado por el Ministerio Público, se niega la posibilidad de litisconsorcio activo. *No hay en México litisconsorcio penal activo, ni míxto*, aun cuando existan varias personas consideradas como ofendidas, pues a estas últimas no se les considera partes.

Más adelante, cuando estudiemos el proceso civil resarcitorio del daño proveniente del delito, veremos a la parte civil, con una naturaleza y una posición diversas de la que se da en el proceso penal puro.

El único caso de litisconsorcio aceptable en el proceso penal en México es el *pasivo*, este es, cuando hay varios penalmente enjuiciados.

Cuando en un proceso penal hay varios penalmente enjuiciados, no puede decirse que hay varias partes. Se trata en realidad de *una sola parte con pluralidad de sujetos*.

Por otro lado, el litisconsorcio puede ser necesario u obligado, o voluntario. Hay *litisconsorcio necesario* cuando es preciso —so pena de ineficacia de los actos procesales— que todos los litisconsortes estén presentes; es *voluntario facultativo* o *no indispensable* cuando no se exige la presencia de todos los litisconsortes.

CAPÍTULO 6

JUZGADOR PENAL Y ÓRGANO DE DECISIÓN

SUMARIO

- 6.1 CONCEPTO DE JUZGADOR
- 6.2 CLASIFICACIÓN DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES
- 6.3 ÓRGANO PENAL FEDERAL
 - A. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
 - B. TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO
 - C. TRIBUNALES UNITARIOS DE CIRCUITO
 - D. JUZGADOS DE DISTRITO
- 6.4 ÓRGANO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL
 - A. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
 - B. JUZGADOS PENALES
 - C. JUZGADOS DE PAZ
- 6.5 ÓRGANO PENAL EN LOS ESTADOS
 - A. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
 - B. JUZGADOS
- 6.6 COMPETENCIA Y CAPACIDAD
- 6.7 COMPETENCIA PENAL
 - A. GRADO, JERARQUÍA O INSTANCIA
 - B. MATERIA
 - C. GRAVEDAD DE LA PENA
 - D. TERRITORIO
 - E. PERSONA
 - F. TURNO
 - G. ATRACTIVIDAD O ATRACCIÓN
 - H. PREVENCIÓN
 - I. ELECCIÓN
- 6.8 NATURALEZA DE LA COMPETENCIA
- 6.9 CAPACIDAD DEL JUZGADOR
 - A. CAPACIDAD EN ABSTRACTO
 - B. CAPACIDAD EN CONCRETO
- 6.10 DEFECTO EN LA CAPACIDAD O EN LA COMPETENCIA
- 6.11 RESPONSABILIDAD DEL JUZGADOR Y DEL TRIBUNAL
- 6.12 FUNCIÓN SOCIAL DE LA JUDICATURA PENAL

6.1 CONCEPTO DE JUZGADOR

Las voces juez y juzgador suelen confundirse, pues ambas palabras provienen de *iudex*, *iudiciis*, el que juzga; pero según Caravantes derivan de *ius* y *dex* (contracción de *vincere*), que significa vindicador del derecho.

Igualmente, aunque juez y jurisdicción tienen una raíz etimológica común, en la connotación del primer vocablo la atención se centra en el sujeto encargado de decidir, en tanto que en el segundo de los vocablos (juzgador) se pone énfasis en la acción misma de decidir.

Entre los sujetos procesales, el juzgador es el *sujeto del juicio* —esto es, el sujeto que decide— nota que lo diferencia de los *sujetos del litigio*, de los sujetos de la acción y aun de los terceros.

Visto desde la tesis de la relación procesal, el juzgador es también uno de los vértices del triángulo que se configura entre dos sujetos que contendrán y éste precisamente, que es quien decide.

Tradicionalmente han arrancado las nociones de juzgador de dos marcos conceptuales.

- En un sentido funcional, se considera que es juzgador sólo aquel que decide el fondo del litigio sometido a su decisión (el que sentencia), y
- En su sentido orgánico, juzgador sólo es el que está dentro del poder judicial y posee nombramiento, aunque no se conduzca como juzgador en su sentido funcional. Esto es, que aun cuando sólo instruya, sólo coespere con otro o sólo ejecute, pero sin pronunciar decisión sobre el fondo, es también juzgador.

En la actualidad, la primera de las acepciones resulta más aceptable: es juzgador el sujeto procesal que decide sobre el fondo controvertido, es decir, el que resuelve la contienda.

Por otra parte, un ideal es que el juzgador sea necesariamente un tercero imparcial y extraño a la contienda. No obstante, la historia ha recogido casos en los que, según la terminología de Alcalá-Zamora, se llama juez-acusador. Apa-

rece éste en procesos basados necesariamente en el principio inquisitivo, donde el juzgador no sólo juzga, sino que también acusa. Hoy en día generalmente, se han separado las funciones (acusación, defensa y decisión) y, surgida la trilateralidad, tales funciones se han entregado a tres sujetos: acusador, defensor y juzgador.

El cambio en cualquiera de las ideas bosquejadas, este es, el cambio en los marcos conceptuales, nos ha de cambiar la noción de juzgador.

Para Manzini, el juez es el "representante monocrático o colegial del órgano jurisdiccional del Estado, encargado de ejercer la función soberana de jurisdicción en un determinado proceso penal".¹

Según Alcalá-Zamora, juzgador es "el tercero imparcial instituido por el Estado para decidir jurisdiccionalmente y, por consiguiente, con imparcialidad un litigio entre partes".²

Cuando se hace alusión al juzgador penal o al juzgador civil, la diferencia no recae precisamente en el concepto de juzgador, sino en la calificación del litigio que ha de resolver. Así, es en atención al tipo de litigio como usualmente se califica al juzgador.

En el lenguaje cotidiano y aun legal, el juzgador se conoce con las palabras juez, jurado, magistrado e incluso ministro (este último en México). Recordando los marcos conceptuales de la teoría del proceso, usaremos el vocablo juzgador como género, y como especies las de juez, magistrado, jurado y aun ministro.

Al aludir en adelante a *judicatura penal*, hemos de comprender a los juzgadores penales en lo que hace a su organización y funcionamiento; es decir, a la forma en que están organizados y funcionan esos jueces, magistrados, jurados y ministros, e inclusive cualquier otro sujeto que realice funciones de jurisdicción penal, aun cuando se denomine de otra manera, como podría ser pretor, oidor, etcétera.

6.2 CLASIFICACIÓN DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

De acuerdo con Fenech (idea que sigue García Ramírez) los tribunales pueden clasificarse en 5 categorías. Por lo que él llama *clase de jurisdicción*, tenemos ordinarios, especiales y excepcionales. Por lo que hace al número de miembros,

¹ Manzini, Viconca, *Tratado de derecho procesal penal*, t. II, pág. 11.

² Alcalá-Zamora y Castilla, Nieto, *El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias y diletas*, pág. 247. Asimismo en *Esquemización de conceptos e instituciones procesales*, pág. 44.

el tribunal puede ser unipersonal, o monocrático, o colegiado. En cuanto a la calidad de las personas, puede ser lego, letrado o de composición mixta, en última subdivisión en popular o técnica. En lo que concierne a la función procesal, pueden ser "ordinatorios" o "cognitivos", y respecto al fin, pueden ser represivos o preventivos.³

En un extenso trabajo, Alcalá-Zamora considera al tribunal en dos sentidos: funcional y orgánico. En el sentido funcional se sitúa al juzgador-prosecutor (acusador, accionante y defensor), juzgador-parcial, que sólo lo sea en parte, que penetra en el área de las partes. En el sentido orgánico, están el que realiza procedimientos preliminares, el instructor, el cooperador, el de sentencia constitutiva, el ejecutor, e inclusive el que interviene en negocios de jurisdicción voluntaria.⁴

Agreguemos a la lista anterior los tribunales privados y los públicos, los establecidos y los constituidos, etcétera.

Aunque toda esta gama de categorías —derivadas de la lógica jurídico-importa a nuestra disciplina, ya sea para aceptarla o rechazarla, veamos algunas.

Entre el tribunal privado y el público, la administración de justicia penal actual se queda con los públicos. El arbitraje no es aceptable para dirimir controversias penales. Los tribunales eclesidásticos, cuando el Estado reconoce como tribunales públicos, tampoco han sido llamados en la actualidad a resolver asuntos penales. También han sido rechazados los antiguos tribunales universitarios, que en alguna época histórica se abocaron a conocer litigios entre universitarios.

Por lo que hace al número de miembros, tenemos tribunales monocráticos (por ejemplo, los tribunales de primera instancia) y colegiados (como el Tribunal Supremo o los jurados).

La diferencia entre tribunales de instrucción y de fallo no parece importante, sobre todo porque la mayoría de los tribunales penales actuales realizan las dos funciones. No obstante, el tribunal militar —salvo en casos de pena de muerte— sólo lo es de instrucción, porque de fallo lo es el Consejo de Guerra.

Entre legos y letrados parecen haber triunfado estos últimos, aunque en algunas entidades federativas, todavía es permisible el tribunal de legos, que carecen de título profesional en derecho.

El llamado tribunal penal ejecutor ha desaparecido de nuestro sistema jurídico, aunque como veremos, con tal denominación aún se conservan en otros países.

Por lo que hace a los llamados jueces acusadores, accionantes o delatores,

³ García Ramírez, Sergio, *Cursos de derecho procesal penal*, págs. 114 a 118.

⁴ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias* págs. 239 a 278.

han desaparecido, en la medida misma en que se ha pretendido abandonar los tribunales inspirados en el principio inquisitivo.

Los llamados tribunales cooperadores siguen siendo aceptables, en la medida en que coadyuvan (al diligenciar exhortos) a la administración de justicia en otros lugares.

6.3 ÓRGANO PENAL FEDERAL

Dentro del sistema federal en que se asienta el régimen político-jurídico mexicano encontramos los órganos a que se adscriben los juzgadores; así, existen órganos tanto federales como locales. Veamos a los primeros.

Según la *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*, el poder judicial se ejerce:

- a) por la Suprema Corte de Justicia,
- b) por los Tribunales Colegiados de Circuito,
- c) por los Tribunales Unitarios de Circuito,
- d) por los Juzgados de Distrito,
- e) por el jurado popular, y
- f) por los tribunales estatales como auxiliares.

A. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Está compuesta por 21 ministros numerarios y hasta 5 supernumerarios; funciona en pleno o en salas. Su función básica, según la reforma de 1987, es la de ser tribunal constitucional. La Primera Sala es la competente para asuntos de constitucionalidad en materia penal.

En pleno o en Audiencia de Pleno le compete a la Suprema Corte conocer, entre otras cuestiones:

- a) de algunos recursos (revisión, queja) contra resoluciones de juzgades de distrito o tribunales colegiados de circuito.
- b) de las excusas de ministros.
- c) fungir como tribunal de competencia.
- d) determinar número, límites y especialidad de los circuitos.
- e) adscribir a los ministros.
- f) nombrar o elegir jueces de distrito, y magistrados.

La Sala Penal funciona con 5 ministros, aunque basta la presencia de 4 para que funcione. Entre sus miembros, la Sala debe elegir a su presidente. Sus resoluciones se toman por mayoría de votos y le compete conocer:

- a) del recurso de revisión en materia de amparo como tribunal constitucional, esto es, cuando del acto impugnado se cuestione su apego a normas directas constitucionales.
- b) de los casos de competencia por atracción que permite la Constitución.
- c) como tribunal de competencia.

B. TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO

Como símil de la Suprema Corte de Justicia, pero regional, los Tribunales Colegiados de Circuito se componen de 3 magistrados, uno de los cuales es su presidente.

Estos tribunales de circuito pueden especializarse en materia penal. Sus resoluciones se toman por mayoría de votos y son competentes para conocer principalmente de los juicios de amparo directo (amparo casacional) contra sentencias penales dictadas por juzgadores comunes.

Tanto la Suprema Corte de Justicia como los Tribunales Colegiados de Circuito, y en gran medida los Juzgadores de Distrito, son competentes para cono-



cer del juicio de amparo penal, aunque no directamente de juicios penales como lo son los tribunales Unitarios de Circuito o los Juzgados de Distrito. Sólo a estos últimos compete más directamente el conocimiento del litigio penal.

C. TRIBUNALES UNITARIOS DE CIRCUITO

El equivalente al Tribunal Superior de Justicia local en el ámbito federal lo constituyen los Tribunales Unitarios de Circuito, los cuales se componen de un solo magistrado y son competentes:

- a) para resolver recursos ordinarios contra actos de jueces de distrito (no remedios, ni juicios autónomos), ni recursos extraordinarios o excepcionales.
- b) para resolver cuestiones de competencia entre juzgados de distrito del mismo circuito.
- c) para resolver de los impedimentos de los jueces de distrito, cuando exista controversia.

D. JUZGADOS DE DISTRITO

Corresponde a un tribunal de primera instancia compuesto por una sola persona, que es el juez. Son competentes para conocer de los delitos:

- a) previstos en las leyes federales y tratados.
- b) señalados en los artículos 2 a 5 del Código Penal.
- c) oficiales o comunes cometidos en el extranjero por agente diplomático, personal oficial de legaciones de la República y cónsules mexicanos.
- d) cometidos en embajadas y legaciones.
- e) en que la Federación sea considerada sujeto pasivo del delito.
- f) cometidos por o en contra de un funcionario o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas.
- g) perpetrados con motivo del funcionamiento de un servicio público federal, aunque dicho servicio esté descentralizado o concesionado.
- h) tratándose de los procedimientos de extradición.

6.4 ÓRGANO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL

El Poder Judicial del Distrito Federal en lo penal se ejerce:

- a) por el Tribunal Superior de Justicia.

- b) por los juzgados penales.
- c) por los juzgados de paz.
- d) por el jurado popular.

A. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

Es un órgano colegiado formado por magistrados designados por el Presidente de la República, con aprobación de la Asamblea de Representantes. Funciona en Pleno o en Salas.

En Pleno tiene competencia para hacer las designaciones de los jueces penales.

Las Salas Penales conocerán:

- a) de los recursos ordinarios (apelaciones, queja, reposición del procedimiento).
- b) de las contiendas competenciales entre juzgados del Distrito Federal.
- c) de los impedimentos propuestos contra los jueces del Distrito Federal, cuando éstos no han aceptado la recusación.
- d) de las contiendas de acumulación entre tribunales del Distrito Federal.

B. JUZGADOS PENALES

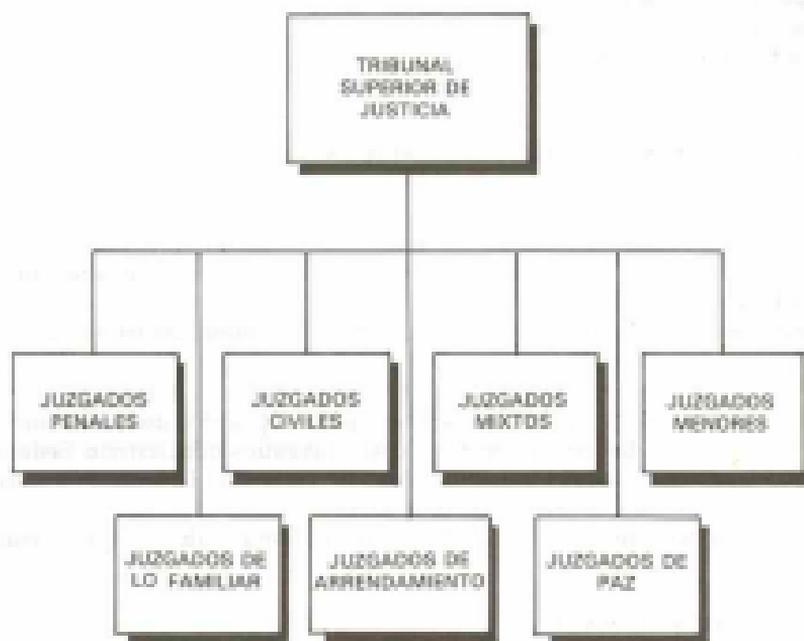
Órgano unipersonal, con 2 secretarios y competentes para conocer de los asuntos penales que le sean planteados para su resolución.

C. JUZGADOS DE PAZ

Órganos unipersonales competentes para conocer de los delitos no sancionados con penas privativas de libertad o que, aun cuando estén sancionados con pena privativa de libertad, su sanción abstractamente aplicable, no exceda de 2 años.

6.5 ÓRGANO PENAL DE LOS ESTADOS

En el sistema federal, además de los tribunales federales y los del Distrito Federal tenemos también a los de cada una de las entidades federativas.



Por regla general, podemos decir que en su organización y funcionamiento se asemejan a los del Distrito Federal.

Un estudio especializado acerca de esta materia fue presentado por José Ovalle Favela, titulado *El poder judicial en las entidades federativas*. De este excelente trabajo, así como del de Elisur Arteaga, denominado *Derecho constitucional estatal: la rama judicial*, tomamos las siguientes notas.

A. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

La designación de los magistrados del Tribunal Superior de Justicia (en algunas entidades federativas se denomina Supremo Tribunal de Justicia) la efectúa el gobernador y el Congreso o los ayuntamientos y el Congreso.

"Siguiendo el sistema federal original, en los estados se establecieron procedimientos de selección parecidos. Por lo general era el congreso local quien, de forma exclusiva, hacía la designación de magistrados a los tribunales Superiores de Justicia."

riores (art. 48 de la Constitución de Aguascalientes; art. 42 de la Constitución de Jalisco; art. 101 de la Constitución del Estado de México); los gobernadores no tenían ninguna intervención. Al cambiar el sistema en la Constitución general, los estados se sintieron obligados a imitarla; así, en los años 1981, 1989 y 1994, respectivamente, en los estados de Aguascalientes, Jalisco y México se procedió del sistema original y se dio facultad al gobernador para designar o proponer, con aprobación o ratificación de la legislatura local.⁵

En algunos estados, el Tribunal Superior de Justicia funciona exclusivamente por Salas y en otros en Pleno, o de forma mixta, dependiendo del asunto. Las resoluciones son colegiadas o unitarias.

En cierta entidad federativa, las decisiones sirven para fundar jurisprudencia obligatoria.

Entre las funciones del Tribunal Superior se cuentan la de conocer de recursos, constituirse en tribunal de competencia, de recusación o de acumulación. En ocasiones los tribunales tienen función de desahucio; algunos se constituyen como tribunales de primera instancia, cuando el demandado es el gobierno estatal o el municipal.

B. JUZGADOS

Los juzgados se clasifican básicamente en tres tipos: de primera instancia o distritales, menores, de paz (también llamados alcaldes judiciales) y en algunos lugares se establece el jurado popular.

Los jueces son designados por el Tribunal Superior, salvo los menores, que en determinados lugares son designados por voto popular o por los ayuntamientos.⁶

6.6 COMPETENCIA Y CAPACIDAD

Visto al tribunal como tercero imparcial que decide una contienda, ello conlleva entonces la función jurisdiccional. De aquí que se suele decir que todo tribunal posee jurisdicción.

Pero si bien la jurisdicción es una función que permite conocer y decidir un conflicto, adviértase que esto es sólo una función del Estado, que el mismo

⁵ Arteaga, Elmar, *Derecho constitucional estatal*... pág. 459.

⁶ Ovalle Pavón, José, *El poder judicial en las entidades federativas*, págs. 211 a 231.

Estado la ejerce a través de los tribunales y que los juzgadores la ejercen en la medida misma en que la propia ley del Estado les otorga a ellos la representación de ese órgano.

A través del juzgado civil, un juez, por ejemplo, aunque puede ejercer a nombre del Estado la función jurisdiccional, no puede hacerlo *ad libitum*, así que ese juez civil no puede resolver asuntos penales, porque el Estado no le da esa facultad. Sólo puede resolver un asunto penal aquel a quien el Estado le ha dado la facultad para resolverlo.

En este sentido, la capacidad conferida se suele observar en dos vertientes:

- a) En la capacidad *objetiva* u *orgánica*, mejor conocida como *competencia judicial*, y cuyo estudio contempla al oficio en sí, esto es, al órgano, independientemente de quién sea la persona física que encarne o represente al órgano, y,
- b) En la capacidad *subjetiva*, cuyo estudio se enfoca al sujeto o persona física que representa al órgano juzgador, y al número que lo constituye.

En el primer caso, estamos ante lo que Alcalá-Zamora (siguiendo a Carnelutti) llamó *oficio* para diferenciarlo del segundo, que se refiere al *oficial*.

Algunos otros estudiosos, al enfrentarse a este tema desde una doble perspectiva, prefieren acudir al vocablo "competencia" en lugar de "capacidad".

Mancini, por ejemplo, prefiere usar el vocablo "competencia" y clasifica a ésta en *objetiva* y en *subjetiva*.⁸

En realidad, hablamos de *capacidad* cuando nos referimos a los sujetos, y de *competencia* cuando aludimos al órgano.



⁸ Alcalá-Zamora y Castillo, Nioto, prólogo a *Lecciones sobre el proceso penal* de Francisco Carnelutti, pág. 670.

⁹ Mancini, *Tratado de derecho procesal penal*, t. II, pág. 40.

6.7 COMPETENCIA PENAL

Al perfilar la noción de capacidad objetiva o competencia del órgano queremos indicar que el órgano jurisdiccional sólo puede ejercer su función dentro de ciertos límites. En este sentido, el *límite dentro del cual se puede ejercer la función jurisdiccional es lo que constituye la competencia*.

Un juzgado familiar normalmente está limitado al conocimiento de asuntos familiares; no puede, por tanto (a menos que rebase el límite), conocer de asuntos penales. Su capacidad de conocimiento o resolución es lo que se designa como competencia.

En un país geográficamente extenso y con tantos y diversos litigios no es posible que únicamente exista un solo juzgado que resuelva todas las controversias. La división del trabajo se impone entonces como necesaria, lo que obliga a repartir las labores. De esta manera, a algunos tribunales se les deja los asuntos civiles, a otros los penales; a unos los delitos federales, a otros los locales; a unos para conocer en primera instancia, a otros para conocer de segunda instancia, etcétera.

Con esta idea, Chiovenda afirma que "el poder jurisdiccional, en cada uno de los órganos investidos de él, se nos presenta limitado; estos límites constituyen su competencia. La competencia de un órgano es, por lo tanto, la parte del poder jurisdiccional que puede ejercitar".⁹

Al respecto, Carnelutti afirmó que "la competencia no es un poder, sino un límite del poder".¹⁰

En consecuencia, apunta Leone, la competencia "se define exactamente como la medida de la jurisdicción de la cual está investido el singular órgano jurisdiccional, la parte de poder jurisdiccional que cada órgano puede ejercer".¹¹

Así, un órgano jurisdiccional penal es competente en la medida en que puede actuar y actúa dentro de esos límites o criterios de atribución de competencia.

Varios son los límites o criterios empleados por el legislador para establecer o fijar en qué casos puede actuar el órgano judicial penal. Algunos criterios cobran mayor importancia en cierto tipo de litigios. En el campo judicial penal nos interesan, por su mayor relevancia, los siguientes:

⁹ Chiovenda, Giuseppe, Tomado de Sergio García Ramírez y Adolfo Victoria, *Procedimiento del proceso penal mexicano*, págs. 63 y 64.

¹⁰ Carnelutti, Francesco, *Principios del derecho procesal*, pág. 71.

¹¹ Leone, Giovanni, Tomado de Sergio García Ramírez y Adolfo Victoria, *Procedimiento del proceso penal mexicano*, pág. 64.

- a) grado, jerarquía o instancia,
- b) materia,
- c) gravedad de la pena,
- d) territorio,
- e) persona,
- f) turno,
- g) atractividad o atracción,
- h) prevención,
- i) elección.

A. GRADO, JERARQUÍA O INSTANCIA

Una de las acepciones de instancia significa *seriación de actos procesales ante un mismo órgano de una propia jerarquía*. Es ésta la acepción a la que nos estamos refiriendo.

En cuanto al número de instancias —y aquí opera el elemento político—, nuestra Constitución dispone que "ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias" (art. 23), lo que significa que es factible que en las leyes secundarias del proceso penal se pueda establecer hasta tres instancias, ya que lo prohibido es la cuarta y ulterior instancia.

Se establece con esto que en el ámbito penal pueden existir juzgados de primera instancia o grado, órganos de segunda instancia o grado, u órganos de tercera instancia o grado, lo que se traduce en la existencia de enjuiciamientos uninstanciales, biinstanciales o triinstanciales, dependiendo de la posibilidad de que la seriación se pueda llevar ante órganos de otra jerarquía.

Normalmente nuestras leyes procesales actuales sólo utilizan dos instancias o grados. En la primera instancia básicamente se da el conocimiento y decisión, en tanto que en la segunda los actos por lo general son de *revisión y decisión*.

En la primera instancia en materia penal encontramos a los juzgados de paz y a los llamados de primera instancia en el ámbito local; y en el federal, a los Juzgados de Distrito y en ambos al jurado popular. En la segunda instancia quedan el Tribunal Superior de Justicia y los Tribunales Unitarios de Circuito.

No es incongruente de acuerdo con nuestra idea acerca de lo que conocemos como *amparo-casación*, que este procedimiento constituya la tercera instancia, según veremos. Sobre este particular, hemos no obstante de advertir la no muy bien delimitada figura de la cosa juzgada y lo dilatado del revés, aún operante.

B. MATERIA

En cuanto a la materia, tradicionalmente se ha acudido al esquema de la naturaleza de los litigios, y así se dice que existe materia civil, penal, laboral, etcétera. Pero ya dentro del ámbito penal, la materia es clasificada por los estudiosos como materia federal o local, clasificación que nos lleva a los tribunales penales locales y tribunales penales federales.

C. GRAVEDAD DE LA PENA

El criterio correspondiente en materia civil sería el de *cuantía* o *valor del negocio*, pero en el ámbito penal se atisba por lo que hace a la *gravedad de la pena*.

Así, por ejemplo, los juzgados menores o los de paz penal conocen de delitos con penas leves o levisimas, en tanto que los llamados de primera instancia son competentes para conocer de delitos con sanciones más graves.

D. TERRITORIO

Al distribuirse el trabajo, el país se divide en porciones o demarcaciones territoriales que en lo federal mexicano se suele llamar circuitos, los que a su vez se subdividen en pequeñas porciones denominadas distritos judiciales. En el ámbito local, el Distrito Federal se divide en distritos o partidos judiciales. En algunos lugares aún se fracciona el partido judicial en municipios y éstos en secciones.

Según esta idea, a cada órgano judicial penal sólo se le asigna un espacio territorial sobre el cual ejerce poder. Esto se llama *competencia territorial*.

La regla del *forum commissi delicti*, conlleva la división territorial y asigna competencia al órgano del sitio donde el delito se comete, regla que en algunos lugares puede alterarse mediante dos expedientes: la *revisión del proceso* utilizado en el art. 10 del CPPP para llevar un proceso de un juzgado (a otro) y que se emplea generalmente por razones de seguridad; y la llamada *prórroga de competencia*, en que las partes en conflicto deciden cuál es el órgano territorialmente competente. Esta última, no aceptable en el ámbito penal, aunque sí en el civil.

En la competencia territorial judicial penal también se conocen otros criterios diversos a el de *forum commissi delicti*: por ejemplo, competencia asignada al tribunal del lugar donde se realiza la conducta, o donde ésta produce efectos. En el caso de aeronaves o embarcaciones, la tiene el tribunal del lugar del destino o el tribunal de primera arribada.

E. PERSONA

Como hemos visto, algunos criterios de atribución de competencia tienen en consideración el tipo de delito (federal o local), la gravedad de la pena o el lugar sobre el que se ejerce la función. El criterio personal —también llamado fuero personal— considera la persona misma que está vinculada con el litigio.

En este sentido, han llegado a existir tribunales para *menores de edad*, para *mentalmente incapacitados*, para *militares*, para *comerciantes*, para *universitarios*, para *clérigos*, para *personas comunes*, etcétera.

En México, los llamados tribunales para menores —en los lugares donde aún existen— no realizan verdadera jurisdicción, sino función tutelar.

Los tribunales militares resultan competentes para conocer de los llamados delitos contra la disciplina militar y algunos autores los ven desde el criterio personal, en tanto que otros sostienen que aquí no existe criterio personal, sino naturaleza del delito.

F. TURNO

El turno, señala Gómez Lara, "es un fenómeno de afinación de competencia que se presenta cuando en el mismo lugar, en el mismo partido o distrito judicial, o en la misma población, existen dos o más jueces que tienen la misma competencia tanto por la materia, como por el territorio, grado y cuantía".¹²

En lo que concierne al turno, varios son los criterios que se conocen en México. Existen turnos cronológicos como los mensuales, semanales o diarios. Se conocen también los turnos *numéricos* (por ejemplo, expedientes con número par o número non). En los turnos cronológicos son más conocidos en México los que tienen en cuenta la fecha en que se promovió la acción y no la fecha en que se realizó el hipotético delito.

G. ATRACTIVIDAD O ATRACCIÓN

"La atraktividad —apunta Briseño Sierra— viene a ser la cualidad competencial, por la que el juez de atribución principal adquiere facultades para conocer de otros juicios."¹³

En la atraktividad o fuero de atracción, el tribunal que es competente respecto de un asunto asume competencia respecto de un asunto que normalmente

¹² Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, pág. 146.

¹³ Briseño Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, t. IV, pág. 187.

se no le pertenece, pero que por razón de conexidad con el asunto que ya conoce, desplaza al segundo órgano. Este criterio da lugar a la acumulación de procesos, que veremos en su oportunidad.

EJEMPLO: Un juzgado de primera instancia conoce del delito de homicidio que se le imputa a "x". A la vez, contra "x" pesa otro cargo por lesiones leves, las cuales normalmente no le competen a un juzgado de primera instancia, pero en este caso sí asume la competencia respecto de este hecho, desplazando a un juzgado menor. Para ello tiene en cuenta la conexidad de ambos asuntos.

Los criterios que dentro de la atractividad asignan competencia a un órgano y desplazan a otro de la misma, pueden consistir en:

- a) la mayor entidad delictiva, lo que significa que el órgano que conoce del delito más grave —ya sea por su naturaleza o por la pena— es competente para conocer del más leve.
- b) la mayor jerarquía del órgano. Así, el órgano de mayor jerarquía, desplaza al de menor.

H. PREVENCIÓN

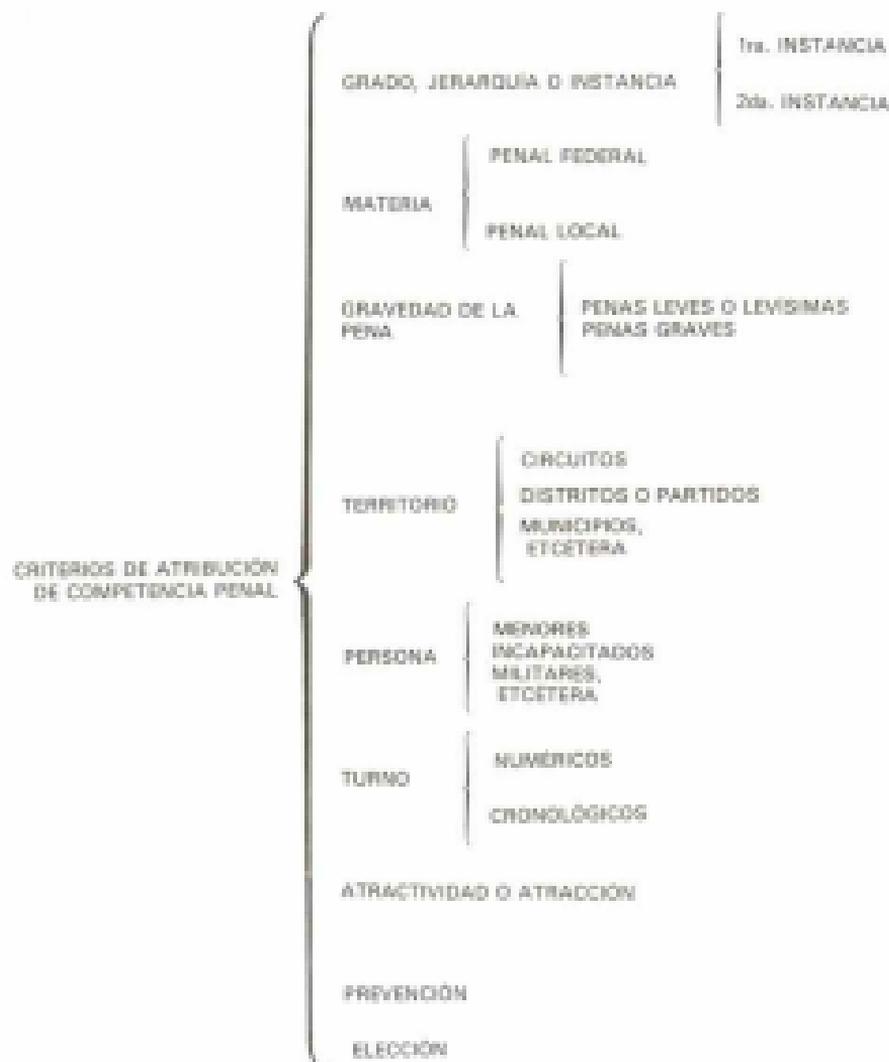
Luego de haber agotado todos los criterios de atribución de competencia (el principal y todos los alternativos) sin que aún se haya terminado de decidir cuál es el órgano competente, queda el criterio de la prevención *forum proventiosis*. Es competente, entonces, quien en primer momento se haya abocado al conocimiento del asunto.

"La prevención —dice Gómez Lara— es un criterio afinador de la competencia, que se representa cuando existen dos o más tribunales que son igualmente competentes para el conocimiento de algún asunto. La prevención implica que el juez que primero conoce del asunto, es el que determina a su favor la competencia excluyendo a los restantes. Significa la aplicación en materia judicial del principio de que el que es primero en tiempo, es primero en derecho."¹¹

I. ELECCIÓN

Aun más especializado es el criterio de la elección o *forum decidendi*, en que una de las partes en el proceso —que en lo penal es el Ministerio Público— es

¹¹ Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, pág. 146, y *Derecho procesal civil*, pág. 46.



el que decida, agotada la prevención, cuál es el órgano competente. No se confunde este criterio con el *forum prorogatum*, donde ambas partes eligen al tribunal.

Un caso de competencia por elección es, por ejemplo, la establecida en el artículo 479 del CPPDF, cuando tratándose de dos asuntos ante órganos judiciales diversos que iniciaren al mismo tiempo, el Ministerio Público decide quién es el competente.

6.8 NATURALEZA DE LA COMPETENCIA

Algunos criterios válidos para precisar la naturaleza de la competencia del órgano judicial penal (no para atribuirlos) son los siguientes:

- a) casos de competencia propia o delegada, y
- b) casos de competencia ordinaria, especial o extraordinaria.

Un tribunal con *competencia propia* la tiene porque es atributo característico, peculiar o privativo de su función, en tanto que el de *competencia delegada* lo ejerce, no porque le sea propia, sino porque de parte del titular existe una concesión en favor de quien se delega la competencia.

Todavía en la Edad Media encontramos casos en que es el monarca, el rey o el emperador quien realiza todas las funciones básicas del Estado (administración, legislación y jurisdicción). Cuando debido a lo extenso del imperio o reino el monarca considera que no le es posible resolver todas las controversias, delega su función en los tribunales. En este sentido "delega" su jurisdicción y su competencia. El órgano que así resolvía, lo hacía por *competencia delegada* y no propia.

En la actualidad prácticamente no existe la *competencia delegada*. Acaso nuestra ley sólo conserva como reminiscencia el vocablo "devolutivo", a propósito de uno de los efectos de los recursos que en su oportunidad veremos y que falsamente parece indicar que el juzgado de primera instancia le devuelve al de segunda instancia.

En torno a la *competencia propia* (o retenida) y *delegada*, aún se menciona por lo que hace a la naturaleza de los actos de los tribunales que cooperan como exhortados a la administración de justicia. Hay quien sostiene que actúan por *competencia delegada* al tramitar el exhorto, pero en el campo del derecho procesal internacional el criterio se inclina a sostener que la *naturaleza de la competencia del tribunal que colabora, es propia y no delegada*.

En la *competencia ordinaria* o común, el órgano posee la capacidad objetiva para conocer y decidir de todas las controversias que se planteen; es decir, sin necesidad de que exista criterio que atribuya *competencia especial*.

Estamos ante una *competencia especial* —o, mejor dicho, *especializada*—

cuando al órgano se le encomienda en exclusiva cierto tipo de litigios. Así, por ejemplo, a ciertos órganos judiciales se les encomiendan los asuntos civiles, en tanto que a otros se les encomiendan los penales.

Ya dentro de los asuntos meramente penales existe competencia especial o especializada, cuando a ciertos órganos se les encomiendan los litigios de naturaleza militar o de menores. A los órganos a los cuales se les otorga competencia especial se les llama tribunales especiales o juzgados especiales. Son tribunales especializados.

En la competencia *excepcional*, la capacidad concedida al órgano atiende a lo caprichoso y peculiar. Esta competencia surge casi siempre *ex post facto*, con la característica de particularidad asombrosa. Se establece, por ejemplo, que cierto juzgado tendrá competencia para conocer de los delitos cometidos por "x" y "z" personas.

El juzgado a quien se le asigna competencia extraordinaria normalmente carece de *permanencia* y *continuidad funcional*. Resuelto el asunto, deja de ser juzgado. El órgano que posee competencia extraordinaria se llama tribunal extraordinario.

EJEMPLO: cuando en el siglo pasado se declaró "fuera de la ley" a Agustín de Iturbide, se confirió competencia extraordinaria a cierto órgano para juzgar sus actos. Este órgano, luego de haber juzgado, agotó su competencia.

En su artículo 13, la Constitución dice que están prohibidos los tribunales "especiales". En realidad, los prohibidos son los extraordinarios, a juzgar por la interpretación que la tradición del siglo pasado y la Corte le dio. Cabe entonces reiterar que los tribunales prohibidos por nuestra Constitución son los extraordinarios o excepcionales, y no los que en su verdadera significación son los especiales.

6.9 CAPACIDAD DEL JUZGADOR

No basta que el órgano se encuentre establecido en la ley, sino que además se requiere que esté constituido, es decir, que tenga al personal (especialmente al juzgador) que habrá de representar al órgano.

Al referirnos a la capacidad personal del sujeto o sujetos que representan al órgano aludimos a la también llamada *capacidad subjetiva*.

En lo personal, para poder representar al órgano, el juzgador debe reunir dos cualidades o aptitudes: una *capacidad personal de adquisición del puesto* (capacidad en abstracto) y una *capacidad personal de ejercicio de su función al caso concreto* (capacidad en concreto). En otras palabras: debe reunir los requisitos necesarios para ser titular del órgano y para poder resolver un caso concreto o, dicho en sentido negativo, debe carecer de impedimentos.

Téngase en cuenta que en el fondo, a los juegadores no se les atribuye competencia (nos referimos a la competencia objetiva, o competencia propiamente dicha). La competencia se atribuye a los órganos, pues los juegadores sólo representan a sus órganos.

Para que un juezador pueda representar a un órgano se requiere que posea capacidad en abstracto.

A. CAPACIDAD EN ABSTRACTO

De la capacidad subjetiva en abstracto, Luis Dorantes ha dicho que "es la facultad que tiene el órgano jurisdiccional como tal, cuando los funcionarios que lo integran han reunido y reúnen los requisitos legales necesarios para su nombramiento"¹² (capacidad personal de adquisición del puesto).

Nuestras leyes establecen diversos requisitos para que una persona sea titular o parte de un órgano (requisitos meramente personales), y requisitos para que ese órgano esté bien constituido (requisitos de composición).

Por lo general, se exige ser licenciado en derecho, tener experiencia mínima, cierta edad, reputación, vecindad, etc. En cada puesto se exigen más o menos estos requisitos. Se exige además, en tribunales colegiados, un número mínimo de miembros para funcionar.

Para el caso del juezador penal no se exigen requisitos adicionales a los generales ya establecidos. Pero sería deseable que se exigiese que la experiencia se hubiese desarrollado en el campo penal, que se tuviese conocimiento de disciplinas tales como psicología criminal, sociología criminal, criminalística, criminología, etc., y que un examen psicológico revele ausencia de odios, rencores y traumas, para que se pueda seleccionar un sujeto verdaderamente imparcial.

Tampoco sería malo establecer que un juezador debe abstenerse de figurar como candidato a puestos del ejecutivo o del legislativo, a menos que medie un tiempo razonable entre la renuncia y la aceptación de la candidatura. Esto se aplicaría especialmente a México, donde la gran mayoría de los ministros de la Suprema Corte han empleado a tal órgano como "trampolín político".

Refiriéndose a las condiciones personales y de selección de los jueces penales (en general tan atrofiadas en nuestra época), García Ramírez afirma: "nos atreveríamos a decir que el futuro mismo del juez penal, del juez jurista que no conviene perder, porque con él pueden sustentarse los derechos del hombre difícilmente acatados, depende de que se entiendan estas reclamaciones y de que se actúe, pronto, para satisfacerla. De lo contrario, el médico, el psiquia-

¹² Dorantes Tamayo, Luis, *Elementos de teoría general del proceso*, pág. 129.

tra, el psicólogo, el pedagogo, el sociólogo, ya incorporados en algunas jurisdicciones —las de menores— y profundamente vinculados a la pericial procesal y al tratamiento penitenciario, despojarán al jurista del estrado que hoy ocupa y sustituirán la oscura toga de la vieja magistratura con el uniforme blanco de las ciencias no normativas".¹⁰

De hecho, en la individualización de la pena judicial, nuestros jueces no siguen técnica científica alguna. Aunque duela decirlo, sólo utilizan un "método de olfato". Es decir, si el jurista no es especialista en conducta, ¿qué técnica podrá recomendar y cuánto tiempo ha de perdurar, para lograr la readaptación social del sentenciado?

El juzgador penal, al igual que cualquiera otro, debe estar rodeado de garantías judiciales que aseguren su independencia, autonomía, inamovilidad y seguridad económica.

"La experiencia demuestra —apunta Alcalá-Zamora— que una magistratura capacitada puede administrar una justicia impecable con un instrumento procedimental deficiente, y viceversa, que el mejor procedimiento sobre el papel, no impedirá los mayores abusos, si los funcionarios judiciales a quienes su manejo se encomienda son inmorales o ineptos."¹¹

B. CAPACIDAD EN CONCRETO

No basta que en lo personal el juzgador haya reunido todos los requisitos para que en su favor se hiciera tal designación; esto es, no basta que ostente nombramiento, sino que es menester que posea la capacidad subjetiva en concreto.

La capacidad subjetiva en concreto o capacidad de ejercicio es la aptitud para conocer de un asunto específico o concreto, es decir, aptitud para ejercer la representación del tribunal en determinado proceso.

Se es capaz cuando se es imparcial y hábil, se carece de capacidad cuando hay parcialidad o inhabilidad. Visto desde otro ángulo, se es capaz cuando en el caso concreto no concurre algún impedimento.

Nuestra ley (arts. 82 de la LOPJ y 523 del CPPDF), a diferencia del sistema seguido en otros países, enumera una serie de supuestos, que por presunción *hatis et de iure* se consideran como casos en que existe inhabilidad, o imparcialidad. Inhabilidad, por ejemplo, como el parentesco del juzgador con una de las partes o interesados o parcialidad, como en los casos de odio o enemistad.

La parcialidad y la inhabilidad son índice de peligro para la administración de justicia, de ahí que nuestra ley enumere esos impedimentos. *Los impedimentos en este sentido marcan el límite de la capacidad personal del juzgador.* Quien se coloque en estos supuestos, está más allá de la capacidad que la ley le otorga.

¹⁰ García Ramírez, Sergio, *El juez penal y la...*, pág. 306.

¹¹ Alcalá-Zamora y Castilla, Néstor, *Proceso, autoconspiración y autoabofeo*, pág. 117.



6.10 DEFECTO EN LA CAPACIDAD O EN LA COMPETENCIA

Como hemos visto, el órgano judicial penal y su juzgador han de reunir todos los requisitos de competencia y de capacidad subjetiva, en abstracto y en concreto.

La ausencia de cualquiera de esos requisitos produce efectos de índole procesal y que varían, dependiendo de la índole del requisito no satisfecho.

Existe, entonces, *defecto en la competencia o en la capacidad del juzgador, cuando se encuentre ausente alguno de los requisitos que le asignan capacidad personal (en abstracto o en concreto) u orgánica (es decir, objetiva).*

Ante la ausencia de competencia se produce la sustitución del órgano jurisdiccional, por otro órgano jurisdiccional que asume competencia. Lo actuado por un tribunal incompetente —precisa el artículo 440 del CFPP— será válido si se tratare de tribunal del mismo "fuero". "Si se tratare de distinto fuero, el tribunal federal dictará auto declarando que queda abierta la instrucción para que las partes promuevan las diligencias de prueba que estimen convenientes."

Cuando el defecto incida en la capacidad objetiva en abstracto, la respuesta no es fácil. La respuesta a la falta de legitimidad del juzgador (sea porque expiró su plazo, carecía de los requisitos, fue incorrectamente designado, etcétera).

Cuando el defecto incida en la capacidad subjetiva en abstracto, la respuesta no ha sido uniforme en la historia de nuestro derecho. Esto es, cuando falte la legitimidad del juzgador (sea porque expiró el plazo, carecía de los requisitos para el cargo, fue incorrectamente designado, etc.), en una primera época (especialmente en el siglo pasado), nuestro tribunal de amparo al considerar como ilegítimo al juzgador, nulificaba todo su proceder. En cambio, en la segunda época, la Corte sostiene que a pesar de la ilegitimidad de un juzgador, sus actos son válidos. El criterio aparecido en esta segunda época, fue convalidado en un famosísimo amparo en que intervino Ignacio L. Vallarta.⁶

⁶ Véase resoluciones sobre la época en González Orzuega, Manuel, *El caso de Marqués*, págs. 811 y ss.

Por lo que hace a la composición —satisfacer el número requerido para la regular constitución del jurado o la sala—, se requiere por lo menos el voto de la mayoría (art. 99 CFFP y 75 CPPDP), lo que implica ineficacia; es decir, invalidez de los actos dictados por el tribunal que no reúna cuando menos la mayoría.

Por último, si el defecto se presenta en la capacidad *subjetiva en concreto* (que concorra algún impedimento), el efecto que se produce es la sustitución de la persona. Así, si se trata de un miembro del jurado, se sustituye, y en el caso de que la incapacidad concorra en un juzgador de órgano monocrático, la sustitución no sólo es del juzgador, sino también del órgano. En el último caso, los mecanismos empleados para la sustitución constituyen la *propuesta de la descalificación* a cargo de alguna de las partes (recusación) o la *autodescalificación* (excusa), en procedimientos que veremos más adelante.

6.11 RESPONSABILIDAD DEL JUZGADOR Y DEL TRIBUNAL

El juzgador penal no es una persona irresponsable, sino comprometida en la aplicación de la ley. No obstante, puede ocurrir que en ocasión de los actos procesales que dicte y ordene se ejecuten, cause daño. En este sentido, *el juzgador es responsable*.

En lo personal, el juzgador responde *frente al Estado mismo* que representa y *frente a los particulares*, especialmente frente al sujeto pasivo del proceso y terceros intervinientes.

La Constitución de Zacatecas, por ejemplo, indica que “los jueces y magistrados serán personal y pecuniariamente responsables de los daños y perjuicios que ocasionen a las partes por falta de trámites esenciales en la sustanciación de los procesos y por inexacta aplicación de la ley” (art. 74).

Una orden de aprehensión ilegal, una reclusión o un arresto ilegal pueden producir daños respecto a los cuales debe responder. El Estado, que es representado por el juzgador, también responde por los actos de sus agentes.

El estado —dispone el artículo 1927 del Código Civil— tiene obligación de responder del pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos, y subsidiaria en los demás casos, en los que sólo podrá hacerse efectiva contra el Estado cuando el servidor público directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos. Incluso el artículo 77 Bis de la Ley de Responsabilidades establece mecanismos para lograr el cobro, y se respalda en el artículo 2 de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal.

A nuestro parecer pese a las imperfecciones técnicas en este apartado resultó mejor la ley penal de 1871, al disponer en su artículo 344 que cuando:

el acusado de oficio, sea absuelto no por falta de pruebas, sino por haber justificado su completa inocencia en el delito que se le acusó, y no haya dado con su anterior conducta motivo para creerlo culpable, se declarará así de oficio en la sentencia definitiva; y si el acusado lo pidiere, se fijará en ella el monto de los daños y perjuicios que se le hayan causado con el proceso, oyendo previamente al representante del Ministerio Público. En este caso la responsabilidad civil se cubrirá del fondo común de indemnizaciones, si con arreglo al artículo 348 no resultaren responsables los jueces, o éstos no tuvieran con qué satisfacerlas.

Además de la responsabilidad civil, el juzgador ha de responder penalmente por las irregularidades cometidas. Nuestro Código Penal y aun la Ley de Responsabilidades tipifican diversas conductas en que puede incurrir el juzgador penal.

Algunas constituciones de otros países establecen la obligación del Estado de indemnizar por detenciones arbitrarias y errores judiciales, por ejemplo, la peruana y la de Yugoslavia. También contiene esta disposición la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

6.12 FUNCIÓN SOCIAL DE LA JUDICATURA PENAL

Tradicionalmente se ha considerado a los tribunales penales como los órganos del Estado a través de los cuales se oficializa la reacción represiva contra la criminalidad.²⁹ No obstante, hasta ahora la judicatura se ha manifestado incapaz de cumplir esa misión.

En los estudios sociológicos, a la judicatura se le exhibe con lenguaje arcaico, "lleno de expresiones misteriosas", ritos de audiencia extraños, que sólo los iniciados conocen. Se afirma a la vez, que la administración de justicia revela pobreza, lentitud, desigualdad, divorcio entre la institución y su tiempo.³⁰

Si se observa al personal y se examinan sus caracteres morales (integridad, independencia, imparcialidad) y técnicos (conocimientos jurídicos, criminológicos, experiencia), es poco lo que se puede esperar. Es deficiente la selección e inexistente la previa formación de jueces, cuya actuación suscita catalogarse como mero acto formal.

²⁹ Ríos, José M. *Crímenes y justicia en América Latina*, pág. 20.

³⁰ Ibídem.

Comparada la administración de justicia penal mexicana con la de otros países, en lo general nos atrevemos a afirmar que acusa las siguientes notas:

- a) exceso de trabajo por tribunal,
- b) bajo nivel intelectual y académico de los juzgadores (muchos han cursado disciplinas tales como administración de justicia, sociología criminal, criminología, criminalística, psicología criminal, etc.),
- c) falta de conocimiento de la realidad local y nacional,
- d) bajo nivel de vida de los juzgadores,
- e) ambiente inadecuado de trabajo,
- f) acatamiento irrestricto a las órdenes superiores, o por lo menos acatamiento a voluntades tácitas superiores,
- g) tribunales superiores ubicados en lugares de estrategia política, y no precisamente donde son más necesarios,
- h) leyes de procedimiento y organización dadas más para la burocracia judicial (menor trabajo, menor esfuerzo) que para las personas a las cuales trata de resolverse sus problemas,
- i) falta de planes, metas y políticas para salir del problema.

Por último, cuando los sociólogos han tratado de saber si los juristas —y nos referimos a los juzgadores— son elementos que conduyen al cambio social, las respuestas han sido en general negativas.

Lo más que hacen los juzgadores es acatar leyes antiguas, dadas para un momento anterior a la época en que los toca resolver, y obedecen más a la ley escrita que a la justicia o valores axiológicos necesarios.

En sentido contrario, es posible afirmar que el juzgador, puede ser un verdadero elemento que contribuya al cambio social, si aprovecha la oportunidad de interpretar las leyes, para que mediante este instrumento se alcance verdadera justicia. Que tome a las leyes como medios de lograr justicia, y no como simples fines en sí mismas.

CAPÍTULO 7

SUJETO ACTIVO DEL PROCESO (Ministerio Público)

SUMARIO

- 7.1 EL ACUSADOR
 - A. ACUSADOR PRIVADO
 - B. ACUSADOR PÚBLICO
- 7.2 MINISTERIO PÚBLICO EN MÉXICO
- 7.3 FUNCIONES
 - A. INSTRUCCIÓN ADMINISTRATIVA
 - B. AUXILIO A VÍCTIMAS
 - C. APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES
 - D. ACCIONANTE O REQUIRENTE
 - E. CUASIJURISDICCIONAL
 - F. CONSULTOR U OPINADOR
 - G. VIGILANCIA O FISCALIZACIÓN
 - H. ELECTOR DEL JUEZ COMPETENTE
- 7.4 PARTE PROCESAL
- 7.5 NATURALEZA JURÍDICA
- 7.6 PRINCIPIOS
 - 7.6.1 Principios que atañen a la promoción de la acción
 - 7.6.2 Principios que atañen al funcionamiento
 - A. UNIDAD O JERARQUÍA
 - B. INDIVISIBILIDAD
 - C. INDEPENDENCIA
 - D. INSUSTITUIBILIDAD
- 7.7 MINISTERIO PÚBLICO DE LA FEDERACIÓN
 - A. SUBPROCURADORES
 - B. OFICIAL MAYOR Y CONTRALOR INTERNO
 - C. VISITADOR GENERAL
 - D. DIRECTORES GENERALES
 - E. INSTITUTO TÉCNICO
 - F. DELEGACIONES DE CIRCUITO
- 7.8 MINISTERIO PÚBLICO DEL DISTRITO FEDERAL
 - A. SUBPROCURADORES
 - B. OFICIAL MAYOR Y CONTRALOR INTERNO
 - C. SUPERVISOR GENERAL
 - D. DIRECTORES GENERALES
 - E. COORDINADORES
- 7.9 MINISTERIO PÚBLICO DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS
- 7.10 AUXILIARES DEL MINISTERIO PÚBLICO
- 7.11 POLICÍA JUDICIAL

7.1 EL ACUSADOR

Un proceso inspirado en el principio acusatorio separa la función acusatoria del tribunal y la adjudica a otro sujeto, que en el proceso es el sujeto activo de la relación procesal, comúnmente conocido como acusador.

Ocupa entonces el acusador, un vértice en la relación triangular. Su posición es la de demandante o actor, frente al demandado.

Es necesario recordar que históricamente se ha operado un tránsito del acusador privado al público, y ello ha ocurrido desde latitudes tan cercanas a la venganza privada hasta el opuesto y egoísta sistema de monopolio público del acusador.

En este sentido, los extremos o tipos de acusación conocidos son los de acusación privada por un lado, y acusación pública por el otro.

A. ACUSADOR PRIVADO

En el caso del acusador privado, un sujeto de derecho privado (no público) se encuentra legitimado para comparecer como sujeto activo del proceso. Es éste precisamente el que propone la pretensión punitiva derivada del delito a través de la acción.

Varios han sido los tipos de acusador privado conocidos:

- a) El *acusador privado exclusivo*, esto es, que impide toda intromisión de cualquier otro tipo de sujeto. No es posible aquí la intromisión del Ministerio Público.
- b) El *acusador privado inclusivo*, que sería el sistema más conocido en la actualidad (en otros países), en el cual tanto acusador privado como público se encuentran legitimados procesalmente como sujetos activos del proceso.

En este último tipo de acusador (privado inclusivo) encontramos otras dos variantes:

- a) *Acusador particular subsidiario*, que a decir de Alcalá-Zamora existió en la legislación austriaca, y
- b) *Acusador particular principal*, que es el existente por ejemplo, en España y otros países. En este caso, el acusador particular actúa no en lugar de Ministerio Público, sino junto al Ministerio Público.

A este último sujeto es al que se refirió Oderigo, cuando lo describió como "la persona del derecho privado a quien la ley, sin perjuicio de la función actora correspondiente al ministerio fiscal, confiere la titularidad de la acción penal pública. En consecuencia, sólo actúa en los procesos penales por delito de acción pública, dependiente o no de instancia privada; y su función esencial consiste en el ejercicio de dicha acción, a la que puede sumar la civil por indemnización del daño material y moral causado, o por restitución de la cosa obtenida por el delito".³

Conviene advertir la diferencia entre el acusador privado y la conocida como parte civil. El acusador privado conduce en el proceso la pretensión punitiva, en tanto que la parte civil lleva la pretensión civil resarcitoria derivada del delito, aunque sin perjuicio de que tanto el acusador privado como la parte civil puedan coincidir.

B. ACUSADOR PÚBLICO

Cuando el Estado desempeña otro papel en la historia y autoriza a sus propios agentes como sujetos activos del proceso, aparecen los acusadores públicos.

Al igual que los privados, los tipos de acusadores públicos conocidos son varios:

- a) *Acusador público inclusivo*, que es el otro tipo de sujeto que da la mano al acusador privado inclusivo, y ambos se legitiman como sujetos activo del proceso penal. Es un sistema conocido en muchísimos países, entre los que destaca el francés, el inglés e incluso el soviético.
- b) *Acusador público exclusivo*, propio de un sistema totalitario, donde al sujeto público se le monopoliza la legitimación activa en el proceso. Bajo este sistema se excluye toda intervención del sujeto privado, y el acusador obra sólo bajo la directriz del Estado y sus gobernantes.

Acoge a este último tipo (público exclusivo) nuestra legislación secundaria y establece al Ministerio Público como único (exclusivo) sujeto activo del proceso penal.

Muy pocos son los países que favorecen este tipo de acusador y, por desgracia, México figura entre ellos. Más adelante (capítulo 13) tendremos la oportu-

³ Oderigo, Mario A., *Lecciones de derecho procesal*, t. 2, pág. 166.

tunidad de advertir que esto sólo ocurre bajo las leyes secundarias y no precisamente en la Constitución.

Alcalá-Zamora y Fix Zamudio recuerdan la posición de los procesalistas al respecto. En las Segundas Jornadas Latinoamericanas reunidas en México en 1960, con asistencia de países americanos y europeos, se manifestaron contra la proposición de Vélez Mariconde, quien sugería el monopolio acusador del Ministerio Público. Sólo 6 votos obtuvo la proposición del profesor Vélez, contra 23. *La idea dominante aconsejó que se restablezca al lado del acusador público, al privado.*²

En especial, la doctrina ha sostenido que debe proceder la llamada acción popular en delitos cometidos por funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos y en delitos electorales, circunstancias que al parecer son terridas por el gobierno de México.

7.2 MINISTERIO PÚBLICO EN MÉXICO

El Ministerio Público, apuntó Fix Zamudio, se conoce con otros nombres; llámasele también *procurador de justicia* (que en México se reserva sólo al jefe máximo del Ministerio Público), *fiscal*, *promotor fiscal*, *ministerio fiscal*, *attorney general* (en países anglosajones), *prokuratura* (en países socialistas).³

El mismo autor ha definido al Ministerio Público como "la institución unitaria y jerárquica dependiente del organismo ejecutivo, que posee como funciones esenciales las de persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal; intervención en otros procedimientos judiciales para la defensa de intereses sociales, de ausentes, menores e incapacitados, y finalmente, como consultor y asesor de los jueces y tribunales."⁴

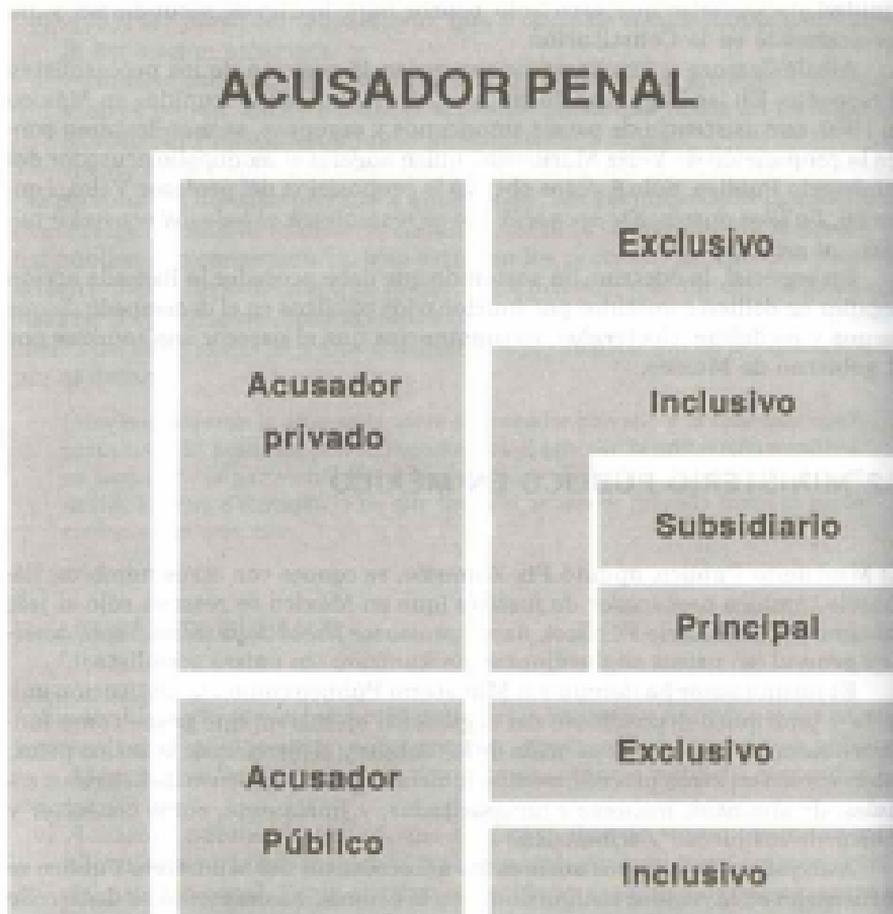
Aunque según algunos autores los antecedentes del Ministerio Público se encuentran en la remota antigüedad y en la colonia, básicamente su desarrollo hacia su actual figura en México insumió 30 años, los cuales prepararon el terreno para su actual concepción.

Entre la Ley de Jurados de 1869 y la Ley Orgánica de 1903, aparecieron diversas leyes que fueron amoldando y estructurando la institución mexicana. Así, de tres procuradores fiscales sin unidad se pasó a adoptar los lineamien-

² Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Ministerio Público y abogado del Estado*, parágrafo 23, pág. 518. Del mismo autor: *Síntesis de derecho procesal*, págs 149 y 150. Fix Zamudio, Héctor, prólogo a la obra de Sergio García Ramírez: *Curso de derecho procesal penal*.

³ Fix Zamudio, Héctor, *La función constitucional del Ministerio Público*, págs. 81 y 82.

⁴ Fix Zamudio, Héctor, *Ministerio Público*, en *Diccionario jurídico mexicano*.



tos del Ministerio Público francés (recuérdese la influencia francesa en la época del presidente Díaz), al principio bajo la égida del juez, para llegar a su independencia en 1903, que llegó a la Constitución de 1917.

A raíz de esto, de acusador inclusivo, pasó a exclusivo, y las atribuciones del Ministerio Público crecieron, por un lado debido a la supresión de la Secretaría de Justicia y por otro, debido a la alta jerarquía e influencia que se le ha llegado a dispensar al Procurador, al que se le compara con un ministro de la Suprema Corte de Justicia, pero cuyo poder de hecho va más allá, a grado tal que las leyes penales y procesales penales vigentes han salido precisamente

de este órgano. No resulta extraño, entonces, que el Ministerio Público mexicano también sea un instructor o preventor, un investigador, un aplicador de medidas cautelares y, en algunas ocasiones, hasta órgano de opinión o consulta del propio juez, como veremos más adelante.

7.3 FUNCIONES

Entre las funciones que tiene el Ministerio Público mexicano, según García Ramírez, encontramos que es persecutor de los delitos, en la averiguación previa y en el proceso; consejero jurídico del gobierno, representante jurídico de la federación, vigilante de la legalidad, denunciante de irregularidades de los juzgadores, poseedor de voz (aunque no de voto) en la elección de funcionarios judiciales, y denunciante de leyes y de jurisprudencia contrarias a la Constitución. Es el sujeto que controla la manifestación de bienes de los funcionarios, interviene en asuntos civiles y familiares, en la nacionalización de bienes, extradición, etcétera.²

Como se advierte, sus funciones escapan a lo puramente procesal penal y, por ende, la mayoría de esas funciones quedan fuera del estudio de nuestra disciplina. De esto deviene que enunciemos las funciones procesales penales y aquellas conectadas con lo procesal penal que se le asignan al Ministerio Público en México. Enunciamos estas funciones, para luego explicarlas:

- a) función instructora, o preventiva,
- b) función de auxilio a víctimas,
- c) función aplicadora de medidas cautelares,
- d) función requirente o accionante,
- e) función cuasijurisdiccional,
- f) función dictaminadora, de opinión o consultoría,
- g) función de vigilancia o fiscalizadora, y
- h) función de elegir al tribunal competente.

A. INSTRUCCIÓN ADMINISTRATIVA

Tradicionalmente, la función instructora de un proceso la posee el tribunal. Así, por ejemplo, al juez civil se le presentan las pruebas, e incluso él puede hacerse de las mismas. No obstante, en el procedimiento penal mexicano, la función ins-

² García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, págs. 209 a 212

tructora no corresponde en exclusividad al tribunal, sino también al Ministerio Público.

En este sentido, según nuestras leyes secundarias el Ministerio Público tiene bajo sí a la Policía Judicial y realiza su función.

Antes de que el tribunal tome conocimiento del hecho con apariencia de delictuosidad, lo investiga, desempeñando un papel de policía o detective y realizando a la vez una instrucción parajudicial o instrucción administrativa. Así, el Ministerio Público se allega de sus propias pruebas (testimoniales, confesionales, documentales, etc.), que luego suministra al tribunal.

En la llamada averiguación previa al proceso, la función preventiva la ejerce el Ministerio Público. Las leyes dotan a esta institución inclusive de *imperium*, es decir, de autoridad o poder de mando (art. 44 CFPP), hasta para hacer comparecer a los órganos probatorios y asimismo sancionarlos.

En suma, en la función instructora, que es de autoinstrucción por el Ministerio Público, éste reúne el material probatorio por sí mismo, mediante la Policía Judicial, o a través de interesados que le allegan el material, documentándose así las fuentes de prueba para futura memoria.

Cabe advertir que esta función no le dura al Ministerio Público todo el proceso, sino sólo hasta que el tribunal se aboca al conocimiento del asunto. Los Departamentos de Averiguaciones Previas, a través de los agentes del Ministerio Público Investigador, realizan esta función, que es previa al proceso penal.

B. AUXILIO A VÍCTIMAS

Cierta función de auxilio a las víctimas del delito también se le encomienda. No se trata de un auxilio definitivo, aunque sí de un auxilio debido a la urgencia. Debe, así, dictar "todas las medidas y providencias necesarias para proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas" (art. 123 CFPP).

C. APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

Entre las funciones de que está dotado el Ministerio Público se cuenta la de dictar y aplicar medidas cautelares o preventivas. Sus medidas son tanto reales (aseguramientos) como personales (arraigos, detenciones) (arts. 133 bis, 128, 181, etc., CFPP).

En este punto, ha de llamarse la atención al hecho de que según la Consti-

tución, las órdenes de aprehensión sólo puede dictarlas el tribunal, no el Ministerio Público; no obstante, este último queda facultado por las leyes secundarias para aprehender y detener en los casos de flagrante delito y casos urgentes, como ya lo veremos.

D. ACCIONANTE O REQUIRENTE

Una vez que ha sido promovida la acción, e iniciado el proceso, el Ministerio Público adquiere la calidad de parte en el proceso (aunque haya quien niega que tenga tal calidad) y se convierte en *órgano requirente*. Comparece así a toda la instrucción judicial instando al tribunal, y comparece asimismo en el juicio o proceso principal, acusando con base en pretensiones concretas.

Al llegar a esta función, la idea dominante sostiene que el Ministerio Público se despoja del *imperium* o autoridad y queda sujeto, como dice González Bustamante, a "las determinaciones que dicta el tribunal".⁶

E. CUASIJURISDICCIONAL

Una función poco recogida en la doctrina es la cuasijurisdiccional. Así, el Ministerio Público, al lado del tribunal, realiza cierta función que implica decisión.

Si bien en la averiguación previa la ley confiere al Ministerio Público funciones de decisión (para no promover la acción), ya en el proceso posee funciones que pueden dar por concluido el proceso.

Sobre este particular, Alcalá-Zamora sostuvo que en el Ministerio Público tal función consiste básicamente en que da su ausencia para que se otorgue el sobreseimiento del proceso (un medio de terminación anormal del proceso). Alcalá-Zamora cita el caso de los artículos 309, 323 y 324 del Código Distrital y el 298 fracción I del CFPP, en los cuales la resolución del tribunal sólo refrenda lo ya resuelto por el Ministerio Público. Otro caso que cita es el de retiro de conclusiones (arta. 363 fracción III CPPDF y 298 fracción II CFPP).⁷

⁶ González Bustamante, Juan José, *Principios de derecho procesal penal*, pág. 301.

⁷ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *El antagonismo jurisdiccional por situaciones intermedias y de éstas*, págs. 307 y 308.

F. CONSULTOR U OPINADOR

Otra recatada y disimulada función atribuida al Ministerio Público es la de servir como órgano de opinión, dictaminador o consultor.

Así, en ciertos casos el tribunal recurre al Ministerio Público, no en su calidad de parte, sino como órgano de opinión. Hemos de advertir que en estos casos lo expresado por el Ministerio Público no vincula al tribunal de ninguna manera.

Como ejemplos de esta función, tenemos que el Ministerio Público podrá dictaminar si el tribunal debe o no cumplimentar un exhorto (art. 54 CFFP), opinar en la declinatoria, si el tribunal al que se le atribuye competencia es o no competente (art. 433 CFFP); o algo similar en la inhibitoria (art. 437 CFFP), o inclusive ante tribunal de competencia (art. 439 CFFP); o en cualquier controversia competencial (art. 443 CFFP).

Respecto a esta extravagante función, Alcalá-Zamora ha apuntado, que en realidad de nada ha servido, si se atiende a "la superficialidad con que esos dictámenes se suelen despachar",⁸ y que incluso "debería causar baja en el catálogo de sus atribuciones, ya que juzgadores juristas no tienen por qué ser asesorados por el Ministerio Público".⁹

G. VIGILANCIA O FISCALIZACIÓN

Iniciada la ejecución de sentencia, tanto el Ministerio Público como el sentenciado dejan de ser parte en el proceso, debido precisamente a la conclusión del proceso. La ejecución de la sentencia no queda a cargo del tribunal, como en otros países, sino a cargo del poder ejecutivo, pero no por conducto del Ministerio Público.

En la ejecución, el sentenciado y el ejecutor no dependen del Ministerio Público, pero éste continúa con una función de vigilancia sobre la ejecución. Debe así realizar las diligencias necesarias para que se cumpla la sentencia, gestionando lo necesario para ello (arts. 529 y 530 CFFP).

H. ELECTOR DEL TRIBUNAL COMPETENTE

Normalmente, al promover la acción el Ministerio Público debe recurrir ante

⁸ *Ibid.*, págs. 305 y 306.

⁹ Alcalá-Zamora y Castilla, *Niceto, Ministerio Público y abogacía del Estado*, pág. 305.

el tribunal que la ley asigna competente, pero en aquellos casos en que existe la duda acerca de cual es el tribunal competente, es el Ministerio Público quien lo decide.

Por ejemplo, en los casos de acumulación de procesos, es competente el tribunal que conoció de las diligencias más antiguas, pero si éstas se comenzaron en la misma fecha, es el Ministerio Público quien designa o elige al tribunal competente (art. 479 CFPPI).

Incluso, desde las reformas de 1993, el Ministerio Público puede ejercitar la acción penal ante el tribunal adonde "por razones de seguridad" deba trasladarse a un procesado (art. 10 CFPPI).

7.4 PARTE PROCESAL

Enfocado ya el estudio del Ministerio Público como sujeto del proceso, o más concretamente como parte activa de la relación procesal, se suscitan dudas al plantear la naturaleza jurídica. De aquí que previamente a precisar la naturaleza jurídica del Ministerio Público, se impone definir si éste tiene o no la calidad de parte en el proceso penal y de dónde surge su legitimación.

En cuanto a si es o no parte en el proceso, las ideas se diversifican en la doctrina, pero pueden reducirse a tres posiciones:

- Tesis negativa.** El Ministerio Público no es parte, ni formal, ni material, ideas sostenidas por quienes afirman que el proceso penal es proceso de parte única. Entre ellos destacan Jiménez Asenjo, Stoppato y Otto Mayer.
- Tesis positiva.** El Ministerio Público sí es parte. Aunque la casi totalidad de este grupo lo considera parte formal, ha habido quien con argumentos poco convincentes, llegó a afirmar que es parte en sentido material.
- Tesis mixta.** Sostiene que en cierta fase del proceso el Ministerio Público no es parte, pero en otra fase sí tiene la calidad. Es la idea sostenida por Alcalá-Zamora.

Examinemos un poco más las ideas enunciadas.

Son básicamente los que sostienen que el proceso penal es de parte única quienes le niegan la calidad de parte al Ministerio Público. Stoppato, por ejemplo, explica que en el Ministerio Público no existe interés propio, personal, extraño a la justicia, egoísta y contradictorio, sino que representa el interés del derecho, la seguridad social y la justicia. Si acaso se pensare que este interés es el de parte, entonces también el juez sería parte.¹⁰ Otto Mayer afirma que no es parte porque es un órgano del Estado, y éste no puede ser considerado parte.¹¹ Y Jiménez Asenjo también le niega la calidad de parte, porque —di-

¹⁰ Perry Mac Lean Estrella, *El proceso penal en el derecho comparado*, págs. 43 y 44.

¹¹ Colón Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, t. 1, pág. 92.

ce— el Ministerio puede ser obligado hasta a defender a un sujeto injustamente acusado.¹²

En fin, los problemas que aquejan a los negadores de la idea de que el Ministerio Público es parte, en algunos surge de la idea de confundir a la parte material con la formal. Al exponer su crítica al respecto, Guarneri apunta que "la opinión que niega al Ministerio Público la calidad de parte, no consigue explicar luego las razones que impulsaron al legislador a constituir con él un oficio autónomo y separado del juez. Verdaderamente, si el Ministerio Público no fuera más que una duplicación del juez, tanto valdría concentrar en este último todas las funciones que comparten actualmente los dos órganos".¹³

En posición diametralmente opuesta encontramos las tesis que afirman la calidad de parte formal en el Ministerio Público. No obstante, puestos ya en el sendero de esta idea, las tesis o ideas se diversifican.

Así, por ejemplo, aunque se afirma la calidad de parte, la casi totalidad sostiene que es parte pero sin ser autoridad (parte carente de *imperium*), aunque Juventino Castro sostiene que siendo parte, conserva su autoridad (por eso puede ser demandado en amparo). "Su carácter de autoridad —dice— no le abandona jamás en ningún momento del proceso."¹⁴

Igualmente, afirmando la calidad de parte, hay quienes sostienen que es parte imparcial o parte parcial.

Es parte imparcial, a la que también suele llamársele de buena fe, porque existen casos —explica García Ramírez— en que el Ministerio Público puede pedir la libertad del detenido (cuando existe alguna excluyente) o inclusive desistirse. Esta idea, que sostiene en México García Ramírez, también es afirmada en Italia por Manzini.¹⁵

Como parte parcial, es catalogado el Ministerio Público por la generalidad de la doctrina. En este sentido se pronuncian Carabelotti, James Goldensmidt y Guarneri, quien en un verdadero tratado sobre las partes en el proceso penal llegó a la conclusión de que la parcialidad, "lejos de ser un defecto, es su característica saliente, su más íntima esencia".¹⁶

Todavía en la vertiente de que, el Ministerio Público es parte parcial, los ideas aún se subdividen a grado tal que llegados a la práctica, hay casos a extremos patológicos, donde procuradores (de algunas de nuestras entidades federativas) han dado orden a agentes subalternos de que apelen contra todo aquello que no les sea favorable.

La idea de parte imparcial resulta en sí misma una contradicción. Ya hemos dicho que parte es una porción del todo; por tanto, o se es parte o no se es

¹² Sergio García Ramírez, *Curso de derecho procesal penal*, págs. 204 y 205.

¹³ Guarneri, José, *Las partes en el proceso penal*, pág. 139.

¹⁴ Castro, Juventino, *El Ministerio Público, funciones y disfunciones*, págs. 34 y 35.

¹⁵ García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, págs. 204 y 207.

¹⁶ Guarneri, José, *Las partes en el proceso penal*, págs. 211 y 212.

En la tesis mixta encontramos a Alcalá-Zamora, quien comienza por recordar la estructura del proceso actual: instrucción y juicio; es decir, proceso preliminar y proceso principal. En el proceso preliminar, el Ministerio Público no es parte, en tanto que en el principal o juicio sí tiene la calidad de parte.¹⁷

En fin, aceptando la idea de que el Ministerio sí es parte procesal, sólo resta recordar con Briseño Sierra, que el Ministerio Público no es el titular de la pretensión punitiva "en cuanto no puede castigar fuera del proceso, ni el Estado se encuentra representado sólo por el Ministerio; ni el ejecutivo es el titular de tal pretensión sino aplicador de la pena. Aquí, la legitimación es totalmente por ley, sin importar la víctima ni su aptitud o capacidad. El llamado por la ley para pretender procesalmente es un sujeto independiente de la relación sustantiva constituida por el delito".¹⁸

Igualmente, Alcalá-Zamora apunta que "la legitimación del Ministerio Público, no proviene de su interés directo en un litigio... sino de mandato de la ley".¹⁹ Esto significa que el Ministerio Público no requiere estar legitimado en la causa, y que su legitimación en el proceso deriva exclusivamente del dictado de la ley misma.

7.5 NATURALEZA JURÍDICA

Al llegar al estudio de la naturaleza jurídica, las ideas se encuentran tan escindidas que la etiqueta que se le coloque al Ministerio Público resulta casi tan diferente como el estudio mismo.

Así, hay quienes lo encasillan como órgano jurisdiccional, como órgano administrativo, como mero órgano de la acción oficial, etcétera.

No obstante, con todo lo examinado hasta aquí, al recordar la multiplicidad de funciones no sólo fuera de lo penal, sino aun dentro, y vista la diversidad de concepciones incluso dentro del propio proceso, llegamos, con Alcalá-Zamora, a afirmar que: "La falla común a las distintas opiniones que acabamos de recoger, consiste en querer definir mediante un solo marbete una institución de cometidos múltiples, administrativos unos, procesales otros. Si en la figura mucho más homogénea del juzgador, no toda su actividad es jurisdiccional, con mayor motivo habrá de destacar la posibilidad de una caracterización única o unitaria respecto al Ministerio Público. El camino a seguir será, por tanto, el de etiquetar por separado sus diversas funciones, y dentro de las

¹⁷ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Sistemas de derecho procesal*, pág. 548 y nota 699.

¹⁸ Briseño Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, t. IV, pág. 88.

¹⁹ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *La protección procesal internacional de los derechos humanos*, pág. 324.

ligadas al enjuiciamiento deslindar aquellas en que como titular de la acción, desempeña el papel de parte en sentido formal o, si se prefiere la fórmula de Carnelutti, de sujeto del proceso, pero no del litigio, respecto de aquellas en que se encarga de otros menesteres (tareas instructoras o dictaminadoras, por ejemplo).¹¹⁹

7.6 PRINCIPIOS

Con base en una metodología exegética, esto es, desprendible de la ley del lugar y aun contra los errores que ello pudiera acarrear, la mayoría de los estudiosos del Ministerio Público— los exégetas de esta institución— han enumerado diversas características de éste, que han etiquetado como principios rectores del Ministerio Público.

Trátase de conceptos implícitos o explícitos derivados de la ley que instituye al Ministerio Público.

Esta lista sólo resulta aplicable en un momento y lugar determinados, pugnando por tanto con la noción de universalidad de la idea. Los que se han enunciado sólo arrancan de la ley positiva y, por tanto, tienen la desgracia de ser tan cambiantes como la ley misma. En este sentido, la lista de "principios" *conocidos responde a la forma de estar organizado y estar funcionando el Ministerio Público en un país determinado, y en un momento dado.*

Por lo que hace al Ministerio Público mexicano, los estudiosos han inventariado varios, que procederemos a clasificar y explicar con su correspondiente par dialéctico, a fin de esclarecer su concepto.

Estos principios pueden reducirse a los que atañen a la *promoción de la acción* y a los que *estroncan con el funcionamiento.*

7.6.1 Principios que atañen a la promoción de la acción

En lo que toca a la *promoción de la acción*, tenemos los pares opuestos necesario-discrecional; esto es, que obligan o facultan al Ministerio Público para accionar.

En el necesario, también llamado principio de legalidad o imprescindibilidad, el Ministerio Público está llamado a promover la acción con base en un hecho con apariencia de delictuosidad. Su contrario, el de discrecionalidad u

¹¹⁹ Alcalá-Zamora y Castillo, *Niceto, Ministerio Público y abogado del Estado*, págs. 511 a 514.

oportunidad, como también se le conoce, atiende a criterios de conveniencia, y faculta al Ministerio Público para promover o no la acción.

Como veremos más adelante, nos parece que la realidad jurídica mexicana acusa hacia la oportunidad o discrecionalidad.

7.6.2 Principios que atañen al funcionamiento

En cuanto al funcionamiento, los "principios" inventariados son varios; entre los cuales recordaremos los siguientes:

- Único, jerárquico, cuya característica opuesta es el de la diversidad de instituciones.
- Indivisibilidad de la institución, cuyo contrario es la autonomía o independencia de sus miembros o agentes.
- Independencia de la institución, cuyo contrario es la dependencia de la institución.
- Insustituibilidad, irrecusabilidad o imprescindibilidad de la institución, cuya característica contraria es la recusabilidad o sustituibilidad.

A. UNIDAD O JERARQUÍA

Mediante la característica de que es único o jerárquico se trata de explicar que "las personas que lo integran, no son más que la prolongación del titular, motivo por el cual reciben y acatan las órdenes de éste, porque la acción y el mando en esa materia es de competencia exclusiva del Procurador".²¹ Así, agrega García Ramírez, "los agentes son sólo prolongación del titular y la representación es única".²²

En México, el titular de la institución es el llamado Procurador de Justicia, quien por razón de trabajo es auxiliado por agentes que lo representan y actúan bajo dependencia funcional; es decir, en jerarquía.

El Procurador puede realizar cualquier acto propio de la institución. Puede incluso presentarse en el proceso como parte acusadora, como ocurrió en el caso instaurado contra Concepción Acevedo (más conocida como la madre Conchita), a la que se le acusó de estar coadyuvida en la muerte del presidente electo Álvaro Obregón.

²¹ Colla Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, t. I, pág. 115.

²² García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, pág. 208.

No hay muchos Ministerios Públicos, sino sólo uno. Hay sí, muchos agentes del Ministerio Público, pero una sola institución. Estos muchos son sólo agentes de la institución.

B. INDIVISIBILIDAD

Ante la multiplicidad de agentes que representan a la institución, los actos que realizan pueden considerarse como únicos de la institución, o como autónomos o independientes de sus miembros o agentes.

En la unidad de su actuar o indivisibilidad del acto, los agentes que actúan no lo hacen a nombre propio, sino a nombre de la institución. "Cada representante suyo [decía una vieja circular española] ha de ser eco del criterio de cuerpo que le delega, y sus peticiones y dictámenes expresión, antes que su individual juicio, de las instrucciones obligatorias de sus superiores."²²

Esta nota de unidad del acto es la que jurídicamente retrata al Ministerio Público mexicano, y obliga a diferenciar al agente del Ministerio Público, de la Institución Ministerio Público.

Pero además, esta unidad "significa —apunta Díaz de León— que todos los funcionarios que trabajan en lo mismo tienen idénticas facultades y funciones, están investidos del mismo poder; lo que cuenta es la función, no la persona física que la desempeña. . . en consecuencia, no es requisito que la persona investida con el carácter de Ministerio Público (*troutius*, de agente) sea la que realice todas las actividades inherentes. . ."²³

Cabe agregar que en nuestro régimen es factible que varios agentes del Ministerio Público intervengan en un proceso. A pesar de que son varios, esto no multiplica al Ministerio Público, pues su acto o actos sigue siendo uno e indivisible. Aunque existan varios agentes del Ministerio Público, tampoco existe litisconsorcio activo, pues no son varios actores sino uno solo.

C. INDEPENDENCIA

Aunque dentro de la institución sus agentes o miembros dependen unos de otros de manera jerárquica, ha de diferenciarse la dependencia o jerarquía de sus miembros, de la dependencia de la institución.

²² Circular del Fiscal del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1853, *Tratado de Alcega-Esquivel y Castilla, Nieto, Lo que debe ser el Ministerio Público*, pág. 11.

²³ Díaz de León, Marco, *Teoría de la acción penal*, págs. 309 y 302.

Si bien se ha afirmado que internamente en sus miembros existe dependencia, en la institución, la característica de la independencia sostiene la autonomía de esta institución frente a cualquier otro órgano del gobierno; básicamente independencia de la institución frente al poder judicial y frente al poder ejecutivo.

Anteriormente en México, el Ministerio Público carecía de independencia, pues estaba subordinado al tribunal, quien poseía la función de policía judicial y con ella disponía del actuar del Ministerio Público. En la actualidad, la independencia frente al poder judicial es tangible.

Por lo que hace al encargado del poder Ejecutivo, ha de recordarse que el procurador es designado por el presidente de la República, lo que aparentemente implica cierta dependencia, la cual se agrava en la medida en que tanto el Procurador como los agentes de la institución carecen de la característica de la inamovilidad. Los agentes y el procurador son removibles o cambiados de adscripción fácilmente.

En Perú, hasta hace tiempo el Ministerio Público dependía del Poder Judicial y no del Ejecutivo, como en México y la gran mayoría de países. Pero en México la situación se agrava, puesto que el Ministerio Público es el que monopoliza al sujeto activo del proceso, cosa que no ocurre en otros países.

D. INSUSTITUIBILIDAD

Otra nota del Ministerio Público, común en los estudiosos mexicanos, es la insustituibilidad, también llamada *imprescindibilidad* (Julio Acero) o *irrecusabilidad* (García Ramírez).

Esta nota o "principio" se opone al de sustituibilidad, o recusabilidad de la institución, que implica la posibilidad de reemplazar o permutar a la institución del Ministerio Público por otra institución diversa.

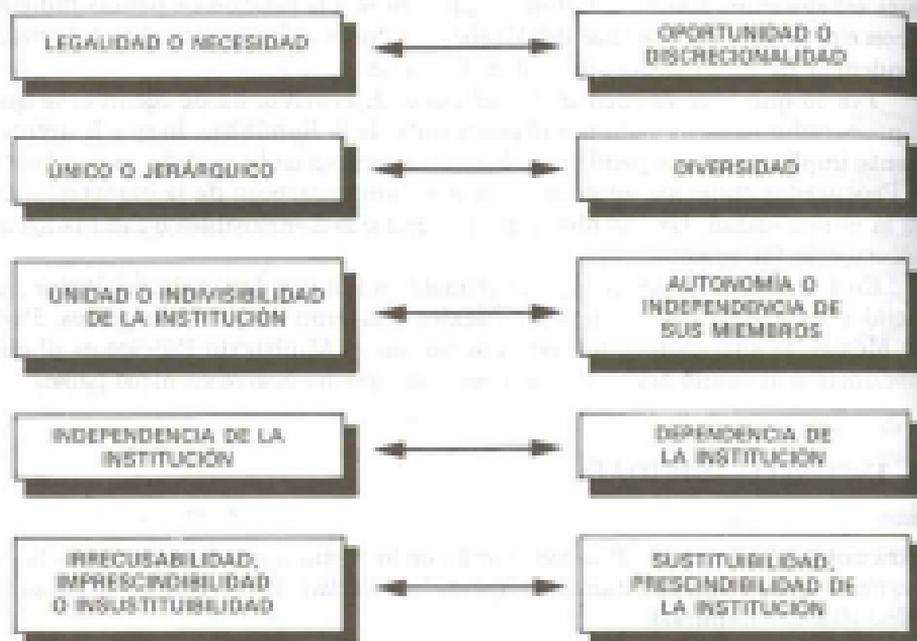
En México, debido al monopolio del sujeto activo del proceso por parte del Ministerio Público, resultaría a todas luces imposible la sustitución, pues de ser así no habría quien acusara.

Pero adviértase bien: no es posible sustituir a la institución, pero sí es posible sustituir a los agentes, los que en lo personal pueden excusarse, lo cual permite sustituir a las personas, pero no a la institución.

7.7 MINISTERIO PÚBLICO DE LA FEDERACIÓN

Regulado dentro del capítulo relativo al Poder Judicial, nuestra Constitución (art. 102) establece al Ministerio Público de la Federación (conocido en las le-

PRINCIPIOS QUE RIGEN AL MINISTERIO PÚBLICO



yes ordinarias simplemente como Ministerio Público Federal), a cuya cabeza ha de estar un *Procurador General*.

El Procurador no es un instituto diverso al Ministerio Público, sino el titular máximo de esta institución, y puede intervenir por sí o por medio de sus agentes en "la persecución ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculcados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine".

El Procurador General debe cubrir los mismos requisitos exigibles que para ser ministro de la Suprema Corte de Justicia, y será nombrado y removido por el Ejecutivo.

Varias leyes han venido regulando su organización y funcionamiento. La actual que se denomina *Ley de la Procuraduría General de la República*, prácticamente reenvía al Reglamento de esta ley tal organización y funcionamiento, contra lo que tradicionalmente habían venido haciendo las anteriores leyes del Ministerio Público, en que el Poder Legislativo era el que establecía tal organización y funcionamiento.

En este reglamento, se dispone que corresponde originalmente al Procurador General la representación, trámite y resolución de los asuntos propios de la institución, los cuales podrá delegar en los subalternos, salvo casos muy específicos (art. 31).

Por razón de trabajo y especialmente por la multitud de funciones, los órganos internos del Ministerio Público —que la ley prefiere denominar de la Procuraduría—, además del procurador, son:

- a) los Subprocuradores, en número de dos,
- b) el Oficial Mayor,
- c) el Visitador General,
- d) los Directores Generales, en número de 10,
- e) el Instituto Técnico, y
- f) las Delegaciones de Circuito.

A. SUBPROCURADORES

En calidad de auxiliares del procurador se establecen 2 subprocuradores, el primero de los cuales puede suplir al Procurador en sus faltas. Entre sus funciones principales figura resolver sobre el no ejercicio de la acción y sobre cuestiones atinentes a la revisión de conclusiones.

B. OFICIAL MAYOR Y CONTRALOR INTERNO

Las funciones de estos dos funcionarios se encaminan más a lo administrativo interno, que a lo procesal penal.

C. VISITADOR GENERAL

Además de las visitas a los agentes del Ministerio Público y unidades de policía judicial, ha de procurar fijar normas, criterios y medidas para la resolución de asuntos.

D. DIRECTORES GENERALES

Entre las diversas direcciones generales existentes, en su campo de acción más orientado a nuestra disciplina se encuentran las siguientes:

- a) Director General de Control de Procesos, que sería el funcionario más ligado a los agentes adscritos a los juzgados, y a través de los cuales la Dirección sostiene el ejercicio de la acción, solicita medidas cautelares, propone pruebas, formula conclusiones, interpone recursos procedentes, etc. Es el conducto entre los agentes adscritos y la Dirección General Técnica Jurídica Auxiliar.
- b) Director General de Averiguaciones Previas, cuya misión es recibir denuncias y querrelas e integrar las averiguaciones previas mediante el auxilio de la Policía Judicial y Servicios Periciales.
- c) Director General de Control de Estupefacientes, cuya función está propiamente orientada a la prevención, control y destrucción de estupefacientes, pero puede resolver sobre consultas a agentes adscritos, en delitos contra la salud.
- d) Director General de Servicios Periciales, que además de integrar y manejar el "casillero de identificación", ha de formular los dictámenes e informes técnico-científicos.

E. INSTITUTO TÉCNICO

Órgano desconcentrado cuya función se encamina a proponer los sistemas de selección de personal, así como su capacitación e investigación.

F. DELEGACIONES DE CIRCUITO

Cuyas funciones desconcentran las de la Procuraduría, asignándosele a cada delegación una demarcación territorial propia.

7.8 MINISTERIO PÚBLICO DEL DISTRITO FEDERAL

Según texto constitucional, "el Ministerio Público en el Distrito Federal estará a cargo de un Procurador General que residirá en la ciudad de México, y

del número de agentes que determine la ley, dependiendo dicho funcionario directamente del Presidente del República, quien lo nombrará y removerá libremente" (art. 73 fracción VI, 5a. base constitucional).

Adviértase aquí que al igual que en el federal, el titular del Ministerio Público es el Procurador.

Base ordinaria de su regulación es la llamada Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y el respectivo Reglamento Interior, la primera de las cuales establece como primordial función del Ministerio Público el perseguir los delitos del orden común cometidos en el Distrito Federal, recibiendo denuncias o querrelas, investigar (con auxilio de la Policía Judicial y la preventiva), practicar las diligencias necesarias para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, ejercitar la acción solicitando las medidas cautelares pertinentes, aportar pruebas para el esclarecimiento de los hechos, formular conclusiones pidiendo las penas y medidas correspondientes, interponer los recursos procedentes, etcétera.

Con un esquema muy semejante al Ministerio Público de la Federación, el Procurador Distrital interviene por sí o por conducto de agentes en las funciones propias del Ministerio Público, salvo casos muy específicos. Será además el que presida la institución.

Para ser Procurador del Distrito Federal se precisa satisfacer los mismos requisitos que se exigen para ser magistrado del Tribunal Superior de Justicia.

De acuerdo con el Reglamento Interno, el Ministerio Público se organizará con diversos órganos:

- a) Los Subprocuradores,
- b) El Oficial Mayor,
- c) El Supervisor General,
- d) El Contralor Interno,
- e) Los Directores Generales, y
- f) Las Coordinaciones.

A. SUBPROCURADORES

Dos son los subprocuradores auxiliares del Procurador. Uno de ellos será Subprocurador de Averiguaciones Previas y el otro de Procesos. Sus facultades son semejantes a la de los subprocuradores del Ministerio Público de la Federación. El que supe al Procurador es el de Averiguaciones Previas.

B. OFICIAL MAYOR Y CONTRALOR INTERNO

Ambos tienen funciones más administrativas que procesales.

C. SUPERVISOR GENERAL

Su función equivale a la del Visitador General del Ministerio Público de la Federación.

D. DIRECTORES GENERALES

Son once direcciones generales, al frente de cada una de ellas se encuentra un director, cuyas funciones en lo procesal penal son muy semejantes a las otorgadas al Ministerio Público de la Federación.

E. COORDINADORES

En número de cuatro, a saber: General de Asesores, Interno, de Informática y de Formación Profesional. De éstos, la Coordinación Interna equivale a una oficina de partes; la de informática al tratamiento electrónico de datos; y la de formación profesional tiene funciones semejantes al Instituto Técnico del Ministerio Público de la Federación, ya que selecciona los recursos humanos y materiales necesarios.

7.9 MINISTERIO PÚBLICO DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

En todas las entidades federativas también se establece al Ministerio Público, a cuya cabeza figura un titular también denominado *Procurador*. Por fortuna, la generalidad de las constituciones locales atinan al regular esta institución en capítulo por separado al del Poder Judicial, salvo en el caso de Tlaxcala, Veracruz y Yucatán, que insertan su regulación dentro del Poder Judicial, como lo hace la Constitución federal.

En algunas entidades federativas el Procurador es el consejero jurídico del gobierno-estatal. En la totalidad, es designado por el gobernador, y debe tener los mismos requisitos que para ser magistrado del Tribunal Superior de Justicia local.

En lo general, en su estructura posee un *subprocurador* y *agentes adscritos*

da juzgado. Bajo el mando del Ministerio Público local, se encasilla a la Policía Judicial local.

El Ministerio Público local se regula por leyes orgánicas, que anteriormente se denominaban del Ministerio Público, y que en tiempos recientes han sufrido cambios para denominarles leyes orgánicas de procuraduría de justicia.

Llama la atención que su regulación tienda a presentarse como una dependencia más (una secretaría) del ejecutivo local. La Constitución de Quintana Roo, por ejemplo, al regularlo dentro del capítulo relativo al poder ejecutivo, lo afirma como encargado de despacho "en negocios de orden administrativo"; y la de Tabasco lo establece como dependencia del poder ejecutivo. Para la del Estado de México, el Ministerio Público "es el órgano del poder ejecutivo a quien le incumbe la persecución de los delitos".

"Al respecto —apunta Fix Zamudio—, debe señalarse una modificación nada afortunada en la *Ley Orgánica del Estado de Durango*, expedida originalmente en 1969, pero reformada el 14 de julio de 1981, para sustituir la denominación de Procurador y Subprocurador de Justicia, por los nombres de *Secretario y Subsecretario de Justicia* de la citada entidad federativa, pero ambos con las mismas atribuciones esenciales de los funcionarios anteriores."²⁸

7.10 AUXILIARES DEL MINISTERIO PÚBLICO

Ante la imposibilidad material de que el Procurador o sus agentes estén físicamente en cualquier porción territorial donde ocurra un hecho con apariencia de delito, las leyes establecen la existencia de auxiliares.

Entre las funciones principales encuéntrase la de recibir denuncias o quejas, practicar diligencias urgentes e incluso practicar detenciones por flagrancia.

En lo federal, se establecen como auxiliares para estos menesteres, a los agentes del Ministerio Público local, esto es, de las entidades federativas; los cónsules y vicecónsules en el extranjero (debido a la competencia que se autoasigna el Estado mexicano para conocer ciertos delitos cometidos en el extranjero); los capitanes, patrones o encargados de nave o aeronave nacional (por delitos cometidos en aguas nacionales, alta mar o espacio aéreo nacional).

La ley Federal establece, además, que puede fungir como auxiliar cualquier otro tipo de funcionario diverso de los citados, que esté en dependencia del ejecutivo federal, en los casos que no sea posible encontrar otro auxiliar. Las anti-

²⁸ Fix Zamudio, Héctor, "Procuraduría de justicia de los estados", en *Diccionario jurídico mexicano*.

guas leyes señalaban a los encargados de oficinas de hacienda, recaudaciones de rentas o de correos.

7.11 POLICÍA JUDICIAL

Todavía a fines del siglo pasado e inicios del presente, el Ministerio Público sólo era actor en el proceso (como en el Ministerio Público francés), pero no desempeñaba las funciones de policía judicial, función que ostentaba el tribunal (la policía judicial dependía del poder judicial, de ahí su nombre).

El que investigaba era el juez, a través de la policía judicial.

En los debates de 1916-1917 que dieron lugar a la Constitución vigente, se resolvió excluir la función de policía judicial que tenía el tribunal (como juzgador de instrucción) y se colocó bajo el mando del Ministerio Público.

Desde entonces, nuestra Constitución (art. 21) establece que la Policía Judicial —a la que no se le cambió de nombre— queda bajo el mando del Ministerio Público.

Básicamente son dos las acepciones de policía judicial: por un lado (sentido material) significa *función de investigar* (qué delito se cometió y quién lo cometió), y por otro (sentido orgánico), significa *corporación*, grupo de personas. En realidad, el grupo es el que realiza la función de policía judicial.

Cabe precisar que la función no es privativa de la policía judicial, pues también el Ministerio Público la tiene. Incluso, en varias entidades federativas no existió corporación de policía judicial durante muchos años, aun después de promulgada la Constitución de 1917. En Zacatecas, por ejemplo, fue en la década de los 40 cuando se creó esa corporación. Anteriormente la función se encomendaba a la policía preventiva.

Ya que se alude a policía preventiva o gendarmería, debe ésta diferenciarse de la judicial, represiva o investigadora.

Mientras que la función de la policía preventiva consiste en prevenir, preservar, esto es, actuar de manera anticipada al delito, la judicial básicamente actúa *ex post facto*; es decir, después de realizado el delito.

En la función de policía judicial, ésta investiga y esclarece los hechos que se creen delictuosos, descubre quién es el autor o incluso si es responsable, buscando las pruebas existentes.

Las leyes y reglamentos agregan, que los miembros de la corporación deben cumplimentar órdenes de aprehensión, arresto, cateo, y realizar custodia y traslados (art. 12 del reglamento de la LOPFR).

Debe llamarse la atención hacia el hecho de que los miembros de la policía judicial no pueden actuar *ad libitum*, sino sólo por orden o instrucciones del Ministerio Público.

Pasa a que los agentes de la policía judicial deben poseer conocimientos en *criminalística*, desgraciadamente tal requisito no se establece en las leyes.

Por último, con cierta frecuencia se confunde en México a la policía judicial y a sus miembros con un órgano integrante del Ministerio Público. Si se observa correctamente, el órgano policía judicial y sus miembros no son parte integrante del Ministerio Público, sino dependientes de éste.

A decir de Fix Zamudio, la policía judicial —a la que se le aplica la denominación francesa— se inspiró en la policía judicial de los Estados Unidos (*United State Marshalls*), conocida actualmente como FBI (*Federal Bureau of Investigation*).²⁸

— En esta obra, cuando nos referimos a policía judicial, nos estamos refiriendo a su sentido orgánico, más que al funcional. Y cuando aludamos al sentido funcional, en lugar de decir "policía judicial", diremos en términos generales "investigación".

²⁸ Fix Zamudio, Héctor, "Policía", en *Diccionario jurídico mexicano*.

CAPÍTULO 8

SUJETO PASIVO DEL PROCESO (el imputado)

SUMARIO

- 8.1 CONCEPTO Y DENOMINACIÓN
- 8.2 CAPACIDAD PERSONAL
 - A. ANIMALES
 - B. MUERTOS
 - C. PERSONAS MORALES
 - D. PERSONAS FÍSICAS
 - a) Edad
 - b) Salud mental
 - c) No adicción
- 8.3 LEGITIMACIÓN PROCESAL
- 8.4 NATURALEZA JURÍDICA
- 8.5 SUJETOS PASIVOS PRIVILEGIADOS
 - A. IMPUNIDAD
 - B. INMUNIDAD
 - C. ENJUICIAMIENTOS PRIVILEGIADOS
 - D. TRIBUNAL ESPECIAL
- 8.6 LITISCONSORCIO PASIVO
- 8.7 CARGAS Y PRERROGATIVAS

8.1 CONCEPTO Y DENOMINACIÓN

Logo de estudiar al juzgador y al sujeto activo del proceso, en el otro vértice de la relación procesal encontramos al *sujeto pasivo del proceso penal*; es decir, el sujeto contra el cual se dirige la pretensión del acusador.

Por ningún motivo se crea que entramos en el estudio del *sujeto malo o abominable de la relación*, que lo diferenciaría del bueno o bienhechor, porque en el proceso penal no hay buenos ni malos. Un sujeto pasivo del proceso puede al final resultar tan inocente como culpable o malvado el acusador.

Por desgracia, el estudio que en los libros de texto mexicanos se ha hecho de este personaje, más parece minimizarlo que reconocerlo, a pesar de que el proceso penal sólo tiene razón de ser en atención a este sujeto. García Ramírez, por ejemplo, le dedica alrededor de 30 páginas al acusador, y sólo 3 a nuestro protagonista; Colín Sánchez le da al Ministerio Público 35 páginas, contra 10 al imputado; Rivera Silva y González Bustamante ni siquiera le abren un párrafo.

A diferencia de lo que ocurre con la denominación de este sujeto en el proceso civil (donde existe cierta homogeneidad), en el derecho procesal penal la figura resulta tan variante y en ocasiones tan fuera del proceso, que estimula a bautizarlo con diversas expresiones.

De las locuciones conocidas, algunas tratan de indicarlo con mayor o menor precisión. Se le conoce como arrestado, detenido, querrellado, denunciado, imputado, juzgado, acusado, enjuiciado, demandado, reo, culpable, convicto, criminal, indiciado, sospechoso, sujeto activo del delito, probable sujeto activo del delito, probable responsable, presunto responsable, sujeto pasivo del proceso, procesado, encausado, apelante, apelado, recurrente, recurrido, bandido, encartado, sentenciado, preliberado, etcétera.

No se trata realmente de verdaderos sinónimos, pues cada vocablo tiene una connotación propia. Veamos algunas de ellas.

El tradicional vocablo *demandado*, resulta demasiado estrecho para etiquetar a nuestro sujeto. Demandado es el sujeto contra el cual existe una concreta pretensión, y aunque contra nuestro sujeto se puede concretar una pretensión, hay etapas del procedimiento en que sólo es investigado, mas no demandado. Si se atiende a que se trata de un sujeto que interviene en fase previa al proceso, es obvio que ahí tampoco hay demandado. El demandado penal no habrá de surgir sino hasta que se concrete la pretensión, lo cual será —como veremos en su oportunidad— en las llamadas conclusiones acusatorias del Ministerio Público.

El término *procesado* nos indica a la persona sujeta a proceso. Aunque en lo penal existe procesado, el sujeto que estudiamos no se queda aquí, pues también nos interesa la persona a la que previo al proceso se le imputa un hecho con apariencia de delictuosidad. El sujeto de la averiguación policial, por ejemplo, no es un procesado.

Los vocablos *arrestado* o *detenido* sólo hacen alusión a la persona sujeta a medida cautelar, mas no a aquella que, como en lo penal, está exenta de que se le aplique tal medida. No todos los sujetos a que nos referimos tienen que estar arrestados o detenidos.

Culpable, convicto, delincuente, criminal, sujeto activo del delito, bandido, tampoco retratan a nuestro personaje, pues estos vocablos, además de pertenecer al derecho penal y no al procesal penal, hacen eco de la relación sustancial, pero no de la procesal. Basta recordar que puede darse el caso de que una persona inocente sea sujeta a proceso penal, pero no necesariamente que sea culpable, o delincuente. No habrá sujeto activo del delito sino hasta que se dicte la sentencia ejecutoria que así lo declare.

La expresión *reo*, aunque en la actualidad tiende a ser asociada con la de sancionado o penado, histórica y etimológicamente responde a la idea de demandado, en cuanto que tal sujeto es el vinculado con la *res* o *rei*, la cosa, el asunto, el litigio. Pero aquí ha de advertirse que nuestro sujeto de estudio no necesariamente es un sujeto del litigio, sino de la acción.

La voz *acusado* encuentra mayor aquiescencia, sobre todo cuando acusado en sentido amplio denota a nuestro personaje. No obstante, muchos lo han rechazado para no confundirlo con el acusado en sentido estricto, el cual es sólo aquel contra quien existe o pesa una concreta pretensión procesal. Por eso en México se les llama acusados a aquellos contra los que se han presentado conclusiones acusatorias, y se dice así que acusado sólo lo hay en el plenario, mientras que en la instrucción sólo hay inculcados.

Nuestra Constitución (art. 20) emplea la palabra acusado en el sentido más amplio posible, y esta palabra se equivale con la locución *imputada*, en un sentido también amplísimo.

Cuando aludimos a *sujeto pasivo del proceso* nos referimos al sujeto procesado, destinatario no sólo de la instrucción, sino también del juicio o plenario. Desgraciadamente, no se comprende como "sujeto pasivo del proceso" al

preprocesado; es decir, aquel que está en la averiguación policial, previa o administrativa, sin que se haya promovido la acción.

Recordemos que uno de los más destacados procesalistas del área penal, como lo fue Manzini, prefirió denominarle *imputado*,¹ y sobre éste Prieto-Castro afirmó que "hay sujetos de imputación penal desde que recaen sobre una persona sospechas de la realización de un acto punible, que origina diligencias policiales... y judiciales, o directamente éstas, comenzando por la citación para declarar ante el juez". No obstante, para Prieto-Castro, sospechoso sería un tecnicismo tal vez más aplicable.²

Debido a la íntima conexión del preprocesado con el procesado, o mejor dicho con el sujeto pasivo del proceso, ambos se examinarán en este mismo capítulo.

8.2 CAPACIDAD PERSONAL

Al sujeto pasivo del proceso penal se le exige una cierta capacidad especial, esto es, *capacidad personal*.

La aptitud exigida para ser sujeto pasivo del proceso penal no sólo se cibe a la general de goce y ejercicio, pues también se establecen o se han establecido ciertas reglas especiales.

En cuanto a capacidad, llamamos la atención hacia los casos relativos a animales, muertos, personas morales y aun personas físicas.

A. ANIMALES

Actualmente se les niega capacidad a los animales, aunque en alguna otra época se les reconoció (principalmente en la Edad Media). Alcalá-Zamora y Manzini nos ilustran con interesantísimos ejemplos:

"En el pasado —apunta Alcalá-Zamora—, y hasta fechas relativamente cercanas, los procesos contra animales... pertenecieron al mundo de la realidad y no a los dominios de la fantasía. Para amenizar un tanto estas charlas, referiré algunos de esos pintorescos juicios. En 1474 el verdugo quemó en Basilea (Suiza) un gallo acusado de haber puesto un huevo, hecho que se reputaba constitutivo de hechicería; en 1567 fue ahorcado en Senlis (Francia), tras el correspondiente proceso, como en el caso del gallo, un cerdo que devoró a una niña

¹ Manzini, Vincenzo, *Tratado de derecho procesal penal*, págs. 381, o 383, y 413 y 414.

² Prieto-Castro, Leonardo, *Derecho procesal*, pág. 128.

de cuatro meses; en 1659, una plaga de langosta invadió los campos de cultivo de la aldea de Pirraeos en la provincia de Segovia (España) y con tal motivo se le siguió pleito por todos sus trámites, sin omitir inclusive el recibimiento a prueba y la designación de defensor para las demandadas (que suponerían integrarían un litisconsorcio necesario... a el cual adujo a su posibilidad de que obrasen así en cumplimiento de mandatos divinos para el castigo de los hombres, pese a lo cual al sustanciarse el litigio ante un juez eclesiástico, fueron condenadas a abandonar los predios dentro de un plazo perentorio, y no habiendo atendido el requerimiento al efecto ni la amenaza de excomunión a él anexa, se procedió a la ejecución del fallo; no obstante el precedente, la langosta retornó en 1709 y de nuevo se le formó proceso; en 1713, los religiosos menores de la provincia de la Piedad en Brasil litigaron contra las hormigas que ocupaban sus terrenos; en fin, en distintas épocas, procesos contra golondrinas, como las que se instalaron en la catedral de Córdoba (España), contra ratas y ratones, quizá los más frecuentes, uno de ellos acompañado de excomunión en Francia, hacia 1710, y otro en el que para tener la seguridad de que el esparcimiento llegaba a sus destinatarios, se le colocó sobre un trozo de queso; etc.³

Manzini recuerda a G. A. Dethou (1553-1627), quien "adquirió la nombrada como juriconsulto gracias a un proceso en que defendió a los topes campestres de su país y de quienes había sido nombrado abogado por el obispo del lugar. Excusó la contumacia de los arribcolas, exceptuando la irregularidad de la citación y del plazo para comparecer; aduciendo también la fuerza mayor, toda vez que faltaban puentes en los caminos, y no había seguridad en ellos, infectados como estaban de gatos. Y de este modo consiguió la absolución de los topes.⁴

B. MUERTOS

Para ser capaz penalmente también se requiere estar vivo. Ya no hay, como en la Edad Media, la *damnatio memoriae*, que por ejemplo en la América española, hizo desfilar a los cadáveres para quemarlos y que "no se escaparan de este mundo sin sanción".

"En la Edad Media —refiere Manzini— las condiciones de la época hicieron a veces que, si no la Iglesia, si ciertamente algunos eclesiásticos, se desearraban en el camino señalado por los más fundamentales principios del Cristianismo. Hasta algún Pontífice enseñó con su ejemplo a perseguir a los muertos. El Papa Esteban VI, ocho meses después de su elevación al pontificado, el año

³ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Ensayos críticos del código de procedimientos civiles de Cárdenas*, págs. 164 y 165.

⁴ Manzini, Vincenzo, *Tratado de derecho procesal penal*, t. II, pág. 395.

496. hizo exhumar el cadáver de su predecesor Formoso, revestirlo con los hábitos pontificales, salario, a fin de detener el proceso de descomposición, y secretó al difunto pontifice al juicio del Concilio (la defensa se lee en los Opúsculos de Aquilói). Pronunciada la condena, se llevaron el cadáver y, cortados los dedos que habían impartido la bendición, lo decapitaron y arrojaron los restos al Tíber. El pueblo romano, indignado, se amotinó y mató al Papa Esteban. Triste ínfula de éste fue el Papa Clemente V, que en una época de mucho mayor progreso, promovió el juicio por herejía y por torpezas carnales contra su predecesor Bonifacio VIII. La instrucción comenzó el 16 de mayo de 1300, pero no se pronunció la sentencia por haberse resuelto la cuestión con un decreto del Concilio de Viena que regó las culpas atribuidas a Bonifacio. Digno de mención, entre nosotros, es el caso, documentado en una disertación de Puricelli, de aquella Guillermina, bohemía, que en Milán había fundado una secta religiosa. Esta mujer, muerta ya, y sepultada junto al monasterio de Clareval, y tenida en concepto de santidad, fue sometida a proceso, exhumada en la hoguera en Milán, en septiembre de 1300.⁵

C. PERSONAS MORALES

La idea dominante en la actualidad parece indicar que las personas morales carecen de capacidad penal, lo cual significa que no pueden ser llamadas a juicio.

Cuando menos ésta es la idea que parece plantearse en el trabajo de Miguel Bajo Fernández, "De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas", en 1983, en la *Revista de Derecho Industrial*.

De su obra se colige que estos entes no incurrir en responsabilidad criminal, sino en todo caso, sólo pueden ser castigados con sanciones civiles, administrativas o con medidas de seguridad.⁶

Un argumento podría ser que los delitos son conductas y éstas sólo son propias del ser humano, pero no de las "ficciones jurídicas". Así, no puede ser enjuiciado quien nunca ha realizado una conducta.

No obstante, el artículo 11 del Código Penal y el 89 de la Ley Forestal de 1986 promueven a la duda. En el artículo 11 citado, se establece la posibilidad de que cuando un miembro de una persona moral cometa un delito, podrá el tribunal disponer la disolución de la persona moral; y el mencionado artículo 89 fue más lejos, pues afirmó que las personas morales que indica cometen delitos (ya no sólo sus miembros, como en el Código Penal) deberán ser sancionadas penalmente con multa al doble del daño causado.

⁵ *Ibidem*, pág. 397.

⁶ Laboriaga Villanueva Pedro, *Boletín mexicano derecho comparado* núm. 55.

Independientemente de los problemas que a los penalistas puedan causarles estos preceptos, para el procesalista, con base en el debido proceso legal (llamada garantía de audiencia), la persona moral no puede ser sancionada sin haber sido llamada a juicio. De manera que si es llamada a juicio, esto significa que es capaz.

Entonces, en casos muy específicos establecidos en la ley, las personas morales sí tienen capacidad para comparecer a juicio y para tomar parte.

Por desgracia, en el caso de las personas morales, nuestras leyes omiten regular el procedimiento. Tenemos el antecedente del Código yucateco, que establecía la posibilidad de sujetarlas a proceso con... ¡el auto de formal prisión!... notificado al representante.

D. PERSONAS FÍSICAS

El simple hecho de ser persona física no implica tener capacidad penal, pues para ello es menester asegurar otros elementos, entre los cuales cabe destacar edad, salud mental y no adicción.

a) Edad

Así, para ser llamado a un proceso penal se requiere cierta edad: 18 años en nuestras leyes, aunque en otras se establecen 16 o 17 años de edad como mínimo. En su máximo, algunas leyes (Argentina, por ejemplo) establecen 70 años, salvo que se demuestre que a edad superior todavía se es capaz.

b) Salud mental

Los enfermos mentales quedan segregados del proceso penal al carecer de capacidad. Tal segregación puede ser provisional o definitiva.

Como veremos en su oportunidad, sólo existe un procedimiento donde se les ve como objeto (no sujeto) similar a los procedimientos de interdicción.

Nuestro Código Penal, desgraciadamente, establece una equiparación entre sordomudos y enfermos mentales.

c) No adicción

Ésta significa no ser adicto a ciertas sustancias, pues tratándose de toxicómanos el tratamiento es especial y su capacidad es limitada.

8.3 LEGITIMACIÓN PROCESAL

En el caso de la legitimación del sujeto pasivo del proceso, la legitimación en la causa importa tanto como en el proceso.

En la legitimación *ad causam* se trata de observar si el enjuiciado es el que ejecutó la conducta o tiene o tenía derecho a realizar la conducta debatida. Por ejemplo, si es el que tenía derecho a apoderarse de la cosa, o derecho a matar en la legítima defensa. Realmente en este punto contrastamos a los sujetos de la relación procesal con los sujetos de la relación material. Así, de cierta forma se procura que el enjuiciado sea el delincuente.

En cambio, en la legitimación *ad processum* se examina la aptitud del imputado para ejercer su carácter de parte.

No obstante, aquí ha de hacerse énfasis en que no es necesario que el penalmente enjuiciado (sujeto del proceso) sea necesariamente el delincuente (sujeto sustancial).

El ser o no la persona que cometió el delito no es condición para ser penalmente enjuiciado, pues en todo caso será una condición para que triunfe la pretensión del acusador.

Para estar legitimado pasivamente en el proceso, basta con que el acusador diga que el acusado es el delincuente o que la persona moral deba ser disuelta por cooperar o realizar una conducta delictuosa, o que así lo sospeche el tribunal.

8.4 NATURALEZA JURÍDICA

Debido a la posición que ocupa en el proceso, el imputado ha sido considerado como un objeto o como un sujeto. Realmente, al ser considerado como un mero objeto, obliga a negarle la calidad de parte.

Al determinar la naturaleza jurídica del imputado, las tesis han oscilado en tres posiciones:

1. *Tesis negativas*, esto es, ideas que le niegan la calidad de parte.
2. *Tesis positivas*, que comprenden a las que lo consideran como parte, y
3. *Tesis mixtas*, que cobijan ideas que sostienen que en ciertas fases es parte y en otras no.

Para los que defienden las tesis negativas, no hay partes en el proceso. Pero lo que ocurre es que parten de la idea del proceso inquisitivo, que aparentemente niega la idea de partes procesales.

En las tesis positivas se afirma su posición de parte, y en las mixtas, aunque también se sostiene que tiene la calidad de parte, tal calidad la ostenta sólo en una fase del enjuiciamiento y no a todo lo largo del mismo.

Alcalá-Zamora, por ejemplo, quedaría encuadrado dentro de la última de las tesis. Así, apunta que "el inculpado no alcanza esa cualidad (de parte) durante la instrucción, en la que no pasa de ser objeto del procedimiento, sin llegar todavía a sujeto de la relación procesal".⁷

A nuestro modo de ver, el sujeto a que nos referimos sí posee la calidad de parte. Es parte en el juicio o plenario, pero también es parte en la instrucción judicial. Si negamos que sea parte en la instrucción policial o administrativa. En la instrucción policial sólo es *preparte*.

Cuando nos referimos a la calidad de parte, aludimos a la parte formal o procesal, y no a la material o sustancial; esto es, al sujeto de la acción y no al sujeto del litigio.

A las partes materiales, es decir, los sujetos de la relación material (ofendido-delincuente), los penalistas también los conocen como sujetos activo o pasivo del delito. Al delincuente le llaman *sujeto activo del delito* o parte en sentido sustancial. Es éste el sujeto del litigio.

Como parte formal o sujeto de la acción (acusador-acusado) nuestro personaje es conocido como "*sujeto pasivo del proceso*" (imputado).

Prestemos atención a esta terminología, porque si bien los penalistas se refieren al "*sujeto activo del delito*" (delincuente), los procesalistas nos referimos al "*sujeto pasivo del proceso*" (imputado).

Aunque puede existir un nexo de identidad entre la parte material o sustancial (delincuente) y la parte formal o procesal (imputado), esto no es necesario en el proceso penal.

Reiteramos: puede ocurrir que se enjuicie a un inocente (por ejemplo, que el acusador crea que ese es el delincuente). Este inocente, aunque no es parte material o sustancial, sí es parte en sentido formal o procesal. Entonces, no es necesaria la identidad entre parte formal y parte material.

Para ser sujeto pasivo del proceso (es decir, estar legitimado en la causal basta la afirmación (aunque no se pruebe) o sospecha de que es el sujeto de la relación sustancial o material (aunque no lo sea, basta con que se afirme o se sospeche que es el delincuente, aunque la sentencia declare lo contrario).

Entre aquellos que estudian al imputado encuéntranse también quienes sostienen que en el proceso es la única parte (proceso de parte única), o que es una de las partes (dualidad de partes en el proceso).

Volviendo a la interrogante de si el imputado es sujeto procesal o es objeto, hemos visto que tiene la calidad de sujeto. No obstante, también se le considera como objeto (en especial, objeto de prueba), en la medida en que de él puede el tribunal tomar datos, tales como sus costumbres, comportamientos, actitudes, aptitudes, etcétera.

⁷ Alcalá-Zamora y Castilla, Niceto. *El antagonismo jugador-partes: situaciones intermedias y de dolo*, pág. 298.

8.5 SUJETOS PASIVOS PRIVILEGIADOS

Lo que bajo el epígrafe de "límites subjetivos al ejercicio de la jurisdicción" estudian otros tratadistas, hemos preferido trasladarlo al estudio de los sujetos pasivos privilegiados, donde se acomoda mejor para nuestros efectos didácticos.

Con base en el principio de igualdad ante la ley, ésta no debe hacer distinción y debe tratar a todos por igual. No obstante, se presentan casos donde esta igualdad se quebranta, y otorga a determinados sujetos ciertos privilegios, que en algunos casos los libera como sujetos pasivos de un proceso penal, establece trabas para que así se les considere, o los lleva a procedimientos o tribunales especiales.

Tal vez estas últimas ideas sean las que han llevado a los estudiosos a enmarcar este tema dentro del capítulo de la jurisdicción. Sobre el desarrollo de estas ideas nos parecen de interés las expuestas por Alcalá-Zamora, cuidadosamente desarrolladas por Sergio García Ramírez.⁵

El tema a que ahora nos circunscribimos, de cierta forma también ha sido abordado por algunos penalistas, y a la curia mexicana le parece más familiar aludir con la multívoca voz de "fuero".

Retomando las exposiciones del Alcalá-Zamora y García Ramírez desde la perspectiva del sujeto pasivo del proceso o potencial sujeto pasivo del proceso penal, los privilegios de que puede gozar y que la ley le concede son:

- a) *Impunidad*, para sustraerse de manera definitiva al proceso penal, en atención al reconocimiento que se hace de la impunidad de sus actos y, por lo tanto, inviolabilidad de su persona.
- b) *Inesudicid*, para sustraerse de manera temporal al proceso penal, debido a la presencia de algún obstáculo. En este caso, se está condicionando el enjuiciamiento.
- c) *Enjuiciamiento privilegiado*, esto es, para ser enjuiciado bajo un procedimiento especial. No se trata de que sea enjuiciado bajo las mismas formas que la generalidad de los sujetos pasivos del proceso, sino con formas o rituales especiales, y
- d) *Tribunal especial*, es decir, para ser juzgado por un órgano especial y no por un juzgado ordinario (no se confunda con juzgado extraordinario).

⁵ Alcalá-Zamora y Castilla, Néstor, *Síntesis de derecho procesal*, pág. 532. García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, págs. 91 a 110.

A. IMPUNIDAD

El estudio del tema de la impunidad corresponde realmente al derecho penal y no al procesal, aunque hay que reconocer que si para la ley una persona es irresponsable, no hay razón de procesarla.

Hay impunidad cuando la ley excluye de pena a quien comete la conducta, que en condiciones normales sería sancionada; precisamente al no poder ser reprimido, ese sujeto resulta ser inviolable en su persona.

Se presenta entonces el caso de una *sustracción definitiva al proceso penal*, que se ha explicado por ausencia de capacidad penal. Tal ausencia de capacidad penal sobreviene por razones naturales (por ejemplo, edad, trastorno mental transitorio, enajenación, sordomudez), o políticas (altos cargos).⁹

En el caso de las razones políticas, más que ausencia de capacidad hay hipercapacidad, apunta Francisco Antolisei, y es lo que en parte algunos aplican como *fuero de funcionarios*.¹⁰

La sustracción al derecho penal y, por ende, al enjuiciamiento penal, puede ser total o parcial. Se trata de *impunidad total o absoluta* cuando sea cual fuere el delito cometido, no podrá ser enjuiciado. Se trata aquí, en las razones políticas, de cuestiones mayestáticas. Así, el rey, el emperador o el papa jamás podrán ser enjuiciados, claro está, según las leyes que así lo estiman.

Estamos ante una *impunidad parcial o relativa* cuando sólo respecto a específicos delitos el sujeto que los comete jamás podrá ser reprimido y, por lo tanto, tampoco enjuiciado.

Gozan en México de impunidad relativa los diputados al Congreso de la Unión, al igual que los diputados a los Congresos estatales, respecto a las opiniones que expresen durante sus cargos, de manera que jamás (aun después de que concluyan sus cargos) podrán ser reprimidos (art. 61 constitucional).

Por desgracia, en la historia de México encontramos el caso del diputado Aquiles Elcorty (originario de Aguascalientes), quien en la legislatura de 1913 (época de Victoriano Huerta) se opuso a los caprichos del entonces presidente, motivo por el cual, sin respetarse la impunidad, fue encarcelado varios meses.

B. INMUNIDAD

En el caso de la inmunidad, quien comete un hecho con apariencia de delictuosidad no se sustrae al proceso penal, sino que tan sólo se le otorga el privilegio

⁹ García Ramírez, Sergio, *Cursos de derecho procesal penal*, pág. 93.

¹⁰ Sergio García Ramírez, *Los derechos humanos y el derecho penal*, pág. 134. Del mismo autor, en *Límites de la jurisdicción...* pág. 333.

de que debe cumplirse con una especial condición para que de lleno sea procesado. Esta condición actúa como un obstáculo que impide la marcha del proceso.

Mientras que los impunes jamás podrán ser enjuiciados, los inmunes sí podrán serlo. El privilegio para estos últimos es que primero debe removerse el obstáculo que impide el procesamiento.

La inmunidad también puede ser total o parcial, teniendo en consideración que en cualquier delito o sólo en ciertos delitos se privilegia al beneficiario.

Para Alcalá-Zamora, los tipos de inmunidad pueden ser: parlamentaria, diplomática, para los no extraditables (caso de reos políticos, esclavos, nacionales, parientes o allegados que actúen como encubridores).¹¹

Más exhaustivo nos parece el catálogo de García Ramírez para quien son inmunes:

- a) El presidente de la República.
- b) Altos funcionarios, como los senadores y diputados federales (delitos no propios de su cargo), secretarías de Estado, gobernadores y diputados locales respecto a delitos federales.
- c) Tripulantes de buques extranjeros en atención a reciprocidad internacional.
- d) Personal diplomático y consular.
- e) Diplomáticos, funcionarios internacionales, magistrados de tribunales internacionales.
- f) Ciertos extraditados.
- g) Miembros del ejército extranjero en tránsito por país ajeno.¹²

Tratándose de estas personas, están sustraídas temporal o localmente al proceso. Así durante su encargo ciertos funcionarios no pueden ser procesados, pero sí al concluirlo o al removerse el obstáculo por "desafuero" (que más adelante veremos como "declaratoria de procedencia o autorización para proceder").

Otros sujetos son inmunes frente a un Estado, pero no frente a otro.

El hecho de que una persona goce de inmunidad no significa que esté prohibida la apertura de la investigación policial, donde resulte posible aclarar hechos objeto de un futuro enjuiciamiento.

Los resultados de la investigación policial (mientras perdura la inmunidad) serán guardados hasta la apertura del proceso, o en su caso, se le entregarán al Estado extranjero que pueda enjuiciar.

¹¹ Alcalá-Zamora y Castilla, Niceta, *Sistemas de derecho procesal*, págs. 532 y 533, parágrafo 324.

¹² García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, págs. 92 a 106, y del mismo autor *Los límites de la...* págs. 336 y sigts.

C. ENJUICIAMIENTOS PRIVILEGIADOS

Otro privilegio que quebranta la igualdad personal, consiste en que ciertas sujetos, aun cuando sean enjuiciados, pueden escapar al procedimiento ordinario pero ser sometidos a uno especial o privilegiado. Se reconoce en su favor ciertas prerrogativas procesales.

El enjuiciamiento privilegiado puede ser total o parcial, en atención a que todo el enjuiciamiento sea especial, o que sólo ciertas actuaciones procesales comporten privilegio.

Encontramos el caso de procedimiento privilegiado total, en el caso de menores de edad, para quienes el procedimiento no es el mismo que el ordinario.

En el caso de procedimientos especiales, pero parciales encontramos, por ejemplo, que para que ciertas personas puedan ser aprehendidas y detenidas, se requiere un procedimiento especial. Así, para aprehender a ciertos encargados de servicios públicos o militares, debe primero avisarse a su superior o esperar a que concluya su servicio.

D. TRIBUNAL ESPECIAL

Otras personas gozan de la prerrogativa de escapar al tribunal que normalmente es competente para la generalidad.

Así, por ejemplo, aun cuando el procedimiento sea el ordinario para todo sujeto pasivo del proceso penal, ciertas leyes estatales en México establecen que sólo el Tribunal Superior de Justicia a través de alguna de sus Salas, es el competente para conocer en primera instancia de delitos que se dicen cometidos por ciertos funcionarios, escapando así estos a la competencia del tribunal que ordinariamente hubiera conocido.

Igualmente es factible que para averiguar la conducta de otro juez o magistrado federal, o algún hecho que constituye una grave violación a "garantía individual", nombre la Suprema Corte de Justicia a alguna o algunas personas en calidad de jueces de instrucción (art. 94 const.).

8.6 LITISCONSORCIO PASIVO

En otro capítulo indicamos la posibilidad de que se presente un litisconsorcio pasivo en el proceso penal; es decir, que sean varios los penalmente enjuiciados.

dos. Esto es común, como cuando se afirma que varias personas cometieron un delito.

El litisconsorcio, según se esboza en los estudios, puede ser necesario o voluntario. Decíamos que es necesario u obligado cuando es preciso —so pena de ineficacia de los actos procesales— que estén presentes todos los litisconsortes; y que es voluntario, facultativo o no indispensable cuando no se exige la presencia de todos los litisconsortes.

Es importante determinar si en el caso de adulterio, el litisconsorcio pasivo (es decir, el de los dos enjuiciados por adulterio) es necesario o voluntario, ya que nuestra ley exige que se proceda contra los adúlteros y no sólo contra uno (art. 274 C.P.).

De nuestra parte, no creemos que se trate de un litisconsorcio necesario, porque la ley sólo exige que se proceda contra los dos presuntos adúlteros, mas no que necesariamente estén presentes de manera simultánea, vale decir, que exista acumulación subjetiva.

Surge inclusive la posibilidad de que se pueda suspender el proceso por lo que hace a uno de los litisconsortes (digamos, porque huya) y se concluya contra el presente, que se sentencia, y que después se reanude el proceso suspendido contra el que había huido. Dase entonces la posibilidad de dos sentencias, situación que no es posible en el litisconsorcio necesario.

Aunque generalmente el litisconsorcio penal pasivo se da entre personas físicas, puede ocurrir que al mismo concurre una persona moral.

Ya vimos la posibilidad de que las personas morales puedan concurrir al proceso. Así, por ejemplo, el gerente de la empresa y la propia persona moral tendrán derecho a comparecer como litisconsortes: uno para escapar de la eventual pena corporal, y otro para evitar la disolución de la empresa.

8.7 CARGAS Y PRERROGATIVAS

Además de las cargas naturales (cierto desprecio social), el sujeto pasivo del proceso ha de padecer otras legales, aun contra su voluntad. A título ejemplificativo, digamos que debe soportar el proceso; quedar suspendido en su empleo desde la radicación (en ciertos casos); quedar suspendido en sus derechos de ciudadano, etcétera.

El simple hecho de ser imputado puede producir un cambio en el sujeto. Así, si está privado de la libertad, se produce para su vida la imposibilidad de movimiento y tránsito, y si acaso sustituye la prisión provisional por otra medida cautelar (por ejemplo, caución, protesta), su libertad natural queda restringida, como veremos más adelante.

En cuanto a las prerrogativas del imputado, han variado en el tiempo. Las principales conquistas han sido que se le considere persona (no un objeto), y la posibilidad de defensa, en el sentido más amplio posible.

Muchos de esos logros y derivaciones hoy se consagran como derechos humanos en los preámbulos o Constituciones de los países. En México, se llaman *garantías del acusado* y consisten en el *mínimum de prerrogativas* de que ha de gozar un imputado (acusado en el sentido más amplio posible), aun desde antes de iniciar el proceso, durante el proceso e inclusive después del mismo, y que le permitan no sólo que se le reconozca el derecho a la defensa y a un juicio justo, sino el respeto a su persona en todos los órdenes.

El maltrato de que históricamente han sido objeto los imputados, no solamente se encuentra prohibido por nuestras leyes, sino que incluso los torturadores serán sancionados penalmente. La Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura establece que "en el momento en que lo solicite cualquier detenido o reo deberá ser reconocido por perito médico... El que haga el reconocimiento queda obligado a expedir de inmediato el certificado correspondiente... la solicitud... puede formularla el defensor del detenido o reo, o un tercero" (art. 7).

Tan sólo por lo que hace a la averiguación previa, el indiciado tendrá derecho a que se le informe sobre sus derechos, dentro de los que cabe ser informado de su derecho a declarar, tener una defensa adecuada, tener un defensor, se le faciliten los datos que solicite para su defensa, se le reciban testigos, tener derecho a la libertad bajo caución, etc. (art. 269 fracción III CPPDF).

CAPÍTULO 9

CONTENIDO

1.1. DEFENSOR PENAL	1.0
1.1.1. Concepto	1.1
1.1.2. Funciones	1.2
1.1.3. Requisitos	1.3
1.1.4. Nombramiento	1.4
1.1.5. Ejercicio	1.5
1.1.6. Remoción	1.6
1.1.7. Responsabilidad	1.7
1.1.8. Incompatibilidades	1.8
1.1.9. Régimen disciplinario	1.9
1.1.10. Régimen de honorarios	1.10
1.1.11. Régimen de asistencia	1.11
1.1.12. Régimen de formación	1.12
1.1.13. Régimen de colaboración	1.13
1.1.14. Régimen de cooperación	1.14
1.1.15. Régimen de coordinación	1.15
1.1.16. Régimen de información	1.16
1.1.17. Régimen de comunicación	1.17
1.1.18. Régimen de documentación	1.18
1.1.19. Régimen de archivo	1.19
1.1.20. Régimen de conservación	1.20
1.1.21. Régimen de acceso	1.21
1.1.22. Régimen de uso	1.22
1.1.23. Régimen de mantenimiento	1.23
1.1.24. Régimen de reparación	1.24
1.1.25. Régimen de sustitución	1.25
1.1.26. Régimen de actualización	1.26
1.1.27. Régimen de mejora	1.27
1.1.28. Régimen de optimización	1.28
1.1.29. Régimen de eficiencia	1.29
1.1.30. Régimen de eficacia	1.30
1.1.31. Régimen de efectividad	1.31
1.1.32. Régimen de productividad	1.32
1.1.33. Régimen de rentabilidad	1.33
1.1.34. Régimen de sostenibilidad	1.34
1.1.35. Régimen de viabilidad	1.35
1.1.36. Régimen de factibilidad	1.36
1.1.37. Régimen de oportunidad	1.37
1.1.38. Régimen de conveniencia	1.38
1.1.39. Régimen de utilidad	1.39
1.1.40. Régimen de beneficio	1.40
1.1.41. Régimen de ganancia	1.41
1.1.42. Régimen de lucro	1.42
1.1.43. Régimen de utilidad neta	1.43
1.1.44. Régimen de utilidad antes de impuestos	1.44
1.1.45. Régimen de utilidad después de impuestos	1.45
1.1.46. Régimen de utilidad por acción	1.46
1.1.47. Régimen de utilidad por empleado	1.47
1.1.48. Régimen de utilidad por cliente	1.48
1.1.49. Régimen de utilidad por proveedor	1.49
1.1.50. Régimen de utilidad por socio	1.50
1.1.51. Régimen de utilidad por inversor	1.51
1.1.52. Régimen de utilidad por acreedor	1.52
1.1.53. Régimen de utilidad por deudor	1.53
1.1.54. Régimen de utilidad por consumidor	1.54
1.1.55. Régimen de utilidad por productor	1.55
1.1.56. Régimen de utilidad por distribuidor	1.56
1.1.57. Régimen de utilidad por minorista	1.57
1.1.58. Régimen de utilidad por mayorista	1.58
1.1.59. Régimen de utilidad por exportador	1.59
1.1.60. Régimen de utilidad por importador	1.60
1.1.61. Régimen de utilidad por intermediario	1.61
1.1.62. Régimen de utilidad por agente	1.62
1.1.63. Régimen de utilidad por representante	1.63
1.1.64. Régimen de utilidad por colaborador	1.64
1.1.65. Régimen de utilidad por voluntario	1.65
1.1.66. Régimen de utilidad por beneficiario	1.66
1.1.67. Régimen de utilidad por titular	1.67
1.1.68. Régimen de utilidad por propietario	1.68
1.1.69. Régimen de utilidad por poseedor	1.69
1.1.70. Régimen de utilidad por usufructuario	1.70
1.1.71. Régimen de utilidad por arrendatario	1.71
1.1.72. Régimen de utilidad por inquilino	1.72
1.1.73. Régimen de utilidad por propietario de un bien raíz	1.73
1.1.74. Régimen de utilidad por propietario de un bien mueble	1.74
1.1.75. Régimen de utilidad por propietario de un bien inmueble	1.75
1.1.76. Régimen de utilidad por propietario de un bien personal	1.76
1.1.77. Régimen de utilidad por propietario de un bien común	1.77
1.1.78. Régimen de utilidad por propietario de un bien social	1.78
1.1.79. Régimen de utilidad por propietario de un bien colectivo	1.79
1.1.80. Régimen de utilidad por propietario de un bien público	1.80
1.1.81. Régimen de utilidad por propietario de un bien privado	1.81
1.1.82. Régimen de utilidad por propietario de un bien patrimonial	1.82
1.1.83. Régimen de utilidad por propietario de un bien extrapatrimonial	1.83
1.1.84. Régimen de utilidad por propietario de un bien jurídico	1.84
1.1.85. Régimen de utilidad por propietario de un bien físico	1.85
1.1.86. Régimen de utilidad por propietario de un bien moral	1.86
1.1.87. Régimen de utilidad por propietario de un bien espiritual	1.87
1.1.88. Régimen de utilidad por propietario de un bien intelectual	1.88
1.1.89. Régimen de utilidad por propietario de un bien científico	1.89
1.1.90. Régimen de utilidad por propietario de un bien artístico	1.90
1.1.91. Régimen de utilidad por propietario de un bien literario	1.91
1.1.92. Régimen de utilidad por propietario de un bien musical	1.92
1.1.93. Régimen de utilidad por propietario de un bien cinematográfico	1.93
1.1.94. Régimen de utilidad por propietario de un bien audiovisual	1.94
1.1.95. Régimen de utilidad por propietario de un bien electrónico	1.95
1.1.96. Régimen de utilidad por propietario de un bien digital	1.96
1.1.97. Régimen de utilidad por propietario de un bien informático	1.97
1.1.98. Régimen de utilidad por propietario de un bien tecnológico	1.98
1.1.99. Régimen de utilidad por propietario de un bien científico-tecnológico	1.99
1.1.100. Régimen de utilidad por propietario de un bien científico-tecnológico-artístico	2.00

1.1.101. Régimen de utilidad por propietario de un bien científico-tecnológico-artístico-literario

1.1.102. Régimen de utilidad por propietario de un bien científico-tecnológico-artístico-literario-musical

1.1.103. Régimen de utilidad por propietario de un bien científico-tecnológico-artístico-literario-musical-cinematográfico

1.1.104. Régimen de utilidad por propietario de un bien científico-tecnológico-artístico-literario-musical-cinematográfico-audiovisual

1.1.105. Régimen de utilidad por propietario de un bien científico-tecnológico-artístico-literario-musical-cinematográfico-audiovisual-electrónico

1.1.106. Régimen de utilidad por propietario de un bien científico-tecnológico-artístico-literario-musical-cinematográfico-audiovisual-electrónico-digital

1.1.107. Régimen de utilidad por propietario de un bien científico-tecnológico-artístico-literario-musical-cinematográfico-audiovisual-electrónico-digital-informático

1.1.108. Régimen de utilidad por propietario de un bien científico-tecnológico-artístico-literario-musical-cinematográfico-audiovisual-electrónico-digital-informático-tecnológico

1.1.109. Régimen de utilidad por propietario de un bien científico-tecnológico-artístico-literario-musical-cinematográfico-audiovisual-electrónico-digital-informático-tecnológico-artístico

1.1.110. Régimen de utilidad por propietario de un bien científico-tecnológico-artístico-literario-musical-cinematográfico-audiovisual-electrónico-digital-informático-tecnológico-artístico-literario

1.1.111. Régimen de utilidad por propietario de un bien científico-tecnológico-artístico-literario-musical-cinematográfico-audiovisual-electrónico-digital-informático-tecnológico-artístico-literario-musical

1.1.112. Régimen de utilidad por propietario de un bien científico-tecnológico-artístico-literario-musical-cinematográfico-audiovisual-electrónico-digital-informático-tecnológico-artístico-literario-musical-cinematográfico

1.1.113. Régimen de utilidad por propietario de un bien científico-tecnológico-artístico-literario-musical-cinematográfico-audiovisual-electrónico-digital-informático-tecnológico-artístico-literario-musical-cinematográfico-audiovisual

1.1.114. Régimen de utilidad por propietario de un bien científico-tecnológico-artístico-literario-musical-cinematográfico-audiovisual-electrónico-digital-informático-tecnológico-artístico-literario-musical-cinematográfico-audiovisual-electrónico

1.1.115. Régimen de utilidad por propietario de un bien científico-tecnológico-artístico-literario-musical-cinematográfico-audiovisual-electrónico-digital-informático-tecnológico-artístico-literario-musical-cinematográfico-audiovisual-electrónico-digital

1.1.116. Régimen de utilidad por propietario de un bien científico-tecnológico-artístico-literario-musical-cinematográfico-audiovisual-electrónico-digital-informático-tecnológico-artístico-literario-musical-cinematográfico-audiovisual-electrónico-digital-informático

1.1.117. Régimen de utilidad por propietario de un bien científico-tecnológico-artístico-literario-musical-cinematográfico-audiovisual-electrónico-digital-informático-tecnológico-artístico-literario-musical-cinematográfico-audiovisual-electrónico-digital-informático-tecnológico

1.1.118. Régimen de utilidad por propietario de un bien científico-tecnológico-artístico-literario-musical-cinematográfico-audiovisual-electrónico-digital-informático-tecnológico-artístico-literario-musical-cinematográfico-audiovisual-electrónico-digital-informático-tecnológico-artístico

1.1.119. Régimen de utilidad por propietario de un bien científico-tecnológico-artístico-literario-musical-cinematográfico-audiovisual-electrónico-digital-informático-tecnológico-artístico-literario-musical-cinematográfico-audiovisual-electrónico-digital-informático-tecnológico-artístico-literario

1.1.120. Régimen de utilidad por propietario de un bien científico-tecnológico-artístico-literario-musical-cinematográfico-audiovisual-electrónico-digital-informático-tecnológico-artístico-literario-musical-cinematográfico-audiovisual-electrónico-digital-informático-tecnológico-artístico-literario-musical

SUMARIO

- 9.1 DEFENSA PENAL
- 9.2 DERECHO DE DEFENSA
- 9.3 ASISTENCIA EN LA DEFENSA
- 9.4 NATURALEZA DEL DEFENSOR
 - A. PARTE O REPRESENTANTE
 - B. PROCURADOR O ABOGADO
- 9.5 PRERROGATIVAS
- 9.6 CAPACIDAD
- 9.7 PLURALIDAD DE DEFENSORES Y UNIDAD DE DEFENSA
- 9.8 REGULACIÓN FORMAL DEL CARGO
- 9.9 SISTEMAS DE ASESORAMIENTO
- 9.10 DEFENSORÍA DE OFICIO
 - A. DEFENSORÍA DE OFICIO FEDERAL
 - B. DEFENSORÍA DE OFICIO DEL DISTRITO FEDERAL
 - C. DEFENSORÍAS DE OFICIO ESTATALES
- 9.11 RESPONSABILIDAD

9.1 DEFENSA PENAL

El cometido principal, aunque no el único, del defensor es la defensa.

No se discute en la actualidad si el derecho a la defensa es o no un derecho natural. La disquisición se enfoca más a tratar de definir qué es la defensa, y esto importa mucho en nuestra época, en la cual aún se sostienen conceptos y prácticas aberrantes.

Defensa —indica Ovalle Favela— proviene de *defendere*, "el 'rechazar un enemigo', 'rechazar una acusación o una injusticia'".¹

Des son cuando menos las acepciones que la voz defensa tiene en el derecho procesal:

- a) Como actitud del demandado a oponerse a los hechos (*causa petendi*) invocados por el actor, actitud consistente en oponer hechos impositivos, modificativos o extintivos. Aunque este significado va más a lo material, es el que deriva del artículo 453 del CPC del Distrito Federal.
- b) Como cualquier actitud legal tendiente a sostener un derecho de libertad alegado.

Mientras que el primer significado resulta más estrecho que el segundo, pues sólo implica una reacción a los hechos propuestos por el actor, en el segundo, su connotación es más amplia, puesto que no sólo implica reacción a los hechos, sino también al derecho invocado, a las pretensiones e incluso al proceder mismo (excepcionarse).

Aunque esta segunda acepción no suele ser estudiada por los conocedores de la teoría general del proceso, es la acepción que los textos legales y precedentes penales asignan a la voz defensa.

En este amplísimo sentido, la defensa del imputado, como reacción, tiende a interrumpir la seriación, a contrapetender, anular, modificar o aclarar hechos, incluso a oponerse a las razones legales.

¹ Ovalle Favela, José, "Defensoría de oficio", en *Diccionario jurídico mexicano*.

Salvo excepciones, en la generalidad de los estudiosos, se confunde la *defensa* con el *defensor*; esto es, la *función* con el *sujeto* que puede realizarla.

Entre quienes tratan de conceptualizar a la *defensa* (obviamente, la del enjuiciamiento penal), los criterios no han sido uniformes. Dar respuesta a la interrogante *¿qué es la defensa?*, nos coloca en el terreno de su esencia o naturaleza jurídica.

Para González Bustamante, la *defensa* es la función encaminada a "destruir las pruebas de cargo existentes, de tal manera que la resolución judicial que se pronuncie, se traduzca en una exculpación o, al menos, en una mejora de la situación jurídico-procesal que guarda el inculpaado".¹

Según Herrera y Lasso, la *defensa* es "el derecho de probar contra la prueba el derecho a demostrar que la autoridad probó errónea o insuficientemente"; incluso, más adelante agrega: aprovechar la oportunidad de desequilibrio que en el proceso se presente teste desequilibrio no debe propiciarlo el acusado o el defensor. "aunque ello se traduzca en una resolución de inculpabilidad del culpable, o de culpabilidad atenuada del que tuvo mayor".²

En opinión de Fenech, "se entiende por *defensa* en sentido amplio toda actividad de las partes encaminada a hacer valer en el proceso penal sus derechos e intereses, en orden a la actuación de la pretensión punitiva y la de resarcimiento, en su caso, o impedirlos según su posición procesal".³

Según la idea de Rafael de Pina, la *defensa* es la "actividad encaminada a la tutela de los intereses legítimos implicados en un proceso".⁴

En el ambiente curulesco y postulante —especialmente el mexicano, salvo excepciones— se palpa el aberrante criterio de que la *defensa* es conceptualizada como una misión que tiende a demostrar que "lo negro es blanco". Multitud de defensores le llaman *defensa* a actividades tales como sobornar a jueces y secretarios, inventar testigos, pruebas y hechos inexistentes. Urdir la mentira, engañar a la justicia, fraguar mecanismos para escapar al proceso, poner en práctica triquiñuelas, etc., son algunas de las características que pretenden cobijar al amparo de la *defensa*.

Por desgracia, estos seudodefensores olvidan que convierten su noble misión en verdadera delincuencia. Ni nuestra ley, ni ley alguna, ni la ciencia del derecho permiten o toleran que al amparo de la función de la *defensa* los defensores se conviertan en autores intelectuales de delitos de cohecho, falsedad en declaraciones, etc. La actividad de la *defensa* lleva de respaldo a la propia ley, la legalidad. La idea de *defensa* sólo puede ser forjada en el marco conceptual de la legalidad.

¹ González Bustamante, Juan José, *Principios de derecho procesal penal*, pág. 146.

² Herrera y Lasso, Eduardo, *Garantías constitucionales en materia penal*, págs. 34 y 35.

³ Sergio García Ramírez y Adalberto Victoria, *Presentación del proceso penal mexicano*, pág. 104.

⁴ Pina, Rafael, "Defensa", en *Dieciséisavo de derecho*.

Ciertamente la defensa es una función, una actividad que, enarbolando la bandera de la legalidad, debe tratar de impedir que durante la aplicación de la ley se cometan excesos. La defensa ha de impedir que el funcionario se extralimite en sus funciones legítimas y ha de aclararle lo que le es confuso o lo que ignora.

En un sentido todavía más amplio, la defensa no sólo es actividad de los órganos de la defensa, sino pasividad. Así, también legalizada dentro de la defensa, cabe el omitir proporcionar ciertos datos que de otra manera serían perjudiciales. Esto está apoyado por aquellos textos legales que conceden al imputado el derecho a callar (no declarar en su contra), o al defensor a guardar el secreto profesional.

La defensa comprende a la vez el derecho a enterarse del motivo de la acusación, así como de los actos procesales que han de practicarse.

§.2 DERECHO DE DEFENSA

La defensa no se queda en la mera oposición a la pretensión del actor, sino que también implica reacción a la misma.

Considerando a la defensa como derecho, resulta que implica al mismo derecho de acción, pero puesto en manos del sujeto pasivo del proceso. Se le conoce también como *derecho de contradicción* o como *derecho de contrapretensión*.

Es el derecho de defensa un *derecho autónomo con respecto al derecho material*; es decir, que aun cuando no le asista al imputado un derecho material (el derecho a la legítima defensa, el derecho a ejercer un derecho, el derecho a cumplir un deber), el derecho de defensa, existe.

El *derecho contradictorio* supone a la vez, de manera necesaria, una pretensión; es decir, la pretensión del imputado (demandado). A esta pretensión del demandado también se le conoce como *contrapretensión*.

A través de esa contrapretensión (canalizada por la vía de la defensa) el sujeto pasivo del proceso introduce su excepción (defensa de fondo) o su defensa estricta (defensa procesal).

Pero el derecho de defensa no sólo implica el derecho de contradicción, sino también el conocer el motivo de la acusación, el disponer del tiempo necesario, interponer los medios impugnativos correspondientes, alegar, presentar pruebas, etcétera.

En el ejercicio del derecho de defensa, el derecho de audiencia se torna indispensable, no sólo por la bilateralidad que implica, sino por las trascendentales implicaciones que surgen, desde el simple escuchar al contrapretensor, pasar por su instar y recoger su pretensión.

Sería difícil encontrar enjuiciamientos penales fincados en la unilateralidad de la instancia del acusador (procesos monitorios). La bilateralidad no sólo parece ser la más aceptable, sino también la más justa e incluso democrática.

9.3 ASISTENCIA EN LA DEFENSA

No se confunda lo que es el derecho de defensa, con el derecho a tener un defensor.

No es difícil encontrar textos legales que afirmen que una persona tiene el derecho a defenderse, pero que en ciertos actos del proceso no puede estar asistido por su defensor, o que simplemente no necesite defensor. Por ello, el tener derecho de defensa no implica necesariamente que además se tenga el derecho a tener un defensor.

¿Quién puede ser defensor? Básicamente dos son los sistemas conocidos en torno a los sujetos que realizan la defensa:

- a) Que sea el mismo enjuiciado quien se defienda (defensa por sí), o
- b) Que sea otra persona quien realice la defensa (defensa por otro).

El primer sistema, que podemos calificar como de autodefensa en juicio, se ha conocido desde tiempos remotos. En éste, el imputado realiza la propia actividad de defensa; no existe defensor ajeno, ni se permite nombrarlo. Tal era el sistema de la Ordenanza Criminal Austriaca de 1803. De hecho, este sistema coarta la verdadera defensa, sobre todo cuando el imputado carece de los conocimientos y la práctica suficiente, a lo que generalmente ha de agregarse su detención y prisión preventiva.

El segundo sistema establece la posibilidad de que otra persona realice la actividad de defensa. Este sistema fue acogido por la Ordenanza Criminal Prusiana de 1805.

En México el sistema es mixto, comenzando porque nuestra Constitución permite que la defensa la realice el propio imputado o su defensor.

Los sistemas que permiten un defensor se desglosan a la vez en diversas categorías, desde las que permiten la existencia de defensor sólo en algunas fases procesales, hasta aquellas en las que le da facultades de intervención en todas las fases. Se encuentran en estas direcciones, a la vez, la posibilidad de nombrar defensor, hasta la legislación que no admite proceso sin asistencia de defensor. Es decir, permitida la posibilidad de que la defensa también la puede realizar una persona ajena al imputado, la asistencia conocida puede ser de dos tipos:

- a) *Prescindible o facultativo*, en que el proceso es válido, con o sin defensor, aunque es tolerable que éste intervenga. Aquí sólo existe la posibilidad de que el proceso soporte un defensor.

⁶ Guarneri, José. *Las partes en el proceso penal*, pág. 138.

- b) *Imprescindible a obligatorio*, en que el defensor es imprescindible, a grado tal que está considerado como sujeto procesal indispensable. Ningún proceso puede carecer de defensor. De los abogados (específicamente de los defensores), dice Guarneri: "igual que de las mujeres, es más fácil hablar mal que prescindir de ellos".⁵

En México, las leyes establecen el sistema de imprescindibilidad a obligatoriedad (en el proceso judicial), a grado tal que aun contra la voluntad del enjuiciado debe el tribunal designarlo, e inclusive sancionar como nulo el acto procesal al que no se hubiera llamado al defensor.

9.4 NATURALEZA DEL DEFENSOR

Aunque declamos que el defensor es un sujeto que realiza la defensa, esto no nos lo define, por lo que es necesario tratar de precisar su naturaleza.

Colin Sánchez enumera algunas ideas, según las cuales ciertos estudiosos lo consideran un *mandatario civil*, idea que rechaza, pues el defensor goza de libertad para ejercer su función, sin que sea necesaria la consulta previa para realizarla, ni permiso para impugnar; otros lo consideran *asesor*, pero el citado autor no lo acepta porque la actividad del defensor no se reduce a la consulta técnica; otros más lo consideran *auxiliar de la administración de justicia*, idea que asimismo rechaza, porque argumenta que de ser así, esto lo llevaría a romper el secreto profesional; por último, el propio Colin Sánchez afirma que es un *colaborador en sentido amplio*, pero sin explicar su connotación.⁷

A. PARTE O REPRESENTANTE

Comencemos por resolver si es una parte en el proceso o no lo es. Al respecto podemos encontrar dos tesis:

- a) Positiva; esto es, que afirma que sí es parte, y
- b) Negativa, que le niega la calidad de parte.

Gómez Lara, por ejemplo, afirma que el defensor sí es parte en el proceso "ya que su posición en el proceso, no es la de un mero mandatario, pues puede llegar a tener atribuciones autónomas e independientes de la voluntad del procesado, a grado tal que la voluntad del procesado puede ser totalmente irrelevante para los fines procesales".⁸

En sentido opuesto Alcalá-Zamora al examinar el precepto del Código Michoacano, que afirma que el defensor es parte expresa que aun en el caso de que el defensor pueda realizar actos sin el consentimiento del inculpaado, esto sólo es una "consecuencia directa de la función que como representante procesal

⁵ Colin Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, t. I, pág. 183.

⁸ Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, pág. 201.

sal y patrocinador le incumbe en el proceso". Parte es sólo el destinatario de la pretensión punitiva. El defensor no es ese destinatario. El defensor es órgano patrocinador de la parte.⁹

A nuestro parecer, Alcalá-Zamora está en lo correcto. Ya habíamos afirmado que en el proceso penal sólo hay dos partes (acusadora y acusada) y no más; que aun cuando existan varios enjuiciados, sólo habrá pluralidad de sujetos demandados (litisconsorcio pasivo), pero no pluralidad de partes. El penalmente enjuiciado, o los penalmente enjuiciados, sólo son parte. El defensor únicamente es defensor en función de la existencia del imputado. No puede existir por sí y con independencia del imputado, el defensor sólo lo representa.

Esto último también nos lleva a la afirmación de que el defensor no está legitimado en el proceso. El legitimado (*ad causam* y *ad processum*) es el imputado. El defensor tiene *personería*; actúa en atención a la existencia del imputado. Sin imputado no habrá defensor. Al defensor no le asiste la legitimación, sino la capacidad de postulación, en atención al *ius postulandi*.

A la carencia de algún requisito en el defensor, no se podrá oponer la falta de capacidad o de legitimación (sea en la causa o en el proceso), sino la falta de *personería* (no se confunda con falta de personalidad) al no poder realizar la postulación.

Nuestra ley afirma que el defensor sí es parte. No obstante, ha de advertirse que no basta ese dictado del legislador para que así lo sea. El simple decreto no transforma la naturaleza de las cosas, porque es tan ilógico como un decreto que dijera que las piedras son seres hablantes, cuando por naturaleza no lo son.

Lo que en todo caso el legislador quiso indicar fue que el defensor puede actuar directamente en el proceso (que tiene *personería*) y aun contra la voluntad de su representado. Pero esto no es nota que caracterice a la parte.

B. PROCURADOR O ABOGADO

En otros países, el ejercicio profesional se suele diferenciar en dos vertientes:

- a) Procuradores, *lawyers* (Estados Unidos), *Barrister* (Inglaterra), *avoués* (Francia), y
- b) Abogados, *litigant* (Estados Unidos), *solicitor* (Inglaterra), *avocats* (Francia).

El procurador o postulante es el que se apersona ante las autoridades en

⁹ Alcalá-Zamora y Castilla, Nieta, *El nuevo código procesal penal del estado de Michoacán*, págs. 330 y 331.

nombre de su representado realizando los actos procedimentales necesarios. Sin que el interesado intervenga directamente, el procurador es el que firma las promociones, alega y escucha.

En cambio, el abogado (*advocatus, ad caros de y vocatus*) no interviene en la actividad procesal de manera directa. El abogado es el conocedor y especialista en el derecho o una de sus ramas, que sólo asesora a los legos; es el que da los consejos de lo que deben hacer otros. García Ramírez afirma que es el que dirige la actividad procesal de la parte, es decir, el conductor o manejador legal.¹⁰

En tiempos remotos había personas que escribían los discursos que se habían de pronunciar ante los jueces, y otros que los recitaban. Los primeros eran los abogados y los segundos —los oradores— los procuradores. La historia recuerda los casos de logógrafos como Antifón, Iseo, Licias, Osócrates, Demóstenes, etc., como preparadores de defensa que otros leían.

Aunque en México esta diferenciación en el ejercicio profesional se ha perdido, pues es sabido que el defensor, además de dirigir al imputado, generalmente interviene en el proceso a través de promociones y alegatos. Tal vez producto de esta fusión de actividades es que muchos se anuncian diciendo que son abogados y postulantes.

No obstante, la regulación de nuestra ley procesal se refiere más al procurador que al abogado. Respecto a este último, su actividad la veremos al plantear la del director de la defensa, que en ocasiones coincide con el representante común de los defensores.

Una máxima que no debe olvidarse: "el defensor —acentó Manzini— no es un patrocinador de la delincuencia, sino del derecho y la justicia en cuanto pueden estar lesionadas. El defensor que no profesa esta santa máxima, es un despreciable y peligroso intrigante. Es un encubridor del delincuente y no un defensor del imputado".¹¹

9.5. PRERROGATIVAS

En la importante misión de la defensa, con el transcurso del tiempo el defensor ha ido adquiriendo o perdiendo algunas prerrogativas, las que responden a la realidad imperante de un país y época determinados. En algunos lugares adquiere mayor importancia que en otros.

¹⁰ García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, pág. 226.

¹¹ Manzini, Vincenzo, *Tratado de derecho procesal penal*, t. II, pág. 575, 577.

Las prerrogativas otorgadas al defensor responden a la vez a la cercanía o lejanía de los principios inquisitivo o acusatorio.

En México, encontramos como prerrogativas que el defensor *no es un mero vocero o intermediario*, pues en la mayoría de las ocasiones es un *procurador*. Así, es el que promueve, oye o alega; tiene la posibilidad de *interrogar directamente al imputado y testigos* (arts. 156 y 249 CFFP); puede *objectar la redacción del interrogatorio al jurado* (art. 335 CFFP); *comunicarse con el imputado en cualquier diligencia* (art. 89 CFFP), aunque una inconstitucional reforma le impide, en la declaración preparatoria, *alegar en segundo lugar* (derecho a la última palabra) (art. 345 CFFP).

Pese a que atañe más a la defensa que al defensor, nuestra ley establece que además de tener que estar presente en cualquier acto procesal (presencia obligatoria), el defensor puede ser sancionado en el caso de ausencia, con medida disciplinaria (art. 87 CFFP). Pero importantísimo para la defensa es que la audiencia a la que no asista no pueda verificarse (art. 88 CFFP), llegando hasta la nulidad del acto al que el defensor no asista (art. 388 fracción II CFFP). Si el defensor no asiste a una audiencia, el funcionario debe diferir la fecha (art. 88 CFFP).

En otra serie de prerrogativas concedidas al defensor en diversos países (en el nuestro no existen) encontramos que puede gozar de *inamovilidad de palabra*, de manera que puede hablar, probar y alegar, sin temor a ser sancionado; *inamovilidad de su bufete y talego*, para que no sea revisado su despacho, ni su portafolios, ni las pruebas que se le han confiado; *conocer previamente la causa de la acusación*, para poder preparar eficazmente la defensa (en México, el defensor sólo se entera hasta la declaración preparatoria); *igualdad de condiciones que la contraparte*, etcétera.

En México priva una desigualdad manifiesta entre el defensor y el Ministerio Público. Mientras que el último tiene en su favor el *imperium*, presupuesto especial de gastos, vehículos disponibles, órganos técnicos, personal especializado, equipos de informática y telecomunicación, puede sacar expedientes del juzgado, escuchar en sigilo ciertas notificaciones judiciales, etc., el defensor no cuenta con nada de esto.

9.6 CAPACIDAD

En orden a la capacidad personal o subjetiva del defensor penal, llamamos la atención al título, el sexo y la edad. Lo relativo al número lo veremos más adelante.

En cuanto al título, los sistemas conocidos establecen la intervención letrada imprescindible (monopolio de la defensa), o la intervención letrada prescindible, donde no se requiere título para ejercer la defensa penal.

Nuestra ley, comenzando por la Constitución, no exige título de licenciado en derecho para ejercer la defensa penal. No obstante, para el caso de que un imputado designe como defensor a un lego, el tribunal lo "invitará para que designe, además, un defensor con título. En caso de que no hiciere uso de este derecho, se le nombrará el defensor de oficio" (art. 28 Ley Reglamentaria del art. 50. const.).

El defensor será un abogado o la "persona de la confianza" del imputado (art. 20 const.), requisito que en alguna época se estableció dada la ausencia en todo el país de licenciados en derecho. Hoy en día convendría su modificación, para exigir que todo defensor sea titulado. La práctica ha revelado que los defensores carentes de título comprometen la seguridad del enjuiciado, además de que en el fondo no son verdaderas "personas de su confianza", sino negociantes.

En lo que hace al sexo, no existe discriminación entre hombres y mujeres. Refiere Pallares que originalmente las mujeres podían ser defensoras, pero que en la época de los viejos pretores, Cayo Afrania censó la paciencia por sus excesos de palabra, al punto que prohibieron que las mujeres ejercieran la defensa.¹²

Nuestra ley nada dice acerca de la edad, aunque por disposición del Código Civil, la capacidad de ejercicio requiere un mínimo de 18 años.

En lo que se refiere a la capacidad subjetiva en concreto, el defensor debe carecer de impedimentos, a grado tal que, por ejemplo, los defensores de oficio pueden excusarse (arts. 464 y 466).

Nuestra ley pone el acento en quienes carecen de ius postulandi: "No pueden ser defensoras —establece el artículo 160 CPPP— los que se hallen presos ni los que estén procesados, tampoco podrán serlo los que hayan sido condenados por alguno de los delitos señalados en el capítulo II, título décimo segundo del libro II del Código Penal (arts. 231, 232, y 233), ni los ausentes que, por el lugar en que se encuentren, no puedan acudir ante el tribunal dentro de las veinticuatro horas en que deba hacerse su nombramiento".

Según el Código de Justicia Militar, tampoco pueden ser defensores aquellos militares que sean superiores al juez (art. 97).

Otras condiciones para el acceso al cargo son la *aceptación del mismo* y la *protesta o juramento*, que veremos más adelante.

9.7 PLURALIDAD DE DEFENSORES Y UNIDAD DE DEFENSA

Al no ser colegiado por necesidad el órgano de la defensa, el número no importa para su integración. Es decir, así como en un jurado popular o un tribunal

¹² Pallares, Eduardo, *Derecho procesal civil*, págs. 169 y 170.

colegiado importa la presencia de todos los integrantes o un número mínimo para que sea capaz, en el caso del órgano de la defensa no ocurre lo mismo, ya que en la defensa, aunque puede ser colegiada, sólo basta con que se cuente con un solo defensor.

Nuestra Constitución establece que se podrá designar como defensor a abogado o persona de su confianza, sin establecer límite en cuanto al número de defensores.

El caso de pluralidad de defensores plantea algunos problemas que es preciso resolver.

Un problema es resolver si en el caso de varios defensores, éstos integran un *litisconsorci*o. Si tenemos en consideración que el litisconsorci se presenta en la pluralidad de sujetos (en nuestro caso, sujetos pasivos del proceso), advertiremos que varios defensores no definen un litisconsorci pasivo, pues no son sujetos pasivos del proceso, sino *representantes o procuradores* de ese sujeto procesal.

Nuestra ley establece, además, que "si el inculcado designare a varios defensores, éstos deberán nombrar en el mismo acto a un representante común, y si no lo hicieren, en su lugar lo determinará el juez" (art. 160 CFFP).

En el caso de este "representante común", nuestra ley no establece sus funciones ni su reglamentación, lo que debe llevarnos a precisarlo.

En la mayoría de las obras de teoría general del proceso, es conocido el representante común, como aquel que con base en la existencia de un verdadero litisconsorci, es designado para representar a todos los litiscosortees. El artículo 63 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal es un ejemplo de ello.

No obstante, en el caso de pluralidad de defensores, tal pluralidad no es de sujetos pasivos del proceso, sino de defensores.

El que nuestra ley procesal penal llama "representante común" difiere del que la ley procesal civil maneja con ese nombre. De ahí que su regulación sea diversa y, desde luego, nos suscite algunas dudas.

A nuestro modo de ver, la representación unitaria puede concebirse desde dos perspectivas:

- a) Representación unitaria de litiscosortees o unificación de personería, y
- b) Representación unitaria de defensores o unificación de la representación.

En el primer caso, que es regulado por la ley procesal civil o de amparo, no se encuentra en la ley procesal penal, y por tanto, al presentarse un litisconsorci entre penalmente enjuiciados, no existe la obligación de designar representante común de litiscosortees.

El segundo caso (regulado por el artículo 160 del Código Federal de Procedimientos Penales) no implica litisconsorci, pero sí pluralidad de defensores, los cuales unifican la representación.

“No debe confundirse —dice Alsina— la unificación de la personería con la unificación de la representación, porque son dos cosas distintas. Aquella supone la existencia de varios sujetos en estado de litisconsorcio, que actúan personalmente o por medio de apoderado . . . éste se refiere al caso de que una parte hubiese constituido al mismo tiempo varios mandatarios.”¹²

En la representación unitaria de litisconsortes, el representante puede ser uno de los propios litisconsortes o una persona ajena, mientras que en la representación unitaria de defensores, el representante ha de ser necesariamente un defensor y no una persona ajena.

El representante común de los defensores debe fungir además como verdadero procurador en el proceso, en tanto que los demás defensores, normalmente como abogados.

No se confunda al representante común de defensores con el director de la defensa; es decir, no debe confundirse la unidad de representación, con la unidad de dirección. El representante común sólo representa, y no necesariamente dirige. Suele ocurrir que un defensor sea el representante o procurador ante el juez, pero otro sea el que dirija la defensa. El representante común de la defensa es, en parte, el vocero de la defensa. En el lenguaje curialesco lo conocen como el que “lleva la voz de la defensa”.

Esta unidad en la representación de la defensa no sólo reduce al tribunal la multitud de voces que se podrían dar (de no existir esa unidad), sino que garantiza la unidad de la defensa misma, evita su dispersión y actuación contradictoria.

En la Ley de Partidas (Ley 18, Tit. V, Partida III) se estableció: “si todos los personeros vinieren al pleyto, e la otra parte se agraviase en razonar con todos, deben dar uno de ellos que razone. E si non se acordare tome el juez qual de ellos entendiere que lo fará mejor”.

En el caso de varios litisconsortes pasivos (pluralidad de penalmente enjuiciados), puede ocurrir que una persona sea la que los defienda. No obstante, algunas leyes como las de Chihuahua y Coahuila suponen que hay casos en que los intereses de los enjuiciados sean diversos, por lo que ante lo que llaman “defensas incompatibles”, prohíben que un solo defensor sea el mismo para los litisconsortes con intereses opuestos. Esto significa que en el proceso penal, no resulta fácil la unidad de litisconsortes, y tal vez sea éste el motivo por el cual la ley no la regula.

Adiviértase que en el caso de incompatibilidad de defensa, no es posible la unificación de defensa y defensor, dada la diversidad ya sea de causa petendi, pre-

¹² Alsina, Hago, opus cit. pág. 242.

tenación o derecho invocado; pero, además, de la excluyente entre una y otra defensa.

9.8 REGULACIÓN FORMAL DEL CARGO

Después de examinar la función de la defensa, propia del cometido del defensor, pasamos a la regulación formal que se inicia con la elección del defensor y llega hasta el fenecimiento de su cargo.

Hay *elección de defensor* cuando se nombra a la persona que se hará cargo de la defensa. Así, llegado el momento el elector designa o nombra a la persona o personas que deseen se encarguen de la defensa.

El *elector*, como regla general, es el imputado. Es éste a quien le corresponde elegir a la o las personas que desee lo defiendan. Si acaso no cuenta con alguna persona para ello, en nuestro sistema podrá elegir de una lista de personas que el juez le proporcione, a uno o varios para que lo defiendan.

No obstante, hay casos en que el elector no lo es el imputado, como cuando éste se niega a nominar defensor, caso en que lo hará el juez.

En cuanto al momento de la elección, ésta puede ser desde la detención del imputado (caso en que nuestra jurisprudencia lo vio como facultativo), desde la averiguación previa (acorde a las últimas reformas constitucionales), desde la declaración preparatoria (momento a partir del cual es indispensable su elección), o en cualquier otro momento del proceso, para el caso de sustitución del defensor.

Luego de la nominación, lo más lógico y natural es que el funcionario debe hacer saber tal designación a la persona nominada, a fin de que acepte o rechace el cargo conferido.

La elección o nominación de defensor no supone que necesariamente deba contarse con el asentimiento de éste. La *aceptación o rechazo* es posterior.

La designación de defensor, para el profesional, constituye ante todo un honor y un orgullo. Supone que a él se están confiando bienes tan preciosos como la libertad o la vida. Es un reconocimiento a sus cualidades profesionales. Podría pensarse que esto obliga a aceptar el cargo; no obstante, sólo es una posibilidad, ya que en ocasiones se puede justificar (no sólo explicar) el rechazo, y en otras sólo habría de revelar en el elegido falta de madurez y cobardía. Luis XVI, el rey de Francia, designó como su defensor a Target, quien declinó su nombramiento por miedo a represalias de la Convención. Target, en lugar de ganarse amigos, logró el desprecio de la Asamblea.

En México fungió como defensor de Maximiliano de Habsburgo, don Vicente Riva Palacio, quien nunca dejó por ello de ser un hombre respetado y de reconocidísimos méritos.

A la aceptación del cargo, en la práctica le sigue la *protesta* (o *juramento*) de que el defensor habrá de cumplir su cometido con toda su ciencia (art. 270 CPPDF). En el viejo derecho romano, al iniciarse una causa el profesional prestaba el *juramentum calumniae*. Así, para cada asunto se juraba su cumplimiento. En Francia, Felipe III (23 de octubre de 1274) dispuso que ese juramento debería hacerse al inicio de la profesión (no en cada causa), aunque renovarse anualmente. En México, este "juramento general" sólo se da por los licenciados en derecho al recibir el título en la Universidad, pero no existe en el caso de los legos, a los que nuestra ley les permite ejercer la defensa.

Aunque la actividad de la defensa no debe cesar en nuestro sistema, sí puede ocurrir se sustituya al defensor designado y termíase para éste el cargo.

Cuando por sustitución del defensor termine éste su cargo, dicha sustitución puede surgir por *revocación* o por *renuncia*.

En la *revocación*, el elector decide que el defensor concluya en su cargo, en tanto que en la *renuncia*, el propio defensor (después de haberlo aceptado) abdica.

Sea cual fuere el medio de sustitución, en el sistema que establece la *defensa permanente*, tal revocación o renuncia no puede ni debe tener efecto sino hasta que se elija y acepte el cargo otro defensor, e inclusive, en algunos países (Estados Unidos), hasta que el nuevo defensor conozca bien el asunto de que se hace cargo.

La simple designación de un defensor transcurrido el proceso, no significa que cesa en su función el defensor previo, aunque en Italia, el nombramiento de un particular supone revocado al de oficio.

En épocas antiguas, el defensor estaba obligado a renunciar a su cargo cuando se presentaran ciertas circunstancias. "Un decreto de 18 de junio de 1564 — apunta Cardoso Isaza — ordenaba que el abogado debía comprometerse bajo juramento a deponer la toga una vez que se hubiera comprobado que el reo era un hérctico pertinaz. Además, y esto es monstruoso para nosotros, debía revelar



a los cómplices que descubriera bajo la amenaza de una pena que se dejaba al arbitrio de los cardenales de la congregación."¹⁴

9.9 SISTEMAS DE ASESORAMIENTO

El ejercicio de la defensa históricamente ha estado ligada al ejercicio de la profesión del derecho, e históricamente, esta profesión no siempre ha sido bien vista.

Desde antaño, la impartición de justicia ha cargado con innumerables problemas, cuyas causas frecuentemente se han imputado a los profesionales y, por ende, a los defensores.

Esto ha llevado en algunas ocasiones a que los gobernantes, para cubrir su incapacidad de impartir justicia, hayan suprimido el ejercicio liberal de la abogacía y la procuración, como ocurrió en Francia (1790) o en Rusia (1917), para volver más adelante a implantarla.

No obstante, es cierto que en el ejercicio de la defensoría existen muchos problemas que son propios e inherentes a su organización y funcionamiento.

Se conocen dos sistemas de asesoramiento o patrocinio a los penalmente enjuiciados: el particular y el oficial.

En el oficial, sustentado por ideas más socializadoras, se ha tratado de que el Estado controle el ejercicio de la profesión. En la Rusia Soviética, por ejemplo, se establecieron colegios de abogados, donde los profesionales nombrados por el Estado (que les pagaba) eran los que realizaban la defensa; o en ciertos lugares de Estados Unidos, donde los abogados integrantes del Colegio se turnan para asistir a los carentes de recursos.

Esto en México no ha sido posible debido a que no existe la colegiación obligatoria, pues se afirma que de acuerdo con el artículo 9 constitucional, se garantiza la libertad de asociación.

A la fecha, diversas instituciones se han estado creando paralelamente a la profesión liberal. Así, para lo penal existe la *defensoría de oficio* (extensiva a lo familiar y lo civil); para lo laboral, la *procuraduría del trabajo*; para el consumidor, la *procuraduría del consumidor*, para lo agrario, la *procuraduría de asuntos agrarios*; para el menor, la *procuraduría del menor*, etcétera.

Existen asimismo diversas instituciones oficiales o particulares que dan asesoramiento jurídico en distintos órdenes; citemos, por ejemplo, los *bufetes jurídicos gratuitos* de las universidades.

En la asistencia procesal gratuita, Alcalá-Zamora advierte tres posibilida-

¹⁴ Carózo Izua, Jorge, *Pruebas judiciales*, pág. 43.

des: la defensoría de oficio, entregarle dinero al imputado, o la asistencia a través de los colegios de abogados.¹⁵

De ellos, en México se acoge al primero, que por desgracia no ha probado su eficacia, ya que se convirtió en "asesoría" burocratizada.

"Existe —apunta Fix Zamudio— un movimiento doctrinal que pretende lograr la modernización del sistema de asesoramiento jurídico en nuestro país, con el objeto de incorporar algunos instrumentos que se han establecido en otros ordenamientos para proporcionar acceso efectivo a las actividades jurídicas y procesales de los que carecen de los recursos suficientes para obtenerlo, y que han culminado en otras legislaciones con la regulación del propio asesoramiento como institución de seguridad social, que se proporciona en forma paralela a otros servicios ya establecidos con anterioridad, como son los de carácter médico, pues resulta indispensable superar el concepto tradicional de la defensoría de oficio, que no funciona eficazmente en la práctica."¹⁶

El mismo Fix Zamudio nos presenta el panorama imperante hasta 1973 en lo que atañe a la seguridad social y asistencia judicial.

Así, expresa que del clásico sistema de auxilio caritativo se ha pasado (en ordenamientos diversos de los latinoamericanos) a un programa de seguridad social de carácter jurídico.

En Inglaterra, desde 1949 se establece un fondo especial integrado por aportaciones de beneficiarios (según su situación económica), costas judiciales y aportación gubernamental.

En Estados Unidos (desde 1964) se dejó atrás al defensor designado por tribunales (*assigned counsel*), al defensor de oficio (*public defender*) y el auxilio prestado por asociaciones privadas (*legal aid societies*), para establecer oficinas locales de asistencia jurídica.

En Nueva Zelanda, el sistema se apejó en gran medida al sistema inglés.

En Francia, a partir de 1972 se estableció la ayuda judicial (*aide judiciaire*), donde se da ayuda total o parcial, dependiendo de los ingresos. En esto se incluyen los honorarios del abogado y los gastos judiciales y procesales.

En Alemania ha florecido, además de la ayuda judicial, un sistema de seguros privados sobre gastos judiciales y procesales, que ofrecen beneficio, salvo en caso de pretensiones maliciosas o injustificadas.¹⁷

9.10 DEFENSORÍA DE OFICIO

El patrocinio a procesados cuando éstos carecen de defensor surgió inicialmente como expresión de caridad, o incluso con carácter religioso, para luego institucionalizarse como derecho del imputado.

¹⁵ Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *Causas y efectos sociales del derecho procesal*, págs. 151 y 152.

¹⁶ Fix Zamudio, Héctor, *Asesoramiento jurídico*, en *Diccionario jurídico mexicano*.

¹⁷ Fix Zamudio, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, págs. 78 y sigs.

Según indica Fix Zamudio, la historia de la "defensoría de oficio se remonta en México a la época colonial, con los 'defensores y protectores de indios', así como los abogados y procuradores de los pobres, establecidos por varias leyes de Indias, a lo cual debe agregarse el antecedente más inmediato de los procuradores de los pobres del Estado de San Luis Potosí, establecidos por la ley de 6 de marzo de 1847".¹⁸

El *defensor de oficio* debe diferenciarse del llamado *abogado de pobres*. Mientras que al primero no le debe importar si el imputado posee o no bienes, el segundo sólo atiende a los menesterosos. El primero actúa, además, debido a la imprescindibilidad de la defensa, cosa que no ocurre en el segundo caso.

En México se establecen defensorías de oficio (patrocinio de oficio) aunque también, según algunas disposiciones de los estados, funcionan las defensorías de pobres o menesterosos (patrocinio gratuito).

Por desgracia, la defensoría de oficio ha sido hasta hoy la dependencia más olvidada de cuantas posee el gobierno, a grado tal que la prometida lista de defensores que el juez debe proporcionarle al imputado, en el mejor de los casos se reduce a una sola persona.

El presupuesto económico asignado a la defensoría de oficio en México, no se acerca ni al 2% de lo que se otorga al Ministerio Público.

La defensa de oficio debe implicar en México la asistencia letrada, obligatoria y gratuita. *Letrada*, porque debe ser proporcionada por un especialista en derecho (por lo menos licenciado en derecho); *obligatoria* por ser imprescindible; y *gratuita* por estar exenta de costas a cargo del beneficiario.

A. DEFENSORÍA DE OFICIO FEDERAL.

La defensoría de oficio en lo federal se encuentra regulada en la Ley de la Defensoría de Oficio Federal y el Reglamento de la misma.

En el nivel nacional se organiza unitariamente con un *jefe de defensores de oficio*, el cual es designado por la Suprema Corte de Justicia.

El jefe tiene entre sus funciones la de imponer medidas disciplinarias a los defensores y designarlos provisionalmente.

Entre las obligaciones de los defensores de oficio, figuran:

- a) Defender a los imputados que lo designen,
- b) Recurrir al amparo contra resoluciones contrarias,
- c) Patrocinar al sentenciado para obtener el indulto,

¹⁸ Fix Zamudio, Héctor, "Asesoramiento jurídico", en *Diccionario jurídico mexicano*.

- d) Patrocinar al sentenciado para obtener la libertad preparatoria,
- e) Patrocinar al sentenciado en el procedimiento de revocación de la condena condicional,
- f) Asistir a las penitenciarías o prisiones,
- g) aconsejar a los reos para su "regeneración moral".

Los defensores de oficio tienen prohibido ejercer la abogacía en asuntos ajenos a su cargo (art. 11 de la ley); esto es, se les niega capacidad de postulación, salvo en litigios penales a que han sido llamados y, por lo tanto, no pueden ejercer la profesión.

B. DEFENSORÍA DE OFICIO DEL DISTRITO FEDERAL

En el Distrito Federal, la defensoría está regulada por un reglamento expedido por el presidente de la República, que data de 1940.

La defensoría posee un *Jefe* designado por el *Jefe* del Departamento del Distrito Federal, entre cuyas funciones está la de ser consultor de los defensores, acompañarlos a sus visitas y presidir las juntas mensuales.

Según la paupérrima regulación, debe éste visitar a los inculcados desde antes de la declaración preparatoria, ofreciéndoles sus servicios y preparándoles sus defensas, así como visitarlos periódicamente para indicarles la forma de obtener la libertad bajo caución.

A diferencia del defensor de oficio en lo federal, al cual se le prohíbe ejercer la profesión en asuntos ajenos, el defensor de oficio del Distrito Federal sólo está impedido de ejercerla en el área de su función.

El defensor de oficio sólo puede rechazar el cargo o renunciar por causas de impedimento o por "ofensas o desuestos del acusado".

C. DEFENSORÍAS DE OFICIO ESTATALES

En cada uno de los Estados partes de la federación se organiza a su vez la defensoría local, aunque con diversos nombres. En Durango se regula en la Constitución con el nombre de *servicio social para la defensa de indigentes*; en Morelos se denomina *defensoría pública*; en Veracruz, se denomina *defensores de pobres*, etcétera.

No existe uniformidad en todas las entidades en cuanto a su dependencia. En algunas entidades los defensores dependen del *poder ejecutivo local*, que es quien los nombra (emulando así a la regulación del Distrito Federal), y en

otras depende del *Tribunal Superior de Justicia* (también llamado Supremo Tribunal de Justicia), emparentándose con el sistema establecido en la ley federal.

Aunque en algunos Estados se enfoca a lo penal, en otros sus funciones se amplían a tareas civiles. En algunos, como Colima, se establece una diferencia entre el defensor de oficio penal y el civil, pues en el primero el defensor opera en ausencia de particular, en tanto que para lo civil, se establece para indigentes.

La legislación de Jalisco (decreto de 9 de marzo de 1945) dispuso que la Defensoría de Oficio se trasladó a la Universidad de Guadalajara, facultándose al Ejecutivo para su reglamentación, y a su vez, se autorizó al Ejecutivo para delegar tal facultad reglamentaria en el Consejo Universitario. A poco menos de un mes (decreto del 28 de marzo de 1945), se abrogó el decreto anterior y la Defensoría de Oficio regresó a la Secretaría General de Gobierno.²⁸

La Ley de la Defensoría de Oficio de Baja California (29 de enero de 1954), como dato curioso establece que se permite a los defensores excusarse de intervenir en "la defensa de patronos trabajadores, de terratenientes contra campesinos o de ejidatarios y todos aquellos que afectaren la beneficencia pública (art. 13)",²⁹

9.11 RESPONSABILIDAD

Por último, el defensor ha de responder por sus acciones u omisiones, incluso mediante sanciones civiles y penales.

A consecuencia de la conducta realizada, pueden tipificar delitos tales como los de no promover pruebas, abandono de defensa (art. 232 del CP) e inclusive si se trata del defensor de oficio, puede éste ser destituido (art. 233 CP).

Pero en lo moral —y aquí no resistimos la tentación de recordar parte del célebre *monedivium* redactado por don Vicente Riva Palacio y Raphael Martínez de la Torre, que se le envió al presidente Juárez al solicitar el indulto de Maximiliano—, "el defensor es el médico que busca en los secretos de su ciencia el más eficaz remedio contra el ceceo poder de aguda enfermedad. Es un hombre afligido, que alentado con el sagrado deber de su encargo, se hace superior a las penas de su tensor, y se convierte en un atleta que lucha contra la adversidad que hace de un pobre la víctima de todo su poder. Es el filósofo con funciones de cierto sacerdocio, que poniendo en una balanza la ley y los hechos criminales, depura la conducta del reo, exponiendo de un lado cuanto

²⁸ García Ramírez, Sergio, *Noticias sobre el defensor*. . . . pág. 274.

²⁹ *Ibidem*, pág. 276.

pueda ayudar su causa. Es, por último, al ver descargado el rudo golpe de la sentencia, el representante de la familia, el amigo más íntimo y sincero del acusado, el intérprete de todos los sentimientos de piedad y clemencia en el hombre para pedir el perdón de la vida. ¡Qué horrible sensación la de un defensor que no libera del patíbulo a un acusado! Cuanto más hondamente penosa es, si tras ese patíbulo hay muchas otras víctimas cuyas familias loran el negro porvenir de un padre, de un hermano o de un hijo que devora a solas, en un escondite, las amarguras de un nublado horizonte de la vida que va a perder, dejando en el abandono, en la miseria, en el dolor, en la orfandad, a las personas queridas de su corazón¹¹.

SEGUNDA
PARTE

**ENJUICIAMIENTO
PENAL**

SUMARIO

- CAPÍTULO 10 PERIODOS DEL PROCEDIMIENTO PENAL
- CAPÍTULO 11 REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD
- CAPÍTULO 12 AVERIGUACIÓN PREVIA (instrucción administrativa)
- CAPÍTULO 13 PROMOCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y CUESTIONES PREJUDICIALES
- CAPÍTULO 14 INSTRUCCIÓN JUDICIAL
- CAPÍTULO 15 INSTRUCCIÓN JUDICIAL (preinstrucción)
- CAPÍTULO 16 DECLARACIÓN PREPARATORIA
- CAPÍTULO 17 PROCESAMIENTO DEFINITIVO
- CAPÍTULO 18 ACTOS PRELIMINARES DEL DEBATE (inicio del proceso principal)
- CAPÍTULO 19 DEBATE Y SENTENCIA
- CAPÍTULO 20 ENJUICIAMIENTOS ESPECIALES
- CAPÍTULO 21 EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

OBJETIVOS

Al terminar esta segunda parte, el alumno deberá ser capaz de:

- Describir cada fase del enjuiciamiento penal contemporáneo.
- Identificar las fases del enjuiciamiento penal en la legislación mexicana.
- Explicar cada fase del enjuiciamiento penal.
- Explicar en qué consiste cada uno de los requisitos de procedibilidad.
- Describir concepto y naturaleza de la averiguación previa.
- Explicar cada una de las tareas de la averiguación previa.
- Explicar con fundamentos si la averiguación se encuentra respaldada en la Constitución.
- Explicar cada uno de los casos que dan lugar a la conclusión de la averiguación previa.
- Explicar si el Ministerio Público posee o no facultad resolutoria.
- Describir cada uno de los sistemas de promoción de la acción.
- Identificar los principios de legalidad y oportunidad a propósito de la promoción de la acción.
- Describir en qué consiste el llamado monopolio de la acción en México.
- Comparar los sistemas de control de los actos del Ministerio Público cuando se niega a promover la acción.
- Identificar las cuestiones prejudiciales y explicar cómo se regulan en México.
- Explicar los efectos que produce la promoción de la acción penal.
- Conceptuar a la instrucción.
- Indicar la orientación teleológica de la instrucción.
- Describir las subdivisiones de la instrucción.
- Diferenciar promoción de la acción de consignación.
- Conceptuar al procesamiento provisional.
- Explicar en qué consiste la denegación del procesamiento provisional.
- Identificar cada una de las subfases que integran la declaración preparatoria.
- Describir cada uno de los actos procesales que se suceden en la declaración preparatoria.
- Identificar los efectos que produce la declaración preparatoria.
- Explicar en qué consiste la resolución de procesamiento definitivo.
- Categorizar las diversas ideas existentes en torno al concepto de cuerpo del delito.
- Definir en qué consiste el objeto del proceso penal.
- Explicar por qué se hace necesario identificar el objeto del proceso.

- Enumerar los efectos del procesamiento definitivo.
- Explicar en qué consiste la denegación del procesamiento definitivo.
- Precisar cuándo se inicia el proceso.
- Precisar cuándo se concluye la instrucción.
- Precisar hasta cuándo puede el Ministerio Público introducir hechos al proceso.
- Diferenciar al proceso preliminar del principal.
- Describir cada una de las fases del juicio o plenario.
- Sintetizar la naturaleza y contenido de las conclusiones del Ministerio Público.
- Diferenciar acción de demanda penal.
- Describir cada uno de los actos del Ministerio Público sujetos a control.
- Explicar el sistema de control ante la ausencia de conclusiones del Ministerio Público.
- Analizar el sistema de control de las pretensiones presentadas por el Ministerio Público.
- Describir los efectos que produce la presentación de conclusiones del Ministerio Público.
- Sintetizar la naturaleza y contenido de las conclusiones de la defensa.
- Indicar las posibilidades de modificar la demanda penal.
- Describir cada uno de los actos que se suceden en la audiencia de debates.
- Precisar el concepto y el contenido de la sentencia penal.
- Conceptuar los tipos de sentencia más conocidos.
- Categorizar los diversos efectos que produce la sentencia penal.
- Enumerar y explicar el ritual en cada uno de los enjuiciamientos especiales establecidos en la ley.
- Precisar en qué consiste la ejecución de sentencia penal.

CAPÍTULO 10

PERIODOS DEL PROCEDIMIENTO PENAL

SUMARIO

10.1 DIVISIÓN DEL ENJUICIAMIENTO

10.2 LOS PERIODOS EN LA LEGISLACIÓN

10.3 LOS PERIODOS EN MÉXICO, SEGÚN SUS ESTUDIOSOS

A. MANUEL RIVERA SILVA

B. FERNANDO ARILLA BAZ

C. ALBERTO GONZÁLEZ BLANCO

D. OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMÍREZ

E. JUAN JOSÉ GONZÁLEZ BUSTAMANTE

F. GUILLERMO COLÍN SÁNCHEZ

G. SERGIO GARCÍA RAMÍREZ

10.4 CÓRDLARIO

10.1 DIVISIÓN DEL ENJUICIAMIENTO

Para efectos didácticos, legislativos y aun prácticos, el enjuiciamiento puede descomponerse en partes o secciones las cuales se les ha denominado *fases*, *períodos*, *etapas*, *momentos*, etcétera.

La *vez fase* proviene del latín *phasís*, que significa brillar. Cuando los antiguos se referían a la fase, querían con ello aludir a las fases de la luna, a los lados o partes que "brillaban". Como se trataba de indicar una parte del todo, este vocablo pasó luego al lenguaje forense, con idéntico sentido.

La palabra *etapa* deriva del francés *étape*, el que a su vez tiene su origen en el alemán *stapel*, que significó emporio, con lo cual se alude a cada uno de los lugares en donde llegada la noche se queda la tropa. Con carácter figurativo pasó al derecho para indicar el avance en el desarrollo de una serie de actos.

El término o vez *período* procede de *periodar* que significó originalmente el tiempo que se tarda en repetir algo, es decir el espacio determinado de tiempo. Actualmente, en el campo procesal, indica el lapso que media entre un acto y otro.

Para Ovalle Favella, las etapas procesales —a las que quizá convendría denominar *períodos del enjuiciamiento*— que "son las fases en que se agrupan los actos y hechos procesales a través de los cuales se concreta y desenvuelve el proceso, de acuerdo con su finalidad inmediata."¹

Para precisar un poco más la idea anterior, agregaríamos que estos períodos, son compartimentos estancos y preclusivos dentro de la estructura procedimental.

Aunque el consenso entre los tratadistas y las leyes ha sido favorable para la división del proceso en períodos, en lo que no hay acuerdo es en la indicación de cuáles son esos períodos.

¹ Ovalle Favella, José, "Etapas procesales", en *Diccionario jurídico mexicano*.

Uno de los factores que inciden en la forma de ser de un proceso, así como de los periodos que lo conforman, es el sistema procesal. Como hemos visto, un sistema procesal se establece con base en la adopción de las notas que caracterizan a los principios acusatorio e inquisitivo.

Para países como el nuestro, indirectamente inspirados en la división del Código Napoleónico (que construyó su proceso con base en dos periodos, el primero de los cuales se inspira en el inquisitivo y el segundo en el acusatorio), habrá que advertir dos periodos, alineados más o menos en esa tónica.

Durante la Edad Media, el proceso francés, tendió a lo inquisitivo, pero durante la codificación napoleónica influyeron las ideas de Voltaire, Montesquieu y Bentham acerca de las excelencias de la administración de justicia inglesa, con tendencia al sistema acusatorio. El producto que se obtuvo de la fusión de las tradicionales ideas francesas y las importadas inglesas, fue un proceso donde en la primera parte se tendía a lo inquisitivo, mientras que la segunda se orientaba a lo acusatorio. A este sistema se le conoce también como *franco-anglés* y, asimismo, como *sistema procesal mixto*.



El primer periodo, puede caracterizarse como aquel orientado a la recolección de datos y, en su caso, quién fue el autor, que determinen (al menos en el nivel de hipótesis) la existencia o no de un hecho delictuoso. A esta primera fase se le llama proceso preliminar, sumario, instrucción, juicio informativo, etcétera.

El segundo periodo, está orientado por elementos más jurídicos. Es aquí donde se especifica la pretensión, con base en hechos, que a su vez tratan de confirmarse. Se le conoce o llama periodo del proceso principal, debate, plenario, juicio, etcétera.

Esta división de periodos aplicable a nuestro sistema, no significa que se den con pureza las características que hemos descrito para cada uno de los principios, pues aunque de alguna manera las características de uno y otro pueden encontrarse en el sistema procesal penal mexicano, la separación no resulta tan marcada.

Con base en estos dos grandes periodos (instrucción y juicio) se han construido diversos subperiodos, tanto en las leyes como en la doctrina. Como veremos, estos subperiodos han sido denominados y aun caracterizados de manera diversa por las leyes y por los propios estudiosos.

Cabe recordar que el primer código federal que existió en México es que-

matiza al proceso en dos periodos: instrucción y juicio. Como este código, muchos de otros lugares lo hicieron; por ejemplo, el peruano.

10.2 LOS PERIODOS EN LA LEGISLACIÓN

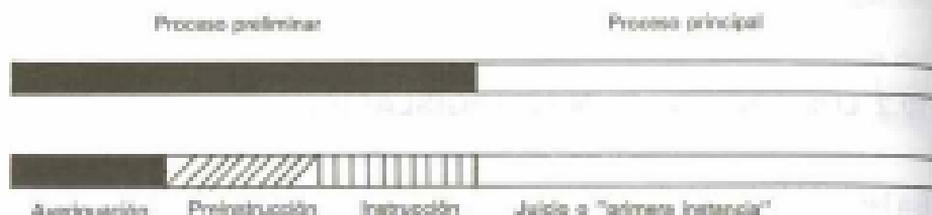
En las leyes mexicanas —que cuentan con más de una treintena de códigos—, la división no ha sido siempre igual, e inclusive existen códigos como el Distrital, que ni siquiera listan los periodos.

En el Código Federal de Procedimientos Penales se afirmaba anteriormente la existencia de cuatro periodos, y hoy se mencionan los siguientes procedimientos, que no son propiamente fases:

- a) *Averiguación previa*, que "establece las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción penal".
- b) *Preinstrucción*, donde "se realizan las actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de éstos conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del inculcado, o bien, en su caso, la libertad de éste por falta de elementos para procesar".
- c) *Instrucción*, que "abarca las diligencias practicadas 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 peculiaridades del inculcado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de éste".
- d) *Primera instancia*, en el que "el Ministerio Público precisa su pretensión y el acusado su defensa ante el tribunal, y éste valora las pruebas y pronuncia sentencia definitiva".
- e) *Segunda instancia*, donde "se efectúan las diligencias y actos tendientes a resolver los recursos".
- f) *Ejecución*, que "comprende desde el momento en que causa ejecutoria la sentencia de los tribunales hasta la extinción de las sanciones aplicadas".
- g) "Los relativos e indispensables, a menores y a quienes tienen el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos."

Como puede apreciarse, la llamada averiguación previa, la preinstrucción y la instrucción son en gran medida subetapas del primer gran periodo conocido como *proceso preliminar o instrucción en sentido general*. El periodo llamado "primera instancia" en el código federal (anteriormente le llamaba juicio), sería el mismo periodo que en lo general se conoce como "proceso principal". Por lo que hace a la llamada "ejecución", en nuestro sistema, ésta realmente no es un periodo del procedimiento penal, sino de la ejecución, como veremos al referirnos a la ejecución de sentencia.

La llamada *segunda instancia* sólo comprende los procedimientos impugnativos verticales que ante ella se ventilan.



Este tipo de división a que se refiere la ley federal es esquematizada en otras leyes mexicanas con algunas variantes. La ley chihuahuense, por ejemplo, alude a la averiguación previa de manera similar a la federal, pero al subperiodo de la preinstrucción del código federal lo denomina *preprocesal*. El juicio sigue siendo tratado por igual, la ejecución se excluye como periodo. La ley poblana y la yucateca se refieren a la averiguación previa como "*averiguación fase A*", y a una parte de la instrucción judicial lo denominan "*averiguación previa fase B*".

En realidad, nuestro código tal como ha quedado después de diversas reformas y adiciones, abandonó la idea de clasificar las *fases o periodos*, para adoptar una clasificación más difícil, como lo es la de *procedimientos*.

10.3 LOS PERIODOS EN MÉXICO, SEGÚN SUS ESTUDIOSOS

Quienes han abordado el estudio de los periodos del procedimiento penal en México han seguido generalmente una metodología exegética, esto es, se han concretado a interpretar el texto legal, sin utilizar alguna otra dirección metodológica.

A. MANUEL RIVERA SILVA

A la llamada averiguación previa prefiere llamarle periodo de *preparación de la acción*; a la preinstrucción (a que se refiere el código federal) le denomina

preparación del proceso (puesto que, como veremos, Rivera Silva sostiene que el proceso se inicia hasta tiempo después de que se promueve la acción); luego sigue el proceso, que equivale a la que el código federal denomina instrucción.

B. FERNANDO ARILLA BAZ

Aunque formula una diferencia entre lo que él llama periodos de dirección de la acción y de desarrollo del procedimiento, en este último se refiere, como el código federal, a *averiguación previa, instrucción y juicio*.

C. ALBERTO GONZÁLEZ BLANCO

Sigue a Rivera Silva, pero que a lo que éste denomina preparación de la acción, González le llama simplemente *averiguación previa*.

D. OLGA ISLAS Y ELFIDIO RAMÍREZ

Estos penalistas, enfocando su estudio a la Constitución, afirman la existencia de un periodo de preparación de la acción, de forma similar a Rivera Silva, pero a lo que éste llama preparación del proceso (la ley federal le llama *preinstrucción*), los penalistas le denominan *averiguación previa*, y a los actos subsiguientes del proceso le llaman simplemente *proceso*.

E. JUAN JOSÉ GONZÁLEZ BUSTAMANTE

A la llamada *averiguación previa* por el código federal, la denomina de la misma forma o también *preprocesal*. A partir de la promoción de la acción, se inicia la *instrucción* y después el *juicio*, de manera casi similar al código federal.

F. GUILLERMO COLÍN SÁNCHEZ

No difiere mucho de la nomenclatura que utiliza el código federal. Así, existen la *averiguación previa*, la *instrucción* y luego el *juicio*.

G. SERGIO GARCÍA RAMÍREZ

Resquista la *averiguación previa* como *instrucción administrativa*. A la *instrucción judicial* la divide en dos periodos: en el plenario se dan los actos *previos al juicio*, y luego la *audiencia y sentencia*.

10.4 COROLARIO

Como se advierte, las clasificaciones del código federal, al igual que las propuestas por los estudiosos mencionados, encuadran en los dos grandes periodos a los que ya nos hemos referido: *proceso preliminar*, *proceso principal*. Si existen diferencias, éstas van a precisarse en las subdivisiones que cada uno introduce.

Por último, afirma Alcalá-Zamora y Castillo, "es indudable que la división de Graf Zu Dohna, perfectamente acoplada al cuadro institucional mexicano, resulta más exacta. Según el procesalista alemán, un proceso penal abarcaría las seis fases siguientes: *preliminar, instrucción, procedimiento intermedio, plenario (juicio), impugnación y ejecución*".²

² Alcalá-Zamora y Castillo, *Niceta. Algunas observaciones acerca de la reforma procesal*, pág. 251.

CAPÍTULO 11

REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

SUMARIO

- 11.1 INICIO DE LA INSTRUCCIÓN POLICIAL
- 11.2 ENNUMERACIÓN DE LOS REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD
- 11.3 PESQUISA
- 11.4 FLAGRANCIA
- 11.5 DESCUBRIMIENTO
- 11.6 DELACIÓN
- 11.7 DENUNCIA
 - A. ACEPCIONES
- 11.8 AUTOACUSACIÓN
- 11.9 EXCITATIVA
- 11.10 QUERRELLA MÍNIMA
 - A. NATURALEZA
 - B. QUERRELLA Y DENUNCIA
 - C. SUJETO LEGITIMADO
 - D. EFECTOS DE PRESENTACIÓN
 - E. RENUNCIA Y REVOCACIÓN
 - F. EFECTOS DE LA RENUNCIA Y LA REVOCACIÓN
- 11.11 INSTANZA
- 11.12 LA NOTITIA CRIMINIS

11.1 INICIO DE LA INSTRUCCIÓN POLICIAL

Como todo procedimiento supone un inicio, el penal no escapa a ello. El comienzo del procedimiento penal no surge espontánea o arbitrariamente. Supone —si se encuentra sujeto a principio de legalidad— que su inicio está sujeto a los preceptos legales.

Así, el inicio de un procedimiento supone el cumplir con ciertos requisitos o condiciones previas que resultan necesarias para su apertura. Por requisitos de procedibilidad entendemos, expresa García Ramírez, “*las condiciones o supuestos que es preciso llevar para que se inicie jurídicamente el procedimiento penal*”.¹

Con base en estas condiciones o supuestos, podrá dar inicio la instrucción policial que adelante veremos.

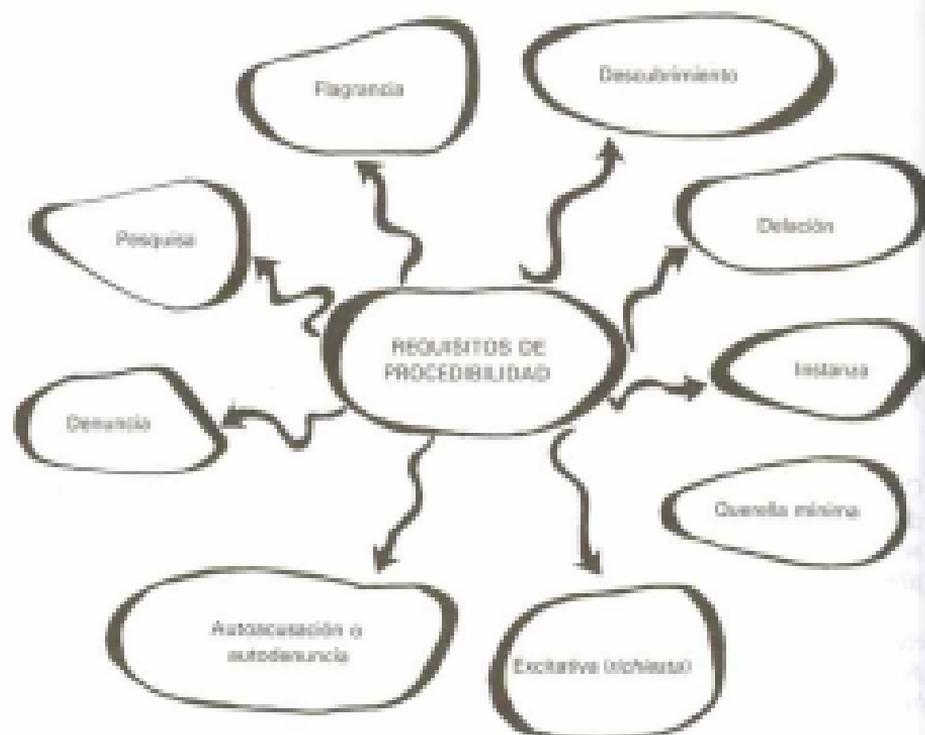
11.2 ENUMERACIÓN DE LOS REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

Aunque dependiendo en parte del orden jurídico establecido en un país, es como por lo general se plantean los requisitos de procedibilidad, trataremos de enumerarlos con total independencia de un sistema jurídico positivo, pues más adelante haremos alusión a los acogidos en la normatividad mexicana.

Aun cuando no existe un pleno consenso respecto a cuáles son esos requisitos, citaremos algunos de ellos:

- a) pesquisa,

¹ García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, pág. 336



- b) flagrancia,
- c) descubrimiento,
- d) delación,
- e) denuncia,
- f) autoculpación o autodenuncia,
- g) excitativa (*Richiesta*),
- h) querrela mínima,
- i) instancia.

11.3 PESQUISA

Inspirados en el principio inquisitivo, quienes implementaron los tribunales de la inquisición apoyaron además un procedimiento sumamente interesante para averiguar la existencia de delitos, en particular los de herejía.

Así, en el Concilio de Tolosa se estableció: "en todas las parroquias se nombrarán dos sacerdotes, con dos o tres seculares, que después de juramentarse, harán continuas y rigurosas pesquisas en todas las casas, aposentos, soberanos y sótanos, etc., para cerciorarse de que no hay en ellos herejes escondidos".²

No obstante, la pesquisa no fue un acto exclusivo de la iglesia, ya que desde mucho tiempo atrás se practicaba, y aún en la actualidad se continúa practicando.

A la pesquisa (de *perquisus, perquisitus, perquisitio*, buscar) se le ha clasificado en *general* y en *particular*. La pesquisa general fue definida en nuestra vieja Curia Filipica Mexicana como aquella que se "hace inquiriendo generalmente sobre todos los delitos sin individualizar crímenes ni delinquentes".³

Como ejemplo tenemos las famosas "peinadas" de una región, donde los agentes del gobierno, al llegar a un caserío, villa o vecindad se dan a la tarea de inquirir y revisar casa por casa en busca de algún delito, sin que se trate de alguno en particular, y del que previamente hayan tenido noticia.

Julio Acero explicaba que la *pesquisa general* consistía "en una indagación sobre toda una población o provincia entera no principalmente para castigar una infracción ya conocida; sino para averiguar quiénes habían cometido delitos en general o particularmente quiénes habían incurrido en determinadas prácticas o creencias consideradas delictuosas, especialmente tratándose de supuestas hechicerías de los siglos de superstición e intolerancia, de los llamados judaizantes y de los infelices herejes; las pesquisas generales fueron en España no sólo el azote de los pobres perseguidos, sino de las poblaciones en general en que se implantaban la sombra del vapor y de la desconfianza en el seno de todas las familias."⁴

La pesquisa general todavía se practica en México, como cuando en las carreteras o caminos vecinales vemos agentes de la policía judicial, del ejército u otro tipo de agentes del gobierno revisando a los transeúntes, en busca de la existencia de algún delito. En diciembre de 1983, el Procurador General ordenó a sus agentes que acabaran estas pesquisas en carreteras.

Lo que seguramente no ocurrió, pues a inicios de julio de 1990, el Presidente de la República anunció que terminarían los "retenes" que hace la policía judicial en carreteras, pero que aún se siguen dando.

Aunque se sostiene que la pesquisa general está prohibida, en la realidad, dice Pérez Palma, "la pesquisa no está totalmente abolida: las aduanas, donde se trata de descubrir los contrabandos, o las drogas, los vuelos en busca de plantaciones de amapola o de otras hierbas, las casetas de inspección fiscal, forestal o de alcoholes, el Corralón del Registro Federal de Automóviles donde

² González Bastamante, Juan José, *Principios de derecho procesal penal*, pág. 12.

³ Curia Filipica Mexicana, pág. 422.

⁴ Acero, Julio, *Procedimiento penal*, pág. 88.

indagan e investigan la documentación de inquisición o de pesquisa, que pueden tener conexión con infracciones de carácter penal".⁵

La *pesquisa particular*, apuntaba esa vieja *Curia Filipica Mexicana*, se dirige a la "averiguación de un delito y delincuente determinado".

Encontramos aquí los casos frecuentes en que la policía que va en busca de un delito o de un delincuente en especial, se permite molestar a todo un vecindario, rompiendo puertas y allanando moradas.

En fin, no existe ningún precepto en la Constitución que prohíba la pesquisa, como condición o requisito para iniciar un procedimiento policial. No obstante, de acuerdo con las leyes ordinarias, tal sistema no ha sido acogido, pues por el contrario, se han establecido sanciones para las ilícitas actividades que van concomitantes o apareadas a la pesquisa, como lo es el abuso de autoridad y otros delitos.

11.4 FLAGRANCIA

Dentro del Código de Justicia Militar, la flagrancia (*coincidentia facti*) se considera como un requisito de procedibilidad (art. 78).

Nuestra Constitución permite que un gobernado sea privado de la libertad al momento de *sorprendersele en flagrante delito*. Así, la flagrancia da lugar al arresto y, de esta manera, al inicio de un procedimiento.

Respecto al concepto de flagrancia, la ley y la doctrina lo tratan en dos sentidos o acepciones: por un lado se alude a la flagrancia *lato sensu* y, por el otro, a una flagrancia específica.

Dentro de este concepto general de flagrancia (como veremos), se encuentran tres tipos:

- a) Flagrancia estricta o específica,
- b) Cusiflagrancia, y
- c) Presunción de flagrancia.

11.5 DESCUBRIMIENTO

"Las leyes —apunta Briseño Sierra— no mencionan al *descubrimiento*, a pesar de que éste es uno de los supuestos más frecuentes, al consistir *la toma de noticia directa que hace la autoridad por conducto de sus múltiples funcionarios y agentes, aunque no sean policías, ya que todos ellos se intercomunican, sí*

⁵ Pérez Palma, Rafael, *Guía de derecho procesal penal*, pág. 203.

tracción diferente de la denuncia que puede presentar cualquier gobernado". El descubrimiento es, para Briseño Sierra, una condición de procedibilidad.⁶

El descubrimiento debe diferenciarse de la flagrancia, pues aunque la flagrancia puede considerarse un especial descubrimiento, resulta que en el descubrimiento no se atiende necesariamente al momento de realización del delito como si ocurre en la flagrancia.

11.6 DELACIÓN

La delación, es la condición de procedibilidad, a través de la cual se informa a la autoridad encargada de averiguar un delito, de la existencia del mismo, y de quién es el responsable, diferenciándose de otras condiciones de procedibilidad, puesto que en la delación se oculta o se desconoce quién es la persona que da la información.

La delación se clasifica en *anónima* y en *secreta*. En la *anónima*, se desconoce quién es el autor de la información.

"En Venecia —recuerda Julio Acero—, todavía se enseña a los turistas la cabeza esculpida de un león cuya boca servía de buzón para esta clase de comunicaciones."⁷

En la *delación secreta*, sólo el agente de la autoridad conoce el nombre del informante, mas no así el supuesto delincuente. En México, en los delitos fiscales resultaba posible delatar a quien tenía objetos de contrabando, sin que se le diera a conocer el nombre del delator, quien a su vez obtenía como beneficio una parte del contrabando, la cual recibía de la autoridad.

El artículo 565 del anterior código aduanero estableció: "siempre que el autor de una denuncia solicite que se guarde reserva de su nombre, éste no figurará en el expediente ni en la nómina de distribución, pero si los hechos denunciados resultan falsos, se revelará la identidad del denunciante cuando la parte interesada lo solicite. Estas denuncias se guardarán en lugar seguro y reservado, y después de la ratificación si es necesaria, se enviará una copia al Director General de Aduanas en pliego confidencial. Por los pagos de las participaciones del denunciante, si éste quiere seguir guardando el incógnito, el jefe de la oficina que haya recibido la denuncia será el que firme el recibo o nómina, expresando que lo hacen en representación del interesado".

⁶ Briseño Sierra, Humberto, *El procedimiento penal*, págs. 177 y 178.

⁷ Acero, Julio, *Procedimiento penal*, pág. 88.

11.7 DENUNCIA

En otro giro de la delación encontramos a la *denuncia*, la que además de coincidir con otras condiciones de procedibilidad, en dar a conocer o informar, acerca de un hecho que supuestamente es delictuoso o de quién es su autor, difiere de las anteriores en cuanto que *el denunciante no resulta anónimo ni secreto, ya que resulta público su nombre*.

Otra característica de la denuncia, a la que se han referido los procesalistas, ha sido que en atención al contenido de la información dada *notitia criminis*, ésta se refiere a un delito de los llamados "perseguidos de oficio" u oficiosamente. Además, se caracteriza a la denuncia en que a ella *no le interesa la denuncia o permiso del ofendido para iniciar el procedimiento, como en el caso de la querrela*.

A. ACEPCIONES

Dentro del campo jurídico ha sido socorrida la palabra denuncia. Así, entre sus diversas acepciones contamos con varias, que hemos tomado del inventario que hizo Ovalle Favila.

La denuncia puede atisbarse en dos sentidos, uno amplio y otro específico.

En este sentido amplio es el "acto en virtud del cual una persona hace del conocimiento de un órgano de autoridad, la verificación o comisión de determinados hechos, con el objeto (rectius, fin) de que dicho órgano promueva o aplique las consecuencias jurídicas o sanciones previstas en la ley o los reglamentos por tales hechos".

En sentido específico, en el proceso penal se la define como "el acto por medio del cual pone en conocimiento del órgano de la acusación . . . la comisión de hechos que pueden constituir un delito perseguible de oficio".

En otros campos también es conocida, por ejemplo, en el derecho disciplinario, en el proceso civil, en el derecho sucesorio, en el derecho internacional y aun en el derecho aduanero.²

² Ovalle Favila, José, "Denuncia", en *Diccionario jurídico mexicano*.

11.8 AUTOACUSACIÓN

La autoacusación viene a ser una autodenuncia, y así también puede llamarsele. Se diferencia de la denuncia en que el denunciante es una persona diferente de la denunciada, en tanto que en la autodenuncia o autoacusación, el denunciante es el mismo denunciado.

Rafael de Pina la redujo a una confesión, al definirla como la "confesión espontánea de haber cometido un delito emitida por su autor".⁹

Por su parte, Rivera Silva sostiene que la confesión del infractor no es una denuncia.¹⁰

Aunque la legislación actual no la regula, y tampoco está prohibida, con frecuencia se concreta en la realidad.

Durante la vigencia del Santo Oficio, en la ceremonia del "juramento" se juraba no sólo denunciar a los sospechosos, sino también autodenunciarse, so pena de excomunión mayor.¹¹

11.9 EXCITATIVA

La *richiesta* es una figura del derecho italiano, de la que Florián nos dice que es "una petición (demanda) de que se inicie una causa, un procedimiento. Hay ciertos delitos que afectan a la autoridad y tienen un carácter especial, con respecto a los cuales es necesario el requerimiento de determinada autoridad para que se pueda ejercitar la acción penal. En realidad, se puede decir que en la *richiesta* hay una aplicación del principio de oportunidad para iniciar el procedimiento. Es necesaria, por ejemplo, para ciertos delitos contra la personalidad del Estado cometidos en el extranjero en caso de ofensa al rey, al regente, etcétera, o contra Estados extranjeros".¹²

González Bustamante se refirió a la *richiesta* y explicó que "equivale a una orden de proceder; es la petición que hace un órgano de la administración pública, para que se inicie una causa criminal; constituye una cuestión de orden previo y tiene el carácter de irrevocable".¹³

⁹ De Pina, Rafael, "Autoacusación", en *Diccionario jurídico*.

¹⁰ Rivera Silva, Manuel, *El procedimiento penal*, pág. 146.

¹¹ O'Connor, Edwando, *La Inquisición*, págs. 15 y 16.

¹² Florián, Eugenio, *Elementos de derecho procesal penal*, pág. 197.

¹³ González Bustamante, Juan José, *Principios de derecho procesal penal*, págs. 130 y 131.

En México, la *reclamação* equivale a la llamada *excitativa*, como lo afirma García Ramírez.¹⁴

"La *excitativa* —dice Colón Sánchez— es la petición que hace el representante de un país extranjero para que se proceda penalmente en contra de quien ha proferido injurias al gobierno que representa o a sus agentes diplomáticos (artículo 360, f. II del Código Penal para el D.F.)."¹⁵

"Art. 360 CP. No se podrá proceder contra el autor de una injuria, difamación o calumnia, sino por queja de la persona ofendida excepto en los siguientes casos:

"II. Cuando la ofensa sea contra la Nación Mexicana o contra una nación o gobierno extranjeros, o contra agentes diplomáticos en este país. En el primer caso, corresponderá hacer la acusación al Ministerio Público; pero será necesaria *excitativa* en los demás casos."

11.10 QUERRELLA MÍNIMA

Dentro del lenguaje jurídico-procesal, la palabra *querrela* posee dos connotaciones diversas. Por un lado tenemos la llamada *querrela máxima*, institución desconocida en México (donde la ley ordinaria monopoliza la promoción de la "acción activa" en favor del Ministerio Público), que en otras latitudes es un equivalente a la promoción penal, que se inicia desde el escrito en que se ejercita la acción con manifestación de los hechos "delictivos", originando al acusador particular en sujeto con plenitud de facultades para sustituir o coexistir con el Ministerio Público.

Así, para Rafael de Fina la *querrela* (la máxima) "es el escrito en el que, con las exigencias formales que la ley determina, se ejerce la acción penal".¹⁶

En este sentido Enrique Jiménez Asenjo define a la *querrela* (máxima) como "aquel escrito que, extendido en forma, se presenta ante el juez penal, o tribunal competente, ejercitando una acción de carácter penal contra persona determinada como presunto responsable de un delito..."¹⁷

Por otro lado, tenemos la llamada *querrela mínima*, conocida en México simplemente como *querrela*, y la cual abordaremos como condición de procedibilidad.

¹⁴ García Ramírez, Sergio, *Cursos de derecho procesal penal*, pág. 338.

¹⁵ Colón Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, t. I, pág. 250.

¹⁶ García Ramírez, Sergio, *Cursos de derecho procesal penal*, pág. 338.

¹⁷ *Ibid.*, pág. 338.

A. NATURALEZA

Debido a que la querrela mínima no ha sido considerada por todos como condición de procedibilidad, revisaremos su naturaleza jurídica.

En el estudio que sobre el particular hizo Marco Antonio Díaz de León, encontró que las fundamentales corrientes doctrinarias (digamos, direcciones metodológicas) sobre la naturaleza de la querrela mínima pueden en un primer plano aglutinarse en dos grandes corrientes, que varían en el enfoque: una considera la querrela desde el *derecho sustantivo*, y la otra desde el *derecho procesal*.

En la primera corriente se ve a la querrela dentro del derecho sustantivo. Su origen está en Alemania y en los italianos Massari y Manzini. Esta primera corriente tiene a su vez dos subdivisiones: por un lado se aglutinan las ideas que ven a la querrela como un *elemento del delito*, y por el otro las que la consideran como *condición objetiva de punibilidad*.

Aunque Florián ya había atibado con anterioridad ambas subdivisiones, se encargó de criticarlas al sostener que no puede considerarse elemento del delito, porque "la existencia o inexistencia de un delito no puede depender de la voluntad de una persona . . . si se admitiese esta teoría . . . se iría a parar a la incongruencia de que un hecho constituiría o no delito según que hubiese o no querrela".

Tampoco puede considerárselo condición de punibilidad, pues "si un hecho del hombre no es punible, no es delito; y entonces incurre en el defecto de la anterior".¹⁸

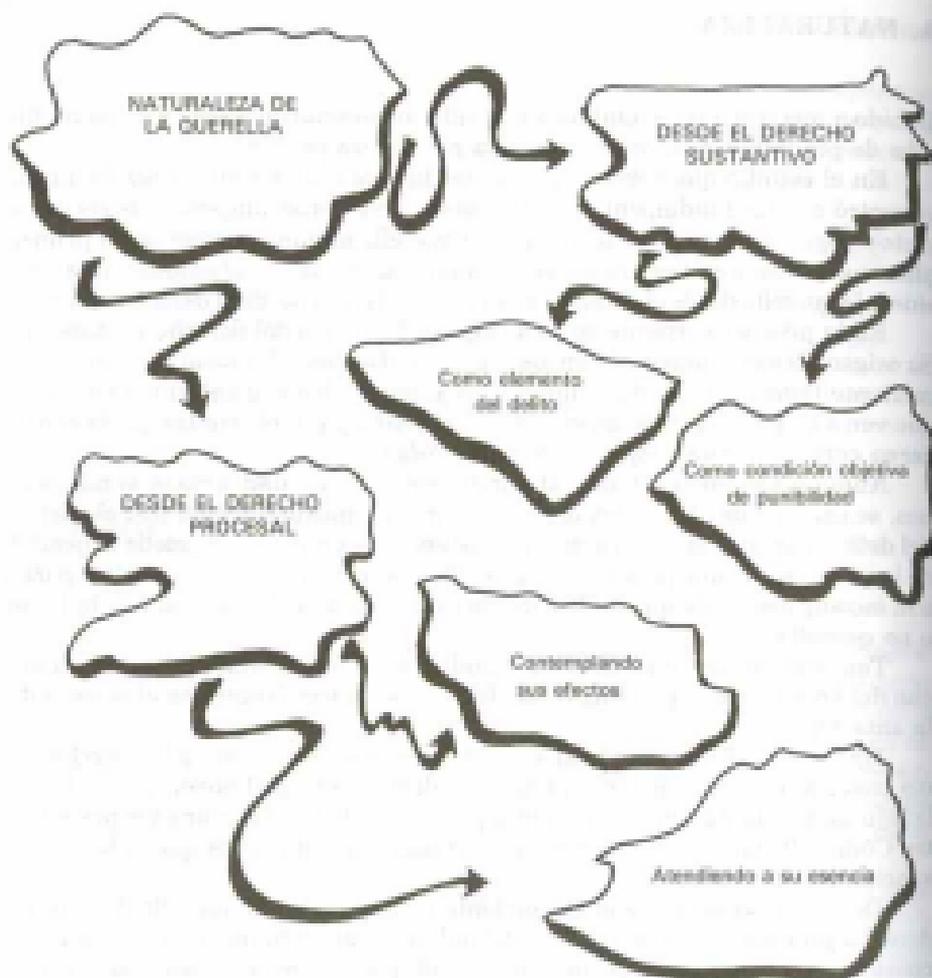
Igualmente Percy Mac Lean consideró erróneo el concebir a la querrela como condición de punibilidad, "porque los delitos contra el honor, la calumnia, la injuria, la difamación, son punibles por sí, son delitos sancionados por nuestro Código Penal . . . y con querrela o sin querrela son hechos que la ley penal sanciona".¹⁹

Dentro de la segunda gran corriente que apunta a la querrela dentro del derecho procesal, que resulta más difundida en nuestro medio, Díaz de León considera a su vez la existencia de dos subdivisiones: en la primera, dice, están quienes enfocan la naturaleza de la querrela tomando para ello en cuenta sólo los efectos de la misma, y dentro de la cual se encuentran la casi totalidad de los estudiosos en México. En la segunda subdivisión, en la que se apunta Díaz de León, la querrela se ha de caracterizar no por sus "efectos", sino por su "esencia".

Veamos un poco más estas últimas subdivisiones. La posición que caracteriza a la querrela por sus "efectos" da a la misma la naturaleza de una condi-

¹⁸ Florián, Eugenio, *Elementos de derecho procesal penal*, pág. 195.

¹⁹ Percy Mac Lean Estensio, *El proceso penal en el derecho comparado*, pág. 77.



ción de procedibilidad, "en el sentido de que el Ministerio Público, sin aquella, no puede ejercitar la acción penal".

La otra posición, que caracteriza a la querrela en atención a su "esencia", es esbozada por el propio Díaz de León, quien sostiene que "la querrela es el medio idóneo reglamentado por la ley, a virtud del cual se reconoce al ofendido (en ciertos tipos de delitos) el derecho subjetivo que proviene de la norma jurídica que establece la acción penal, para que a su arbitrio y potestad dispon-

ga del mismo, no pudiendo el Ministerio Público cumplir con su deber de accionar sin que antes así se lo hubiere hecho saber y exigir su titular".²⁰

No obstante, aun cuando ciertamente el presunto ofendido puede disponer del derecho al ejercicio de la acción, eso no impide que también se pueda observar a la querrela como el supuesto o condición que da origen a la promoción de la acción; es decir, como condición de procedibilidad. Incluso en el código varacruzano (art. 115) se estableció que no se podrá iniciar una investigación si falta la querrela.

B. QUERRELLA Y DENUNCIA

En ocasiones se confunden ambas condiciones de procedibilidad, de ahí que mencionaremos una de sus diferencias.

Aunque ambas coinciden en ser condiciones de procedibilidad, difieren en que la querrela contiene, además, la declaración de voluntad para que se procese y ejercite la acción penal, característica que le es extraña a la denuncia. Dicha declaración se manifiesta en la anuencia o permiso para la promoción y ejercicio de la "acción procesal activa".

C. SUJETO LEGITIMADO

Si se trata de una condición de procedibilidad y que en el fondo implica una disposición del ejercicio de la acción, conviene entonces preguntarnos quién es esa persona que dispone del ejercicio de la acción, o mejor dicho, quién es el legalmente legitimado para presentar la querrela.

Debe diferenciarse al ofendido del autorizado para querrellarse. Mientras que el concepto de ofendido corresponde al derecho sustantivo o material, el de legitimado para querrellarse y querellante, corresponde al campo procesal penal.

Además, en un proceso penal no hay ofendidos (si no hay declaración judicial de la existencia del delito, tampoco puede haber ofendidos o sujetos pasivos de un delito), sino sujetos que se autoproclician ofendidos o que se presumen ofendidos.

Suponiendo la existencia de supuestos ofendidos, no son éstos los que únicamente pueden dar su anuencia para la promoción de la acción, ya que exis-

²⁰ Díaz de León, Marco Antonio, *Teoría de la acción penal*, págs. 199 a 201.

En otros casos en los que, como en el estupro, son los padres de la supuesta estuprada quienes consenten en tal ejercicio, o el marido en caso del rapto. Además, puede darse el caso de que el supuesto ofendido no desee presentar querrela y, no obstante, otras personas, como en el caso del estupro, sí pueden presentarla; es decir, dar su anuencia para la acción.

Veamos algunos de esos casos específicos. En el caso del estupro (art. 263 CP), pueden presentar querrela la que se considera ofendida o sus padres. Pero en el caso de que haya controversia entre la menor estuprada y sus padres respecto al presentar o no una querrela, la jurisprudencia ha optado por la decisión de los padres, aun cuando en el derecho sustantivo sea la menor la que se considere ofendida.

En el caso de rapto (art. 271 CP), pueden presentar la querrela la raptada o sus padres, pero si fuere casada, también el marido estará facultado para presentar la querrela. En el caso de controversia entre la raptada y sus padres o su marido acerca de la presentación de la querrela, nada dice la ley, y tampoco hemos encontrado criterio jurisprudencial. A este particular, creemos que debe tenerse en cuenta la decisión de los padres, si ella fuere soltera, o la del marido, si siendo casada la raptada aún permanezca dentro de la condición de raptada. Al recobrar la libertad, la raptada deberá decidir, aun contra la voluntad de su cónyuge.

No se establece en la ley distrital o en la federal la posibilidad de designar tutor especial de menores de edad ofendidos, como lo hacía el código veracruzano.

D. EFECTOS DE PRESENTACIÓN

Entre los efectos que produce la presentación de la querrela encontramos los siguientes:

- a) Sujeción del querellante a las responsabilidades penales, si resulta falsa su versión.
- b) Conceder el permiso o la autorización para los actos de procesamiento y su eventual ejecución.
- c) Obligación del Ministerio Público, *ex officio*, a practicar todos los actos tendientes a confirmar o rechazar lo aserorado en los hechos de la querrela.

E. RENUNCIA Y REVOCACIÓN

Establecido que la querrela contiene la anuencia o permiso para los actos de investigación, procesamiento y ejecución, se deduce entonces que también re-

sulta un acto voluntario del querellante, el cual puede no desear presentar querrela (renuncia a la querrela), o bien puede revocar su inicial ausencia luego de haberla dado (revocación de la querrela).

Renuncia y revocación han sido denominadas de diversa forma, tanto en la ley como en la doctrina. Así, se la llama desistimiento, perdón, remisión de la querrela.

Respecto a la renuncia, o dejación voluntaria del derecho a disponer de la acción penal mediante el perdón, nos llama la atención el aberrante criterio de la Procuraduría del D.F. según el cual, cuando una persona no desee presentar querrela, deberá, conforme la Procuraduría, presentarla y luego otorgar el perdón.²¹

La renuncia significa el no aceptar el ofrecimiento legal de posibilita el proceso. Esta renuncia puede ser tácita o expresa.

Por lo que hace a la revocación o desistimiento, puede presentarse en cualquier momento del proceso y aún antes, e incluso durante la ejecución de sentencia en el caso del adulterio, caso en el que la revocación de la querrela no sólo hace cesar la ausencia para los actos de investigación y procesamiento, sino también de ejecución, al cesar los efectos de la condena impuesta.

En el caso de la revocación de la querrela, ésta sólo puede ser expresa, ya que en nuestro sistema no existe el llamado "abandono de la querrela", que implica una revocación tácita de la querrela.

Los tribunales de amparo han sostenido que la revocación no debe estar condicionada, es decir, "subordinación la revocación al cumplimiento de alguna condición".

Con la renuncia o con la revocación, nuestro derecho legítima una forma autocompositiva del litigio, que necesariamente es unilateral, según nos lo confirma la decisión de nuestros tribunales, a que nos hemos referido.



²¹ Circular C-876, 12 de julio de 1976.

En síntesis, mientras que la renuncia al derecho a querrellarse se da cuando no se ha ejercitado tal derecho (es decir, cuando no se ha presentado la querrela); la revocación de la querrela supone que el derecho a querrellarse ya fue ejercitado (vale decir, ya se presentó la querrela), pero se revoca la inicial ausencia dada.

F. EFECTOS DE LA RENUNCIA Y LA REVOCACIÓN

Entre los efectos que produce la revocación y aún la renuncia al derecho de querrellarse, encontramos el siguiente:

Impiden el surgimiento del proceso o en su caso provoca la terminación definitiva del proceso y aun de la ejecución de la sanción (en el caso del adulterio), así como de las medidas cautelares impuestas.

Un caso que llama la atención se refiere a la revocación de la querrela presentada, cuando tal revocación se otorga en un testamento. En este caso, la revocación, o en su caso la renuncia (si no se hubiere presentado la querrela), surten efectos a partir de la manifestación en el testamento. Ibarrola sostiene que aun en el caso de que el testador revoque su testamento, la cláusula de perdón no se entenderá revocada.²⁷

Adviértase que tanto la renuncia como la revocación de la querrela no sólo disponen del derecho civil al resarcimiento del daño causado, sino también del derecho de pensar *in su puniendū*.

11.11 INSTANZA

La *istanza* es otra figura del derecho procesal italiano; "es —dice Florián— el acto por el cual la persona lesionada pide que se inicie el procedimiento para castigar un delito cometido en el extranjero y no perseguible por querrela; aquella, la *istanza*, sustituye, hasta cierto punto, a ésta, de la cual toma sus formas y las reglas de capacidad. Se equipara a la *richiesta* y es, como ella, irrevocable".²⁸

²⁷ Ibarrola, Antonio de, *Costas y sucesiones*, pág. 134.

²⁸ Florián, Eugenio, *Elementos de derecho procesal penal*, pág. 187.

11.12 LA NOTITIA CRIMINIS

De la lista de requisitos de procedibilidad que anteceden podrá advertirse que pueden llevar por contenido la *notitia criminis*, esto es, el aviso de que en el mundo fáctico, se ha realizado un hecho o conducta que, según el informador, se encuentra considerado como delito por la ley.

Como se advierte, importa en gran medida el dato fáctico, que más adelante puede plantearse al juzgador como *causa petendi*.

La narración del hecho, sea oral o escrito, debe apagararse al principio de *veritas processualis*; esto es, que el informador debe conducirse con veracidad. Las leyes establecen el deber de veracidad, e incluso llegan a reprimir su incumplimiento con sanción penal.

Para evitar la temeridad, la malicia o la mala fe las leyes proveen admoniciones previas (juramentos, protestas de decir verdad), facultan al investigador para obrar de *motu proprio*.

La *notitia criminis* no se reduce en el mundo actual al mero aviso de que ha ocurrido un delito. Esta *notitia* debe referirse a datos concretos o específicos. En esta *notitia*, no importan los argumentos jurídicos que pueda alegar quien da el aviso.

Los datos proporcionados a través de la *notitia criminis* dentro de los requisitos de procedibilidad a que nos hemos venido refiriendo, van a jugar un doble papel en el proceso: constituirán un requisito de procedibilidad y podrán emplearse como una fuente de prueba.

CAPÍTULO 12

AVERIGUACIÓN PREVIA (instrucción administrativa)

SUMARIO

- 12.1 APERTURA Y CONCEPTO DE LA AVERIGUACIÓN
- 12.2 NATURALEZA JURÍDICA
- 12.3 OBJETO DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA
- 12.4 FUNCIÓN INVESTIGADORA
- 12.5 DIRECCIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA
- 12.6 BASE CONSTITUCIONAL DE LA AVERIGURACIÓN
- 12.7 CONCLUSIÓN DE LA AVERIGURACIÓN PREVIA
 - A. ARCHIVO
 - B. RESERVA
 - C. PROMOCIÓN DE LA ACCIÓN
- 12.8 FACULTAD RESOLUTIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO

12.1 APERTURA Y CONCEPTO DE LA AVERIGUACIÓN

Una vez que se satisface la condición de procedibilidad, estamos en aptitud de iniciar los primeros actos procedimentales. Éstos entran en lo que el código federal denomina "averiguación previa".

La averiguación previa se inicia con una resolución de apertura de la misma, también conocida como auto de *ad inquirendum* (providencia por la cual se ordenan averiguaciones), y supone que se ha satisfecho el requisito de procedibilidad correspondiente.

Respecto de la existencia de la averiguación previa en la forma legal como está estructurada en México (es decir, en manos del Ministerio Público), ésta ha dado lugar a dos posiciones diametralmente opuestas.

Dentro de la primera postura, que no acepta fundamentación constitucional para esta estructura de la averiguación previa, contamos con el propio padre del procesalismo en México: Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.

En este caso tenemos a quienes han considerado —como nosotros— que se trata de un raro fenómeno con carta de naturalización en el derecho procesal mexicano, conocido a partir de la legislación secundaria posterior a 1917.

En contrapartida hay tratadistas de importancia, como Sergio García Ramírez, quien ha defendido en todos los órdenes a la averiguación previa, inclusive la ha justificado.

Independientemente de las bondades que pueda tener la averiguación previa, lo cierto es que está desarrollada en nuestro derecho secundario y que, por lo tanto, debe ser objeto de estudio.

El período de la averiguación previa ha recibido diversos nombres, y para ello se ha considerado su naturaleza jurídica, o las especiales concepciones de sus autores. Así, se le llama también *instrucción administrativa* (García Ramírez), *preparación de la acción* (Rivera Silva), *preproceso* (González Bustamante), *averiguación fase A* (códigos poblano y yucateco), *fase indagatoria* (Brisoño Sierra), *procedimiento preparatorio gubernativo* (Alcalá-Zamora). En otros lu-

AVERIGUACIÓN PREVIA

INSTRUCCIÓN ADMINISTRATIVA	(GARCÍA RAMÍREZ)
PREPARACIÓN DE LA ACCIÓN	(RIVERA SILVA)
PREPROCESO	(GONZÁLEZ BUSTAMANTE)
AVERIGUACIÓN FASE A	(COO, FORLAND)
FASE INDAGATORIA.....	(BRISÓN SIERRA)
PROCEDIMIENTO PREPARATORIO Y GOBERNATIVO	(ALCALÁ-ZAMORA)
INDAGACIÓN PRELIMINAR	(FLORIAN)
PREVENCIÓN POLICIAL	(ARGENTINA)

gares se le ha conocido también como *indagación preliminar* (Florían), *prevención policial* (legislación argentina), etcétera.

12.2 NATURALEZA JURÍDICA

Por lo que hace a la esencia de la averiguación previa normada por la ley secundaria, tal parece que no ha habido consenso para determinar qué es.

Tanto la ley como los precedentes judiciales y la propia doctrina se muestran en desacuerdo con respecto a su esencia. Podemos decir que las ideas que se han expuesto se reducen a dos corrientes o posiciones fundamentales:

- Criterio de promoción.** Entre las ideas que podemos considerar tradicionales o, mejor dicho, más divulgadas, se sostiene que a través de la averiguación previa el Ministerio Público —especialmente el mexicano— *prepara la promoción de la acción procesal*. Militan en esta corriente González Bustamante, Rivera Silva, Colín Sánchez, etcétera.
- Criterio de determinación.** En este enfoque encontramos las ideas de Sergio García Ramírez. Según este criterio, el Ministerio Público no prepara la acción procesal penal, sino la *determinación* (del sujeto encargado de promoverla) *acerca de si la inicia o no*. Es decir, no es lo mismo *preparar la promoción de la acción*, que *realizar los actos necesarios para resolver si se promueve o no la acción procesal*.

Así, sostiene García Ramírez, "la averiguación previa . . . tiene como objetivo directo *preparar la determinación* del Ministerio Público, entendida esta en amplio sentido, por igual comprensivo del ejercicio de la acción penal o del

no ejercicio... No obstante esta realidad, suele otorgarse a la averiguación previa sinónimo de preparación del ejercicio de la acción penal¹.



La primera posición nos lleva (en su extremo) a la afirmación de que el periodo de la averiguación previa es condición necesaria para la promoción de la acción penal.

Sobre este particular, la tendencia dominante parece indicar que la promoción de la acción es ineficaz si se omite el periodo de la averiguación previa. Aquí encontramos el criterio de Humberto Briseño Sierra, para quien la averiguación previa es un antecedente indispensable en el proceso penal.²

Nuestros tribunales de amparo, en un precedente, se han inclinado en este sentido. En el caso seguido contra Antonio Acosta, quien fue procesado y sentenciado por el delito de peculado, la Corte resolvió que ahí no había habido averiguación previa, puesto que el Ministerio Público sólo trasladó al tribunal los documentos que le entregó la institución bancaria ofendida. Como el Ministerio Público no "ordenó" se abra averiguación, y sólo "ejerció la acción penal", resultó que no es válida, según la Corte, la promoción de la acción.³

En posición opuesta, sostenemos que la llamada averiguación previa no corresponde a un periodo necesario, indispensable, imprescindible, forzoso o ineludible para la promoción de la acción. Cuando menos, no encontramos precepto legal que así lo ordene directamente.

Sostenemos, sí, que se trata de un periodo de preparación, donde se realizan actos similares a los que se realizan en los llamados medios preparatorios

¹ García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, pág. 332.

² Briseño Sierra, Humberto, *El ejercicio de la acción penal*, pág. 18.

³ Mayo Ediciones, *Actualización, I Penal*, tomo 1628, pág. 694.

a juicio en los campos civil y mercantil. Y que así como en éstos le es potestativo al potencial actor iniciar los medios preparatorios, así también le debe ser al potencial actor penal.

En suma, a través del periodo de averiguación previa el potencial actor penal o su auxiliar realizarán los actos necesarios tendientes a *determinar si promueve o no la acción penal*.

En el procedimiento mexicano, a diferencia del existente en otros países (el francés, por ejemplo) no existe un tribunal de instrucción autónomo. El potencial actor penal, antes de comparecer frente a los tribunales penales realiza por su parte (unilateralmente) una serie de actos prácticamente autoinstruccionales; es decir, que le permiten conocer por sí mismo los hechos que tal vez habrá de someter al conocimiento del tribunal.

En realidad, haber satisfecho las condiciones de procedibilidad no significa que el proceso deba iniciarse de inmediato.

Un ejemplo de otra área nos ayudará a explicar mejor el fenómeno. El abogado que recibe un cliente en su despacho, con la pretensión de divorciarse, lo que normalmente hace es inquirir o investigar, aunque sea rápidamente, las aseveraciones de su cliente. Así, le pide la copia del acta de matrimonio, le pregunta por los hijos y por sus actas; le pregunta por los bienes y sus documentos; le pregunta la causa por la que desea divorciarse, y las posibilidades de poder demostrarlas ante el tribunal. En fin, el abogado realiza una especie de "autoinstrucción". Desea estar seguro de que lo que diga en la demanda se podrá demostrar, para lo cual debe resolver si promueve o no el divorcio ante los tribunales.

En el procedimiento penal, el agente del Ministerio Público que recibe una denuncia, antes de enviarla al tribunal prefiere conocer por sí mismo o mediante el auxilio de sus colaboradores, no sólo el contenido de los hechos en que se basa, sino también si pueden ser demostrados y, además, ser favorable la pretensión. A consecuencia de estos actos, el Ministerio Público podrá estar en posibilidad de resolver si *inicia con probabilidad de éxito un proceso penal*.

Este enfoque no resulta novedoso, ya que Florián lo afirmó desde hace mucho tiempo. "Las investigaciones preliminares —afirmó Florián— responden a la exigencia para resolver si se debe o no promover la acción penal."⁴

12.3 OBJETO DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA

Aunque con frecuencia se afirma que dentro de la averiguación previa *se* deberá tratar de confirmar la existencia del tipo delictivo y la probable respon-

⁴ Florián, Eugenio, *Elementos de derecho procesal penal*, pág. 208.

abilidad de su autor, la verdad es que tal afirmación resulta estrecha, cuando confrontamos la serie de cometidos establecidos en la ley.

Dentro de la llamada averiguación previa, se deberá:

- a) *Dar la asistencia a los damnificados.* Encontramos así la asistencia médica y la restitución de ciertos bienes tutelados por la ley.
- b) *Aplicar ciertas medidas cautelares* (obviamente, de naturaleza anticipativa), cual es recoger vestigios, ordenar detenciones en los casos específicamente establecidos, vigilar lugares o cosas (aseguramientos), sustituir la detención por caución, protesta y arraigo.
- c) *Realizar la investigación.*
- d) *Desahogar medios probatorios* (que confirmen o rechacen las aseveraciones denunciadas).
- e) *Dictar órdenes de inhumación de cadáveres.*
- f) *Documentar sus actividades, etcétera.*

Algunas de éstas son objeto de estudio de otras ramas del conocimiento, como en el caso de la victimología o de la criminalística, que son las auxiliares más cercanas del derecho procesal.

OBJETO DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA

- ✓ Asistencia a damnificados
- ✓ Aplicación de medidas cautelares
- ✓ Realizar investigación
- ✓ Desahogo de medios probatorios
- ✓ Ordenar inhumaciones
- ✓ Documentar actuaciones

12.4 FUNCIÓN INVESTIGADORA

La más conocida de las funciones del Ministerio Público en el periodo de la averiguación previa es la actividad investigadora.

Averiguación, dice Márquez Piñero, proviene de *ad*, a y *verificare*, *verum*, verdadero; y *facere*, hacer, cuyo significado sería el de indagar la verdad hasta conseguir descubrirla.³

Aunque la investigación o averiguación del dato histórico resulta de vital importancia en el proceso mismo, no podemos decir que la averiguación, con todas sus complicaciones, sea parte u objeto único de estudio del derecho procesal penal. La averiguación e investigación de los delitos ha encontrado desde

³ Márquez Piñero, Rafael, "Averiguación previa", en *Diccionario jurídico mexicano*.

hace muchísimo tiempo su propia autonomía, de manera que también es objeto de la criminología. El orden jurídico sólo normará la función criminalística.

"Los criminalistas —recuerda Garmabella al hablar del doctor Quiroz Cuarón— han establecido que para que un caso criminológico quede bien esclarecido se necesita responder claramente a lo que los especialistas han llamado los siete puntos de oro de la investigación criminológica; los siete puntos clave son: *¿qué sucedió? ¿quiénes son las víctimas?, ¿quién es el victimario?, ¿cada- do sucedieron los hechos?, ¿dónde sucedieron?, ¿cómo sucedieron? y ¿por qué?'*"⁴

Aunque la investigación no es siempre actividad ajena al proceso jurisdiccional, en esta fase el Ministerio Público realiza una investigación anticipada, previa, preliminar o preparatoria a la que habrá de sucederse en la instrucción judicial, donde se tenderá a la confirmación o rechazo de los datos que originalmente arrojó la averiguación previa.

Durante la investigación, el buen investigador (si emplea un método científico) debe estar plenamente consciente de su ignorancia acerca de la respuesta que va a encontrar. Lo único que debe tener clarificado es el problema que tratará de resolver.

La *función investigatoria*, se suele diferenciar (en derecho probatorio) de la *función probatoria*. Como ya lo veremos (cap. 2.9.2), mientras en la investigación se trata de conocer, en la actividad probatoria se trata de confirmar el dato afirmado. Igualmente, en la investigación se desconoce el dato, en tanto que en la actividad probatoria se supone conocido el dato o hipótesis, y sólo se trata de confirmar o rechazar a través del procedimiento correspondiente.

En el caso mexicano, las leyes secundarias (no la Constitución) no sólo le dan al Ministerio Público la función investigatoria, sino también la probatoria. Luego entonces, lo que en México se suele denominar averiguación previa implica tanto actos de averiguación como de confirmación.

12.5 DIRECCIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA

Aunque en otros lugares son conocidos los tribunales de instrucción, en México la instrucción policial o administrativa queda básicamente bajo la dirección del Ministerio Público.

No obstante, dentro de la normatividad mexicana encontramos otros funcionarios diversos de los del Ministerio Público, que de alguna manera intervienen o realizan la averiguación previa. Así, por ejemplo, pueden realizar la

⁴ Garmabella, José Ramón. *Dr. Alfonso Quiroz, sus mejores casos*, pág. 88.

averiguación previa ciertos funcionarios de la Secretaría de Agricultura y Ganadería (art. 285 del Reglamento de la Ley Forestal de 1961) y algunos funcionarios de la Secretaría de Hacienda (art. 83 fracción VII del Código Fiscal, art. 4 fracción XI y XII de la Ley Orgánica de la Procuraduría Fiscal de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público).

Los funcionarios de gobierno que casi siempre son los que realizan la averiguación, y que sólo dependen del Ministerio Público, son las corporaciones de policía judicial, quienes también realizan actos dentro de la averiguación previa.

Desde de entrada en vigor la Constitución de 1917, los tribunales penales que realizaban (a la francesa) las actividades de la averiguación previa, con el paso del tiempo (brevísimos) la práctica forense y la nueva codificación secundaria dejó como hasta hoy, como director de la averiguación previa al Ministerio Público, y de manera secundaria a algunos otros que ya hemos mencionado.

12.6 BASE CONSTITUCIONAL DE LA AVERIGUACIÓN

Conviene cuestionarnos si ese periodo de averiguación previa se encuentra establecido en la Constitución. Y aludimos a esto porque en la curia y los postulantes parece haber alguna confusión entre la existencia de la averiguación previa y el monopolio de la promoción de la acción.

¿Alude la Constitución a la averiguación previa? Si leemos el artículo 19 constitucional anterior a las reformas de 1993, advertiremos que la Carta Magna, sí se refería a ese periodo denominado averiguación previa, supuesto que los datos recabados en ésta, deberían ser tenidos en cuenta por el tribunal en el momento de determinar si debía o no continuar el procesamiento.

Actualmente el nuevo texto constitucional, en su artículo 20 fracción X, sólo menciona a la averiguación previa para preceptuar que las garantías se extienden a la averiguación previa.

Cuestión aparte será la de indicar si el Ministerio Público es el único que puede dirigir la averiguación previa, como ya lo vimos.

En verdad, el texto constitucional en ninguna parte afirma que el periodo de la averiguación previa debe estar bajo la dirección del Ministerio Público. No obstante, la ley secundaria ha establecido tal situación en favor del potencial actor penal.

12.7 CONCLUSIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA

Según la ley procesal, la averiguación previa debe concluir en alguna de las siguientes determinaciones:

- Archivo o sobreseimiento administrativo,
- Reserva o suspensión administrativa,
- Promoción y ejercicio de la acción procesal.

A. ARCHIVO

El sobreseimiento administrativo, más conocido en México como resolución de archivo, tiene como principales supuestos los siguientes:

- Que del resultado de la investigación se pueda afirmar que los hechos o conductas descubiertas no puedan ser calificados como delictuosos.
- Que del resultado de la investigación, aunque los datos encontrados sí pueden ser calificados como delictuosos, la prueba (confirmación) de éstos resulta totalmente imposible.
- Que aun cuando esté confirmada la responsabilidad penal del potencial demandado, resulte que tal responsabilidad se ha extinguido, como en los casos de prescripción de la "acción" o derecho, revocación de la querrela, etcétera.

Tómese nota de este último supuesto, porque provoca diversos problemas que veremos en la facultad resolutive del Ministerio Público.

Como se advierte, la lista y la regulación resultan demasiado estrecha. A manera de recomendación, aquí habrá que incluir —si se persiste en que el Ministerio Público deba sobreseer— casos y regulaciones tales como la cosa juzgada, renuncia a la querrela, prescripción del derecho, muerte del inculcado, inmunidad de personas, así como aquellos que puedan provocar la incompetencia.

El efecto principal que produce la resolución de archivo o sobreseimiento administrativo consiste en que se extingue el derecho del actor penal para promover y ejercer la acción procesal penal, que tenga como supuesto a los hechos de esa averiguación. De aquí que se equipare en sus efectos a la resolución de archivo, con una sentencia absolutoria (art. 139 CFFP). (Ya adelantamos que uno de los efectos de la sentencia es la aplicación del principio *non bis in idem*; esto es, no ser juzgado dos veces por lo mismo.)

El vocablo "archivo", a propósito de esta resolución, resulta criticado por Gar

cia Ramirez, pues en realidad se trata de un verdadero sobresimienta, y el archivo sólo es su consecuencia.⁷

B. RESERVA

La suspensión administrativa es más conocida con el nombre de reserva. En el fondo, ésta no es una verdadera causa o supuesto de terminación del periodo de averiguación previa, sino tan sólo de suspensión.

Respecto a los supuestos que dan lugar a la reserva, aunque nuestras leyes no han sido muy explícitas, he aquí algunos de los que enumera:

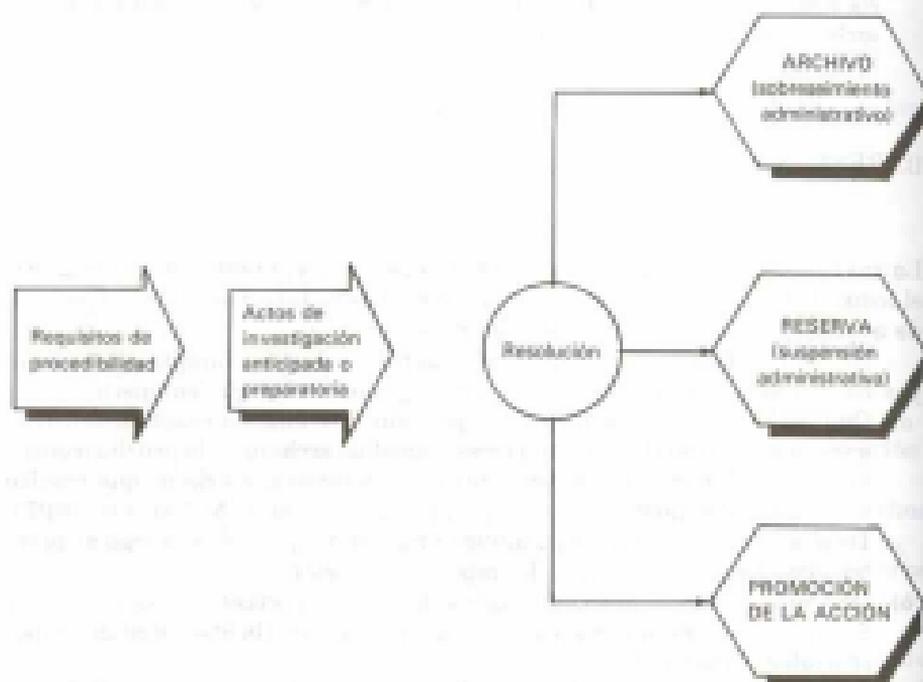
- a) Que los hechos objetos de la averiguación, aun cuando resulten delictuosos — a diferencia del segundo caso, causal de archivo —, la prueba (confirmación) de los mismos se encuentra condicionada. Es decir, que resulte factible que con posterioridad se pueda demostrar el hecho (art. 131 CFPF). De momento existe una imposibilidad transitoria para el desahogo de pruebas (en el caso del archivo, la imposibilidad es total).
- b) Que aun cuando se demuestre que el hecho es delictuoso, se ignore quién o quiénes son sus autores, caso en que se desconoce la identidad de los potenciales demandados.
- c) Que se descubra que se ha omitido alguna condición de procedibilidad.
- d) La ley militar prevé a la vez como causal de suspensión del procedimiento "la necesidad del servicio" cuando algún comandante de guarnición así lo pida, y su pedimento es aprobado por la Secretaría de la Defensa Nacional (arts. 447 a 449 CJM).

Al desaparecer el supuesto que da origen a la suspensión o reserva, el Ministerio Público estará en aptitud de resolver si promueve o no la acción procesal.

C. PROMOCIÓN DE LA ACCIÓN

En los casos no comprendidos en el archivo o la reserva, el Ministerio Público o potencial actor penal promoverá la acción procesal, dependiendo del principio de oportunidad o legalidad a propósito de la misma, como habremos de ver.

⁷ García Ramírez, Sergio. *La acción en el proceso penal*, pág. 122.



12.8 FACULTAD RESOLUTIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO

De acuerdo con las leyes secundarias, el Ministerio Público deberá determinar si se promueve o no la acción procesal. Entendemos entonces que si el Ministerio Público está autorizado para resolver si promueve o no la acción tendrá, por lo tanto, cierta *facultad resolutoria*. La resolución al final de la averiguación previa (de promover o no la acción) será entonces una finalidad. Pero el problema más importante aquí es saber si el Ministerio Público puede libremente resolver si existió o no el delito, y si una específica persona es o no responsable. ¿Puede el Ministerio Público declarar la no existencia de delito y responsabilidad?, ¿no es acaso esto un acto de juzgamiento?

Respecto a esta facultad resolutoria del Ministerio Público, encontramos en la doctrina dos claras posiciones: *negativas* y *positivas*.

Entre la serie de opiniones en torno a la facultad que sostiene que el Ministerio Público carece de facultad para decidir (posiciones negativas) se inscribe la mayoría de los estudiosos.

Alcalá-Zamora respecto a esa función cuasijurisdiccional, sostiene que "el Ministerio Público no es una magistratura *jurisdiccional*, sino únicamente *requiriente*, y si por sí y ante sí se le permite impedir que el tribunal decida sobre el fondo, se le erigirá, de hecho, en *órgano jurisdiccional negativo*, ya que no positivo, es decir, no podrá condenar, pero si evitar que se condene".⁸

Rivera Silva, aludiendo a la resolución de "archivo", recuerda que ha sido criticada porque a través de ella el Ministerio Público se abroga *facultades jurisdiccionales*, crítica que —dice— con purismo jurídico puede tener vigencia.

Algunos penalistas como Olga Islas y Elpidio Ramírez llegan a afirmar que "el no ejercicio de la acción penal constituye una resolución prácticamente definitiva, que imposibilita la intervención del órgano jurisdiccional y, por tanto, impide que el individuo sea juzgado por un juez o jurado de ciudadanos. En lugar de ello, y esta aberración sólo ocurre en México, el individuo es juzgado por el poder ejecutivo a través del Ministerio Público".⁹

Dentro del campo de opiniones afirmatorias, esto es, las que sostienen que el Ministerio Público sí puede decidir (posiciones positivas), encontramos no sólo la práctica cotidiana, sino a otros no menos expertos estudiosos.

Briseño Sierra al respecto afirma que no debe confundirse la averiguación con la resolución. En la averiguación o investigación existe sólo pesquisa, pero en ocasiones quienes investigan, con frecuencia utilizan la facultad de mando. "Investigar no es mandar, pero para hacerlo se puede emplear el mando, lo que es bien distinto."¹⁰

El propio Rivera Silva, al que ya nos hemos referido, pese a que afirma que "con purismo jurídico" es valdadera la corriente negatoria, llega inmediatamente a afirmar que "por economía y práctica procesal es correcto no se acuda a los tribunales para que hagan la declaratoria de la no existencia del delito, cuando el Ministerio Público no tiene elementos que lo comprueben y por ende no puede hacer la consignación".¹¹

En el caso de que adoptáramos la primera de las ya indicadas tendencias o posiciones, habría que pensar en que si el tribunal es el que tiene que resolver, debemos entonces abordar el tema de la *homologación*, para que así el tribunal "juzgue" la *no existencia de delito* y delincuente, reconociendo o dándole efectos jurídicos totales a la previa determinación del Ministerio Público.

A manera de recordatorio, la homologación —dice de Pina— es "el reconocimiento judicial de la regularidad de un acto jurídico, necesario para que éste dé sus efectos característicos".¹² A través de este instituto, el tribunal le daría efectos plenamente jurídicos a la determinación del Ministerio Público,

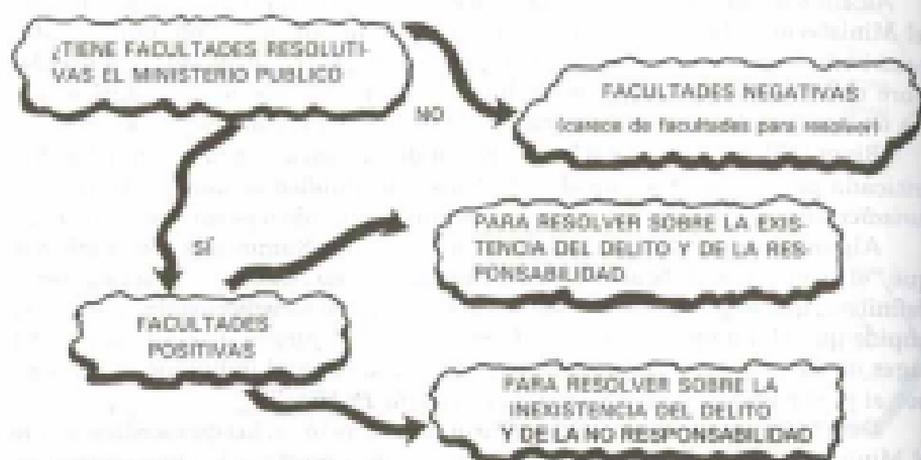
⁸ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Legítima defensa y proceso*, pág. 405.

⁹ Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, *El sistema penal en la Constitución*, pág. 77.

¹⁰ Briseño Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, t. IV pág. 555.

¹¹ Rivera Silva, Manuel, *El procedimiento penal*, págs. 142 y 144.

¹² De Pina, Rafael, "Homologación", en *Diccionario Jurídico*.



La verdad es que la homologación no ríe con ciertas disposiciones de la ley positiva. Así, por ejemplo, en el artículo 6 del código distrital se dispone que "el Ministerio Público pedirá al juez . . . la libertad del procesado, sea porque el delito no haya existido, sea porque existiendo, no sea imputable al procesado, o porque exista en favor de éste alguna de las circunstancias excluyentes de responsabilidad . . . o en los casos de amnistía, prescripción y perdón o consentimiento del ofendido".

Por otra parte, desde el punto de vista de la noción de acción, lo cierto es que ahí no existe, ni puede existir acción penal, dada la ausencia de litigio o contienda, que en el mejor de los casos implicaría una solicitud de reconocimiento a la posible renuncia de algún derecho, o a la licitud de una autocomposición o autodefensa.

El artículo primero del CFPP dispone que le corresponde exclusivamente a los tribunales declarar cuando un hecho no es delictivo.

El Código de Justicia Militar no puede resultar más claro cuando prevé que "la facultad de declarar que un hecho es o no delito del fuero de guerra, corresponde exclusivamente a los tribunales militares" (art. 435).

Igualmente, el Código de Procedimientos Penales de 1880 y luego el de 1894, establecieron que únicamente los tribunales de justicia podrían determinar la inocencia o la culpabilidad.

CAPÍTULO 13

PROMOCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y CUESTIONES PREJUDICIALES

SUMARIO

13.1 SISTEMAS DE PROMOCIÓN DE LA ACCIÓN

- A. PROMOCIÓN PARTICULAR
- B. PROMOCIÓN OFICIAL
- C. PROMOCIÓN POPULAR
- D. SISTEMA MIXTO
- E. OTROS SISTEMAS DE PROMOCIÓN

13.2 OBLIGATORIEDAD Y DISCRECIONALIDAD

13.3 SISTEMA MONOPOLIZADO EN MÉXICO

13.4 SISTEMAS DE CONTROL DE LA PROMOCIÓN DE LA ACCIÓN

- A. SISTEMA JERÁRQUICO
- B. SISTEMA JURISDICCIONAL
- C. SISTEMA DE ACCIÓN SUBSIDIARIA

13.5 CUESTIONES PREJUDICIALES

13.5.1 Competencia

13.5.2 Prejudiciales en México

- A. DECLARATORIA DE PROCEDENCIA O AUTORIZACIÓN PARA PROCEDER
- B. NULIDAD DE MATRIMONIO
- C. TERMINACIÓN DEL JUICIO CALUMNIOSO
- D. QUIEBRA FRAUDULENTE

13.6 EFECTOS DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN

13.1 SISTEMAS DE PROMOCIÓN DE LA ACCIÓN

Afirmando la *dualidad de pertenencia de la acción*, estudiamos ahora a la legitimación activa, esto es, al sujeto que refleja en el proceso al Estado, titular del *ius puniendi*, sujeto que, como el Ministerio Público, tiene además la capacidad procesal para comparecer como actor.

De esta manera, en la doctrina y en multiplicidad de legislaciones se conocen diversos sistemas que, atendiendo al sujeto activo del proceso, indican quién es el legitimado para la promoción de la acción penal. Conocemos así los siguientes sistemas:

- a) Promoción por el particular que se autocalifica ofendido (acción privada).
- b) Promoción oficial (acción oficial).
- c) Promoción popular (acción popular).
- d) Promoción mixta.
- e) Otros sistemas.

A. PROMOCIÓN PARTICULAR

El sistema de promoción por el particular (también llamado de acción de parte) se refiere al caso en que el propio particular es el que ocurre ante los tribunales promoviendo la acción. Aquí la acción penal se promueve directamente por el que se autoconsidera titular del derecho supuestamente vulnerado.

EJEMPLO: el que toma a la propiedad y la perdió por robo, puede promover la acción penal.

Debe diferenciarse, como en Argentina, lo que es la llamada "acción privada", es decir, a la que nos venimos refiriendo (con la que quien promueve es un

particular), de la llamada "acción dependiente de la instancia privada", en la que la promoción de la acción está condicionada a un instar previo del particular.

La primera es desconocida en México —pues no existe la *querrela máxima*—, en tanto que la segunda es aceptada en los casos en que de la querrela mínima depende la promoción de la acción (aunque oficial).

B. PROMOCIÓN OFICIAL

En el sistema de promoción oficial, o acción promovida generalmente por el Ministerio Público o Ministerio Fiscal, la acción se promueve a través de un órgano de gobierno, o dependiente del Estado, que es el facultado para promover o deducir la acción activa.

En este sistema de oficialidad se debe observar que bajo el principio acusatorio, el promovente es el Ministerio Público, pero si se trata del principio inquisitivo, la oficialidad atribuye el ejercicio de la acción al propio tribunal.

En este caso de la oficialidad, según Odehigo, la atribución del derecho a promover la acción puede ser indiferenciada (cuando la iniciación y desarrollo corresponde al tribunal), o diferenciada (si la función le corresponde a otro órgano diverso al tribunal).¹

C. PROMOCIÓN POPULAR

En el sistema de promoción popular se faculta a cualquier persona para promover la acción, aun cuando no sea la directamente ofendida, o aun cuando sea tan sólo una de las múltiples ofendidas.

EJEMPLO: en este sistema, cualquier ciudadano puede promover la acción en nombre del Estado, según reza el código procesal de Nueva York, o la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882. Este sistema (desde las Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal), actualmente recomendado contra delincuentes electorales, fue acogida, aunque no tan rigidamente, por las Siete Leyes Constitucionales de 1836 contra magistrados y jueces prevaricadores.

¹ Odehigo, Mario, *Lecciones de derecho procesal*, t. I págs. 345 y 346.

SISTEMAS DE PROMOCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

al Promoción por particular
 el Promoción oficial
 el Promoción popular
 el Promoción mixta
 el Otros sistemas

Particular otorgado

Miembros Públicos o promotor oficial

Elemento popular (acción popular)

Promoción mixta

Otros sistemas

organismos públicos

sindicatos

diferenciado

indiferenciado

Legitimados para promover la acción del sujeto actor

D. SISTEMA MIXTO

En el sistema mixto están atemperados los anteriores sistemas, encontrándose casos en que el sistema de *promoción particular* coincide con el de *promoción oficial*.

EJEMPLO: así ocurre en el sistema inglés, donde es el particular el que promueve la acción, con la posibilidad de que el equivalente al Ministerio Público también le siga, o incluso la promueva en nombre de la Corona o de la sociedad misma.

En el sistema español coinciden a la vez la promoción popular, con la del Ministerio Público y la privada; la privada para los procesos que requieren querrela privada; la popular, que cualquier ciudadano puede ejercitar; y la del Ministerio Público, que tiene obligación de promover la acción penal.

En el fondo, aun cuando todos estos sistemas demuestran ventajas se dice que tienen sus inconvenientes.

E. OTROS SISTEMAS DE PROMOCIÓN

Otros sistemas de promoción de la acción, establecen que algunos organismos públicos o privados también están legitimados para actuar.

EJEMPLO: el derecho francés faculta a las entidades gubernativas y aún a los sindicatos para promover la acción penal, sin necesidad de recurrir al Ministerio Fiscal.²

13.2. OBLIGATORIEDAD Y DISCRECIONALIDAD

De los llamados "principios que rigen la actividad del Ministerio Público" nos interesa recordar dos contrapuestos que están estrechamente vinculados a la promoción de la acción:

- a) *Legalidad, necesidad, obligatoriedad, imprescindibilidad o indisponibilidad*, el cual "obliga al funcionario a promover la acción penal tan pronto como se verifique un hecho con apariencias delictivas".³

² García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, pág. 166.

³ Alcalá-Zamora y Castilla, Niceto, *Ministerio Público y abogados del Estado*, pág. 517.

6) *Oportunidad, discrecionalidad o disponibilidad*, que "le permite abstenerse cuando vislumbra que el ejercicio de la acusación vaya a producir mayores inconvenientes que ventajas (escándalo público, peligro para la paz social, complicaciones internacionales, etc.), y se basa en una consideración utilitaria".⁴

El mismo Alcalá-Zamora, a quien hemos estado siguiendo, reflexiona que la oportunidad ha tomado mayores raíces totalitarias que democráticas, punto en el que disiente Carlos Ayarragaray.⁵

De ambos principios, algunos dicen que en México priva el de *obligatoriedad*, no obstante que de hecho —y aún por la facultad resolutoria que al Ministerio Público se le concede— podemos decir que el sistema instaurado en la realidad es el de *oportunidad o discrecionalidad*.

Pero esa *discrecionalidad* de que goza el Ministerio Público no debe ser confundida con la *arbitrariedad*.⁶ Antigua es la idea —afirma Nava Negrete— que sostuvo como concepto de *discrecionalidad*, la de poder arbitrario, hoy totalmente abandonada. *Discrecionalidad* es acción que deriva de la ley, como respuesta coherente al régimen de legalidad que la prohija; en cambio *arbitrariedad* es la acción realizada totalmente al margen de todo texto legal. Ejercer poder discrecional por las autoridades administrativas es actuar dentro del mar-

PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ACTUACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA PROMOCIÓN DE LA ACCIÓN

LEGALIDAD, NECESIDAD, OBLIGATORIEDAD, INDISPONIBILIDAD DEL DERECHO DE ACCIÓN

OPORTUNIDAD, DISCRECIONALIDAD DISPONIBILIDAD DEL DERECHO DE ACCIÓN

⁴ *Ibidem*, pág. 517.

⁵ Alcalá Zamora y Castillo, Niceta. *En legítima defensa: réplica al doctor Ayarragaray*, pág. 231.

co de la ley; hacer uso de poder arbitrario significa no partir de fuente legal alguna".⁶

En fin, dentro del principio de legalidad —señala García Ramírez, siguiendo a Chiovenda— cabe la libertad de juicio. Esto —dice—, para no incurrir en la arbitrariedad.⁷

En México, el Código chihuahuense derogado permitió no ejercitar la acción por instrucciones del gobernador, legalizando así la oportunidad, precepto que se asemeja al artículo 2 del Código Austríaco de 1873, que estableció "la acusación dejará de producir efectos si el emperador ordena que no se inicie la causa o que cese".⁸

En la actualidad, el Código de Justicia Militar todavía permite la oportunidad en la persecución, al dar la posibilidad al Ministerio Público para desistirse "cuando así lo demande el interés social, oyendo previamente el parecer del Procurador General de Justicia Militar" (art. 38).

Resulta importante precisar si en la promoción de la acción goza el accionante de un derecho para ello o, por el contrario, está obligado. Dependiendo de la respuesta, la acción se considerará un *poder-derecho*, o un *poder-deber*, recordando con esto los razonamientos carmelutianos.

13.3 SISTEMA MONOPOLIZADO EN MÉXICO

Por lo que toca al sujeto-capaz para accionar en el sistema mexicano, conviene abordar su estudio desde dos perspectivas: una constitucional y otra legal.

Desde el enfoque constitucional encontramos ideas opuestas en cuanto a que el sujeto facultado para accionar está o no monopolizado.

La Suprema Corte sostiene que con base en el artículo 21 constitucional el único que puede accionar es el Ministerio Público. Muchos penalistas —casi todos— avalan esta posición.

Por otro lado, en una rígida interpretación del artículo 21 constitucional, podemos llegar a la conclusión de que ahí no se establece una exclusión facultad a cargo del Ministerio Público, para promover la acción.

Sin duda alguna, la obra de Juventino Castro resulta al respecto la más aducida.

El artículo 21 constitucional establece que "la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos in-

⁶ Nava Negrete, Alfonso, "Facultad discrecional", en *Diccionario jurídico mexicano*.

⁷ García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, págs. 136 y 177.

⁸ Kaganis Florán, *Elementos de derecho procesal penal*, pág. 182.

incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél”.

Castro señala: “analicemos detenidamente esta disposición constitucional primero se establece: la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. Los constituyentes en forma terminante y absoluta, sin interferencias de ninguna especie, establecen la función jurisdiccional con los caracteres de propiedad y exclusividad. . . tal facultad en modo alguno puede ser compartida por ningún otro sujeto o funcionario en el proceso. Por esto los constituyentes no vacilaron y en forma decidida estatuyeron. . . con el carácter de propia y exclusiva.

“En cambio —continúa Castro—, el mismo artículo 21 afirma que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público. Aquí ya no se está hablando de propiedad ni de exclusividad; tan sólo se establece que incumbe esta facultad persecutoria al Ministerio Público.”

“Claramente —concluye el mismo autor— podemos establecer, ahora, que la persecución de los delitos por el Ministerio Público —o en otras palabras: el ejercicio de la acción penal por parte del órgano acusador—, no le pertenece en forma exclusiva, ni tal conclusión puede sacarse del artículo 21 constitucional. . .”¹⁰

Casi en iguales términos se pronuncia Briseño Sierra, quien además agrega que el supuesto monopolio “no está expresado ni construido gramatical ni lógicamente en la Constitución, pero sí en las leyes ordinarias”.¹¹

Aunque García Ramírez apunta que es conveniente que sea el Ministerio Público quien monopolice al sujeto actor en el proceso penal, no deja de reconocer (en el plano legal) “que el pensamiento del constituyente no fue preciso acerca de este extremo (ello) parece desprenderse de la explicación dada por la Comisión Primera de Constitución en su dictamen relativo al art. 20. Se ha dicho, asimismo, que el Congreso no se planteó la cuestión de la acción penal; que es posible la formación de consignación por autoridad diversa al M.P., el cual sólo debiera intervenir forzosamente en el momento de las conclusiones. . . que frente a la concesión de exclusividad en la imposición de las penas a favor de los Tribunales no existe parejo pronunciamiento en orden a la acción, y que la actual interpretación del art. 21 contraviene lo estatuido en el art. 17 constitucional, por cuanto este último precepto no distingue entre el acceso del particular a los tribunales civiles y el correspondiente a los tribunales penales”.¹²

Establecido el enfoque constitucional, pasamos ahora al enfoque legal, es decir, al que indica la ley ordinaria. La ley secundaria establece un categórico

¹⁰ Castro, *Jurística. Ministerio público, funciones y defunciones*, págs. 85 a 88.

¹¹ Briseño Sierra, Humberto, *Reflexiones sobre las llamadas garantías individuales*, t. 2, pág. 439.

¹² García Ramírez, Sergio, *La acción en el proceso penal*, págs. 115 y 116.

monopolio del Ministerio Público para la promoción de la acción del actor. Así, el artículo 2 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito indica que corresponde al Ministerio Público el ejercicio exclusivo de la acción penal.

Una gran mayoría de escritores, de manera apriorística y por inerxia, sostienen que el Ministerio Público "monopoliza la acción penal". Esta afirmación, a la luz de una correcta interpretación, resulta falsa. El Ministerio Público no monopoliza la acción penal. Lo que realmente ha ocurrido, es que continúa confundiendo en el foro mexicano, a la acción con la pretensión, cuestiones que ya desde el siglo pasado quedaron deslindadas, al darle autonomía a la acción.

Si el Ministerio Público acusa, suponiendo que sólo él pueda hacerlo, monopoliza la pretensión acusadora ante los órganos jurisdiccionales, o el derecho de acusar, pero esto no debe confundirse con el concepto de acción, que además y en todo caso —para los que sostienen la dualidad de pertenencia de la acción— no está monopolizado por una de las partes, pues ambas tienen el ejercicio de la acción. Una, la llamada "acción activa", y otra la llamada "acción pasiva".

El aspecto práctico de diferenciar lo establecido en la Constitución y lo dispuesto por la ley secundaria, local o reglamentaria, nos conduce a sostener que la ley secundaria de cualquier entidad federativa puede monopolizar al Ministerio Público como sujeto actor o compartir la promoción de la acción con el particular, sin violación constitucional alguna.

Contra el sistema que monopoliza la "acción activa" se han pronunciado destacados procesalistas. Francia, que se dice es la cuna del Ministerio Público, no le monopoliza a éste el carácter de actor en el proceso. En México, Alcalá-Zamora y Rafael de Pina, entre otros, al igual que el propio Guzmán y Prieto-Castro en otros lugares, se pronuncian en contra de un monopolio de esta índole.

En otro lugar (cap. 7) recordamos también cómo fue que en las Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal se repudió esa actitud monopolística del Ministerio Público.

El aceptar que el Ministerio Público monopoliza la acción y, además admitir que no existe medio de control de tal ejercicio (fuera del Ministerio Público), significa dejar incondicionalmente en sus manos no sólo el inicio de la acción, sino también su prosecución (ello nos hace pensar en un totalitarismo de Estado, especialmente del Ejecutivo, del cual depende el Ministerio Público).

La idea original planteada al Constituyente de 1916-17, según la cual el juzgador debía abstenerse en acusar, ha derivado con el tiempo en un panorama aterrador. A este respecto Ovalle Favala expone que "el problema ahora ya no es el de que el juez se vuelva investigador y acusador, y deje al Ministerio Público una función 'meramente decorativa'; sino el de que el Ministerio Público, que sólo debe actuar como investigador y acusador, se convierta, al mismo tiempo, en juzgador, dejando al juez un papel meramente decorativo".¹²

¹² Ovalle Favala, José, *Teoría general del proceso*, pág. 242.

13.4 SISTEMAS DE CONTROL DE LA PROMOCIÓN DE LA ACCIÓN

Frente al monopolio del sujeto actor establecido por la ley ordinaria y los precedentes judiciales, conviene estudiar los sistemas de control de la promoción y del ejercicio de la acción, cuya importancia se acentúa en el sistema monopolizado. En el caso mexicano, la importancia de los sistemas de control adquieren aún mayor interés cuando al Ministerio Público se le da cierta facultad resolutive.

¿Qué hacer cuando el presunto ofendido afirma la existencia del delito y la responsabilidad de un sujeto, y el Ministerio Público se niega a promover la acción? La posibilidad de abuso, por parte del Ministerio Público, de la facultad para promover la acción, da lugar al estudio de los sistemas de control de la promoción y ejercicio de la acción a cargo del actor.

Estos sistemas de control en la promoción de la acción por parte del Ministerio Público implican a la vez determinar si es impugnabile la abstención en la promoción de la acción (sea por simple determinación de archivo, reserva o simple omisión) y, en el caso afirmativo, quién es el que revisa: el mismo Ministerio Público u otro órgano diverso.

De los sistemas conocidos, que parten de la afirmación de que si son impugnables tales abstenciones, básicamente son tres a las que pueden reducirse las tendencias existentes:

- a) Sistema de control jerárquico o interno, y
- b) Sistema de control jurisdiccional, y
- c) Sistema de acción privada subsidiaria.

A. SISTEMA JERÁRQUICO

En el sistema jerárquico o interno, si el Ministerio Público se niega a promover la acción, el interesado puede impugnar la resolución negativa ante el superior jerárquico, pero del propio Ministerio Público.

A través del sistema jerárquico, la institución que monopoliza la promoción de la acción se autocontrola, es decir, que dentro de la propia institución del Ministerio Público se da el control.

Los precedentes judiciales mexicanos prácticamente han sostenido que éste es el sistema instaurado en México. La ley ordinaria establece la existencia de un medio impugnativo que ha sido calificado de diversa manera por los estudiosos.

Queja le llama Briseño Sierra,¹³ reconsideración administrativa, le llama García Ramírez.¹⁴ La persona interesada, dentro de los siguientes 15 días de

¹³ Briseño Sierra, Humberto, *El ejercicio penal mexicano*, pág. 133.

¹⁴ García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, pág. 239.

dictada la resolución, podrá acudir ante el Procurador de Justicia pudiendo revoque la determinación y disponga la promoción de la acción. Más adelante volveremos sobre este medio impugnativo (cap. 2.3.4.).

B. SISTEMA JURISDICCIONAL

En el sistema jurisdiccional, un órgano jurisdiccional —esto es, ajeno o externo al Ministerio Público— es el que controla tal promoción, resolviendo por la vía jurisdiccional si ha de promoverse o no la acción.

En el sistema de control jurisdiccional (acogido en el artículo 26 de la LOMPDF de 1919 y desconocido después por los tribunales de amparo) son los tribunales judiciales (de control de legalidad y control constitucional) los que revisan la legalidad, determinando si ha o no de proceder la promoción de la acción.

García Ramírez presenta un cuadro comparativo de los argumentos en favor y en contra del control jurisdiccional¹² habidos en México:

1. En contra se afirma que la acción penal le compete exclusivamente al Ministerio Público, y a favor se apunta que, aún suponiendo que sea "exclusiva", no debe ser arbitraria, si puede escapar del control constitucional.

2. En contra se afirma que la abstención del Ministerio Público no lesiona derechos individuales, sino sociales y que, por tanto, sólo se debe dar lugar a un juicio de responsabilidad. En favor se expone que los intereses individuales no quedan salvaguardados con un juicio de responsabilidad.

3. En contra se afirma que el interés reparatorio del daño se puede satisfacer en sede civil. En favor se expone que es falso, porque la ley civil exige el procedimiento penal como supuesto. Tampoco, porque la pretensión tendría que deformarse y agregamos: no, porque el pago del daño se considera pena pública en nuestra ley.

4. En contra se afirma que si acaso el tribunal de amparo ordena se promueva la acción, se caería en el principio inquisitivo. En favor se apunta que es falso, no puede el proceso penal caer en lo inquisitorio, porque no es el tribunal penal el que ordena la promoción, sino el tribunal de amparo.

5. En contra se afirma que cuando el Ministerio Público decide no promover la acción, no es autoridad sino parte, y contra las partes no procede el juicio de amparo, sino sólo contra autoridades. En contra se dice que es falso el argumento, porque al momento de decidir el no ejercicio de la acción, todavía es autoridad y no parte, pues aún no se ha sometido a la autoridad judicial.

6. En contra se afirma que el particular ofendido, so pretexto de defender

¹² García Ramírez, Sergio, *La acción en el proceso penal...*, págs. 128 y ss. 170.

derechos privados, pretende manejar la acción pública. En favor se afirma que es falso, porque el particular no maneja la acción pública.

Matos Escobedo, también recordado por García Ramírez, llamó a la inactividad del Ministerio Público "indebida inercia".

Viendo las resoluciones de la Suprema Corte, García Ramírez cita precedentes, tanto en favor como en contra.¹⁴

C. SISTEMA DE ACCIÓN SUBSIDIARIA

El último sistema conocido para el control de la promoción de la acción es el de la acción subsidiaria.

Así, si el Ministerio Público no promueve la acción, lo puede hacer el que se considere ofendido.

13.5 CUESTIONES PREJUDICIALES

En la doctrina y en la praxis se plantean algunos puntos o cuestiones que pueden llegar a impedir eventualmente que se dicte la resolución final o de fondo. A este respecto, la doctrina proveniente de autores mexicanos ha sido un tanto oscura, raquítica y confusa. En ocasiones se les confunde con los presupuestos procesales, y en otras con las condiciones previas al proceso.

En el extranjero quien más influencia ha ejercido en los estudiosos mexicanos ha sido Aguilera de Paz, quien inclusive escribió un tratado acerca de estas cuestiones. Dicho sea de paso, su estudio es una de las aportaciones a la ciencia del derecho procesal, proveniente de los especialistas del campo del derecho procesal penal.

Algunos casos previos a la exposición nos ayudarán a alcanzar nuestro cometido. Veamos.

- a) El acusado de bigamia que alega que el primer matrimonio es inexistente (un error en la primera acta matrimonial hace aparecer al acusado como casado, debiendo ser sólo testigo) o es nulo (se casó siendo menor de edad, sin el consentimiento de sus padres). Para el juez penal, ¿habrá o no matrimonio?

¹⁴ Cíen cit, tesis en contra del particular: Apéndice, 1965, pág. 376, tesis 190, tesis en favor del particular: *Semanario Judicial de la Federación*, t. XCIX, pag. 1545, t. XXXII, pág. 241, t. C, pág. 540, t. CI, pág. 798, t. CII, pág. 1805, t. CV, pág. 1926.

- b) El acusado de robo que alega que la cosa supuestamente robada es propia, e inclusive afirma que existe un juicio civil donde ambas partes pretenden que se los declare propietarios. ¿quién es el propietario de la cosa?
- c) El acusado de abuso de confianza quien alega que la supuesta responsabilidad proveniente de la ocultación de ganancias y disposición de utilidades debe ser sujeta a un juicio donde se declare si existió o no tal utilidad esta es, a través de un juicio de rendición de cuentas. ¿Hubo o no utilidad?
- d) El acusado de uso indebido de marcas alega que existe un procedimiento previo a través del cual la autoridad administrativa resolverá a quién le corresponde el uso exclusivo de una marca. ¿Quién es el titular de derecho de marca?

En los ejemplos anteriores destaca una cuestión que debe ser resuelta previamente a la resolución principal del juicio penal correspondiente. Así, debe primero declararse si es nulo, existente, inexistente o válido un matrimonio. En el segundo caso debe declararse quién es el propietario de la cosa. En el tercer caso debe declararse si existió o no alguna utilidad. Y en el cuarto ejemplo, la autoridad deberá declarar quién tiene el uso exclusivo de una marca.

Se trata —según Manzini— de resolver dos cuestiones o materias, una de las cuales (la principal) es de naturaleza penal, y la otra (la previa) corresponde a una materia conectada con esa principal y que debe ser resuelta previamente. Casi siempre ambas cuestiones son heterogéneas.

En algunos casos estamos frente a una prejudicialidad a la promoción de la acción (que propiamente no es una cuestión prejudicial), y en otros al pronunciamiento de la sentencia (verdadera cuestión).

Si se piensa con lógica, se advertirá que la resolución de la cuestión debe ser previa a la principal, es decir, a la cuestión puramente penal.

De cualquier manera, las cuestiones prejudiciales tienen que estar resueltas previamente a la sentencia. Esto es, condicionan la pronunciaci3n de la sentencia penal.

Las cuestiones prejudiciales se originan, según lo afirma Prieto-Castro, "a causa de la existencia de determinado sistema jurídico de diversidad de 3rganos jurisdiccionales, con cometidos diferentes, de suerte que al surgir el proceso penal una cuesti3n que sea necesario resolver para poder entrar en el conocimiento y decisi3n del caso debatido, y ocurre que esa cuesti3n no se halla asignada a las atribuciones del tribunal penal actuante, habr3 de determinarse por la ley el 3rgano que deba conocer de ella".²⁷

El problema sustancial puede plantearse en los siguientes t3rminos: ¿cu3l ser3 el tribunal competente para conocer de cuestiones que no son estrictamente penales?, asimismo, ¿cu3l ser3 la suerte que corra el procedimiento penal mientras se decide la cuesti3n prejudicial?

²⁷ Prieto-Castro, Leonardo, *Derecho procesal penal*, p3g. 63.

En realidad, el problema en la cuestión prejudicial, no sólo se circunscribe al competencial, puesto que conocida y deslinada la cuestión prejudicial, también se estará en aptitud de continuar un proceso penal o terminarlo, o de resolver si existió o no el delito por el que se ha iniciado el proceso; esto es, se trata de conocer el antecedente lógico-jurídico de la cuestión netamente penal.

Según lo expone Del Guádice, "es cuestión prejudicial civil aquella que, versando sobre una relación de derecho civil, constituye el antecedente lógico jurídico de un delito o de una circunstancia de éste, por lo cual debe resolverse antes que decida el fondo del juicio penal, y debe o puede ser enviada por el juez penal al civil para la decisión, permaneciendo mientras tanto suspendido el procedimiento penal".¹²

Para Aguilera de Pax, "llámense prejudiciales esas cuestiones previas de cuya decisión ha de depender el curso o la virtualidad de la indicada acción penal, porque la resolución que previamente ha de recaer sobre ellas debe prejuzgar o juzgar por anticipado las otras, más o menos directamente relacionadas con el fondo, que de ellas dependan o se deriven, y éste es el carácter distintivo de las mismas".¹³

Para Carnelutti, es prejudicial toda cuestión cuya solución constituye una premisa de la decisión.¹⁴

Cabe advertir que las cuestiones prejudiciales no son cuestiones que esencialmente suspendan la promoción de la acción penal, aunque de acuerdo con nuestro sistema jurídico (especialmente en la praxis) se acostumbra a suspender tal promoción de la acción, de ahí que sea en este apartado donde las mencionamos.

De cualquier manera, sólo llamamos la atención al hecho de que las cuestiones previas a la acción, suspenden la promoción de ésta (en realidad, acto previo o condicionante de la promoción de la acción), y que las cuestiones previas a la sentencia, suspenden la pronunciación de ésta. Estamos en presencia de casos de saneamiento del ritual suscitada en diversos estadios.

13.5.1 Competencia

En cuanto a quién compete abocarse al conocimiento y resolución de las cuestiones prejudiciales, la doctrina no ha sido unánime. Aguilera de Pax, a quien

¹² Percy Mac Lean Estensó, *El proceso penal en el derecho comparado*, págs. 187 y sigs.

¹³ Aguilera de Pax, Enrique, *Tratado de las cuestiones prejudiciales y previas en el procedimiento penal*, pág. 22.

¹⁴ Mixan Mass, Florencia, "Cuestión prejudicial de naturaleza extrapenal", en *Enciclopedia Jurídica Ombra* (apéndice IV), pág. 181.

en México le sigue Julio Acero, ha postulado cuatro sistemas conocidos, tendientes a la resolución:

- a) *Prejudicial penal absoluta*. Es aquél que postula un predominio de la jurisdicción penal, para resolver las cuestiones prejudiciales. Esto es, que el tribunal penal es el que debe decidir este tipo de cuestiones. Se implica aquí el principio según el cual "el juez de la acción es también el juez de la excepción".
- b) *Prejudicial civil absoluta*. Sistema que sostiene que sólo el tribunal civil se reserva la facultad de resolver toda cuestión prejudicial al proceso penal.
- c) *Prejudicial civil limitada o parcial (obligatoria)*. Según este sistema, el tribunal penal está obligado a someter a un tribunal no penal las cuestiones prejudiciales, para su resolución.
- d) *Prejudicial civil limitada o parcial (potestativa o facultativa)*. En este sistema, el tribunal penal está facultado (no obligado) a enviar al tribunal civil o competente, todo asunto que requiera una resolución prejudicial.²¹

13.5.2 Prejudicialidad en México

Pese a que las cuestiones o puntos prejudiciales se han tratado temerosamente en la legislación mexicana, algunas se consideran prejudiciales a la promoción de la acción (casos de autorización administrativa, nulidad de matrimonio, terminación del juicio calumnioso, declaratoria de quiebra), como si se tratara de presupuestos procesales, y otros como cuestiones de prejudicialidad a la sentencia, al considerárseles como excepción dilatoria (artículos 468 frac. II, en relación con la frac. II del art. 113 del CFPF, así como los artículos 109 y 112 del CP y asimismo las cuestiones de competencia), o que sin suspender la promoción de la acción o del proceso, le dan competencia absoluta al tribunal penal para resolver cuestiones ajenas a la proliamente penal (art. 151 CFPF).

Llama la atención el código de Coahuila, que si emplea la voz *prejudicial*, a diferencia de otros ordenamientos que no la llaman por su nombre. El Código Federal por su parte le denomina *declaración judicial previa* (art 283 CFPF).

En los casos en que se le atribuye competencia al tribunal penal para conocer de cuestiones no penales (civiles, por ejemplo), nuestro derecho (art. 151 CFPF, 441 CJM) considera que la resolución no penal que al efecto establezca como condición para decidir la principal, sólo tendrá validez o eficacia en el juicio penal y no en otro. Lo que significa que el juez sólo se pronuncia *interlocutorium* y no *principaliter*.

²¹ Hugo Alzira, *Las cuestiones prejudiciales en el proceso civil*, pág. 43.

EJEMPLO: en el juicio por incesto en el que acusado niegue ser el padre de la supuesta ofendida, obliga al tribunal a resolver previamente a la existencia del delito, acerca de si el acusado es o no padre de la presunta ofendida. Si el tribunal penal resuelve *inter tantum* que no existe la relación padre-hija, esa resolución sólo vale para lo penal, pero no para lo civil; pues la que fue estimada como ofendida podrá reclamar en lo civil (vía sucesorio-intestamentario) los bienes del padre acusado en algún momento por incesto. Si el tribunal penal hubiera resuelto la cuestión civil *principaliter* (no *inter tantum*), la estimada como ofendida no podría reclamar los bienes del acusado fallecido.

A. DECLARATORIA DE PROCEDENCIA O AUTORIZACIÓN PARA PROCEDER

Debido al régimen de inmunidad (no impunidad) que establece nuestra Constitución en favor de cierto tipo de personas, tales como diputados, senadores, ministros de la Suprema Corte, etc., se establece el llamado *juicio de procedencia* a cargo de la Cámara de Diputados y también la de Senadores, que rememora los procedimientos tomados del derecho inglés y del estadounidense.

Este procedimiento puede culminar con una "*declaratoria de procedencia*", que según nuestra ley significa que el funcionario contra quien se emite esta resolución, no sólo queda separado de su cargo, sino que además se da una "*autorización*" a los tribunales penales para seguir el proceso penal.

Este que llamamos *juicio de procedencia*, o más correctamente *juicio político*, corresponde a "un proceso que se sigue ante un órgano político, al que se atribuye eventualmente la función de juzgar, en contra de un funcionario público con responsabilidad en la toma de decisiones políticas, por actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho (art. 109, frac. I de la Constitución)."²²

Puede ocurrir que el órgano político autorizado para dar la declaratoria de procedencia, niegue ésta. En tal caso, la negativa no implica la pérdida del derecho material (*sus pantiendi*), ya que queda la posibilidad de que se abra o continúe un proceso penal, pues en todo caso sólo se suspenderá hasta que el funcionario que goza de la inmunidad la pierda o deje de tener (se dé el saneamiento procesal).

Cabe aclarar, aun contra la opinión de algunos estudiosos, que en México la autorización no es una condición para poder promover la acción, es decir, no es un presupuesto procesal. Nuestra ley no establece que el funcionario con inmunidad estará exento de que en su contra se promueva la acción penal. Lo que nuestra ley establece es sólo un juicio de procedencia, con caracteres propios de una cuestión *previa* a una *decisión penal de fondo*.

Prueba de que sigue siendo válida y existente la promoción de la acción penal es el artículo 29 de la Ley Federal de Responsabilidades, que establece que en el caso de que se esté tramitando un proceso penal en contra de uno de los servidores públicos que gozan de inmunidad, sólo se suspenderá tal pro-

cese hasta en tanto se dé la declaratoria de procedencia, pero no que se anule o se declare inexistente la promoción de la acción procesal penal.

Ya García Ramírez, antes de la ley vigente, decía que "la falta de autorización no impide ni el procedimiento del Ministerio Público en averiguación previa, ni el ejercicio de la acción penal. Tampoco impide toda actividad del órgano jurisdiccional".²³

Como consecuencia de lo anterior, la autorización tampoco es un requisito de procedibilidad, como sostiene Rivera Silva, y tampoco es una condición para la promoción de la acción, según afirma Colín Sánchez.

B. NULIDAD DE MATRIMONIO

En el caso de raptó, si el raptor se casa con la raptada, el primero no podrá continuar sujeto a proceso penal, a menos que un tribunal familiar declare la nulidad del matrimonio (art. 270 CP).

Nuestra ley, en cuestiones familiares, sólo restringe la cuestión prejudicial sujeta a la competencia de órgano diverso del penal, al caso de nulidad de matrimonio.

Por desgracia, no alcanza a ver nuestra ley que en los casos de inexistencia de matrimonio resulta aún más necesario que la cuestión prejudicial sea resuelta por un tribunal familiar. Nuestra ley tampoco tiene en cuenta las cuestiones de paternidad, adopción, divorcio, etc. que pueden dar lugar a una muy interesante cuestión prejudicial.

En la hipótesis de que el raptor se case con la raptada, no se suspende la promoción de la acción penal, sino sólo el proceso penal. La controversia respecto a la nulidad o validez del matrimonio es sólo una cuestión prejudicial que debe resolverse por tribunal ajeno al penal, mas no un impedimento para promover la acción. En todo caso, el matrimonio implica una excepción dilatoria que motiva la suspensión del proceso penal (art. 468 fracción II en relación al 113 fracción II del CFPD).

Como se advierte, trátase en este caso de una cuestión prejudicial previa a la sentencia y no a la promoción de la acción.

A manera de ejemplo, la Corte Suprema Peruana resolvió: "que estando en trámite de juicio de nulidad de matrimonio contraído por el inculcado con la denunciante, no puede continuar la instrucción por el delito de bigamia —instaurada a causa del segundo matrimonio— mientras no se resuelva la validez o invalidez de dicho matrimonio (o sea, del primer matrimonio)...".²⁴

²³ Agustín de Paz, Enrique, *Tratado de las cuestiones prejudiciales y previas en el procedimiento penal*, pág. 38; y Acero, Julia, *Procedimiento penal*, pág. 368.

²⁴ García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, pág. 107.

C. TERMINACIÓN DEL JUICIO CALUMNIOSO

El artículo 359 del Código Penal establece que "cuando haya pendiente un juicio, en averiguación de un delito imputado a alguien calumniosamente, se suspenderá el ejercicio de la acción de calumnia hasta que dicho juicio termine".

En este caso, partimos del supuesto de que se encuentra pendiente o en trámite un primer proceso, donde los hechos en que se basa el acusador los afirma el presunto ofendido del segundo proceso (acusado en el primer proceso) como calumniosos. Aquí, el segundo proceso, es decir, el proceso cuyo objeto es la calumnia, no podrá tramitarse hasta tanto se termine el primer proceso. La terminación del primer proceso, será la condición para la acción calumniosa.

Pese a que el artículo 288 del CPPDF establece que cuando se exija declaración judicial previa, deberá presentarse la copia de la sentencia en que conste esa declaración, ello no impide de manera necesaria la promoción de la acción, puesto que si esto ocurriera, el proceso penal debe suspenderse, además porque esta copia no es un presupuesto del proceso, sino del fallo condenatorio.

La relación del artículo 359 del CP no resulta afortunada, debiendo advertir, que el empleo del vocablo "ejercicio" por "promoción" de la acción, o el de "juicio" por "proceso", no tienen más importancia, que el resaltar que en el supuesto caso de que se promueva la acción penal en el segundo proceso, ésta no puede considerarse nula o inexistente, sino válida, puesto que el segundo proceso sólo puede llegar a suspenderse, según nuestro código.

En consecuencia, esta cuestión prejudicial, no es previa a la promoción de la acción, sino a la sentencia.

D. QUIEBRA FRAUDULENTE

Según la Ley de Quiebras, existen tres tipos de quiebra: *fortuita*, *culpable* y *fraudulenta*. El artículo 99 de la citada ley considera delictuosa la conducta que produce la quiebra fraudulenta. De acuerdo, igualmente, con lo dispuesto por la citada Ley de Quiebras, "no se procederá . . . sin que el juez competente haya hecho la declaración de quiebra . . .".

En este caso, se establece que la cuestión prejudicial, consistente en determinar si la quiebra fue o no fraudulenta, compete a tribunal diverso del puramente penal. Que, por lo tanto, el tribunal penal, en el caso de quiebra fraudulenta, no puede continuar conociendo hasta tanto se califique el tipo de quiebra.

En este caso estamos ante una verdadera cuestión prejudicial, que desgraciadamente nuestros tribunales de amparo llegaron a considerar un día como "condición de existencia del tipo".²⁰

Este tipo de cuestiones prejudiciales resultan ser previas a la sentencia y no a la promoción de la acción.

²⁰ Primera Sala, Informe 1963, pág. 56.

13.6 EFECTOS DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN

Entre los efectos que produce la promoción de la acción por parte del Ministerio Público, podemos señalar los siguientes:

a) *Determina al tribunal competente dentro del criterio de prevención.* Así, cuando se promueve la acción en un lugar en donde hay varios tribunales, todos ellos competentes conforme a la ley, la promoción de la acción ante uno de ellos "previene el juicio" en su favor, desligando a los demás tribunales (criterio de prevención).

Obviamente, este efecto no opera cuando el tribunal ante el cual se promueve la acción es incompetente. Por ejemplo, promover la acción por pretensión propia de los tribunales federales, ante tribunales del "fuero común".

b) *Da lugar al surgimiento del proceso, por lo que no podrá abrirse ningún otro nuevo proceso, pues de ser así, en el segundo podrá oponerse la litispendencia y así nulificar todo ese segundo proceso.*

Como en su oportunidad hemos expuesto, se da inicio al proceso preliminar, aunque no al principal.

c) *El Ministerio Público pierde, en el caso específico, su imperium, de tal manera que ningún acto que realice después de promovida la acción podrá considerarse como proveniente de autoridad.*

Discútese este punto, pues Juventino Castro asevera, que el Ministerio Público sí conserva su autoridad durante el proceso, ya que de otra manera no se entendería que proceda el juicio de amparo contra actos del propio Ministerio Público (en el juicio de amparo, el demandado sólo puede ser autoridad, cuando éste ejecuta o trata de ejecutar una orden de aprehensión. Teniendo en cuenta que en el proceso de amparo sólo las autoridades pueden ser demandadas, el Ministerio Público —concluye Castro— sigue siendo autoridad, y no la pierde por la promoción de la acción).

De nuestra parte disintimos del criterio anterior, conviniendo tan sólo en que el Ministerio Público, para los efectos de la ejecución de una orden de aprehensión, sí debe considerarse autoridad, pero no creemos que tal autoridad la tenga el Ministerio Público *per se*, es decir, por ser sólo el Ministerio Público, sino porque obra con función delegada de ejecución del tribunal.

Dicho de otro modo, la autoridad de *imperium* que el Ministerio Público al pretender ejecutar una orden de aprehensión, no le es propia, sino que es la del mismo tribunal, que la delega en él.

d) *Impide al acusador cambiar o adicionar los hechos en que se funda o basa la acusación. Es decir, que no podrá adicionar o variar los hechos *causales* potestativos en que se fundará su concreta pretensión.*

Por eso, tras la averiguación y luego el planteamiento de datos, en el orden lógico se sigue el procedimiento de confirmación (ya no de averiguación).

- e) Otro de los efectos, más específicos de la promoción de la acción, consiste en *impedir temporalmente el ejercicio de la llamada "acción de calumnias"* (promoción y ejercicio de la acción basada en la afirmación de que existe el delito de calumnia judicial). Opera toda vez que como cuestión prejudicial deberá resolverse previamente el supuesto juicio calumnioso. Luego de esto, ya podrá promoverse la acción fundada en los hechos calumniosos. Paralelo a este efecto encuéntrase la suspensión del plazo necesario para que prescriba el *ius puniendi* (se le conoce en el foro como prescripción de la acción) o *actio calumniae*.
- f) Haciendo a un lado el caso de la prescripción en la *actio calumniae* en la legislación actual queda cuestionado el efecto que consiste en que la promoción de la acción *interrumpe el plazo de prescripción del derecho*.

De nuestra parte, hacemos notar que de acuerdo con el artículo 110 del Código Penal no se establece que la prescripción del derecho se interrumpe con la promoción de la acción, sino con las actuaciones en averiguación de un delito.

CAPÍTULO 14

14.1 INSTRUCCIÓN JUDICIAL

SUMARIO

- 14.1 NOCIÓN
- 14.2 UBICACIÓN
- 14.3 NATURALEZA
- 14.4 FINALIDAD
- 14.5 SUBDIVISIONES

14.1 NOCIÓN

Instrucción, afirma González Bustamante, significa "enseñar, informar de alguna cosa o circunstancia".¹ A su vez, instructor proviene de *instructoris*, que significa supervisor.

Aunque el origen etimológico de las palabras no dan necesariamente la connotación de un vocablo, conviene precisar que la instrucción tiene dentro del derecho procesal dos connotaciones:

- La que implica el verbo *instruir*, es decir, enseñar, mostrar, formar, adoctrinar, ilustrar, preparar, encaminar, explicar, etcétera.
- La que denota al sustantivo *instrucción*, que quiere significar lapso o período dentro del cual se realizan diversos actos procesales.

Las definiciones que se han vertido en torno al concepto de instrucción procesal de alguna manera toman como punto de partida de una las indicadas acepciones.

Como vemos, si en el marco conceptual general no ha existido conformidad para definir lo que es la instrucción, esto a su vez ha influido negativamente para conceptuar a la instrucción penal.

La instrucción no es privativa del derecho procesal penal, ya que existe instrucción en los procesos civiles, mercantiles, laborales o familiares. El que algunos de los tratadistas de estas áreas no le quieran nombrar así, no es óbice para negar su existencia.

A manera de ejemplo recordemos a Cipriano Gómez Lara, quien en su obra *Derecho procesal civil* considera la instrucción, cuyo propósito es "acercarle al juzgador todo el material informativo para que se produzca el juzgamiento con la propiedad fáctica y lógica debida."²

¹ González Bustamante, Juan José, *Principios de derecho procesal penal*, pág. 197.

² Gómez Lara, Cipriano, *Derecho procesal civil*, pág. 26.

En el propio derecho procesal penal la definición de instrucción varía no sólo de ley en ley, sino también de estudioso a estudioso. Y esto, por desgracia, también se refleja negativamente en la implantación del proceso ante los tribunales.

No resulta igual la instrucción legislada y establecida con base en el principio acusatorio, que a partir del principio inquisitivo.

He aquí algunas ideas que se han vertido en torno a la instrucción en el proceso penal:

- a) Para la ley española, la instrucción es "el conjunto de actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos".
- b) Para nuestro código de 1894, la instrucción "comprende todas las diligencias practicadas para la comprobación de los delitos e investigación de ellos, desde que se comienza el proceso hasta que se dicte el auto a que se refieren los artículos . . . (que declaran cerrado el proceso)".
- c) En el código federal vigente, la instrucción comprende "las diligencias practicadas 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 peculiaridades del inculcado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de éste".
- d) Para Barrios de Anguña, es "el conjunto de actos que tiene por finalidad aportar y elaborar los datos constitutivos de la certeza sobre el objeto (existencial y gnoseológico), así como determinar y afectar los bienes o personas necesarios para la satisfacción".³
- e) Para Fix Zamudio, "la instrucción es también denominada sumario judicial y según la doctrina mexicana, en la misma se hace investigación por el juzgador para determinar la existencia de los delitos y la responsabilidad o irresponsabilidad del acusado".⁴

Como se advierte de los anteriores conceptos, hay diversas respuestas a las interrogantes ¿qué es?, ¿dónde se ubica dentro del proceso?, ¿cuál es su naturaleza?, ¿para qué sirve?, e inclusive ¿cómo se subdivide?, cuestiones que trataremos de examinar con base en las respuestas que se han planteado.

³ Barrios de Anguña, Dante, *Tratado general del proceso*, pág. 229.

⁴ Fix Zamudio, Hector, "Procedimientos penales", en *Diccionario jurídico mexicano*.

14.2 UBICACIÓN

Dentro de la diversidad de actos procesales, la ubicación de la instrucción no ha sido invariable.

En la generalidad de los enjuiciamientos, la instrucción comienza con la *postulación de los datos*. En lo civil, por ejemplo, con la presentación de la demanda se inicia la fase que trata de recoger los datos o fuentes que confirmen o rechacen las afirmaciones postuladas.

Hoy en día, en la generalidad de los procesos penales —sobre todo en aquellos inspirados en la división francoinglesa (instrucción-juicio)—, la instrucción precede a la fase en que se concretan las pretensiones; esto es a la fase en que se plantea la demanda.

Nuestro código actual ubica la instrucción como previa a la del juicio (primera instancia, le llama). Así, el sumario judicial, como también se le reconoce a la instrucción, precede al plenario (otra denominación del juicio).

14.3 NATURALEZA

Con referencia al proceso penal, la respuesta al *¿qué es?, o ¿cuál es su naturaleza?* no ha sido uniforme. Considerando la exposición que de estas ideas hizo Alcalá-Zamora, en este apartado lo seguiremos con algunas adaptaciones diodóicas.

- a) *Preprocedimiento*. Conforme a la terminología alemana, la instrucción sería un *vorbefahren*, o sea, literalmente un preprocedimiento. Pero como en realidad la instrucción integra un auténtico procedimiento, a Alcalá-Zamora le parece mejor denominarle procedimiento previo o preliminar.
- b) *Jurisdicción voluntaria*. De las ideas derivadas de Carnelutti al sostener que el proceso penal responde a la de la jurisdicción voluntaria, la instrucción entraría como una parte de la jurisdicción voluntaria. Esta idea no resiste la menor crítica, sobre todo cuando se advierte que en la instrucción sí existen las nociones de conflicto, ausentes en la llamada jurisdicción voluntaria.
- c) *Preproceso*. Según Bende, en la instrucción no hay relación jurídica, por lo que su naturaleza sería administrativa o policial, lo que significa que es preprocesal.
- d) *Acción cautelar*. Para Carnelutti, la instrucción caería también dentro del ámbito de la que llama "acción cautelar" —sigue diciendo Alcalá-Zamora— "pero aparte del significado excesivamente amplio que le atribuye, en vir-

tud del cual la especie (cautelari) se confundiría con el género (preliminari), sobre aquella se proyectarían así mismo la 'acción introductiva' y la propia 'acción consultiva'".

- e) *Proceso preliminar*. En la idea de Alcalá-Zamora, la instrucción es un proceso preliminar. Tiene para ello en cuenta que es una etapa preparatoria, cuya finalidad no estriba en dictar sentencia, sino que con elementos en ella reunidos en todo caso se podrá decidir si ha lugar o no al debate final, "es decir, del proceso de fondo en estricto sentido".⁵

Agreguemos que, según la idea del propio Alcalá-Zamora, por proceso preliminar "habríamos de entender el conjunto de actuaciones desenvueltas con anterioridad a la demanda de fondo y relacionadas con el proceso principal en virtud de factores que mudan según la finalidad perseguida por aquél".⁶

14.4 FINALIDAD

Veamos para qué sirve o cuál es la finalidad de la instrucción.

Podemos considerar que de la diversidad de fines planteados por la doctrina, éstos pueden aglutinarse en *remotos o mediatos* por un lado, y *proximos o inmediatos* por otro.

El fin mediano sería la preparación de debate, dice Rafael de Pina. No obstante, cabe hacer una observación. La instrucción no conduce irremediablemente al juicio. Puede ocurrir que durante la instrucción los elementos de confirmación rechacen la existencia de un delito, en cuyo caso sería factible, dentro de la propia instrucción, el sobreseimiento. Esto es, la instrucción no está orientada sólo para preparar el debate, sino para la *determinación de llevarse o no a debate un hecho o mejor dicho, un litigio*.

Respecto al fin inmediato, hay quienes consideran que consiste en comprobar tanto el delito como la responsabilidad. En verdad, esto resulta parcial, ya que también su fin se orienta a la confirmación de la ausencia del delito o de la responsabilidad.

En este enfoque, el fin (según la ley mexicana) más bien sería el *confirmar la existencia o inexistencia de ciertos hechos que se califican como delito, y de la responsabilidad o irresponsabilidad del sujeto pasivo del proceso, en los hechos*.

Nuestra ley procesal (art. 1 CPPP) estima que la finalidad de la instrucción no consiste únicamente en probar (confirmar), sino también en *averiguar*

⁵ Alcalá-Zamora y Castilla, Niceto, *En torno a la acción del proceso preliminar*, págs. 491 y 492.

⁶ *Ibidem*, pág. 455.

Pero éstos no son los únicos específicos de la instrucción. Aparte de los fines puramente confirmatorios, la instrucción penal en México posee otros.

Así, tenemos fines cautelares, esto es, dejar asegurados determinados bienes, fines psicosociobiológicos del procesado, tal como sería conocer su grado de adaptación o desadaptación social (peligrosidad, le llaman en la curia).

De los datos hasta ahora vistos, no cabe duda de que la instrucción a que se refiere la ley sólo es una porción de todo el enjuiciamiento penal. De aquí, que resulta un error denominar a los códigos como el francés de *Instrucción criminal o penal*, ya que se trata de denominar al todo en atención a una de las partes.

14.5 SUBDIVISIONES

Ya hemos adelantado que un periodo como es el de la instrucción puede a su vez tener varios subperiodos, de tal manera que cuando aludimos a las subdivisiones de la instrucción, queremos con esto referirnos a los subperiodos de la propia instrucción.

De la forma en que ha sido establecida en México, la instrucción se divide en dos partes:

- La instrucción administrativa o policial, y
- la instrucción judicial, procesal o intraprocesal.

En México, la instrucción administrativa quedó encomendada al Ministerio Público. Corresponde, como ya lo vimos, a una subfase de la instrucción donde el Ministerio Público dirigiendo la instrucción, se "autoinstruye". La ley secundaria mexicana a esta subfase le denomina *averiguación previa*. Dicha subfase se sustenta más en la averiguación que en la confirmación.

La instrucción judicial, que es la tradicionalmente conocida, otorga su dirección al órgano jurisdiccional. A esta subfase es a la que se refiere nuestro código procesal federal en su artículo primero fracciones segunda y tercera. Aquí se tiende más a la comprobación que a la averiguación.

En ocasiones la ley, y algunos estudiosos, se han encargado a su vez de subdividir la instrucción judicial.

Franco Sodi la dividió en tres partes: a) la que se extiende de la resolución inicial a la resolución de procesamiento, b) la que va de ésta a la resolución de agotamiento de la averiguación, y c) la que va de ésta a la resolución de cerramiento de la instrucción.⁷

⁷ Franco Sodi, Carlos, *Código de procedimientos penales*, pág. 132.

CRPP

Franco Sodi y
Colin Sánchez

INSTRUCCIÓN			
ADMINISTRATIVA	JUDICIAL O PROCESAL		
Averiguación previa	Preinstrucción	Instrucción	
Averiguación previa	Primera fase	Segunda fase	Tercera fase

Esta división de Franco Sodi ha proliferado entre nuestros estudiosos, y la han seguido aun cuando cambiando sus denominaciones. En el caso de Colin Sánchez, en la primera edición de su obra aludió a las tres partes a que se refirió Franco Sodi. En las actuales ediciones, Colin Sánchez se refiere sólo a dos subfases, debido a que las reformas del Código del Distrito suprimieron una de ellas.

No obstante, de aquí en adelante seguiremos las señaladas tres subfases, pues de acuerdo con la ley federal aún existen en la mayoría de los códigos estatales.

Con esta salvedad, y reconociendo que las divisiones obedecen puramente a la ley positiva y no a razones de principios, habremos de continuar.

CAPÍTULO 15

INSTRUCCIÓN JUDICIAL (preinstrucción)

SUMARIO

- 15.1 UBICACIÓN
- 15.2 PROMOCIÓN DE LA ACCIÓN Y CONSIGNACIÓN
- 15.3 RADICACIÓN
- 15.4 EFECTOS DE LA RADICACIÓN
- 15.5 PROCESAMIENTO PROVISIONAL
- 15.6 PERSONACIÓN DEL INculpADO
- 15.7 CONSIGNACIÓN
- 15.8 DENEGACIÓN DEL PROCESAMIENTO PROVISIONAL

15.1 UBICACIÓN

Esta, que viene a ser la primera fase de la instrucción judicial y a la que el código poliano denomina segunda fase de la averiguación previa (arts. 268 y sigts.), se encuentra delimitada entre el momento en que el sujeto activo del proceso comparece ante el tribunal promoviendo la acción penal, y la resolución dictada por el tribunal, mediante la cual dispone el procesamiento definitivo o su denegación. El código federal le llama *preinstrucción*.

Durante esta fase, el tribunal será instruido básicamente en torno a dos temas fundamentales: la existencia o inexistencia de los datos que califican un tipo delictivo y la responsabilidad o irresponsabilidad del sujeto pasivo del proceso. A través de esta fase se trata de demostrar al tribunal que con los datos, pruebas o medios de confirmación aportados, resulta posible la prosecución del proceso o, en su caso, que (hasta ese momento) no existen los elementos fácticos suficientes para proseguir un proceso.

Dicho en términos más procesales, durante esta fase se tratará de demostrar por el acusador que los hechos en que se funda la contienda que se somete al conocimiento del tribunal, se califican como típicos o delictuosos, y que existen pruebas que demuestran que tales hechos le pueden ser imputados (con cierta probabilidad) al penalmente enjuiciado.

En otros sistemas, el francés por ejemplo, la instrucción judicial tiene dos fases: una *instrucción preliminar*, en la que se trata de esclarecer los hechos y en su caso enviar al imputado a la cámara de acusación; y otra fase de *instrucción definitiva*, donde al examinarse lo recogido se está en aptitud de decidir si se ha de mantener la acusación, elevando el asunto a lo que conocemos como plenario.

Obviamente, según esta forma de entender la instrucción, no habrá proceso, pero en la medida en que se vinculen los sujetos en esta instrucción, la posibilidad de hablar de proceso instruccional será más viable, así ocurre en

la legislación mexicana, donde se ha enviado a la instrucción prácticamente toda la fase probatoria que normalmente le correspondería al proceso principal.

15.2 PROMOCIÓN DE LA ACCIÓN Y CONSIGNACIÓN

Existe, a nuestro parecer, no sólo en el lenguaje de la curia sino también en gran parte de la doctrina, una lamentable confusión entre lo que es "promover la acción penal" por el sujeto activo del proceso, y la "consignación".

Mediante la *promoción de la acción por el actor* (ejercicio inicial de la acción), el sujeto activo del proceso —que en México es el Ministerio Público— acude ante los órganos jurisdiccionales formalizando el primer acto del ejercicio de la acción, esto es, provocando la función jurisdiccional por ocasión primaria. Adviértase que según esta idea, a la promoción de la "acción activa" le es indiferente que exista o no algún detenido. Para iniciar la acción no es necesario que se envíe o no detenida a alguna persona a disposición del tribunal.

En el vocablo *consignación* encontramos polisemia, es decir, una gran variedad de significaciones. Derivada originalmente del verbo latino *consignare*, *consignare*, significa sellar, firmar, certificar, anotar, registrar, etcétera. En el campo jurídico, significa además *depositar*; *entregar*; *dejar a disposición* algo. Es conocida, por ejemplo, la "consignación del pago".

Es esa última acepción de la palabra *consignación* la que se utiliza en el proceso penal: *dejar subjudice*, o casi siempre *detenida a disposición del tribunal*, a una persona. En el proceso penal resulta entonces que *consignación* (específicamente del detenido) significa *dejar a disposición del tribunal su persona*. En este sentido debe interpretarse, por ejemplo, la voz *consignación* contenida en la fracción III del artículo 20 constitucional.

Art. 20 const. frac. III. "Se le hará saber en audiencia pública y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador . . ."

Resulta entonces que aun cuando en la práctica casi siempre coincide el momento en que el Ministerio Público promueve la acción, con la *consignación*, no siempre ni necesariamente coinciden en el tiempo. Supóngase, por ejemplo, el caso en que se promueve la acción sin dejar a disposición del tribunal al sujeto pasivo del proceso, solicitando tan sólo se le mande hacer comparecer por *diante orden de aprehensión* o simple comparecencia.

Con cierta frecuencia se confunde la *consignación* con el depósito del bien secuestrado o la persona arrestada. Pero el significado semántico de la voz en la Constitución resulta tan especial que es necesario darle una interpretación específica para la legislación mexicana.

15.3 RADICACIÓN

El primer acto del tribunal, luego de la promoción de la acción, se traduce en la resolución denominada *radicación* o también *auto cabeza de proceso*.

En el *auto de radicación*, el juez por sí y como representante del órgano, revisa (para radicar) los presupuestos procesales. Así, la radicación implica revisar la competencia, las formalidades incluso la falta de impedimentos.

Son dos los supuestos o dispositivos conocidos que dan lugar a la resolución de radicación:

- a) La autoexcitación judicial o prevención de oficio, y
- b) La heteroexcitación.

La *inquisitio ex officio* o *autoexcitación del tribunal* no es posible en el derecho mexicano actual, puesto que de manera oficiosa el tribunal no puede abrir un proceso. El vocablo "auto cabeza de proceso" resulta más familiar para este supuesto, según lo afirmó Escriche.

En la legislación argentina, un juez oficiosamente puede dictar auto cabeza de proceso, en el que además llama al Ministerio Público para que ejerza la acción penal.

Mediante *heteroexcitación* queremos referirnos al inicio de un proceso a instancia de parte. Es éste el supuesto que impera actualmente en el derecho mexicano, ya que la radicación de un proceso sólo puede hacerla el tribunal a instancia del Ministerio Público, al promover la acción.

Entonces, el sistema mexicano acoge el principio *semper iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*.

La radicación implica que el órgano jurisdiccional se aboca al conocimiento del negocio que se le plantea, independientemente de que el tribunal específico al cual se acude, sea o no competente. Implica el análisis de los presupuestos procesales (exigir la válida constitución del proceso) y la existencia del interés como requisito de la acción.

15.4 EFECTOS DE LA RADICACIÓN

Entre los diversos efectos que produce la resolución de inicio o radicación del proceso encontramos los siguientes:

- a) *Previene la competencia en favor del juzgado ante el cual se promueve la acción procesal*, con base en el criterio competencial de la prevención. Así, el órgano judicial ante el que se promueva será el competente. Con fundamento en este criterio de prevención, las partes quedarán vinculadas a ese órgano específico.
- b) *Da inicio a la actividad judicial*, pues se trata del primer acto del tribunal tendiente a la resolución del litigio que se le plantea. Ante la posibilidad de hecho de que el tribunal no resuelva sobre la radicación (guarde silen-

ción, el acusador puede recurrir en queja ante el superior (arts. 286 bis CPPDF y 142 CFPP).

- c) Implica el reconocimiento de la calidad de parte al Ministerio Público.
- d) Impide la prosecución de un proceso por la llamada *actio calumniosa*, hasta que el proceso concluya.

15.5 PROCESAMIENTO PROVISIONAL

Acalá-Zamora y Castillo apunta que “entre la consignación y el procesamiento existe un manifiesto paralelismo: una y otro implican que a juicio de la autoridad respectiva (Ministerio Público, juez instructor) existen indicios suficientes para reputar a una persona culpable de un delito y para enderezar contra ella la instrucción”.¹

A reserva de clasificar más adelante la resolución de procesamiento, adelantemos que ésta puede ser *provisional* o *definitiva*.

Luego de que el tribunal radica el proceso, normalmente hace una serie de razonamientos que pueden llevarlo a declarar que los hechos que se le someten son susceptibles de ser calificados como un delito y la aparente responsabilidad de alguna persona (independientemente de que estén demostradas). A consecuencia de estas consideraciones, el tribunal ordenará la *personación del gobernado*.

Repetiendo, la secuenciación quedaría así: 1. radicación, 2. previo examen de datos fácticos, 3. calificación provisional de esos datos como delito e inclusive los imputa o atribuye a una persona, y 4. ordena la personación, ya sea mediante orden de aprehensión o de simple orden de comparecencia.

Pues bien, la declaración del tribunal al inicio del proceso que califica (la declaración, no la orden) que los hechos que le son sometidos a su considera-



¹ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceta, *Síntesis de derecho procesal*, pág. 550.

ción concretan alguna *figura típica delictiva*, cuya conducta puede imputarse a un sujeto, es lo que vendría a ser una resolución de procesamiento provisional.

No confundamos el auto de radicación, ni la orden de persunción con esa resolución provisional (declaración provisional), pues las órdenes de aprehensión y de comparecencia (de personación) sólo podrán ser un efecto de la resolución que declara la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad de alguna persona (auto de procesamiento provisional).

Llamamos a esta resolución de procesamiento provisional, puesto que de manera provisional y transitoria (efímera, podríamos decir), *le finca un proceso a una persona*. Tiene como efecto reconocer calidad de parte a un inculpado y el reconocerle todos los derechos de procesado. Si no se diera este reconocimiento (tácito o expreso) faltaría un presupuesto procesal, que oficialmente debe ser analizado.

El procesamiento provisional produce como efectos los siguientes:

- a) Reconoce la calidad de parte al imputado, reconociéndole los derechos de procesado (*legitimación ad causam y ad processum*).
- b) Dentro de otro tipo de efectos señalados por la ley, encontramos también que, tratándose de extranjeros, el tribunal deberá dar aviso a la Secretaría de Gobernación (art. 72 de la Ley General de Población), y respecto a funcionarios o empleados del Servicio Exterior Mexicano, es causa de suspensión de empleo sin goce de sueldo (art. 51, fracción IV de la Ley Orgánica del Servicio Exterior de 1966).
- c) Con la resolución de procesamiento provisional, se da inicio a la relación jurídico-procesal, entendida como el vínculo que une a las partes y el tribunal. Más exacto, es un procesamiento provisional instructorio.

Debemos precisar que la relación jurídica procesal no surge ni con el delito ni con la decisión del Ministerio Público para promover la acción, ni con la consignación, ni con la radicación, ni con la personación del sujeto pasivo del proceso, sino con la radicación, seguida de la resolución que implique un procesamiento (aunque sea provisional).

En viejas épocas, bajo la *litiscontestatio*, el proceso se iniciaba con la contestación a la demanda, y no con la presentación de ésta, como en la *litis denuntiatio*.

Más adelante, el procesamiento podrá tornarse en definitivo o simplemente declararse que no ha lugar a continuar tal proceso. Pero, mientras tanto, durante la primera fase de la instrucción judicial (preinstrucción, le llama el código federal), el procesamiento es provisional. Anticipo del procesamiento (definitivo) diría Claría Olmedo.

Puede ocurrir que a pesar de la radicación, el tribunal estime que los hechos que se le plantean no son susceptibles de calificarse como delictuosos, o que la persona respecto a la cual se pide sea declarada responsable en grado de probabilidad, no debe ser llamada a proceso. Esto es, puede suceder que el

tribunal, por sancionamiento, *deniegase el procesamiento provisional*, y a consecuencia de ello se niegue a ordenar la personación. En este caso, el procesamiento provisional es denegado y, por lo tanto, no pueden producirse los efectos del procesamiento provisional.

El plantear al tribunal hechos (probados o no) imposibles de ser calificados como delictuosos, se sancionan *ab initio* negándose efectos para el procesamiento.

En cuanto a los sujetos que son consignados al momento de accionarse (es decir, cuando no se requiere orden de aprehensión, o simple comparecencia, como en la flagrancia), debe dictarse un auto de procesamiento provisional. Pero si acaso los tribunales, no hacen eso en la praxis, ni el legislador lo establece como obligación (dada la rapidez con que se actúa en esta primera fase de instrucción judicial), ello no es óbice, como para negar la existencia de un auto o resolución de esta naturaleza (de manera *facta*, cuando menos), pues de otro modo, no sería posible otorgarle la calidad de parte al consignado, ni que éste ejercite los derechos de un procesado.

En estos casos el respaldo constitucional lo encontramos en el artículo 16, cuando exige que el tribunal al momento de consignarle un detenido a pretexto de urgencia o flagrancia, el tribunal debe ratificar o rechazar la detención. Esta disposición se reitera en el artículo 134 del CFFP.

Esta resolución de procesamiento provisional resulta a veces extraña en otro tipo de enjuiciamientos. No obstante, en el penal implica para el tribunal un examen al fondo del objeto del proceso, puesto que tanto el tipo delictivo como la responsabilidad no son elementos del proceso, sino del fondo mismo que ha de resolverse.

Si esta resolución que el tribunal hace al fondo del asunto (cuando el enjuiciamiento apenas se está iniciando) concluye con la declaración de que el hecho planteado se clasifica como delictuoso y de que existen datos como para imputarle preventivamente o con probabilidad ese hecho a una persona, es precisamente esta declaración la que estamos denominando de procesamiento.

15.6 PERSONACIÓN DEL INculpADO

Habiéndose dispuesto la radicación de un proceso, el tribunal resolverá a la vez si se sujeta o no, con carácter provisional, una persona.

Supongamos que, razonando, el tribunal califica la existencia tanto del tipo delictivo como de la responsabilidad del imputado, y dispone su sujeción provisional (le reconoce capacidad y legitimación), el paso siguiente será el ordenar la comparecencia de tal sujeto pasivo del proceso, esto es, del sujeto al que provisionalmente se le está imputando un hecho calificado como delictuoso.

A la comparecencia a los actos procesales (sea forzosa o voluntaria) puede también llamársele *personación* o *apersonarse*, siguiendo con esto la terminología de Prieto-Castro.⁷

⁷ Prieto-Castro, Leonardo, *Excepciones de derecho procesal*, pág. 192.

La personación es consecuencia de la orden de apersonarse, que en el foro mexicano se denomina *orden de comparecencia* o *orden de presentación*. En los casos en que esta orden esté acompañada de una orden que imponga una medida cautelar restrictiva de la libertad, como es la detención, se le llama *orden de aprehensión y detención*.

Respecto a la identificación del sujeto pasivo del proceso (al que se le ordena se apersonel, se debe agregar que no se requiere que sea conocido en su nombre; basta que simplemente se encuentre descrito. Esto es, puede estar identificado incluso hasta por su mote o sobrenombre, o por simples señas particulares que lo identifiquen, aun cuando hasta ese momento, se desconozca su nombre. A este particular, Manzini llega al extremo de afirmar que sí es posible la "acción penal *in incertum personam*", ya que esto sólo es necesario para constituir la perfecta relación procesal.³

Sobre este particular se pronunció nuestro viejo Lozano en el siglo pasado, al afirmar que "algunas veces la orden de prisión (orden de aprehensión que supone a la orden de personación) puede ser contra personas cuyo nombre no pueda determinarse; por ejemplo, sabedora la policía de que en cierta casa se reúnen varias personas con un objeto ilícito como un juego prohibido, o la fabricación de monedas falsas, dicta sus órdenes para que sean aprehendidos los que se encuentren en ella; en estos casos es imposible determinar con anterioridad, normalmente, sin que esta circunstancia importe infracción constitucional".⁴

15.7 CONSIGNACIÓN

La consignación se concreta cuando el gobernado queda *sub iudice*, vale decir, bajo la potestad real del tribunal, convirtiéndose en concreta personación. En cierto sentido, significa dejar bajo custodia, esto es, "bajo el cuidado de", "a disposición de".

No obstante, no se requiere que el sujeto quede privado de su libertad. Puede darse el caso, y esto sería lo normal, que exista un consignado, sin tener que estar detenido, pues la detención sólo es una medida cautelar restrictiva de la libertad.

A partir de aquí (*illes a quo*) —es decir, de la consignación—, se inicia el plazo normal de 72 horas para que el tribunal resuelva si debe o no continuar el proceso contra esa persona. Dicho de otro modo, para que decida si *transforma el procesamiento provisional en definitivo*. Se inicia igualmente el plazo de 48 horas, para que se realice la llamada "diligencia de declaración prepara-

³ Manzini, Virena, *Tratado de derecho procesal penal*, t. II, págs. 394 y 395.

⁴ Lozano, José María, *Estudios del derecho constitucional patrio*, pág. 62.

toria", de manera que dentro de los primeros momentos siguientes a la consignación, el juez debe dictar una resolución en la cual señale día y hora para que se lleve a cabo tal actuación.



15.8 DENEGACIÓN DEL PROCESAMIENTO PROVISIONAL

Al abocarse el tribunal al conocimiento del asunto (al dictar la radicación del proceso) puede ocurrir que luego de examinar la causa, en lugar de ordenar el procesamiento provisional, *deniegue éste*, ya sea por falta de presupuestos procesales o, por falta de interés como condición de la acción. En algún otro lugar se puede decir por falta de los requisitos de admisibilidad de juzgamiento.

En este caso, a pesar de que la promoción de la acción se ha ejecutado, el tribunal o deniega la acción o impide su prosecución.

Los casos en que sobreviene la *denegatio actiois*, se establecen en el enjuiciamiento para sanear el proceso, y en gran medida, debido a la falta de necesidad de justificar el proceso.

Citemos, entre otros ejemplos de denegación de la acción, los siguientes:

- que el sujeto activo del proceso no esté legitimado. Por ejemplo, que no sea el Ministerio Público el promovente.
- que la causa pretendi no encuadre en su descripción delictiva (que no sea típica).
- que aun cuando la causa pretendi puede calificarse como delictuosa (que sea típica, antijurídica o culpable), el derecho en que se soporte la pretensión no proceda. Por ejemplo, que esté prescrito, que exista alguna excusa absolutoria, que exista alguna causa de impunidad o inviolabilidad en favor del potencial sujeto pasivo del proceso, etcétera.

Los casos en que no se deniega la acción, pero sí su prosecución, significan que, según la ley o el criterio del juez, existe la posibilidad de que pueda *corregirse el error cometido por el promovente*.

Así, si el Ministerio Público promueve contra quien sólo goza de inmunidad parlamentaria (un diputado, por ejemplo), el tribunal sólo suspende el enjuiciamiento, pero no deniega la acción.

CAPÍTULO 16

DECLARACIÓN PREPARATORIA



JACKSON RODRIGUEZ
BOICOLONE

* ATENCIONES OFICINA DEL
MAYOR JEFE DE OFICINA

SUMARIO

- 16.1 NOCIÓN
- 16.2 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL
- 16.3 NOTIFICACIÓN DE LOS HECHOS
 - A. NOMBRE DEL ACUSADOR
 - B. NATURALEZA DE LA ACUSACIÓN
 - C. CAUSA DE LA ACUSACIÓN
 - D. FINALIDAD
- 16.4 EFECTOS DE LA NOTIFICACIÓN
- 16.5 EMPLAZAMIENTO PARA CONTESTAR
- 16.6 CONTESTACIÓN
- 16.7 RITUAL DE LA AUDIENCIA
- 16.8 DENOMINACIÓN



PODER JUDICIAL
BIBLIOTECA

" LIC. ANICETO VILLAMUERA "
CD. VICTORIA, TAM.

16.1 NOCIÓN

En la legislación actual, la llamada declaración preparatoria, resulta ser una diligencia, en la que se reúnen por primera ocasión los sujetos principales del proceso penal. Esta diligencia posee *diversidad de actos procesales*, cuya finalidad es que el inculcado conozca la razón de su procesamiento, que el instructor verifique la existencia de defensor (o en su caso, que sea designado) y recibir, si así lo desea el procesado, su declaración. No se trata, entonces, de un solo y simple acto de declaración, sino de uno o más actos complejos.

16.2 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

La existencia de esta especial audiencia, dada la importancia que reviste, se encuentra elevada en México a la categoría de acto procesal obligatorio de implantar por las autoridades judiciales, lo cual se traduce en el correlativo derecho del procesado a exigir su establecimiento.

El artículo 20 constitucional fracción III establece como obligación de las autoridades el realizar esta serie de actos procesales.

Art. 20 const. fracción III: "se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria".

Esta disposición, apunta Zamora Pierce, "consagra el derecho al reo de ser informado de la acusación dentro de una serie de condicionantes de forma: en audiencia pública; de tiempo: dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes

a la consignación a la justicia; de contenido: el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación; y le fija a esa información una *finalidad específica*: que el reo conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en ese acto su declaración preparatoria”.¹

Ya el Fuero de Aragón, dado por Pedro III en 1348, estableció que “si alguno había sido preso sin hallarse en flagrante delito, o sin instancia de parte legítima, o contra ley o fuero, o si a los tres días de la prisión no se le comunicaba la demanda, por más que pasase sobre él acusación o sentencia capital, debía ser puesto en libertad por espacio de veinticuatro horas, en virtud de lo que se llamaba *via privilegiada*”.²

Aun cuando la Constitución dispone que en las primeras 48 horas siguientes a la consignación ha de celebrarse la declaración preparatoria (plazo que accogen nuestros códigos procesales), tal plazo puede ser reducido en beneficio del imputado, tal como lo hace el Código de Justicia Militar, cuando sólo le concede al tribunal 24 horas para celebrar la declaración preparatoria (art. 491).

Por lo que hace al lugar “público”, éste será aquel al que “el público pueda tener libre acceso” (art. 288 CPPDF), por tanto no puede ser en lugares alejados o interiores de áreas reservadas a funcionarios y no amplia para el público.

16.3 NOTIFICACIÓN DE LOS HECHOS

Con cierta similitud a lo que en el proceso civil es el “correr traslado con la copia de la demanda”, en el proceso penal, el acto de la notificación en la declaración preparatoria consiste en la *información judicial de ciertos hechos o de los fácticos en que se apoya el sujeto activo de proceso para accionar*.

Si recordamos que traslado proviene de *translatum*, término cuyo significado es transferir, y advertimos que en la diligencia a que nos referimos se transfiere el conocimiento de hechos, no es incorrecto hablar de traslado, pero no de la demanda, sino sólo de los hechos en los cuales posteriormente podrá fincar-se la demanda.

Adviértase aquí que quien realiza la información es el *título del órgano jurisdiccional*, y no un notificador o el secretario. Se accoge, entonces, el principio de *inmediatez procesal*. Es el juzgador quien personalmente debe dar a conocer esta información.

Los hechos que se notifican deben comprender un mínimo de tres datos básicos:

- a) Nombre del acusador,
- b) Naturaleza de la acusación, y
- c) Causa de la acusación.

¹ Zamora Pizarro, Jesús, *Garantías y proceso penal*, pág. 73.

² Sergio García Ramírez, *Los derechos humanos y el derecho penal*, pág. 22.

A. NOMBRE DEL ACUSADOR

Por nombre del acusador debe entenderse la respuesta a la interrogante *¿quién es el que acusa?*

Aunque dentro del proceso penal mexicano (adado el sistema monopolista) el acusador formalmente es el Ministerio Público, los estudiosos de la materia han coincidido en que por nombre del acusador, debe dársele a conocer al procesado no el nombre del agente del Ministerio Público o el de la institución Ministerio Público, sino el nombre de la persona que dio la noticia criminal, es decir, el nombre del denunciante o del querellante y, en su caso, también el de los testigos de cargo. Al procesado le interesa conocer el nombre del acusador real, y no tanto el del acusador formal.

Es precisamente con base en esta disposición por la que se ha llegado a afirmar que en México no son factibles las denuncias anónimas, ni las pesquises.

B. NATURALEZA DE LA ACUSACIÓN

Por naturaleza de la acusación queda la respuesta a la interrogante *¿cuál es la conducta o hecho que se le imputa al procesado?*

La conducta o hecho que se imputa no debe entenderse como el simple nombre jurídico de un delito. Esto es, no basta ni importa decirle a un procesado el nombre del delito que se le imputa, sino que para que la comunicación sea eficaz y cumpla con el fin que la propia Constitución establece, debe darse a conocer el dato fáctico que se ha calificado como delictuoso: se trata, en parte, de la *causa petendi*.

C. CAUSA DE LA ACUSACIÓN

Por causa de la acusación entendemos la respuesta a la interrogante *¿por qué el dato o datos calificados como delictuosos le son imputados al procesado? o cuáles son los medios o pruebas existentes, que han llevado a imputar tales hechos al procesado?*

Aquí se informa, por ejemplo, que un testigo vio al procesado realizar determinada conducta, o que el perito grafoscopista afirma que los rasgos de la fir-

ma falsificada corresponden al procesado, etc. En el fondo, se le está informando la razón por la cual el tribunal le ha reconocido legitimación en la causa.

D. FINALIDAD

No debe perderse de vista que la notificación de los datos anteriores debe estar orientada teleológicamente a que el procesado "*conozca bien el hecho punible que se le atribuye*". De manera que de los medios escogidos para llevar a cabo la comunicación, deberán tenerse en cuenta, entre otros, que el idioma empleado para notificar debe ser el mismo que el procesado pueda entender, o que en caso de ser sordo, se utilicen los servicios de un intérprete idóneo.

Acogiendo esta idea, algunos textos internacionales han establecido el derecho a "*ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma del tribunal*" (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); "*de ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal*" (Convención Americana sobre Derechos Humanos).

16.4 EFECTOS DE LA NOTIFICACIÓN

Esta información del juzgador al procesado (además de trabar el contradictorio), produce algunos efectos jurídicos:

- Establece la carga de contestar a la acusación que se le notificó, independientemente de la ausencia de capacidad subjetiva del juzgador o de la competencia del tribunal.
- Impide al acusador introducir con posterioridad otros hechos o datos fácticos, que fueron objeto de la comunicación.

Adviértase que la *causa petendi* no podrá ser adicionada, circunstancia que de manera permanente habrá de fijar el procesamiento definitiva. Sobre el particular volveremos nuevamente (17.14)

Así, si al Ministerio Público se le "olvidó" someter a la consideración del tribunal otros hechos diversos de los que inicialmente planteó, y aun cuando sean constitutivos de otro delito, perderá su derecho para introducirlos en este específico proceso. Lo cual no significa que se extinga su derecho, ya que podrá hacerlo en otro proceso, donde el inculcado tenga el derecho a conocer el nombre del acusador, la naturaleza y la causa de la acusación.

16.5 EMPLAZAMIENTO PARA CONTESTAR

Luego de que el procesado tiene conocimiento de los hechos que se le imputan, estará en posibilidad de responder a la acusación (contestar el cargo, decía la Constitución de 1857).

Después de la notificación de los hechos imputados que dan lugar al proceso, puede ocurrir que el legislador conceda o no un plazo temporal para contestar.

Según el principio inquisitivo, no es permisible conceder al inculcado plazo alguno para que presente su respuesta o contestación. La negativa, de acuerdo con este principio para conceder el plazo, se finca en la búsqueda del fin: la verdad histórica. Se piensa que si se diere plazo para contestar, el inculcado tendría tiempo para pensar y fraguar el cambio de la verdad histórica (distorsionarla).

Conforme el principio acusatorio, con tintes más democratizantes, al inculcado se le concede plazo para producir su contestación. Puede ser de horas, días, o tal vez meses, pero sí existe un periodo entre la notificación y la contestación.

Generalmente, en los procesos civiles se concede al demandado un plazo para que conteste la demanda (se le emplaza), en tanto que en el proceso penal mexicano la contestación debe seguir de inmediato a la notificación del dato criminoso imputado.

Luego entonces, podemos decir que en el proceso penal mexicano *no existe* —para responder en la declaración preparatoria— un emplazamiento (entendido en el sentido correcto de conceder plazo), adoptando a este respecto una variable del principio inquisitivo.

16.6 CONTESTACIÓN

A la contestación o propiamente declaración del inculcado en esta audiencia, Briseño Sierra la equipara con una contestación a la demanda.³

Aunque, como veremos más adelante, no se trata de una verdadera contestación a la demanda, es claro que sí se trata de una verdadera declaración, cuyo contenido trataremos de revisar.

La declaración del inculcado puede asumir alguna de las siguientes formas:

³ Briseño Sierra, Humberto, *El enjuiciamiento penal*, pág. 163.

- a) *Confesión*, es decir, que el inculpaado acepta que realizó los hechos objeto del proceso, esto es, la *causa petendi*.
- b) *Negación de los hechos*, donde el inculpaado niega total o parcialmente su relación con los hechos objeto del proceso.
- c) *Actitud neutra*, donde el inculpaado ni acepta, ni rechaza los hechos. Su actitud raya en lo indiferente e imparcial.

Esta posición no se da con frecuencia, y los estadistas tampoco parecen reflejarla. En Estados Unidos se le conoce como *solo contendere*.

A manera de ejemplo, citemos un caso que ocurrió en tribunales mexicanos cuando un inculpaado, al contestar a la inculpaación, dijo que el día que se dice ocurrieron los hechos se encontraba tan embriagado, que por perder la conciencia no podía aceptar los hechos, pero tampoco los podía negar.

Por razones técnicas (en Estados Unidos) el *solo contendere* equivale a culpabilidad, salvo para lo civil, al carecerse de prueba de culpabilidad.¹

- d) *Aducir excepciones procesales*, donde el inculpaado aduce la ausencia o incumplimiento de algún requisito procesal.
- e) *Aducir excepciones sustanciales o defensas*, donde el inculpaado afirma la inexistencia de algún elemento positivo del delito, esto es, alguna circunstancia negativa del mismo (causas de justificación).

No es posible aludir en este momento como hipótesis de respuesta o contestación, al allanamiento, puesto que en el allanamiento el demandado acepta las concretas pretensiones del actor. Como hasta este momento (el de la declaración preparatoria) no se ha concretado la pretensión del Ministerio Público, no resulta entonces factible que el inculpaado se allane. La concreción de las pretensiones se hará, como ya lo veremos, dentro del periodo del juicio o plenario (primera instancia le llama el CFPF), que es donde se plantean la demanda y la contestación.

Debe hacerse notar que de acuerdo con los derechos que la propia Constitución otorga al inculpaado, éste no está obligado a declarar o contestar sobre los hechos de la acusación. El derecho de libertad a callar, implica, entonces, que puede existir audiencia de "declaración preparatoria", sin declaración del procesado.

Precisamente por esta libertad a declarar nos parece inconstitucional el artículo 498 del Código de Justicia Militar, cuando dispone que "los inculpaados tienen obligación de contestar las preguntas que se les hicieren. Si se negaren a ello, se los exhortará a que lo hagan, haciéndoles entender que su silencio en nada los beneficia."

Por desgracia, en la práctica, ocurre que algunos señores jueces y agentes del Ministerio Público ven en esta declaración no un derecho del imputado a

¹ Senna, Joseph, *Introduction to criminal justice*, pag. 326.

nacionar, sino una "obligación" para que proporcione información, con el correlativo "derecho del tribunal" a requerirla.

Resulta conveniente hacer notar que la ley no faculta al funcionario judicial para que pregunte al inculcado si se considera culpable o si desea defenderse, como ocurre en otros países.

16.7 RITUAL DE LA AUDIENCIA

Esta diligencia se inicia con la recolección por parte del tribunal, de una serie de datos previos que tienden a identificar plenamente al procesado. Así, durante el período de las "gavanas", se le interrogará al procesado, acerca de su nombre, domicilio, lugar de origen, grupo étnico al que pertenece, etc. Se acostumbra insertar luego de esto, otra sección de "estadística". Aquí se le pregunta al procesado: estado en que se que encontraba al momento o fecha en que se dicen ocurrieron los hechos (ebria, bajo el influjo de alguna droga), religión, etcétera.

Sigue la sección en la que se designa defensor, o en su caso ratifica al ya nombrado, ya sea que lo haga el propio procesado o el tribunal.

Continúa la audiencia con la notificación que el tribunal hace al procesado, siguiéndole la contestación del propio procesado en el caso que desee declarar.

Dentro de esta contestación, luego de la espontánea declaración, sigue la procesada a través de interrogantes, tanto del Ministerio Público como del defensor. Esta contestación puede ser oral o escrita.

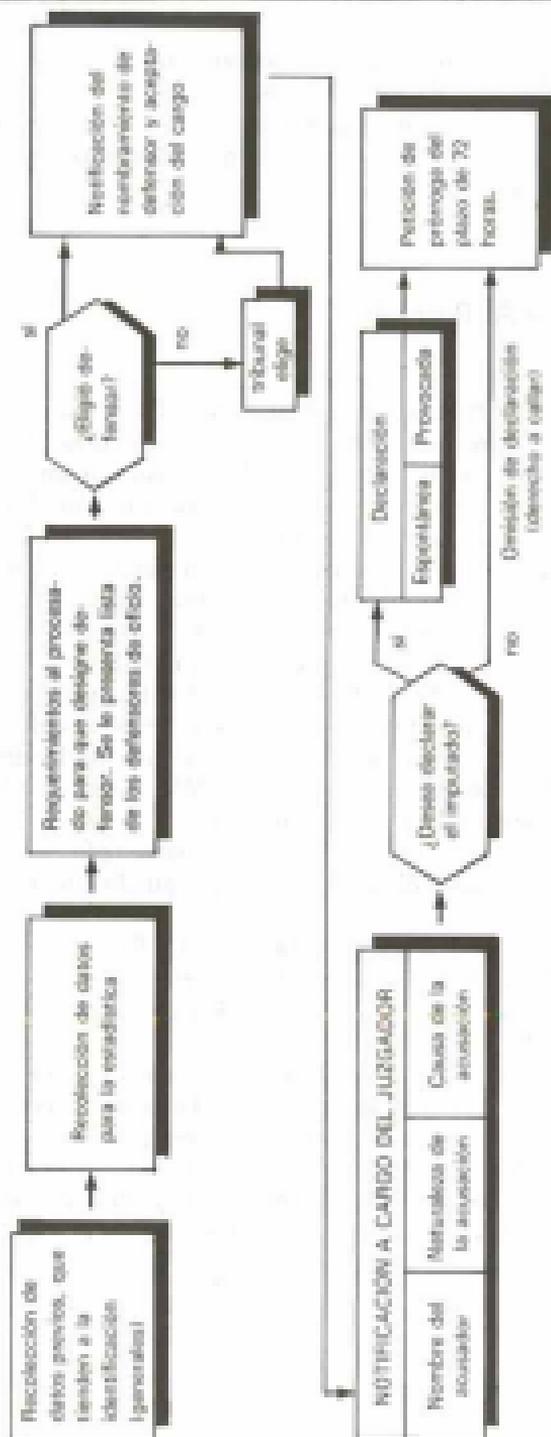
Se acostumbra que durante esta audiencia, las partes ofrezcan algún medio probatorio (alguna testimonial o alguna pericial) que pueda diligenciarse en esta breve etapa.

Se establece a la vez en la ley federal (art. 161 CFPP) que en esta diligencia podrán el inculcado o su defensor pedir se prorrogue el plazo de 72 horas para que puedan ofrecer elementos de prueba. Sobre el particular volveremos más adelante (cap. 27.8).

Un dato interesante de conocer es el establecido en la Ley de Enjuiciamiento Española y no contemplado por la ley mexicana. De acuerdo con la ley ibera, según lo recuerda Prieto-Castro, "cuando el examen del procesado se prolongue mucho tiempo o el número de preguntas que se le hayan de formular sea tan considerable que hubiese perdido la serenidad de juicio necesaria para contestar a lo demás que deba preguntársele, se suspenderá el examen, concediéndose al procesado (o a la persona que sea) el tiempo necesario para descansar y recuperar la calma".²

² Prieto-Castro, Leonardo, *Derecho procesal penal*, pág. 196.

DECLARACIÓN PREPARATORIA



16.8 DENOMINACIÓN

Como hemos advertido, la denominación de declaración preparatoria a esta audiencia multifacética no resulta adecuada por varias razones, comenzando porque no siempre se trata de una declaración, ya que existe la posibilidad de que el procesado se niegue a declarar en uso del derecho a callar. Pero además, suponiendo que el procesado declare, tampoco sirve para preparar nada, como ya en alguna ocasión lo sostuvo Alcalá-Zamora.⁶

González Bustamante insiste en que debe llamársele *declaración preparatoria*.⁷

En ocasiones se le denomina *declaración indagatoria*, o *declaración con cargos*, o *declaración inquisitiva*. Aquí, el sustantivo declaración, a más de quedar estrecho en una audiencia con varios actos, no siempre se declara.

En las leyes españolas, la indagatoria es la primera declaración del procesado, tendiente a "indagar" los hechos. En México, la audiencia no tiene por finalidad "indagar" los hechos, sino hacer saber al procesado la causa de la acusación. Su orientación es más de defensa que de prueba.

Pedro Hernández sostuvo que debe llamársele "*audiencia de información*"; no obstante, debe advertirse que en esta audiencia no sólo se informa, ya que existen otros actos procedimentales.⁸

Reconocemos que hasta la fecha no se ha aportado un vocablo que implique todos los actos que se suceden en la llamada declaración preparatoria, y que por fuerza de la tradición, tal vez por mucho tiempo seguirá llamándose así.

⁶ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *El nuevo código procesal penal del estado de Michoacán*, pág. 324.

⁷ González Bustamante, Juan José, *Principios de derecho procesal penal*, págs. 148 y 149.

⁸ Hernández, Pedro, *Principios rectores del proceso penal en materia federal*, pág. 16.

CAPÍTULO
17

PROCESAMIENTO DEFINITIVO

SUMARIO

- 17.1 LA RESOLUCIÓN
- 17.2 REQUISITOS
- 17.3 CUERPO DEL DELITO
- 17.4 RESPONSABILIDAD
- 17.5 DESLINDE
- 17.6 OBJETO DEL PROCESO PENAL
- 17.7 VARIACIÓN DEL NOMEN *IURIS CRIMINIS*
- 17.8 NECESIDAD DE IDENTIFICAR EL OBJETO PROCESAL
- 17.9 EFECTOS DEL PROCESAMIENTO DEFINITIVO
- 17.10 DENEGACIÓN DEL PROCESAMIENTO DEFINITIVO
 - A. NATURALEZA
 - B. EFECTOS
- 17.11 REVOCACIÓN DEL PROCESAMIENTO DEFINITIVO
- 17.12 APERTURA DEL PROCESO
- 17.13 CONCLUSIÓN DEL PERIODO INSTRUCCIONAL
- 17.14 INSERCIÓN DE HECHOS OBJETO DE COGNICIÓN

17.1 LA RESOLUCIÓN

“Nuestro auto de formal prisión, regido en suprema instancia por el artículo 19 constitucional —dice García Ramírez— tiene parentesco y ascendencia españoles y portugueses. En el derecho hispano es bien conocido el *auto de procesamiento*, que ofrece puntos de conexión precisa con el de formal prisión del régimen mexicano, como también lo es, en el derecho de Portugal, la institución de la *pronuncia*”.¹

En Chile, su correspondiente es el llamado *auto declaratorio de res*, y en México generalmente se le llama *auto de formal prisión* o de *reclusión preventiva* o *simple sujeción a proceso*.

La resolución de procesamiento *no implica la detención*. Esto es, la resolución de procesamiento sólo eso es: una resolución que dispone el procesamiento, independientemente de que se aplique o no una medida cautelar.

El procesamiento, sostuvo De Pina, es el “acto procesal en virtud del cual el imputado queda formalmente sujeto a las resultas de un proceso”.²

Clara Olmedo, refiriéndose al procesamiento, señala que “consiste en la declaración jurisdiccional que haciendo mérito de las constancias reunidas en los primeros momentos de la investigación sumarial, acepta provisionalmente la imputación ante la posibilidad de que aquel contra quien va dirigida sea penalmente responsable del delito que se investiga”.³

Vélez Mariconde expresa que es una declaración jurisdiccional de la presunta culpabilidad del imputado como participe de un delito verificado concretamente”.⁴

¹ García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, pág. 371.

² De Pina, Rafael, “Procesamiento”, en *Diccionario jurídico, y Código de procedimientos penales*, pág. 152.

³ García Ramírez, Sergio y Adato, Victoria, *Procesado del proceso penal mexicano*, pág. 102.

⁴ *Ibidem*.

En México, esta resolución de procesamiento ha sido confundido con el auto de formal prisión o reclusión preventiva, al darle el nombre de lo accesorio a lo principal.

Esta confusión —originalmente generada por el texto constitucional y seguidamente por diversas resoluciones judiciales— ha calado tan hondamente en nuestros juristas, que en lo general parten sin reflexionar de una premisa totalmente falsa.

Para evitar esa asimilación, en este capítulo analizaremos el procesamiento definitivo, y más adelante (en las medidas cautelares) examinaremos el auto de formal prisión.

Es la resolución judicial mediante la cual, para meros efectos procesales, iniciar o proseguir un proceso precisa ciertos hechos (trassa petendi) que reconoce estar calificados de delictuosidad y que se le imputan al sujeto pasivo del proceso.

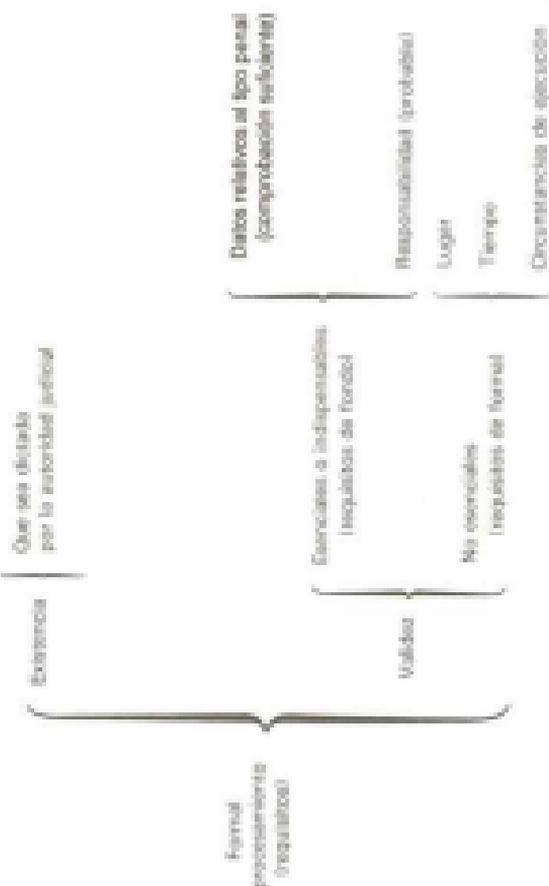
Decimos que se "inicie" un proceso, para referirnos al que ya hemos denominado *procesamiento provisional*, y aludimos a la "prosecución" de un proceso para referirnos al *procesamiento definitivo*.

Suele afirmarse que con esta declaración judicial se hace una declaración provisional de *responsabilidad penal*, cuestión que atañe más al derecho sustancial, y la diferencia de la declaración definitiva de responsabilidad; pero a la vez, estas declaraciones de responsabilidad deben diferenciarse de las declaraciones de procesamiento, cuyo estudio corresponde al derecho procesal.

La resolución a que nos estamos refiriendo en este capítulo no hace declaración de responsabilidad, sino sólo declara y ordena que una persona debe quedar sujeta a proceso.

Es necesario especificar que en otros países el procesamiento definitivo surge al iniciarse el plenario, pero también cabe recordar que en esos países la instrucción sólo sirve para resolver si se inicia el plenario. Esto no existe en México, pues el procesamiento definitivo se inició desde la fase a que nos hemos referido, sin posibilidad para el tribunal de terminar el proceso al concluir la instrucción. Si no se concretizó el delito en la instrucción, el juez pasará al juicio y empezará hasta que el acusador —si acaso obra de buena fe— concluya por la no existencia del delito.

Lo que denominamos *procesamiento provisional*, así como definitivo se subsume dentro del auto de procesamiento de la legislación argentina, en tanto que el procesamiento en otros lugares, en cierta forma se equipararía con la resolución nuestra mediante la cual se cierra la instrucción y se le corre traslado al acusador para que presente conclusiones, con el agregado de que el tribunal fije además el objeto del proceso.



17.2 REQUISITOS

La resolución de procesamiento debe contener diversos requisitos o elementos. Tenemos así requisitos de existencia y requisitos de validez.

Entre los requisitos de existencia encontramos que tal resolución debe ser expedida por una autoridad judicial, de manera que ninguna otra autoridad está facultada para despachar resoluciones de este tipo.

En cuanto a los elementos de validez, en México se han subclasificado tradicionalmente en dos variantes: *elementos esenciales o indispensables*, también llamados requisitos de fondo, y *elementos inesenciales, accesorios*, llamados asimismo requisitos de forma.

Dentro de los requisitos esenciales se menciona la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

Dentro de los requisitos esenciales se mencionan los datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito y la probable responsabilidad.

En los requisitos no esenciales, se suelen incluir datos tales como lugar, tiempo y circunstancias de ejecución de la conducta acriminada.

17.3 TIPO PENAL

El primer elemento esencial o indispensable requerido para una resolución de procesamiento consiste en la existencia de "datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se le impute" al procesado.

La noción de tipo penal no es una noción que forme parte o sea objeto de conocimiento del derecho procesal, sino del derecho sustantivo. Es a los penalistas a quienes les corresponde definir su noción, como ya lo decíamos desde la primera edición.

En México, desde el siglo XIX y aún hasta 1993, se prohibió tanto en la práctica, como en la propia Constitución, que el elemento esencial consistiera, no en el tipo penal sino en el cuerpo del delito. En este sentido, la mayoría de los estudiosos⁴ y tratadistas del proceso penal se dieron a la tarea de explicar el concepto de cuerpo del delito, mientras que ninguno de los penalistas se preocupó por ello.⁵

En realidad, la doctrina misma fue conteste para explicar, cuando menos para México, qué era cuerpo del delito. Se le llegó a considerar como el resultado material, el instrumento del delito o el sujeto pasivo del delito, o también como los elementos típicos del delito, algunos incluyendo los elementos materiales y otros implicando a los subjetivos.

⁴ Como excepciones tenemos a Herrera y Lasso, Eduardo, *Garantías constitucionales en materia penal*, pág. 38; Adato, Victoria, *La noción del cuerpo del delito*; Coscoy Belauz, "Cuerpo del delito", igualmente en *Diccionario Jurídico Mexicano, Cuerpos delictivos y tipo penal*.

Afortunadamente la reforma constitucional de 1993 eliminó la alusión a cuerpo del delito y clarificó que se trata de los datos que acreditan los elementos del tipo penal del delito. Sea que esté correcto o incorrectamente presentado uno de los elementos del auto de procesamiento, la verdad es que la noción del tipo penal resulta más clara, y que como dijimos al principio, toca a los penalistas explicar su noción y no a los procesalistas.

De cualquier manera ha de tomarse en cuenta que según la ley deben considerarse, "si el tipo lo requiere:

- a) las cualidades del sujeto activo y del pasivo (sic) del delito, no del proceso;
- b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión;
- c) el objeto material;
- d) los medios utilizados;
- e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión;
- f) los elementos normativos;
- g) los elementos subjetivos específicos y
- h) las demás circunstancias que la ley prevea" (arts. 168 CFPF y 122 CFPDF).

17.4 RESPONSABILIDAD

Debemos notar que la Constitución alude a "probable" responsabilidad y no a "presunta"; conceptos que Borja Osorno trató de deslindar.

La probable responsabilidad o existencia de indicios de criminalidad o culpabilidad es una de las notas que caracterizan al procesamiento.

No sería posible ni lógico abrir u ordenar que continúe un proceso en contra de quien no se tiene ni sospecha.

La ley no dice que tenga que probarse la responsabilidad, pues sólo se requieren datos que la hagan probable. Si la responsabilidad estuviese probada, no habría necesidad de abrir o continuar un proceso.

"Probable viene del latín 'probabilis', significa —dice Borja Osorno— aquello de que hay buenas razones para creer lo que es verosímil, lo que se funda en razón prudente, lo que se puede probar. Lo probable es un posible, que tiene más posibilidades de ser, que no de ser. Es 'probable' lo que es 'posible' y merece ser más creído que la opinión contraria."⁶

Para esta resolución es preciso, apunta de la Riva, "que pueda emitirse un juicio de probabilidad sobre la participación del imputado en el hecho. Aquí ya no es preciso que ello conste indudablemente; es suficiente que las pruebas conduzcan razonablemente a esa conclusión, aunque no se logre arribar a la certeza sobre ese extremo".⁷

⁶ Borja Osorno, Guillermo, *Derecho procesal penal*, pág. 243.

⁷ De la Riva, Fernando, "Procesamiento", en *Enciclopedia Jurídica Orbea*, pág. 290.

En el lenguaje común del foro, se suele afirmar que con esta resolución se define la "situación jurídica del imputado".

Si por situación jurídica entendemos la circunstancia en que una persona se encuentra frente a la norma, resulta entonces que con esta resolución se define o reitera la legitimación causal.

Para resolver sobre la probable responsabilidad, establece la ley (art. 168 CFFP) que "la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél imputado), alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad."

17.5 DESLINDE

Con gran frecuencia, especialmente en México, se suele confundir la resolución de procesamiento con otro tipo de actos procesales, de ahí que convenga precisar las diferencias para deslindar el concepto.

En primer lugar, resulta muy común confundir la resolución de procesamiento con las resoluciones que imponen alguna medida cautelar. Por ejemplo, en México generalmente cuando se alude al llamado "auto de formal prisión", se confunde a éste con el procesamiento. Incluso, se llegó a la paradoja de legislar, estableciendo que se puede dictar un auto de formal prisión, pero sin prisión (por ejemplo, el artículo 301 del código distrital, hasta antes de la reforma de 1983).

Igualmente, en el texto constitucional se establece como contenido de la formal prisión o reclusión preventiva, los datos propios del procesamiento. Parece así que se reabsorbe una resolución del proceso principal dentro de otra medida de carácter accesorio. Ironía del lenguaje, que en la práctica conduce a forzar sus significados.

Esencialmente, dice Alcalá-Zamora, "el procesamiento se funda en indicios de criminalidad, mientras que la prisión preventiva, en el temor de que el presunto culpable se sustraiga a la acción de la justicia".⁶

Respecto al propio procesamiento, cabe a la vez diferenciar el *provisional* o *preliminar*, del *definitivo*. En relación con el primero, su objetivo va orientado a resolver si debe o no sujetarse en definitiva a un proceso a una persona; el definitivo, en principio, va buscando la posibilidad de llevar a juicio o elevar al plenario el asunto.

⁶ Alcalá-Zamora y Castillo, *Niceto. Microtécnicas procesal*, t. II, pág. 78.

17.6 OBJETO DEL PROCESO PENAL

En la resolución de procesamiento, especialmente el definitivo, debe el tribunal especificar o delimitar el dato fáctico en torno al cual se desarrolla el proceso.

La noción de objeto del proceso no ha sido cabalmente definida por los procesalistas de la rama penal en México. En ocasiones se ha confundido al objeto con el objetivo: esto es, la materia con la finalidad.

El objeto se ha identificado con la materia misma en torno al cual gira el proceso; por ejemplo, que si fulano privó de la vida a otro o que si el que lo privó, obró en legítima defensa.

En este punto, la mayoría de los estudiosos del proceso penal, y aunque sin decirlo directamente, parecen confundir el objeto del proceso con uno de sus elementos: con la *causa petendi*. Por su parte Dorantes Tamayo reduce el objeto a la pretensión reclamada.⁹

El objeto de un proceso lleva como elementos a las pretensiones de las partes (el *petitum*), a las partes mismas, y al hecho o supuesto en que las partes apoyan su pretensión (*causa petendi*). Todo esto podrá llegar a ser el principal *thema decidendum*.

Así, en derecho procesal se afirma que los elementos *personae*, *causa petendi* y *petitum* "determinan inderogablemente el objeto del proceso, que va a versar precisa y exclusivamente entre esas partes, sobre lo que el demandante ha querido y en los límites por él señalados".¹⁰

De cierta forma, y especialmente en México, existen quienes identifican el objeto del proceso con el *nomen iuris criminis*, es decir, el nombre con el cual el legislador bautiza cierta conducta criminosa.

Prieto-Castro, al abordar este tema, afirma que el "objeto del proceso penal es la materia o el fondo (o el contenido mismo), pues efectivamente, a lo que se refieren la investigación, la prueba, la acusación y la defensa y, por último, la sentencia, es una materia fáctica, referida a un autor".¹¹

Por su parte Fix Zamudio, refiriéndose al significado del objeto del proceso, afirma que es "el contenido material sobre el cual versa la actividad de las partes y del juez y que debe constituir el contenido y límite de la sentencia de fondo que resuelve la controversia planteada".¹²

En suma, el elemento fáctico del objeto del proceso penal es la materia cuestionada en que se finca o habrá de fincarse la pretensión procesal. Esto es,

⁹ Dorantes Tamayo, Luis, *Elementos de teoría general del proceso*, pág. 231.

¹⁰ Miguel Alonso, Carlos de, "La ley de enjuiciamiento civil española de 1881", pág. 116, *Rev. de la Fac. de Derecho*, UNAM, t. XXXIV, enero-junio 1984.

¹¹ Prieto-Castro, Leonardo, *Derecho procesal penal*, pág. 133.

¹² Fix Zamudio, Héctor, "Objeto del proceso", en *Diccionario jurídico mexicano*.

en lo que los viejos estudiosos llamaron la *causa petendi* o, mejor dicho, a la materia por la cual litigan las partes. Por lo que hace al elemento subjetivo, en penal importa sobremanera el sujeto al cual se le imputa la conducta calificada como delictuosa.

En consideración a la *causa petendi*, vale decir, los hechos considerados como delictuosos, el procesamiento puede ser *monodelictivo* o *pluridelictivo*, según se califiquen uno o varios tipos delictivos.

17.7 VARIACIÓN DEL NOMEN IURIS CRIMINIS

Tal vez debido al desconocimiento de lo que es o debe entenderse por objeto del proceso penal, y debido a particulares interpretaciones del artículo 19 constitucional en su segundo párrafo, en México se dio una polémica en torno a si el tribunal está facultado para variar el *nomen iuris*.

Ante toda, se debe precisar que existe una diferencia entre lo que es el hecho o dato fáctico en torno al cual gira el proceso (*causa petendi*), y lo que es la clasificación o calificación de estos hechos o datos en un *nomen iuris criminis*.

Calificar un hecho o la *causa petendi* significa que cierto hecho propuesto, se determina con base en la o en las relaciones jurídicas, su naturaleza jurídica, para luego asignarlo a la categoría definida en la ley (se ubica el hecho dentro de un tipo delictivo específico definido en la ley).

No se confundan la calificación y clasificación de un hecho, con lo que los penalistas *explayan* bajo el tema de "delitos calificados" (circunstancias atenuantes o agravantes, tipos privilegiados o agravados, etc.).

La indicada disposición constitucional (art. 19), establece que "todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso (sic. de procesamiento). Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada...".

Como se advierte, este texto inserta lo que Ovalle Favela designó como la garantía de *inmodificabilidad del objeto del proceso penal*,¹³ e indica que todo proceso penal deberá seguirse única y exclusivamente por el "delito" que se ha precisado en la resolución de procesamiento, lo cual significa que ningún proceso penal podrá proseguirse por "delito" diverso al que se contenga en la ya citada resolución judicial.

En algunos sectores de defensores se llegó a pensar que el proceso penal deberá seguirse únicamente con base en la calificación o *nomen iuris* que de ellos se hace. En síntesis, esta idea significa pensar que el objeto del proceso es el *nomen iuris criminis*.

Si partimos de la hipótesis de que el objeto del proceso es el *nomen iuris criminis* o calificación jurídica que de los hechos se hace, tendríamos que, de

acuerdo con el dispositivo constitucional, tal calificación no podrá ser cambiada.

El caso concreto se plantea en el supuesto de que el tribunal, en la resolución de procesamiento, reconociera un hecho tipificado como lesiones, pero en fecha posterior el lesionado falleciera. ¿Podrá o no el tribunal seguir el proceso por los hechos que se califican como homicidio siendo que previamente se habían calificado como lesiones?. ¿podrá el tribunal cambiar el *nomen iuris* en resolución posterior?. ¿podrá recalificar?

Concomitante a esta cuestión está el caso en que el Ministerio Público venga denominando o calificando ciertos hechos y que luego el tribunal cambia la calificación. Por ejemplo, que el Ministerio Público haya venido calificando al objeto del proceso como robo, y luego el tribunal, reclassificando, califica a tales hechos como fraude o como abuso de confianza.

Respecto a este último problema, nuestra ley y los tribunales judiciales han sostenido que el tribunal sí está facultado para variar la previa calificación. No obstante, los penalistas Olga Islas y Elpidio Ramírez sostienen que al amparo del artículo 21 constitucional, el juez no puede ni debe variar la calificación hecha por el Ministerio Público.¹⁴

A nuestro parecer —ya lo habíamos dicho líneas arriba— el objeto del proceso penal tiene como elemento *el dato o los datos de orden fáctico*, que constituye la materia de un proceso (*causa petendi*). No es posible ni lógico pensar que la materia de un proceso sea la *calificación jurídica* de ciertos hechos, ya que la materia propia del proceso son esos hechos (*causa petendi*).

Incluso en el propio artículo 19 precisa, como lo dejamos asentado líneas atrás, que en auto de procesamiento debe asentarse, no el *nomen iuris* del tipo penal, sino los *datos que acrediten los elementos de ese nomen iuris*. A mayor abundamiento, el artículo 304 Bis A del CPPDF, establece que no importa que "se modifique la clasificación hecha en promociones o resoluciones anteriores."

El tribunal, en uso de su poder jurisdiccional (y aquí entra el concretar las normas), es el facultado para calificar los datos o hechos, y no las partes en conflicto. El viejo adagio "dádme los hechos que yo os daré el derecho" parece aquí cobrar vigor. Al tribunal le importa que le instruyan sobre los hechos, pues él será el encargado de calificarlos.

En la primera de las cuestiones referente al cambio de calificación de lesiones a homicidio, la ley ordinaria (artículo 160 de la Ley de Amparo, así como los precedentes judiciales han sostenido que el hecho de que el tribunal varíe la denominación típica no viola el ya precitado texto constitucional, *mientras no se cambien los "datos o hechos"*, esto es, la *causa petendi*. De manera que el tribunal, basándose en los mismos datos, puede calificarlos más adelante con diverso *nomen iuris* criminal.

¹⁴ Ovalle Favala, José, *Teoría general del proceso*, pág. 81.

¹⁵ Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, *El sistema procesal penal en la Constitución*, pág. 79.

En el caso de lesiones que más adelante se califican como homicidio, se trata de los mismos hechos, pues lo que varía no son los hechos, sino el "efecto" que produjeron o causaron tales hechos.

De nuestro sistema legal destaca que no debe confundirse la recalificación de los hechos, con la variación de la causa petendi, es decir, de los hechos. Al tribunal no le es dable tener en consideración datos o hechos no aducidos o propuestos hasta el momento de la promoción de la acción, pero sí se le es permisible calificarlos.

De esto se sigue que la calificación o clasificación de los hechos (causa petendi) corresponda esencialmente al tribunal y no al acusador (*iura nocent curia*).

17.8 NECESIDAD DE IDENTIFICAR EL OBJETO PROCESAL

Resulta aconsejable referirnos al porqué se justifica o se hace necesario que se fije claramente el objeto del proceso penal.

Esta parte está inspirada en las ideas de Leonardo Prieto-Castro, de quien tomamos la mayoría de los argumentos expuestos en la misma. Conforme a tales ideas la fijación del objeto procesal resulta necesaria:

- a) Porque por su medio se puede decidir si tal objeto es propio de la jurisdicción o de la administración y en el caso de que sea propio de los tribunales, para que lo conozca o precise tanto el juez como los demás intervinientes procesales.
- b) Para identificar el ámbito competencial al que corresponda tal objeto (federal, local, militar).
- c) Para fijar el tipo de enjuiciamiento que ha de seguirse (ordinario, sumario, jurado).
- d) Para establecer si ha existido o no el hecho delictuoso.
- e) Para precisar la conexión de los hechos presumiblemente delictivos (conexidad) y decidir en su momento la posibilidad de acumular.
- f) Para determinar si existe o no litispendencia.
- g) Para delimitar el marco referencial del principio de congruencia de la sentencia.
- h) Para establecer si existe identidad de la cosa juzgada y en su caso observar el principio *non bis in idem*.
- i) Para que la persona (juzgado) sólo pueda ser sometida únicamente a las medidas y efectos que derivan de su relación con el hecho, y no se le apliquen otras medidas u otros efectos.¹⁵

¹⁵ Prieto-Castro, Leonardo, *Derecho procesal penal*, págs. 134 y 135.

- j) Para determinar con precisión cuál es la persona a la que se le imputa el hecho delictuoso (aunque sea provisionalmente).
- k) Para saber cuál es el objeto de prueba en torno al cual girará la proposición y, en su caso, puedan ser aceptados o rechazados (cuando son impertinentes).
- l) Para resolver si ha prescrito o no el derecho (se le conoce como prescripción de la acción).

17.9 EFECTOS DEL PROCESAMIENTO DEFINITIVO

Luego de que la resolución de procesamiento individualiza al objeto procesal (esto es, la materia sobre la cual versará el proceso y el sujeto al cual se le imputa), se producen diversos efectos, entre los cuales podemos anotar los siguientes:

- a) Da lugar al inicio de la segunda fase de la instrucción judicial, que el código federal designa simplemente como instrucción (en otros lugares da ocasión a la apertura del plenario).
- b) Se inicia el cómputo o plazo para dictar la sentencia definitiva, según criterio de la Suprema Corte.
- c) Produce la suspensión de derechos de ciudadano.
- d) Da lugar a la identificación administrativa del procesado.
- e) Sirve para determinar el enjuiciamiento por seguir: sumario u ordinario.
- f) Da lugar para aplicar ciertas medidas de cautela, por ejemplo, la reclusión preventiva.

Rivera Silva, por su parte, agrega que da base al proceso. Afirmación insostenible, puesto que el proceso ya se inició desde que se promovió la acción.

Anteriormente, daba lugar a la aplicación de otra medida cautelar, como era el embargo de bienes del procesado. Actualmente, esta medida se puede ordenar antes del procesamiento definitivo.

PROCESAMIENTO DEFINITIVO (EFECTOS)

- ✓ Inicia la segunda fase de la instrucción judicial
- ✓ Se inicia el cómputo o plazo para dictar sentencia definitiva
- ✓ Produce la suspensión de derechos de ciudadano
- ✓ Da lugar a la identificación administrativa
- ✓ Sirve para determinar el tipo de enjuiciamiento a seguir
- ✓ Da lugar a la aplicación de ciertas medidas de cautela

17.10 DENEGACIÓN DEL PROCESAMIENTO DEFINITIVO

En el caso de que el tribunal no encuentre necesaria la prosecución de un proceso penal, en razón de la ausencia de un hecho con características de delictuosidad o que no exista o se desconozca a quién imputárselo tal hecho, deberá dictarse una resolución *denegando el procesamiento*.

Esta resolución que en otros lugares se conoce también como *acto de falta de mérito*, en México se ha venido a llamar *auto de libertad* o *auto de no sujeción a proceso*, designación esta última que sería más correcta que la primera.

Denegación del procesamiento definitivo significa que el proceso (*preliminar*) contra determinada persona, hasta ese momento debe desestimarse o negarse, pero no significa que necesariamente el proceso deba cesar, cerrarse o concluir.

La denegación del procesamiento implica que desde ese momento no habrá sujeto pasivo del proceso y no podrá considerárselo procesado por carecer de legitimación en la causa.

En la legislación española resulta más clara la diferencia, pues la denegación del procesamiento se pronuncia como efecto de toda instrucción sumaria, e impide el surgimiento del periodo intermedio y del juicio. En México, la denegación se pronuncia como efecto de las primeras diligencias llevadas a cabo en la instrucción previa, y por tanto, la denegación significa que no podrá continuar el proceso, ya que al igual que establece la ley española, no existen "indicios de criminalidad contra determinada persona", porque si existieran se le dictaría "*auto de procesado*", o *procesamiento*, como le hemos estado llamando.

A. NATURALEZA

Resulta obvio afirmar que los actos posteriores a la denegación del procesamiento no constituyen un proceso, pues si aceptáramos la tesis de la relación, no existe relación procesal, como tampoco habrá actividad jurisdiccional (aunque sí judicial); ni creemos que tampoco se concrete la acción o, mejor dicho evolución, dada la ausencia de concreta pretensión y de litigio por resolver.

Es por esto que nuestra ley considera la denegación del procesamiento (cuando se ignora quién es el autor de la conducta delictuosa) como una *causa de suspensión del proceso*, aunque no del procedimiento.

Puede pensarse en actos similares a los de jurisdicción voluntaria, mas no procesales en su esencia. Por desgracia, nada sobre el particular hemos encontrado en la doctrina que ha estado a nuestra disposición.

Afirmamos, en cambio, que se trata de actos *procedimentales*, no procesales que, de acuerdo con el código federal (art. 426) su objeto o contenido debe

circunscribirse solamente al mismo que dio origen al procedimiento y que el sujeto que potencialmente ha de procesarse, y sobre el cual esté pendiente la "espada de Damocles", será el mismo que anteriormente había sido, sin posibilidad de ser sustituido.

B. EFECTOS

Entre los efectos que produce la resolución denegatoria del procesamiento podemos encontrar:

- a) La cesación de las medidas cautelares, reales o personales, previamente impuestas.
- b) El inmediato *sobresesamiento* (terminación anormal del proceso) en el caso de disipación o no concreción del objeto procesal, específicamente el relativo al tipo delictivo (que la causa pretendi no califique como delito, arts. 298 frac. V y 426 del CFFP).

En este caso no sólo se deniega la continuación del proceso, sino que por la *denegatio actiois*, el proceso concluye.

Anteriormente se establecía (algunos códigos locales así lo hacen) que cuando no quedara demostrado el cuerpo del delito (hay, tipo delictivo), el proceso continuaría si por datos posteriores se demostraba delictuosidad.

- c) Salvo el caso anterior, la continuación del procedimiento (arts. 167, 426, CFFP). Efecto que para algunos resulta inconstitucional, pues atenta —dicen— contra la prohibición constitucional de absolver de la instancia.

Si acaso se demuestra el tipo delictivo, pero no se puede imputar a persona alguna (por ser desconocida su identidad), aunque el proceso está suspendido, el procedimiento continuará. Si se hace alguna imputación de autoría, el proceso continuará a nuestro juicio, debe reiniciarse a partir de la declaración preparatoria.

Este efecto significa, en el fondo, el diferir el procesamiento y no absolver (como en el efecto inmediato anterior). Esto es, que se condiciona el procesamiento a la presentación de otros datos, por lo que al presunto imputado se le libera provisionalmente de la carga del proceso.

- d) La denegación del procesamiento restituye los derechos o prerrogativas de ciudadanos mexicanos que previamente habían sido suspendidos, en el caso del artículo 38 fracción V constitucional.

Por desgracia, no se establece en nuestra ley un plazo al Ministerio Público, para que luego de la denegación aporte el material suficiente, para en su caso reanudar el proceso o finiquitarlo.

17.11 REVOCACIÓN DEL PROCESAMIENTO DEFINITIVO

A diferencia de lo que ocurre en otros países, nuestra resolución de procesamiento definitivo no es revocable oficiosamente durante la instrucción.

Es cierto que es apelable y que en apelación se puede revocar cuando falte algún elemento jurídico para su procedencia, pero no nos referimos a ese tipo de revocación, sino al caso de revocación en que por pruebas posteriores, el procesamiento carezca de razón para sostenerse. Supongamos el caso de una persona contra la que se dictó un procesamiento definitivo, pero que, dadas las pruebas posteriores desahogadas, los motivos para procesar han variado. En casos como estos, el tribunal de otros lugares no permite pasar al juicio o plenario, y en su caso, ex officio revoca el procesamiento, cuyo principal efecto consiste en devolver a la libertad al provisionalmente privado de la misma.

En México esto no es posible, y en los raros casos en que no pueda sostenerse, se requiere todo un procedimiento especial tendiente a lograr el sobressimiento, tener que esperar a que el Ministerio Público formule conclusiones de no acusación, pero no procederá oficiosamente.

17.12 APERTURA DEL PROCESO

Uno de los problemas abordados por los estudiosos del proceso penal en México ha sido el resolver cuándo nace el proceso: vale decir, en qué momento sobreviene la apertura del proceso.

Aun cuando la teoría general del proceso parece ya haber resuelto esta cuestión, su respuesta tiene aún singular importancia en la legislación procesal penal mexicana.

Nuestras leyes, y aun ciertos precedentes judiciales, se han mostrado en contradictoria respuesta. Inclusive, algunos estudiosos han venido sosteniendo al respecto ideas contradictorias. De ahí que penetremos en este tema.

Haciendo reminiscencia de las respuestas habidas, encontramos que en el código italiano de 1865 se afirmó que la acción penal nace con el delito, idea actualmente insostenible.

En México, quienes se preocuparon inicialmente por dar respuesta a la interrogante no fueron precisamente los teóricos del proceso, sino los defensores y tribunales, con base en casos prácticos planteados y a partir de específicas interpretaciones al artículo 19 constitucional.

La diversidad de respuestas dadas a casos prácticos hasta hoy conocidas en México, pueden aglutinarse en tres posiciones bien definidas:

- a) La que sostiene que el proceso nace con la resolución de procesamiento definitivo.
- b) La que postula que el proceso nace al promoverse la acción procesal por el sujeto actor, y
- c) La que sostiene que el proceso nace desde el momento en que se da la noticia criminal al encargado de la averiguación policial.

Con anterioridad a 1929 tal parece que no hubo necesidad de aclarar el momento en que nace el proceso penal, máxime que para entonces la teoría del proceso era prácticamente desconocida para los juristas, legisladores y juzgades-

res mexicanos. La expedición del Código Penal Distrital de 1929, vino a estimular la búsqueda de la respuesta.

El artículo 2 transitorio del citado Código estableció textualmente lo siguiente: "desde esta misma fecha (15 de diciembre de 1929) quedan derogados el Código Penal del 7 de diciembre de 1871, así como todas las demás leyes que se opongan a las disposiciones del presente; pero deberán continuar aplicándose a los que se encuentren procesados antes de la vigencia del nuevo Código".

Como hasta entonces existieron ciertos criterios subóptimos en el sentido de que el proceso se iniciaba con el procesamiento definitivo, resultaba claro que el amparo del nuevo código de 1929, a todos los que se les hubiese declarado sujetos a proceso definitivo, hasta antes del 15 de diciembre de 1929 continuarían siendo procesados conforme al viejo código. A partir de esta disposición surgieron varios defensores que sostuvieron que el proceso penal tiene su inicio al declararse el procesamiento definitivo.

Poco después de entrar en vigor el citado Código de 1929, varios defensores plantearon algunos casos en los cuales sus clientes supuestamente habían cometido los delitos bajo la vigencia del código de 1871, y que contra ellos únicamente se había iniciado la acción, pero que no se les había declarado el procesamiento definitivo, pues esto ocurrió después de entrado en vigor el nuevo Código. Los defensores consideraron que el artículo 2 transitorio había derogado el Código anterior; por lo tanto, no se les podía aplicar. Y tampoco podía aplicarse el nuevo, ya que el propio transitorio mencionado decía que sólo se aplicaría el viejo código a los que se encontraran "procesados" antes del 29 de diciembre. Que como el proceso se iniciaba con la resolución de procesamiento definitivo, y no existía éste, tales imputados no deberían quedar sujetos a proceso.

Fue entonces cuando se advirtió en los tribunales la importancia de precisar el momento en que se inicia un proceso.

La Corte resolvió que el proceso se iniciaba al momento en que se promueve la acción por el Ministerio Público, y así surgió la segunda de las tendencias apuntadas.

Un caso muy específico dio lugar al nacimiento de la tercera tendencia. "Durante los últimos días de la vigencia del Código de 1871 —recuerda Pita y Palacios—, en Nechímiclo tuvieron lugar los siguientes hechos: un grupo de individuos, fue a bañarse a uno de los canales. Surgió un disgusto entre dos de los bañistas y uno de ellos privó de la vida al otro. Entre los del grupo sumergieron al muerto en una zanja y lo cubrieron con 'chichicaste'. Como se ve, en el caso, el hecho tuvo lugar durante la vigencia del código 1871. La autoridad judicial no había tenido conocimiento de él. Tampoco la policía y sólo existía el dato de que la madre del occiso había ido a la Inspección General de Policía en el último día de la vigencia del Código de 1871, a manifestar que había desaparecido su hijo y que ignoraba qué cosa le había sucedido. Con este sólo dato,

resolvió la 7a. Sala del Tribunal Superior que deberían considerarse como procesados a esos sujetos, desde el momento en que la autoridad había tenido conocimiento de la desaparición del individuo y asentó en su ejecutoria que debe entenderse por procesado a todo individuo sujeto a una investigación de carácter penal, desde el momento en que cualquier autoridad tuviere conocimiento del hecho.¹²

Hoy en día algunos siguen sosteniendo que el proceso se inicia con el procesamiento definitivo. Arilla Bas, González Blanco y Rivera Silva continúan en esta posición.¹³

Estos estudiosos se basan en que el artículo 19 constitucional establece literalmente que "todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso (rectius, de formal procesamiento)". El vocablo "seguirá" utilizado por el texto constitucional indica que el proceso ahí se inicia. Incluso González Blanco agrega que *iniciare* proviene de *inicare* e *iniciam*, que significa dar comienzo.

La segunda tendencia es sostenida por la casi totalidad de los estudiosos. Colín Sánchez, aludiendo al vocablo "seguirá" empleado por la Constitución, señala que significa que sólo se seguirá algo que ya se inició. Existe una diferencia entre lo que es "iniciar" y "seguirá". Si la Constitución dice que el proceso "siga", es porque ya previamente se inició.¹⁴

Respecto a la tendencia originada con motivo del caso ocurrido en Xochimilco, ignoramos si hoy hay alguien que sostenga tal idea, de manera que la consideramos sin soporte de estudioso alguno, máxime que sometida al estudio de la teoría general del proceso y aun de la propia Constitución, carece de toda lógica.

De nuestra parte, sostenemos que el proceso penal se inicia desde el momento en que se someten al conocimiento del tribunal los hechos litigiosos, homologándolos el tribunal mediante el procesamiento provisional. A partir de entonces el procesamiento provisional podrá, más tarde, ser prorrogado con uno definitivo.

Decimos que se homologa en el procesamiento provisional (usualmente inserto en el auto de radicación) porque es entonces cuando se fija y reconoce un objeto procesal. Un objeto que precisa *causa petendi* y sujeto al que se le imputa. Momento en que a la vez se hace patente el acto jurisdiccional a instancia del accionante, y se reconoce a un sujeto pasivo de la relación procesal.

¹² Pina y Palacios, Javier, *Derecho procesal penal*, pág. 113.

¹³ Arilla Bas, Fernando, *El procedimiento penal en México*, pág. 87; González Blanco, Alberto, *El procedimiento penal*, págs. 137 y 138; Rivera Silva, Manuel, *El procedimiento penal*, pág. 173.

¹⁴ Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, t. 2, pág. 228.

17.13 CONCLUSIÓN DEL PERIODO INSTRUCCIONAL

Concluida la instrucción preliminar (o preinstrucción), la instrucción definitiva continuará en torno al objeto procesal definido en la resolución de formal procesamiento.

Durante esta etapa de la fase instruccional, los sujetos principales de la relación procesal habrán de tener las mayores oportunidades para participar, principalmente en los diversos procedimientos probatorios o confirmatorios.

Prácticamente la fase instruccional posterior a la declaración de procesamiento definitivo está destinada para que en su casi totalidad sea utilizada para la realización de los actos de prueba necesarios que girarán en torno al objeto previamente establecido.

En realidad, esta fase instructoria que sigue al procesamiento definitivo es desconocida en la mayoría de las leyes de otros países. En éstos, dictado el procesamiento se da inicio al plenario, donde luego de la demanda y contestación (conclusiones en nuestras leyes) se da una fase probatoria. En México, por desgracia, esta fase probatoria se ha retirado del juicio o plenario y se ha llevado a esta *café genová* fase instructoria, que sigue al procesamiento definitivo.

Esta fase llega a su conclusión por resolución del tribunal, cuando éste considera que las partes han aportado los medios de confirmación que la ley establece.

En algunos casos o mejor dicho, en algunas leyes, luego de que el tribunal declare agotada la instrucción, hace una especie de llamada de atención a las partes para que en un complemento probatorio —como le denomina Briseño Sierra—¹⁹ puedan practicarse los procedimientos probatorios que por cualquier circunstancia no se llevaron a cabo en la fase principal de la instrucción.

En esta "llamada de atención", el tribunal ordena se "dé vista" a cada una de las partes, las cuales dentro del lapso de que disponen anunciarán los medios que crean convenientes y que, de ser aceptados, deberán ser desahogados dentro del menor tiempo posible.

Conforme a la ley distrital, tan luego como se dicte el auto de procesamiento se ordenará poner el proceso a la vista de las partes para que dentro del plazo de seis días propongan pruebas, las que, en su caso, deben desahogarse dentro de un plazo de 16 días (art. 314 CPPDF).

Cuando se considere agotada la instrucción, así se resolverá poniendo el proceso dentro de una dilación probatoria "a la vista de las partes" para que dentro de los siguientes siete días comunes promuevan las pruebas que estimen pertinentes, las que se desahogarán dentro de diez días.

¹⁹ Briseño Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, vol. II, pág. 474.

Concluida la dilación probatoria, el tribunal deberá expedir una resolución que implica la conclusión de la instrucción judicial. En España llámasele a ésta *auto de conclusión del sumario*, y también se le conoce como *cierre de la instrucción*, resolución que, como su nombre lo indica, da por concluido el proceso preliminar.

A nuestro parecer, con errónea perspectiva, Gómez Lara equiparó el cierre de la instrucción pronunciada en el proceso penal, con la "citación para sentencia" del proceso civil,²⁰ siendo evidente que los dos momentos no equivalen.



En el enjuiciamiento federal se introduce una innovación, pues en el mes previo a la declaratoria de conclusión de la instrucción debe el tribunal *firmar la atención a las partes* sobre esta circunstancia, indicándoles además las actuaciones procesales pendientes de desahogo (pruebas, diligencias, recursos). En el caso de existir algún recurso, debe además informar al *ad quem*, que está por declarar cerrada la instrucción (art. 147 CPPF).

La conclusión del proceso preliminar o sumario da lugar en otros órdenes jurídicos (en la ley española, por ejemplo) a una resolución del tribunal mediata-

²⁰ Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, pág. 116.

te la cual estima que, por existir datos suficientes como para iniciar el debate, "venga la causa al plenario", o bien que estimando la inexistencia de tales datos, disponga la terminación definitiva mediante la resolución de sobreseimiento.

En México, terminado el sumario, el tribunal no tiene la facultad de decidir si la información recopilada se lleva o no al plenario, ya que según la ley ordinaria, no resulta demasiado fácil la terminación anormal del proceso, pues no tiene el tribunal mayores facultades.

Sería aconsejable que el tribunal, luego de cerrada la instrucción y previa revisión de los datos aportados, determinara si debe abrirse el plenario o sobreseer el proceso.

17.14 INSERCIÓN DE HECHOS OBJETO DE COGNICIÓN

Hemos dejado deliberadamente hasta este momento del curso la respuesta a la interrogante ¿hasta cuándo puede el acusador introducir al proceso datos o hechos objeto de materia de cognición?

En el orden práctico, ciertas confusiones —y especialmente el desconocimiento de la ciencia procesal— han llevado a una mayoría de postulantes e incluso juzgadores a pensar que el Ministerio Público puede introducir o insertar hechos en el proceso durante toda la *instrucción judicial*.

Esta creencia, que no está respaldada ni en la teoría ni en la ley, resulta falsa, pues no debe confundirse la *introducción* de hechos con la *confirmación* de esos hechos.

Recordemos tan sólo que cuando el Ministerio Público promueve la acción, representa los datos o hechos por los cuales desea se inicie el proceso, que esos hechos le son presentados al enjuiciado durante la *declaración preparatoria*, y que el tribunal cuando califica tales datos o hechos como típicos, fija el tema del proceso (procesamiento definitivo).

Luego entonces, no es posible que el Ministerio Público aporte nuevas afirmaciones de hechos durante la *instrucción judicial*, pues aun suponiendo que los nuevos hechos se tipifiquen como delictuosos, éstos (según disposición constitucional) serán objeto de *ejuciamiento diverso*, sin perjuicio de ser acumulados.

Visto en el contexto de los derechos garantizados al enjuiciado, no es posible pensar que después de que se dio a conocer lo datos o hechos materia de la acusación durante la *declaración preparatoria*, se pretenda introducir nuevos hechos acusatorios.

Igualmente, si la *declaración de procesamiento* tiene, entre otras características la de fijar el tema por el cual ha de seguirse el proceso, sería ilógico que después se permitiera introducir datos o hechos diversos o adicionales a los que son objeto del proceso.

Las afirmaciones anteriores nos llevan a aseverar que si al Ministerio Público sólo se le permite introducir la afirmación de hechos al momento de promover la acción, sin posibilidad de adicionarlos con posterioridad, el enjuiciamiento penal es de litis cerrada y no abierta.

Resulta pertinente a la vez diferenciar lo que es inserción de hechos al enjuiciamiento, de otras figuras con las que tiene conexión. Así, es diferente insertar, introducir o presentar hechos, de lo que es confirmarlos. En realidad no se introducen hechos, sino la afirmación de que éstos ocurrieron.

Igualmente, es diferente introducir o presentar hechos, de lo que es aducirlos para pretender. Esto se ve con mayor claridad en nuestro enjuiciamiento penal, pues mientras los hechos se presentan por el Ministerio Público al promover la acción, tales hechos serán susceptibles de ser aducidos o argüidos en el momento de presentar conclusiones acusatorias (demanda penal).

Debe diferenciarse a la vez la introducción o presentación de hechos objeto de la acusación, de lo que es la fijación judicial de tales hechos por parte de la autoridad judicial.

Tampoco se olvide que una cosa es introducir al proceso y otra notificar o informar de esos hechos materia de la acusación, cuestión última que en lo general se da en la declaración preparatoria.

En fin, hasta aquí hemos puesto de relieve que durante la instrucción sólo se podrán introducir al proceso proposición de hechos vinculados al tipo delictivo y a la responsabilidad de la persona a quien se le imputan. Esto implica dar cumplimiento a uno de los fines del proceso penal que en su momento dejamos visto: el conocimiento de la verdad histórica.

Por otra parte, no olvidemos que el tribunal ha de conocer todo aquello que se vincule a la personalidad del justiciable. La propuesta de datos en torno a este punto no está restringido a un momento inicial, como ocurre en lo referente a la verdad histórica.

Las razones de política procesal obligan al tribunal a conocer no sólo lo que pudo haber sido un instante en la vida de un ser humano, sino todo lo relativo a su vida que pueda ayudar a conocer su personalidad.

CAPÍTULO
18

**ACTOS PRELIMINARES
AL DEBATE
(inicio del proceso principal)**

SUMARIO

- 18.1 PROCESO PRINCIPAL Y PROCESO PRELIMINAR
- 18.2 NOCIÓN DE JUICIO PENAL
- 18.3 FASES DEL JUICIO O PLENARIO
- 18.4 DESLINDE
- 18.5 CONCLUSIONES DEL ACUSADOR
- 18.6 NATURALEZA DE LAS CONCLUSIONES ACUSATORIAS
- 18.7 LA DEMANDA PENAL
- 18.8 CONTENIDO DE LA DEMANDA PENAL DE FONDO
 - A. ELEMENTO FÁCTICO
 - B. ELEMENTO JURÍDICO
 - C. ELEMENTO PRETENSIONAL
- 18.9 ACCIÓN PENAL Y DEMANDA
- 18.10 CONTROL DE LOS ACTOS DEL ACUSADOR
- 18.11 OMISIÓN DE CONCLUSIONES
- 18.12 CONTROL DE LAS PRETENSIONES
- 18.13 CONTROL DE LA CAUSA PETENDI
- 18.14 ADMISIÓN DE LA DEMANDA Y SUS EFECTOS
- 18.15 NOTIFICACIÓN, TRASLADO Y EMPLAZAMIENTO
- 18.16 CONCLUSIONES DE LA DEFENSA
- 18.17 ACEPTACIÓN
- 18.18 NEGACIÓN Y OPOSICIÓN
- 18.19 OMISIÓN DE CONCLUSIONES DEL DEMANDADO
- 18.20 RECONVENCIÓN
- 18.21 MODIFICACIÓN DE LA DEMANDA

18.1 PROCESO PRINCIPAL Y PROCESO PRELIMINAR

Con anterioridad, al aludir a la división del proceso expusimos que el proceso penal en México puede dividirse en dos grandes periodos: el *preliminar* y el *principal*.

En los capítulos previos concluimos la exposición del llamado proceso preliminar, sumario, instrucción, etc., que como pudimos advertir, estuvo principalmente orientado a la recolección de datos; esto es, a la *incorporación de las fuentes de prueba al proceso*. El periodo que sigue, y que estudiaremos a partir de este capítulo, corresponde al proceso principal, llamado también plenario, en nuestra ley bautizado anteriormente como juicio y hoy como procedimiento de primera instancia (art. 1 fracc. IV CFPF).

18.2 NOCIÓN DE JUICIO PENAL

La palabra juicio no tiene para todos los procesalistas ni en todos los idiomas la misma connotación o significado. El concepto más universalmente conocido es el que está conectado con su origen etimológico. Así, juicio (de *judicium*, decidir) significa resolver; esto es, concluir en uno u otro sentido según se plantea en la lógica aristotélica. Por ejemplo, se dice que según el juicio del juez, talano fue el responsable de tal delito. En su sentido original juicio significa sentenciar.

En otros idiomas —refiere Alcalá-Zamora—, juicio tiene otro significado. Así, en italiano (*giudizio*) significa proceso, en francés (*jugement*) y en portu-

gués (juígement), significa sentenciar; y en España (juicio) significa tramitación-decisión.¹

En la última acepción —tal vez la más aceptada en el lenguaje común de la generalidad de los mexicanos—, juicio es considerado como sinónimo de *un ritual procedimental*, incluyendo su sentencia. De esta manera, a toda una serie de actos procesales se le denomina juicio. Así, por ejemplo, se alude al juicio laboral, al juicio civil. Ésta es la acepción aceptada por nuestra Constitución (a través de la Suprema Corte) cuando alude a "juicio" en el artículo 14 fracción segunda. En esta acepción, juicio se equivale a la idea de enjuiciamiento.

En otra acepción, utilizada por los estudiosos del proceso penal, "juicio" es evocado exclusivamente como una *porción de toda la seriación procesal*. Esto es, como una parte de todo un proceso. Es en este sentido como originalmente fue tomado por nuestro Código Federal de Procedimientos Penales. Implica la idea de todo el proceso penal principal y su sentencia; es decir, excluye al que hemos visto como proceso preliminar.

En el artículo primero del código federal se concibe al juicio como un procedimiento en cuyo transcurso el Ministerio Público precisa su pretensión y el procesado su defensa ante el tribunal, el cual valora las pruebas y pronuncia sentencia. Actualmente, el juicio corresponde a lo que nuestra ley denomina *procedimiento en primera instancia*, conocido también como *proceso penal principal*.

Es este último sentido del vocablo juicio el que tomamos para connotar al plenario o proceso principal penal. El vocablo juicio tal vez no sea el mejor para describir este período procesal, por lo menos en otros idiomas. No obstante, lo adoptamos por ser el más aceptado por los procesalistas penales en México.

18.3 FASES DEL JUICIO O PLENARIO

El juicio, plenario o proceso principal, también puede ser fraccionado para su estudio (como ocurrió con la "instrucción"). El fraccionamiento del juicio sirve no sólo para las finalidades didácticas, sino también legislativas y aun de implantación judicial.

Consideramos que básicamente son tres las subetapas o subperiodos del juicio o plenario en México:

- a) *Preparación del juicio o debate* (realmente período postulatorio). Es la etapa en la que los actos procesales están orientados a precisar las pretensiones

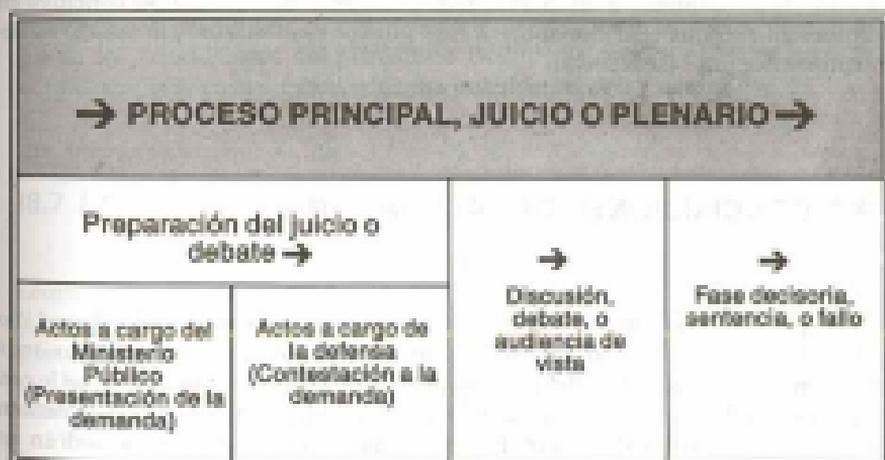
¹ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceta, *Introducción al estudio de los procedimientos ordinarios en primera instancia en los países iberoamericanos*, págs. 85 y 86.

nes de las partes. Es aquí donde cada parte habrá de presentar su demanda y su contestación. Este subperíodo, a su vez, puede dividirse en actos preparatorios a cargo del acusador, y en actos preparatorios a cargo de la defensa.

- 4) **Discusión, debate, audiencia de vista.** Es la etapa en la que la seriación procesal se orienta principalmente a la asunción de los medios confirmatorios, y en la que, a la vez, cada parte tiene la posibilidad de interpretar cada uno de los datos recogidos con anterioridad, mediante los llamados alegatos.

En esta subetapa excepcionalmente se ofrecen y desahogan pruebas, aunque debe aclararse que en otros sistemas, como el español, es aquí donde ordinaria y normalmente se ofrecen y desahogan las pruebas.

- 5) **Periodo decisivo, esto es, de fallo o sentencia.** En este periodo la actividad del tribunal se encamina a dirimir la contienda, resolviendo el fondo del asunto, absolviendo o condenando.



18.4 DESLINDE

Cada una de las subetapas o fases del plenario señaladas puede ser fácilmente identificable. Así:

La *preparación del juicio o debate* se inicia mediante lo que podría considerarse un *auto de apertura del proceso principal*, y que en el ritual cotidiano de nuestros tribunales se identifica con la resolución que ordena se le "corra traslado al Ministerio Público, para que presente conclusiones", cuando en realidad, la resolución de correr traslado sólo es una consecuencia del auto de apertura del proceso principal. Esta fase termina en el momento en que se tiene por contestada la demanda del acusado; es decir, se tienen por presentadas las conclusiones de éste, o se resuelve que fictamente se han presentado las de inculpabilidad.

Esta subfase —que se suele llamar *preparación del juicio o debate*— consiste realmente en el momento postulatorio, en especial de concretas pretensiones. Es aquí donde ambas partes exigen del órgano jurisdiccional la declaración favorable en sus exigencias sustantivas.

La *discusión, debate, audiencia o vista*, se inicia en el momento en que el tribunal cita a las partes para la audiencia de "vista", llamada también *audiencia final*, y anteriormente *audiencia de fallo*. Transcurrida la citada audiencia, la fase concluye con la declaratoria de "visto el proceso".

El *periodo decisorio* comienza con la resolución del tribunal a través de la cual deja "citadas" a las partes para "oír sentencia". La fase concluye en el momento en que el tribunal dicta los "puntos resolutivos", firmando su determinación final (sentencia).

18.5 CONCLUSIONES DEL ACUSADOR

La *preparación del juicio o debate* se inicia el momento en que el tribunal "corre traslado" o "vista" al Ministerio Público para que presente conclusiones, lo que implica la apertura del proceso principal. Dentro del plazo que se le concede, éste deberá presentar un pliego, recurso o instancia en el que se contestan las pretensiones deseadas. De esta manera, las conclusiones podrán ser "acusatorias" o "no acusatorias", esto es, en contra o *in favor reus*.

Si las conclusiones son "no acusatorias", no da lugar al debate y el proceso concluye. La conclusión del proceso se formaliza a través de la resolución del tribunal mediante la cual, declarando la ausencia de conclusiones en contra (esto es, en ausencia de demanda), dispone el sobressimiento del proceso.

En el caso de que las conclusiones sean acusatorias (cuando realmente hay demanda), el proceso principal deberá continuar, notificando y emplazando al acusado para que las conteste, iniciando así los actos preparatorios del debate a cargo de la defensa.

18.6 NATURALEZA DE LAS CONCLUSIONES ACUSATORIAS

En cuanto a la esencia jurídica de las conclusiones acusatorias, han sido consideradas por los estudiosos de manera muy disímil.

Las principales posiciones pueden reducirse a cuatro:

- a) Como desenlace o cierre del proceso.
- b) Como alegatos.
- c) Como réplica.
- d) Como demanda.

En cuanto a la primera —*desenlace*— Escriche recuerda que en la *Nouvéssa Recopilación*, conclusión significó declarar conclusa la causa, que equivaldría en nuestro sistema a una declaratoria de "visto el proceso". En su origen etimológico, conclusión proviene de *cum*, con, y *cludere*, cerrar, o de *conclusio*, *conclusionis*, terminar.

Considerando las conclusiones como *alegatos*, el propio Escriche recuerda que ésta es otra de sus acepciones. En México así conciben las conclusiones Arilla Baz, Gómez Lara y Díaz de León.²

Estimándolas como *réplicas*, Brizuela Sierra parte de la afirmación de que en el proceso preliminar, al ejercitarse la acción, se presenta la demanda, y que en las conclusiones del Ministerio Público se condensa la réplica.³

La mayoría de los estudiosos las consideran como *demandas*.

18.7 LA DEMANDA PENAL

Leone sostiene que en el proceso penal el Ministerio Público no demanda, ni la condena, ni la absolución del imputado, pues solamente acude ante el juez a *investirlo de la noticia criminis*, para lo cual requiere sólo una decisión.⁴

En posición diametralmente opuesta a la de Leone, una gran mayoría de autores afirman la existencia de la demanda penal.

Toda demanda es un acto procesal realizado por uno de los sujetos del proceso, por una de las partes, concretamente por la parte actora. Mediante este acto del demandante se pide, anhela, desea o pretende alguna cosa. Vale decir, toda demanda contiene o al menos implica alguna pretensión sustancial.

Una demanda —escribió Couture— es un "acto procesal introductorio de

² Gómez Lara, Cipriano, *Derecho procesal civil*, pág. 123; Díaz de León, Marco, "Conclusiones" en *Diccionario de derecho procesal penal*.

³ Brizuela Sierra, Humberto, *El enjuiciamiento penal mexicano*, págs. 161, así como 196 y 197.

⁴ Brizuela Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, t. IV pág. 58.

(la) instancia, por virtud del cual el actor somete su pretensión al juez, con las formas requeridas por la ley, pidiendo una sentencia favorable a su interés".²

Debido a que en la demanda penal se reclama la satisfacción de un interés (estatal o particular), implica reclamar el sacrificio del interés ajeno, recurriendo para ello a la acusación al demandado (acriminación), como supuesto de la sanción penal (reprobación) exigida.

La pretensión expuesta en la demanda debe ser de derecho material o sustancial y no procesal. Según esta idea, expuesta por Prieto-Castro, se considera que no son demandadas aquellas solicitudes o peticiones en las que no se tenga el presupuesto de jurisdicción (en la conciliación no hay demandas), y que tampoco son demandadas las peticiones que no tienden a resolver el fondo, sustancial o esencia de la controversia principal.³

Entre otros estudiosos, Alcalá-Zamora, Juan José González Bustamante y Julio Acero identifican a las conclusiones acusatorias con la demanda penal.

Las conclusiones, sostiene Alcalá-Zamora, "equivalen a la demanda y contestación del proceso civil, pero debido a la distinta marcha de ambos enjuiciamientos, mientras éstas (salvo mediar diligencias preparatorias) inician el juicio, las conclusiones penales recaen normalmente al cabo de bastante tiempo (en ocasiones, años) de comenzada la instrucción; coinciden, en cambio, en ser escritos polémicos, con juegos de pretensiones y existencia de relación procesal entre verdaderas partes...".⁴

A nuestra manera de ver, el escrito inicial con el que se promueve la acción, obrando la instrucción judicial, no es una demanda, pues ahí no existe pretensión de resolución de un fondo controvertido. Vale decir que en este escrito inicial aún no se reclama una decisión para la cuestión controvertida, pues ni siquiera las pretensiones materiales están claramente expuestas.

La demanda de fondo —verdadera demanda— se plantea en el proceso principal, y en el proceso penal mexicano corresponde a las conclusiones acusatorias.

18.8 CONTENIDO DE LA DEMANDA PENAL DE FONDO

Todo acto jurídico implica actos previos, concomitantes y posteriores. Los actos previos son denominados por Briseño Sierra supuestos procesales, los concomitantes corresponden a los requisitos, y los posteriores a los presupuestos.

² Couture, Eduardo, Tratado de Ovalle Favola, José, *Derecho procesal civil*, pág. 47.

³ Prieto-Castro, Leonardo, *Cuestiones de derecho procesal*, pág. 94.

⁴ Alcalá-Zamora y Castilla, Nicolás, *Sistemas de derecho procesal*, pág. 863, nota 806.

Al aludir al contenido de la demanda penal de fondo únicamente nos referiremos a sus requisitos.

Los requisitos de toda demanda pueden catalogarse en requisitos de forma y requisitos de esencia o contenido.

Las actuales conclusiones acusatorias no requieren, como las de antaño, la concomitante declaración "en el sentido de que en la acusación no procede la malicia. En el sistema seguido ante el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición —recuerda Piña y Palacios— el promotor fiscal bajo juramento expresaba no haber procedido con malicia".²

En los enjuiciamientos actuales la tendencia se ha inclinado hacia la abolición de la *incriminatio calumniosa*, lo que significa —como lo expresó Alfredo Rocco— que ya no se requiere exigir del actor la buena fe, para que se le dé entrada a la demanda.

Las conclusiones acusatorias o demanda penal de fondo posee varios requisitos o elementos entre los que cabe destacar tres básicos:

- a) Elementos fácticos.
- b) Elementos jurídicos.
- c) Elementos pretensionales.

A. ELEMENTO FÁCTICO

Mediante el elemento fáctico, se trata de delimitar el objeto del proceso con base en el cual se sustentarán las pretensiones. Consiste en el soporte histórico. Dicho con otras palabras, a través del elemento fáctico, o capítulo de hechos, se ha de individualizar el objeto en su *causa petendi*.

"Los hechos que fundamentan la demanda —dice Alberto M. Etkin— no son cualquier hecho, jurídico o no, sino que deben constituir la *causa petendi*, es decir, el fundamento de la pretensión, y que va a ser el *thema decidendum* de la sentencia."³

Del análisis de la ley procesal advertimos tres tipos de elementos fácticos:

- a) Relativo al acto o hecho.
- b) Relativo al sujeto demandado.
- c) Relativo a la sanción reclamada.

En lo que toca al elemento relativo al acto o hecho, la ley indica que el Ministerio Público hará una exposición breve o suscita y metódica de los he-

² Piña y Palacios, *Jurimé*, *Derecho procesal penal*, pág. 43.

³ Etkin, Alberto, "Hechos en el proceso", en *Enciclopedia jurídica Osmé*, pág. 686.

chos, reiterando que debe (no que puede) fijar en proposiciones concretas los hechos que atribuya al acusado (arts. 292 y 293 del CFPF y 316 y 317 del CPPDF).

A la vez, se destaca que debe contener los elementos de prueba relativos al tipo delictivo y la responsabilidad (art. 317 CPPDF).

Es decir, la demanda debe exponer con método todos y cada uno de los actos o datos fácticos históricamente ocurridos, y que importen para calificar tanto el tipo delictivo como la responsabilidad. Además, estos datos deben vincularse a los medios probatorios en que se sustenten.

En cuanto al sujeto, el elemento fáctico de la demanda establece que el demandante debe hacer una exposición, aun cuando sea breve, de las circunstancias peculiares del procesado (arts. 146 y 292 CFPF). Esto es, que debe aludir a la personalidad del justiciable o demandado.

En lo relativo a la sanción, el elemento fáctico de la demanda "deberá contener las circunstancias que deban tomarse en cuenta para individualizar la pena o medida" (art. 293 CFPF).

En suma, el elemento fáctico de la demanda importa una muy clara relación de hechos y se conoce con el nombre de *causa petendi*, así como también *titulo o causa del derecho* aducido; es decir, los hechos de donde se pretende o afirma tener derecho (*el ius petiendi*).

B. ELEMENTO JURÍDICO

En este segundo elemento de la demanda penal, el sujeto actor debe proponer las cuestiones de derecho "que se presenten" (*veritas, en que se funden*), deberá citar las leyes, ejecutorias (el código del Distrito Federal alude a jurisprudencia) o doctrinas aplicables (arts. 292, 293 del CFPF y 316, 317 del CPPDF).

En el fondo, mediante el elemento fáctico y el jurídico la demanda penal debe calificar los hechos, dice Rafael de Pina al definir las conclusiones.¹⁰

Respecto a esta calificación, la demanda penal, según la ley mexicana, se tiene por qué calificar o encuadrar conductas. Basta tan sólo enumerar los hechos, vincularlos a las normas legales y concretar la pretensión. Al juez habra que darle los hechos, en su caso él será quien califique.

Como veremos más adelante (cap. 18.7), en la práctica y en varias decisiones de los tribunales se ha introducido la idea de que en la demanda también se tiene que calificar al hecho o dato fáctico en que se sustenta, aunque en otras resoluciones la Suprema Corte de Justicia ha sostenido que el acoso existe (C-

¹⁰ De Pina, Rafael, "Conclusiones del Ministerio Público", en *Diccionario de derecho*.

ificación en las conclusiones, esto no es más que mera opinión, que no vincula al tribunal.¹¹

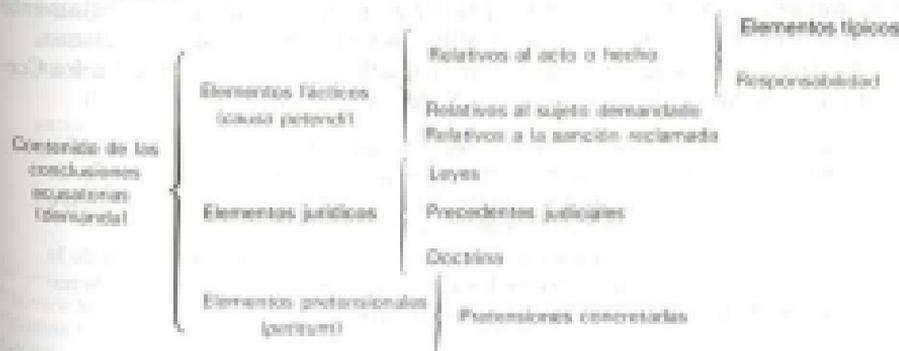
C. ELEMENTO PRETENSIONAL

Fix Zamudio sostiene que en las conclusiones se fijan de manera definitiva los términos de la acusación.¹² Es aquí donde se plantean la *pretensión de justicia penal*, a que aludió Clara Olmedo.¹³

No obstante, el planteamiento de la pretensión debe ser bien concreto. "La demanda —afirma Alfredo Rocco— contiene una declaración de voluntad de parte; esto es de su intención de que el juez dicte sobre los puntos que se le someten; no son, por tanto, verdaderas demandas que engendren en el magistrado la obligación de fallar sobre ellas, aquellas en que la parte se remite al arbitrio judicial pidiéndole un fallo sobre el punto 'que sea o lo crea oportuno'.¹⁴

Nuestra ley procesal secunda lo anterior cuando ordena que el Ministerio Público determinará su pedimento en *proposiciones concretas*, que pueden objetivarse primeramente en el deber de precisar si hay o no lugar a la acusación (en el fondo, a sostener la responsabilidad penal del demandado), y en solicitar la aplicación de las sanciones correspondientes.

Un pliego de conclusiones acusatorias normalmente contiene varias pretensiones. Por ejemplo, puede el acusador pretender que se declare la existencia del delito de robo, que se declare que determinada persona fue la responsable, que se le declare a esa persona reincidente, que se le condene a una cierta pena de reclusión, que se le condene al pago del resarcimiento del daño, que se le amoneste, etcétera.



¹¹ S.F. I. CIX, Vera Contreras, Cirano, pág. 2161.

¹² Fix Zamudio, Héctor, "Conclusiones", en *Diccionario jurídico mexicano*.

¹³ García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, pág. 17.

¹⁴ Rocco, Alfredo, *La sentencia civil*, pág. 170.

El *petitum* cobra importancia en la medida misma en que normalmente fija el límite de la decisión; es decir, el *thema decidendum*.

Ello significa que no basta sólo con plantear los hechos, sino que además se debe decir qué consecuencias se quieren con base en esos hechos.

18.9 ACCIÓN PENAL Y DEMANDA

En general, por acción podemos entender a ese poder de acudir ante un órgano jurisdiccional al cual se excita realizando todos los actos legalmente necesarios para llevar la pretensión a lo largo del proceso, procurando obtener resolución que subordine el interés ajeno al propio. Tratándose del pretensor penal demandante, éste normalmente orientará su pretensión a satisfacer el *ius puniendi* que afirma representar.

Un tema cuestionado por los procesalistas ha sido el saber el momento en que se promueve por el actor de la acción.

"En la doctrina —apunta García Ramírez—, habida cuenta de las características del enjuiciamiento mixto, se suele plantear el problema del momento procesal al que corresponde el ejercicio de la acción: si al instante en que se inicia el sumario o instrucción, o al tiempo en que se pone en marcha el plenario. . ."¹⁵

En México quienes han tratado de dar respuestas a este problema han llegado a resultados diversos. Tenemos así a procesalistas que han afirmado que la acción penal se promueve (ejercita por primera ocasión) al iniciarse el proceso preliminar, instrucción o sumario. Pero a la vez hay quienes afirman que la acción se promueve en el proceso principal, plenario o juicio, concretamente en las conclusiones acusatorias. Examinemos cada una de estas posiciones.

En la primera se cuentan, entre otros, Guillermo Colín Sánchez, Carlos Cortez Figueroa, Manuel Rivera Silva y Sergio García Ramírez.

"La acción penal —anota Colín Sánchez— se ejercita cuando el Ministerio Público formula conclusiones, afirman algunos autores; sin embargo, de acuerdo con nuestros puntos de vista, será así hasta el momento de la consignación de los hechos ante el órgano jurisdiccional."¹⁶

"Efectuada la consignación —afirma Cortez Figueroa— por virtud de la cual, y en ejercicio de la acción, se hace valer la pretensión de castigo o de imposición de las penas correspondientes al imputado. . ."¹⁷

¹⁵ García Ramírez, Sergio. *Curso de derecho procesal penal*, pág. 179.

¹⁶ Colín Sánchez, Guillermo. *Derecho mexicano de procedimientos penales*, t. II, pág. 159.

¹⁷ Cortez Figueroa, Carlos. *Introducción a la teoría general del proceso*, pág. 18.

En cuanto al problema de cuándo se ejercita la acción, apunta Rivera Silva que "nuestros creemos que en las conclusiones se precisa la excitación que implica la acción penal procesal (el derecho de perseguir para que se declare el derecho) pero que esta propia excitación se presenta desde la consignación, aunque sea de una manera informal y que, por tanto, desde ese momento se ejercita la acción penal".¹⁸

Sergio García Ramírez juntamente con Victoria Adato, postulan que la acción penal se produce por medio de la consignación, aunque dicen posteriormente se perfecciona.¹⁹

En la vertiente contraria, o segunda posición, encontramos a Julio Acero, Niceto Alcalá-Zamora y Leonardo Prieto-Castro.

Acero sostiene que "las conclusiones acusatorias equivalen a la demanda en el procedimiento civil, abren propiamente el juicio; constituyen el verdadero ejercicio de la acción, pues es ahí donde se acusa ya en concreto a determinado individuo...".²⁰

En la idea de Alcalá-Zamora, para quien la acción sólo surge por concreta pretensión punitiva, las conclusiones serían el medio a través del cual se ejercita la acción.²¹

En España, Prieto-Castro sostiene a la vez que "el escrito de calificación de las partes acusadoras inicia la fase de plenario del proceso penal ordinario por delitos graves. Con él se produce el comienzo del ejercicio de la acción por dichas partes".²²

Al lado de estas dos tendencias o posiciones que tratan de explicar el momento en que se promueve la acción penal, ha surgido una tercera, que bien podríamos nominar como mixta, y que se origina con Juan José González Bustamante y ha sido secundada por nuestros tribunales.

La inculpación, dice González Bustamante, se clasifica en inculpación en abstracto e inculpación en concreto. La primera se da en la fase instructoria o proceso preliminar como lo hemos venido llamando, y la segunda, en la fase del juicio o plenario, que está en lo que hemos denominado proceso principal.

En otro apartado, parte del supuesto de que la acción se clasifica en "acusatoria" y "persecutoria" y que en las conclusiones la "acción persecutoria" se transforma en "acción acusatoria".²³

A partir de esta idea, los tribunales han llegado a afirmar la existencia de una "acción en abstracto" y una "acción en concreto",

¹⁸ Rivera Silva, Manuel, *El procedimiento penal mexicano*, pág. 388.

¹⁹ García Ramírez, Sergio y Adato, Victoria, *Procastio de derecho procesal mexicano*, pág. 411.

²⁰ Acero, Julio, *Procedimiento penal*, pág. 156.

²¹ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *En torno a la acción del proceso preliminar*, pág. 400. Asimismo

²² Antagonismo *jurisdicciones*, pág. 269.

²³ Prieto-Castro, Leonardo y Gutiérrez Eduarda, *Derecho procesal penal*, págs. 314 y 318.

²⁴ González Bustamante, Juan José, *Principios de derecho procesal penal*, págs. 6 y 215.

Entonces tenemos en la jurisprudencia mexicana reconocidas tres posiciones básicas en torno a la respuesta a la interrogante ¿cuándo se ejercita la acción penal?, a saber:

- a) En el proceso preliminar.
- b) En el proceso principal.
- c) En ambos momentos.

Analizadas a la luz de la teoría del proceso esta tercera posición o tesis mixta, es procedente rechazarla, dado que en el fondo confunde a la acción con la pretensión.

De nuestra parte, sostenemos que *la acción se promueve en el proceso preliminar*. Basta recordar que la acción es la llave que abre el proceso, aun cuando éste sea preliminar.

El hecho de que en la fase preliminar no esté bien precisada y definida la pretensión de derecho sustancial, no nos autoriza para negarle calidad de acción procesal, cuando ésta es procesal y preliminar, y en todo caso sólo pretende confirmar el hecho o dato postulado y aun sin concreta pretensión de sanción.

Sobre el particular, nuestro código procesal da a entender que la acción nace desde el proceso preliminar (art. 136 CFPPI).

18.10 CONTROL DE LOS ACTOS DEL ACUSADOR

En un sistema procesal penal como el mexicano, donde se monopoliza al sujeto actor, adquieren mayor importancia los medios o sistemas de control de su actuar.

Dentro de nuestra ley encontramos varios actos a cargo del Ministerio Público, que aun cuando están monopolizados por éste, se hallan fiscalizados a fin de lograr un control de sus actos.

Cuatro son los principales actos del acusador que se encuentran sujetos a control, a saber:

- a) El de *promoción de la acción*, a fin de procurar una revisión de los actos del Ministerio Público investigador que se niega a promover la acción, que hemos visto con anterioridad (cap. 13.4).
- b) El de *no presentación de la demanda*, que surge cuando el Ministerio Público se niega a presentar dentro del plazo legal el pliego de conclusiones (omisión de conclusiones); esto es, se niega a presentar la demanda.
- c) El *injerente a las pretensiones contenidas en la demanda*, para evitar devoluciones al fin específico del proceso (control de las pretensiones). Por ejemplo, que el acusador presente demanda con pretensiones diversas al objeto del proceso y que pueden dar lugar a una sentencia absolutoria considerada injusta.

CONTROL DE LOS
ACTOS DEL ACUSADOR

a) Los de presentación de la acción

b) Los de presentación de la demanda

c) Los relativos a las pretensiones de la demanda

d) Los relativos a los hechos en que se funda la causa punitiva

- Ausencia de pretensiones
- Pretensiones constantes
- Pretensiones que derivan del objeto del proceso (la causa punitiva)
- Pretensiones oscuras o incógnitas

- d) El relativo a los hechos o *causa petendi*, que supone que los hechos expuestos en la demanda deben ser "todos los históricamente ocurridos" y que, además, se expongan con claridad y precisión.

18.11 OMISIÓN DE CONCLUSIONES

El estudio del segundo de los aludidos tipos de control de los actos del Ministerio Público surge cuando el acusador se niega a presentar conclusiones dentro del plazo que la ley le concede.

¿Qué debe ocurrir, se cuestionan los estudiosos, cuando el acusador deja transcurrir el tiempo o plazo que se le concede y no presenta sus conclusiones?, ¿cuál será el efecto procesal?, ¿existe algún mecanismo para controlar esa inactividad del acusador?

Entre las soluciones conocidas se han mencionado las siguientes:

- a) Que el tribunal, luego de transcurrido el plazo legal, comunique la inactividad del agente adscrito —que lo denuncie— a su superior jerárquico, a fin de que éste presente las conclusiones pertinentes. Tal supuesto se contempla en el artículo 291 del CFPF, así como el 315 del CPPDF, cuando disponen que "transcurrido el plazo..., el juez deberá informar mediante notificación personal al Procurador General de la República (o en su caso el del DF), acerca de esta omisión, para que dicha autoridad formule u ordene la formulación de las conclusiones pertinentes".
- b) Se ha mencionado también que ante la omisión de conclusiones dentro del plazo legal, el tribunal deberá estimar, de manera ficta o presuntiva, que las conclusiones son inacusatorias y, en consecuencia, seguir el trámite cuando se presentan este tipo de conclusiones. A esta solución de *lege ferenda* se le han opuesto varios obstáculos, dentro de los que cabe destacar el que indica que ofrece serios problemas a la sociedad.

No obstante, este sistema, al igual que el anterior, es acogido por nuestra ley, pues se establece que ante la omisión de conclusiones por parte del agente del Ministerio Público adscrito, tal conducta debe ser denunciada al Procurador para que éste presente las conclusiones omitidas, pero en el segundo sistema si el Procurador persiste en omitir conclusiones, se entenderá, que las conclusiones son de no acusación (arts. 291 CFPF y 315 CPPDF).

Sin discordar con la idea anterior, Collin Sánchez nos recuerda,²⁴ que se ha esbozado que si el acusador no presenta conclusiones dentro del plazo legal

²⁴ Collin Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, t. II, págs. 181 y 182.

el tribunal deberá tener por abandonado el acto de acusación. Es decir, que concurre aquí la preclusión procesal.

- c) En sentido opuesto al anterior criterio se ha expuesto, como lo hizo Franco Sodi,²⁴ que el tribunal debe, de manera ficta, tener por presentadas las conclusiones de culpabilidad. En contra de ello encontramos que entonces el tribunal, considerado tercero imparcial, invadirá actividad de parte, y tendrá que adivinar cuáles serán las pretensiones del acusador.

18.12 CONTROL DE LAS PRETENSIONES

El tercero de los señalados actos del Ministerio Público sujetos a control es el referente a las pretensiones contenidas en la demanda.

En algunos casos, considerados de importancia, al legislador le interesó establecer un mecanismo para lograr cierta revisión de lo demandado.

A este respecto, en México se instaura un sistema de control interno, es decir, que sólo el Ministerio Público puede decidir lo que demanda y únicamente él puede revisar sus propias pretensiones contenidas en la demanda.

De esta manera, las conclusiones presentadas por el agente del Ministerio Público adscrito pueden ser revisadas —en los casos especificados por el legislador— por su superior jerárquico, que de acuerdo con las leyes sería el Procurador de Justicia o, en su caso, el subprocurador.

Para lograr la revisión, en el sistema se establece un procedimiento semejante —o emparentado— a la llamada subsanación de la demanda civil. Es decir, el tribunal revisa las pretensiones, y si acaso encuentra algún defecto, ordena que sean "aclaradas", aunque no personalmente por el autor del escrito, sino por su superior.

Cabe advertir que el sistema no es de control externo puesto que, aun cuando el tribunal interviene, no está facultado para modificar las pretensiones, sino que sólo es un conducto para hacer llegar al procurador el escrito cuestionado, mediante una especie de *desavocia* a la que la ley tímidamente llama "dar vista al superior". Como se observa se trata de un verdadero mecanismo de saneamiento procesal.

Pero no todo tipo de pretensiones del agente adscrito está sujeto a la revisión, sino sólo algunos, dentro de los cuales se encuentran los siguientes:

- a) Las llamadas "conclusiones de no acusación", es decir, de petición *in favor* del procesado. El CFFP considera conclusiones de no acusación aquellas en las que no se concretice la pretensión, sea total o parcialmente por el o los delitos señalados en el auto de procesamiento (art. 294 CFFP). En el fondo, no se está presentando demanda en contra, y precisamente ante la

²⁴ García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, pág. 391.

ausencia de pretensiones en contra, el legislador permite la revisión.

- b) Las conclusiones llamadas "contrarias", que son aquellas en cuyos pretensiones resultan antitéticas, divergentes, contradictorias, incompatibles, incompatibles unas pretensiones con respecto a otras.

En cierta forma se equivale este último caso que plantea el legislador, con lo que el legislador procesal civil quiere indicar al afirmar que las "acciones incompatibles" están prohibidas (por ejemplo, no se puede demandar la nulidad de un matrimonio y el divorcio a la vez).

EJEMPLO: Se presentaron conclusiones pretendiendo se declarara la tipificación del delito de abuso de confianza, así como el delito de fraude. Pretensiones basadas en un solo hecho. En este caso, la causa petendi puede ser calificada como abuso de confianza o como fraude, en la idea del acusador que obró así, porque no está seguro de cuál es la real tipificación. Muy en el fondo pretende que se declare una u otra.

18.13 CONTROL DE LA CAUSA PETENDI

En el caso del *fundamento fáctico de la demanda*, suele someterse a actos de control y saneamiento dos casos (arts. 294 CFP y 320 CPPDF):

- a) Cuando en las conclusiones se omite acusar por un delito que resulte declarado probado en el auto de procesamiento. Vale decir, que en las conclusiones acusatorias o demanda penal se *desatiende al objeto procesal* en lo relativo a la causa petendi (especie de demanda incompleta).

Este medio de control de la causa petendi "olvidada", se explica en relación con la política procesal, según la cual es más conveniente revisar la conducta del presunto delincuente para evitar que, por error, se le libere.

EJEMPLO: cuando en un proceso, se siguió por varios delitos, y las conclusiones sólo atienden a unos delitos y a otros no. La revisión aquí será únicamente por los delitos no comprendidos en el pliego de pretensiones.

- b) También dan lugar al control de la causa petendi, cuando se omite acusar a alguna persona contra la cual se decretó el procesamiento definitivo.

EJEMPLO: Se abrió el proceso contra dos personas, pero sólo contra una se presentaron conclusiones.

En cualquiera de los anteriores casos, la revisión deberá confirmar la pretensión del inferior, o en su caso modificarla, revocarla o aclararla.

18.14 ADMISIÓN DE LA DEMANDA Y SUS EFECTOS

La presentación de las conclusiones acusatorias (demanda) por el Ministerio Público normalmente lleva al tribunal a resolver por su admisión. No ob-

ante, es factible una resolución de *inadmisibilidad de la demanda*; por ejemplo, cuando ésta la presenta quien no está legitimado para ello (como es el caso de una persona diversa del agente del Ministerio Público).

Realmente, nuestras leyes son nulas en lo referente a casos de inadmisibilidad de la demanda, donde cabrían, por ejemplo, la falta de presupuestos procesales.

La admisión de la demanda del acusador por el tribunal produce algunos efectos, tanto de índole sustancial, como procesal, entre los cuales destacan los siguientes:

- a) *Delimita el thema decidendum*, efecto que únicamente es operante bajo el principio acusatorio, no así el inquisitivo. Esto es, la sentencia sólo podrá resolver en torno a los hechos y pretensiones contenidas en la demanda.
- b) *Impide el agravamiento de las pretensiones del Ministerio Público*, de manera que éste no podrá modificar más adelante su demanda para agravar sus pretensiones. Se da aquí un planteamiento de litis cerrada.
- c) *Le impide al querrelante revocar la querrela*, salvo caso específico establecido en la ley (art. 148 CFPP).

18.15 NOTIFICACIÓN, TRASLADO Y EMPLAZAMIENTO

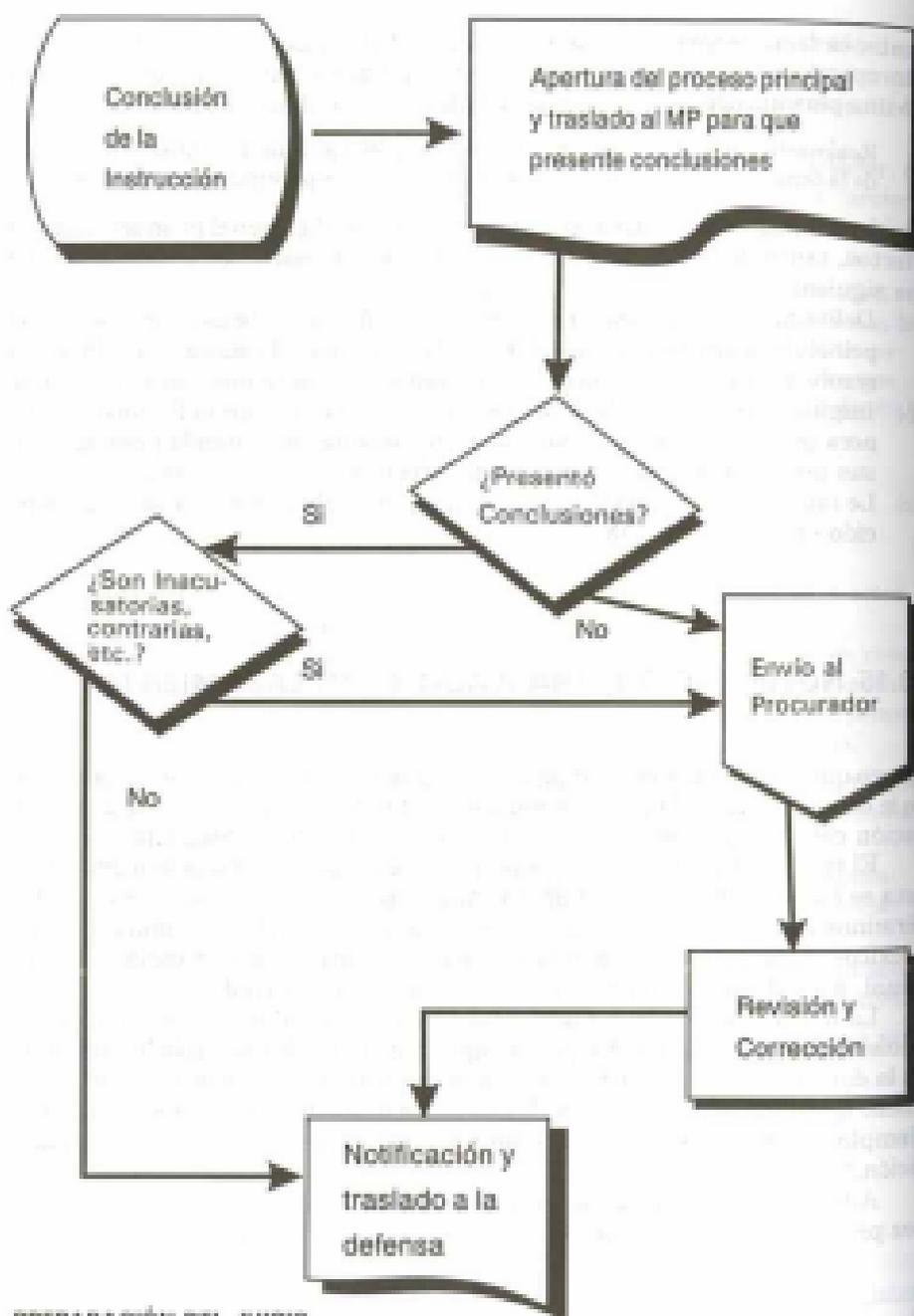
Luego que el tribunal tiene por presentada y admitida la demanda, dispone que se le corra traslado a la parte demandada, a fin de que ésta se entere de la acusación concreta y presente sus conclusiones (conteste la demanda).

El traslado significa dar a conocer que se ha presentado la demanda, que ésta se ha admitido por el tribunal y, muy especialmente, el dar a conocer los términos de la misma proporcionando copia o por lo menos —como ocurre en México— indicándole al demandado que se encuentra a su disposición en el tribunal, a fin de que comparezca a enterarse de su contenido.

La notificación de la demanda, tal como está establecida en nuestra ley, adolece de algunas fallas. Así por ejemplo, siendo tan importante lo contenido en la demanda, ésta se notifica verbalmente. No existe en el sistema un mecanismo que obligue a entregar copia escrita de dicha demanda como ocurre por ejemplo, en el proceso civil y como sucedió en los Tribunales de la Inquisición.²⁶

Además de la notificación, debe emplazarse al demandado para que a su vez presente su contestación. Emplazar proviene de plazo, señalar plazo para

²⁶ Pita y Palacios, Javier, *Derecho procesal penal*, pág. 44.



que se realice el acto procesal de contestar. Entre el *dies a quo* y el *dies ad quem*, el penalmente demandado tendrá el tiempo que el legislador considera suficiente para preparar su contestación.

Entre los efectos que produce la notificación de la demanda se cuentan los siguientes:

- a) Impone al penalmente demandado la carga procesal de contestar la demanda.
- b) Marca el *inicio idies a quo* del plazo para contestar.

18.16 CONCLUSIONES DE LA DEFENSA

En las conclusiones de la defensa se da la posibilidad de clarificar la posición del penalmente demandado dentro de su derecho de defensa, por lo que la naturaleza jurídica de estas conclusiones es la de una verdadera *contestación a la demanda (litiscontestatio)*.

En el viejo derecho romano la contestación de la demanda se hacía en presencia de testigos. De esta manera entendemos mejor el origen etimológico de la voz: *contestatio* y *contestari*, poner por testigos. Pero hay quien afirma que proviene del francés *contestation*: disputa, altercado, contienda.

En las conclusiones del penalmente demandado se consagra con plenitud el *derecho procesal de defensa*, entendido éste como *oportunidad de contradecir las pretensiones del demandante*. Vale decir, como el derecho de contradicción o *contrapretensión*.

Cuando el legislador concede el derecho de defensa o contradicción, no importa saber si el penalmente demandado tendrá o no *buenas razones para excusarse o defenderse*. Simple y sencillamente el legislador le da la oportunidad de que pueda contradecir las pretensiones del acusador.

No vale entonces negar el derecho a contradecir, so pretexto de que no pose los derechos sustanciales en que se pretende fundar las excepciones del penalmente demandado. En otro lugar dijimos que el *derecho de defensa es independiente del derecho material* en que se sustenta la *contrapretensión*.

Las pretensiones del demandado (contrapretensiones) a su vez se plantean en el cuerpo de sus conclusiones. Las pretensiones de éste, al igual que las del demandante, coinciden en que ambas exigen del *órgano jurisdiccional la declaración favorable a sus exigencias sustantivas*.

Uno de los efectos que produce la presentación de conclusiones a cargo de la defensa —afirma Colín Sánchez— es el fijar los actos de defensa sobre los que versará la audiencia, a la que mejor sería llamarle debate.

De las actitudes que puede adoptar el demandado en su escrito de conclusiones —y aquí seguimos un poco el esquema de Ovalle Favela— encontraremos tres correspondientes a aceptación y otras tres referentes a negación y oposición, y acaso una actitud neutra.

- a) Aceptación de las pretensiones del demandante (allanamiento).
- b) Aceptación de los hechos en que se funda la pretensión (confesión).
- c) Aceptar el fundamento jurídico de la pretensión del demandante (reconocimiento del derecho).
- d) Negar los hechos en que se funda la pretensión del demandante.
- e) Negar los fundamentos jurídicos en que dice sustentarse el demandante.
- f) Oponer excepciones sustanciales.

18.17 ACEPTACIÓN

La aceptación del penalmente demandado puede estar en alguno de los grados ya indicados (*allanamiento, confesión, reconocimiento*). No existe disposición alguna que prohíba una de estas actitudes por parte del penalmente demandado y, de hecho, en muchos casos se ha visto en nuestros tribunales.

Aunque si bien es permisible que el penalmente demandado pueda asumir algunas de estas actitudes, en la actualidad, la mayoría de las legislaciones le restan —o en su caso, le anulan— la eficacia que podría tener.

En nuestros días no se le concede eficacia a tales actitudes por cuanto en nuestro sistema legal no resulta factible la actitud *autocompositiva* de las partes, ni siquiera la *autocomposición intraprocesal*.

En el caso de que el demandado no ofrezca resistencia a la pretensión del acusador, e incluso esté de acuerdo en ir a la cárcel o al patíbulo, el procedimiento aquí no se dirige a que se solucione el conflicto (pues no existe), sino a buscar una resolución, que sirva como título ejecutivo del actor y como sanción de la legalidad (cuando de conformidad con la ley, por ejemplo, no proceda la sanción). Esto es, que sea el tribunal quien de manera exclusiva disponga si el demandado irá o no a la cárcel o al patíbulo.

Si el tribunal, previa revisión, acepta el sometimiento del demandado, prácticamente homologa la autocomposición intraprocesal.

Tampoco resulta disponible la materia del proceso, sobre todo si tenemos en cuenta que, de acuerdo con nuestra Constitución, es facultad propia y exclusiva de la autoridad judicial el imponer las sanciones, y no simplemente homologar convenios interpartes.

Por otro lado, hay que recordar que la vieja concepción que consideró a la confesión como la reina de las pruebas, ha sido prácticamente olvidada.

18.18 NEGACIÓN Y OPOSICIÓN

En el otro sector de actitudes que puede asumir el penalmente demandado (tradicionalmente el más socorrido) se encuentran la negación de los hechos o del derecho expuestos en la demanda, así como también la oposición máxima a través de las excepciones. Durante el siglo pasado, a este tipo de actitudes se las conoció como descargas.

El hecho de que no se mencione la palabra *excepción* en nuestro Código Federal o en el lenguaje cotidiano de los juzgados, salvo en algunas leyes estatales, no significa que las excepciones estén ausentes. Las excepciones penales existen.

El Código federal de 1908, los códigos de Michoacán y Coahuila; los más destacados estudiosos, como Niceto Alcalá-Zamora y Castilla, Sergio García Ramírez y Percy Mac Lean Estenós, entre otros, se han referido a ellas en el proceso penal.

En el terreno de la práctica, se suele aludir a esa reacción del demandado penal mediante la locución *defensa*, en tanto que a la reacción del demandado civil, con la palabra *excepción*. No obstante, aunque *defensas* y *excepciones* no deben confundirse, cabe afirmar que ambas caben tanto en los juicios civiles como en los penales.

"Actualmente — sostiene Ovalle Favala — podemos destacar dos significados de la 'excepción'.

"1. En primer término, con la expresión *excepción* se designa, con un sentido abstracto, el poder que tiene el demandado para oponer, frente a la pretensión del actor, aquellas cuestiones que afectan la validez de la relación procesal e impidan un pronunciamiento de fondo sobre dicha pretensión (*cuestiones procesales*), o aquellas cuestiones que, por contradecir el fundamento de la pretensión, procuran un pronunciamiento de fondo absoluto (*cuestiones sustanciales*).

"Este significado abstracto de la excepción, como poder del demandado, corresponde al significado abstracto de la acción, como poder jurídico del actor para plantear pretensiones ante el órgano jurisdiccional, con el objeto de que éste, una vez cumplidos los actos procesales necesarios, resuelva sobre dichas pretensiones. Y así como al considerar la acción en su significado abstracto no se alude a la pretensión concreta que se hace valer a través de aquella, igualmente al referirnos a la excepción en su sentido abstracto como *gencérico poder del demandado*—, no tomamos en cuenta la cuestión o cuestiones que el demandado plantea contra la pretensión, o su curso procesal, del actor.

"2. En segundo término, con la expresión '*excepciones*' se suelen designar las cuestiones concretas que el demandado plantea frente a la pretensión del actor, con el objeto de oponerse a la continuación del proceso, alegando que no se han satisfecho los presupuestos procesales (*excepciones procesales*), o con el fin de oponerse al reconocimiento, por parte del juez, de la fundamentación

de la pretensión de la parte actora, aduciendo la existencia de hechos extintivos, modificativos o impeditivos de la relación jurídica invocada por el demandante (excepciones sustanciales). En este sentido concreto, se suele hablar más de excepciones que de excepción.²⁷

Las excepciones tradicionalmente se han clasificado en materiales y en procesales.

A las excepciones materiales también se les ha llamado defensas, o excepciones referentes al litigio, y entre ellas mencionamos, por ejemplo, la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho, etc. A las excepciones procesales también se les ha denominado impedimentos procesales, y aquí se insertan impedimentos tales como la falta de capacidad objetiva en el órgano (esto es, las atinencias a la regularidad del procedimiento). Por lo que hace a las llamadas excepciones procesales, por implicar un cuestionamiento a los llamados presupuestos procesales, durante el proceso se tramitarán como incidentes.

En otra clasificación, Ricardo Levens, al referirse a las excepciones previas en el proceso penal, apunta que pueden ser perentorias (que ponen fin al juicio), o dilatorias (que sólo diferren el juicio). Entre las perentorias anota a la cosa juzgada, la condonación o perdón del ofendido, la prescripción y la amnistía. Dentro de las dilatorias incluye la incompetencia, la falta de personalidad en el acusador, la falta de acción y la litispendencia.²⁸

Por último, se puede especular que entre las actitudes de aceptación y las de negación y rechazo quepa una actitud neutra, similar a la que ya nos hemos referido en otro apartado (véase 16.6).

18.19 OMISIÓN DE CONCLUSIONES DEL DEMANDADO

Al haber transcurrido el plazo para que el demandado dicra contestación a la demanda sin haberlo hecho, ello implica, por parte del demandado, una *actitud contumaz*, que es otro tipo de actitud del demandado frente a la demanda.

Tal omisión, que se explica como una *incontestación de la demanda* (no contestación a la demanda o abstención a presentar conclusiones por parte de la defensa), constituye una eventualidad procesal.

Esta contumacia (parcial), consistente en omitir presentar conclusiones dentro del plazo concedido, podría llegar a suscitar los mismos problemas que en

²⁷ Ovalle Favela, José, "Excepciones", en *Diccionario jurídico mexicano*, igualmente en *Tratado general del proceso*, págs. 163 y 164.

²⁸ Levens, Ricardo, "Excepciones previas en el proceso penal", en *Enciclopedia jurídica Oveba*.

el caso del Ministerio Público: es decir, ¿cuál será el efecto que se producirá por tal omisión?

Mientras que en lo general en el campo civil y mercantil, la no contestación de la demanda trae aparejado como efecto la presunción de ser ciertos los hechos a que se refiere la demanda, en el campo penal este efecto sería de funestas consecuencias.

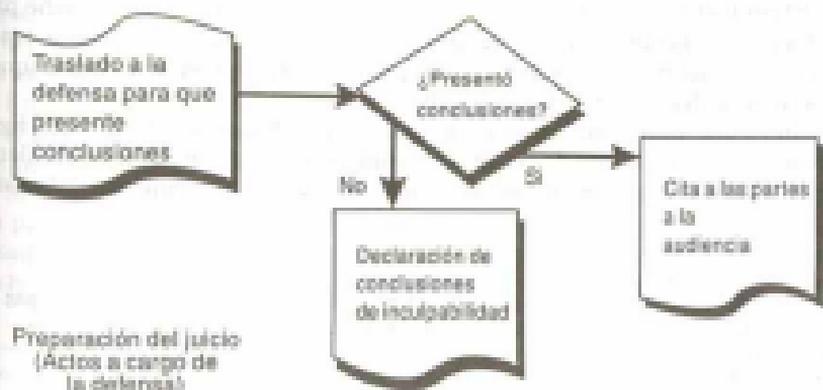
A diferencia de lo que ocurre en el caso del Ministerio Público, donde el tribunal, según nuestro sistema, tiene que esperar hasta que el acusador presente conclusiones (plazo no perentorio), en el caso del penalmente demandado, el legislador indicó subrepticamente que no habrá necesidad de tal espera.

Aquí, a diferencia del tratamiento al Ministerio Público, *si se hace efectivo el plazo procesal (plazo perentorio), aunque cabe advertir que la ley no prohíbe que las conclusiones de la defensa sean presentadas luego de vencido el plazo, o que tales conclusiones sean válidas.*

Volviendo al principal efecto que produce la omisión de conclusiones de la defensa, el legislador ha establecido (arts. 297 CFPP y 318 CPDF) que esto no implica que se tenga que *presumir la aceptación de los hechos* contenidos en la demanda, pues por lo contrario, el legislador ha adoptado la posición de considerar esa contumacia parcial, como una *oposición a lo demandado*. Así, se establece que si el acusado y el defensor "no hubieron presentado conclusiones, se tendrán por formuladas las de *inculpabilidad*".

Por desgracia, el legislador resulta demasiado lacónico, pues no da respuesta a varias interrogantes. Así, ¿qué será lo que tendrá que adivinar el tribunal?, ¿adivinará solamente una negación a los hechos de la demanda, o adivinará también el contenido exacto de las excepciones y defensas oponibles?

En el viejo derecho romano, e incluso en las Partidas, sin la contestación no podía seguir el pleito, porque se creía que con la litiscontestatio se iniciaba el proceso. Actualmente se piensa más en la *Antedesamuntio*: basta con la demanda, aunque ésta no sea contestada.



18.20 RECONVENCIÓN

El tema de la *reconvencción procesal penal* realmente no ha sido estudiado en México, salvo en tangenciales exposiciones.

"Llámanse reconvencción, de la voz latina *reconvenctio*, segunda demanda en justicia, *iterum convenire*, así como entre los romanos se llamaba *convenctio* la demanda que daba principio al juicio."²⁰

Según Barajas Montes de Oca, en el proceso penal no procede la reconvencción "porque al ejecutarse el delito —dice— nace la acción que perseguirá al delincuente hasta que se le imponga la sanción que corresponde; pero, como el ejercicio de la acción penal es exclusivo del Ministerio Público, de acuerdo con el artículo 21 de nuestra C, será dicha autoridad la encargada de ejercer la acción penal en contra de los detenidos y de consignarlos a la autoridad judicial competente, correspondiéndole a éstos demostrar su no culpabilidad únicamente".²¹

Por su parte, Alcalá-Zamora establece que "de la misma manera que en lo civil se conoce la reconvencción, determinante de una especie de litisconsorcio mutuo, así también en lo penal cabe que se dé una *situación similar*, que el CPP ha previsto sólo a propósito de las injurias recíprocas (art. 349), en cuyo caso el juez podrá declarar exenta de pena a las dos partes, o alguna de ellas, o bien exigirles coacción de no ofender. Si exime a ambas, opera en realidad la compensación".²²

Las Partidas, recuerda Escriche, aceptaban textualmente la reconvencción, a la que llamaban *reconviniación* o *contraquerrela*.

"Las leyes procesales penales —apunta Mateo Goldstein— autorizan al que ha sido querrelado injustamente por otra persona, para requerir del mismo juez que ha entendido en el proceso, la declaración en la sentencia, de que la acusación ha sido calumniosa."²³

El problema de si existe o no reconvencción en el proceso penal debe partir también del concepto que se le asigne a la reconvencción. No es posible traslapar el ritual del procedimiento civil al penal, aunque sí su institución (que no es exclusiva del enjuiciamiento civil).

En la doctrina aún se plantean algunos problemas acerca de esta figura. Por ejemplo, si la demanda reconvenccional debe tener conexión con la demanda principal, y en el caso penal, determinar si un mismo sujeto (el Ministerio

²⁰ Vicente Caravantes, José Torrado de Medina Lina, Ignacio, *Breve antología procesal*, pág. 125.

²¹ Barajas Montes de Oca, Santiago, "Reconvencción", en *Diccionario jurídico mexicano*.

²² Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Sistemas de derecho procesal*, pág. 541.

²³ Goldstein, Mateo, "Contraquerrela", en *Enciclopedia jurídica Osmía*.

público, por ejemplo) puede asumir las dos posiciones de representar y acusar tanto al presunto ofendido como al supuesto delincuente, dentro de un mismo expediente en el cual coincidan procesos acumulados.

En nuestra opinión, la reconversión *ni es excepción procesal, ni sustancial, sino otra demanda que da pie a otra relación procesal, aunque acumulada a la primera*. No obstante, para quien toma a la reconversión con la acepción de excepción, *habrá de admitirla en lo penal, pero si por reconversión se entiende demanda, entonces no podrá haber reconversión en el enjuiciamiento penal mexicano, pues al originalmente demandado no se le reconoce legitimación procesal para comparecer como sujeto activo de un proceso*. Sin embargo, adviértase que no está prohibido que el Ministerio Público represente a sujetos con intereses contrapuestos.

18.21 MODIFICACIÓN DE LA DEMANDA

La ley procesal del Distrito establece que las conclusiones del Ministerio Público (demanda) pueden modificarse por causa superveniente y en beneficio del acusado (art. 319 CPPDF), y la ley federal —en el caso del jurado popular— establece también que pueden modificarse las conclusiones del Ministerio Público.

Las disposiciones legales a que aludimos hacen referencia a la conocida como *modificación de la demanda* y que, desde luego, no debe confundirse con la mutación total o cambio de la demanda, según lo ha señalado Vescovi.¹²

A nuestro parecer, la modificación de una demanda puede recaer sobre los hechos (*causa petendi*), sobre la pretensión (*petitum*), o incluso ambas.

Si se modifican los hechos, pueden ser para ampliarlos o disminuirlos. En la ampliación se introducen nuevos hechos, sin que necesariamente modifiquen la pretensión que los sostenga. Por ejemplo, el acusador pidió se sancionara con la penalidad de homicidio agravado, y habiendo olvidado proponer los hechos en que fundaba su agravación, la ampliación serviría para proponerlos.

En el caso de la disminución de los hechos o *causa petendi* puede ocurrir que el acusador desautorice al órgano jurisdiccional para tener en cuenta hechos previamente enumerados en la demanda.

Si la modificación se plantea en las pretensiones, esta modificación también puede ser ampliatoria o disminutoria. Si se *amplían las pretensiones* del acusador, cuando éste agrega pretensiones —normalmente con base en los mismos hechos— a las previamente propuestas. Por ejemplo, que además de la pe-

¹² Vescovi, Enrique, "Modificación de la demanda", en *Enciclopedia jurídica Oveba* (apéndice III).

na de reclusión previamente pedida, en la ampliación se solicite que también se multe.

La ampliación de pretensiones puede surgir asimismo por la aparición de hechos sobrevinientes, o que se actualice la cantidad reclamada a otra mayor, en atención a las circunstancias de inflación o devaluación monetaria.

En la disminución de las pretensiones prácticamente operaría una renuncia a las pretensiones previamente propuestas.

En los casos que regula nuestra ley, matizado más por razones de política procesal que por razones de técnica jurídica, sólo se permite la modificación de la demanda cuando ésta tiende a disminuir (en beneficio, establece la ley procesal distrital) ya sea los hechos (*causa petendi*) o las pretensiones, o ambas. Vale decir, cuando la modificación va en beneficio del demandado y previamente acusado.

De cierta forma se recuerda la expresión *quibet potest alterius conditionem meliorem, non deterius facere* (a cualquiera se le permite mejorar, pero no empeorar la condición del otro).

No obstante, este calificativo "en beneficio" no aparece en la ley federal. Se advierte a la vez en la codificación distrital, que la modificación le es permitida al demandante sólo "por causas supervinientes". Digamos, por ejemplo, que el Ministerio Público concluye demandando pena agravada (homicidio agravado) y luego en las pruebas desahogadas en la audiencia final, resulta (para el acusador) que sólo merece pena simple o atenuada (homicidio simple o en ríña), caso en el que la causa superviniente le permite modificar la demanda.

Podemos hablar igualmente de modificación de la demanda, para ampliar o disminuir, en el caso en que al subsanarse la demanda, el procurador modifica las conclusiones previamente presentadas por el agente del Ministerio Público subalterno.

CAPÍTULO 19

19.1 El **DEBATE Y SENTENCIA**

SUMARIO

- 19.1 EL DEBATE EN AUDIENCIA DE JUICIO
- 19.2 OBJETO DEL DEBATE
- 19.3 CONFIRMACIÓN
- 19.4 FIN DEL DEBATE
- 19.5 FASE CONCLUSIVA O DECISORIA
- 19.6 SENTENCIA
- 19.7 REQUISITOS SUSTANCIALES
 - 19.7.1 Congruencia
 - A. CONGRUENCIA CON LOS HECHOS
 - B. CONGRUENCIA CON LA CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS
 - C. CONGRUENCIA CON LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES
 - D. CONGRUENCIA INTERNA
 - 19.7.2 Exhaustividad
- 19.8 ESPECIES DE SENTENCIAS PENALES
 - A. DESESTIMATORIAS Y ABSOLUTORIAS
 - B. ESTIMATORIAS Y CONDENATORIAS
 - C. DEFINITIVAS Y EJECUTORIAS
- 19.9 EFECTOS QUE PRODUCE LA SENTENCIA
 - A. *NON BIS IN IDEM*

19.1 EL DEBATE EN AUDIENCIA DE JUICIO

Tan luego como el tribunal declara que se han presentado las conclusiones de la parte demandada, de manera real o ficta, cita a las partes a la audiencia de juicio, con lo cual se inicia el subperíodo denominado, *audiencia final*, *audiencia de juicio*, *audiencia "de vista"*, *debate*, *audiencia de fallo* etcétera.

"Podemos definir el debate (vista) —sostuvo Florián— como el tratamiento en forma contradictoria, oral y pública del proceso. Es el momento culminante del proceso penal, como quedó dicho. En él las partes entran en contacto directo; en él se presentan y ejecutan las pruebas y el contenido del proceso se manifiesta en toda su amplitud.

En los debates es donde el objeto del proceso halla su definición y donde se alcanzan los fines inmediatos del mismo, por la condena o la absolución o la sujeción a una medida de seguridad. Es la fase donde se manifiesta en toda su extensión la pugna entre las partes, es la más dramática, es en la que se decide sobre la suerte del procesado."¹

En la legislación española, a esta audiencia se le llama *juicio oral*. Es el período fundamental del plenario. Dentro de esta audiencia se aportan las pruebas —en México, de manera muy restringida— y se presentan los alegatos. Los principios acusatorios y de inmediatividad se traslucen en toda su magnitud.

Adviértase que la controversia no debe confundirse con el debate, pues mientras aquella es un supuesto indispensable para el proceso, el debate es una etapa culminante del proceso penal.

¹ Florián, Eugenio, *Elementos de derecho procesal penal*, pág. 282.

19.2 OBJETO DEL DEBATE

Por su naturaleza, ésta sería la fase tal vez más interesante del proceso penal, pues es aquí donde se prepara la resolución final del proceso: la sentencia.

En el medio mexicano, desgraciadamente, esta fase ha venido a menos. Ha colaborado a ello la ausencia efectiva del juzgador en la audiencia (aniquilamiento de la inmediatividad) y la desmesurada importancia que se le da a la instrucción para el desahogo de todas las pruebas, sin dejar nada o casi nada para el juicio.

Colin Sánchez, por ejemplo, señala que en la audiencia las partes reproducen verbalmente sus conclusiones. Si bien es cierto que así ocurre en la realidad, la verdad es que de acuerdo con los textos legales ese no es un lugar para tal reproducción. En la audiencia de debates cobra o debe cobrar mayor importancia el desahogo de pruebas que, de acuerdo con una metodología científica, deba confirmar o rechazar las afirmaciones contenidas tanto en la demanda como en la contestación.

"Aun cuando la audiencia es el corazón del proceso, por así decirlo —apunta García Ramírez—, del que han de partir los impulsos que culminan en la sentencia, la práctica burocrática judicial ha despojado de formalidad y, en ocasiones, de sentido y de contenido a la audiencia principal. Este fenómeno ha provocado censuras justas."

Y al respecto, el propio García Ramírez recuerda las frases de Franco Sodi, al afirmar que en la práctica se acusa sólo formalismo, que mediante subterfugos de los funcionarios y renunciias a la audiencia, tiene como origen solamente una causa: "que la casi totalidad de los defensores no saben cumplir con sus obligaciones".²

Las conclusiones de las partes, si bien fijan en puntos concretos el objeto de proceso principal, es en el debate, donde la cuestión litigiosa resulta trascendente y parte del llamado planteamiento de la litis.

Luego entonces, el objeto de esta singular, pero importantísima diligencia, es el litigio *interpartes*.

19.3 CONFIRMACIÓN

La confirmación o disprobación de una hipótesis consistente en una serie de hechos se lleva a cabo mediante medios o mecanismos que así coadyuvan. Los

² García Ramírez, Sergio, *La división en fases del procedimiento penal*, pág. 377.

procedimientos probatorios para eso están llamados: para confirmar o rechazar las afirmaciones.

En el derecho español, en el juicio oral, audiencia o debate las partes presentan las "listas de pruebas", se preparan las mismas y son se desahogan, sin importar que sean repeticiones de las ya desahogadas. Esto, por desgracia, como ya lo decíamos, en México ha caído en desuso.

En esta audiencia, según el Código Federal (art. 306 CFFP), puede ser interrogado el acusado, se puede incluso repetir las diligencias de prueba. Esta repetición sería importantísima, pero desafortunadamente se deja también al buen juicio del juzgador, quien sólo podrá autorizar tal repetición si "lo cree necesario", y "si resulta posible". En esta audiencia, dentro del procedimiento ante el jurado, también podrá examinarse a los testigos y peritos, celebrarse carcos y demás pruebas posibles.

Florián llama la atención hacia la importancia que tiene el no regular o establecer la preclusión en cuestiones probatorias. Sostiene que para la presentación de las pruebas no deben existir límites para la aprehensión o adquisición. "El requisito de la ausencia de preclusiones es tan conforme al método de la averiguación de la verdad material, que se admitía aun dentro del proceso inquisitorio."⁴

Desahogados los medios de confirmación, ordena nuestra ley, se le dará lectura a las constancias que indiquen las partes, y en el caso del jurado, las que señale el presidente (arts. 306 y 322, CFFP).

Aunque en la praxis no se acostumbra pedir tal lectura, es interesante hacer notar que mediante ésta (si concurre el principio de inmediatez) se logrará la asunción probatoria. Esto es, que el juzgador se entere del contenido de algunos medios de confirmación que no pudieron ser desahogados en el "lugar del juicio".

19.4 FIN DEL DEBATE

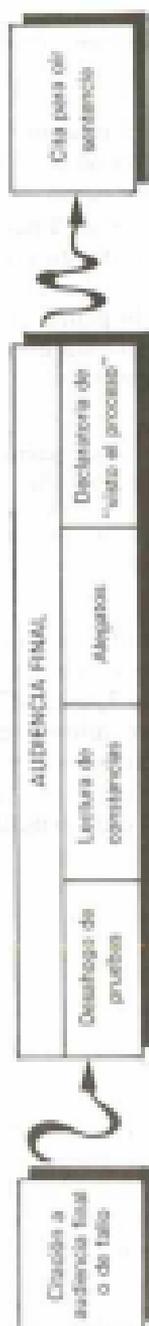
Una vez finalizada la fase de diligenciación probatoria, incluida la asunción, se inicia la fase de alegatos.

Los alegatos vienen, de cierto modo, a constituir la interpretación que las partes hacen de los procedimientos probatorios, pero en especial, de sus resultados.

Aunque referido a los alegatos del acusador ante el jurado, nuestro código dispone que éste se reducirá a una exposición clara y metódica de los hechos

⁴ Florián, Eugenio. *De las pruebas penales*, t. I, pág. 322.

AUDIENCIA FINAL



imputados al acusado, y de las pruebas rendidas por el análisis que creyere conveniente hacer.

Los alegatos serían, de acuerdo con Fix Zamudio, la "exposición oral o escrita de los argumentos de las partes sobre el fundamento de sus respectivas pretensiones, una vez agotada la etapa probatoria y con anterioridad al dictado de la sentencia de fondo en las diversas instancias del proceso".⁴

Los alegatos se deben ser confundidos con las conclusiones. Estas postulan la hipótesis, en tanto que aquéllos interpretan o tratan de interpretar los datos que confirman o rechazan tal hipótesis.

En el alegato se vincula lo alegado con lo demostrado, y se vincula igualmente el dato fáctico con la disposición legal, planteándose la conclusión lógica del juicio.

Los alegatos tradicionalmente se inician con los del acusador, para terminar con los del acusado, lo cual tiene una razón de ser, que se conoce como el *derecho de la última palabra*. Este derecho, "como es llamado —dice Prieto Castro—, se concede a los acusados, es una demostración más de la preocupación por la defensa de ellos en las leyes que, como la española, abonan el principio de contradicción en el juicio".⁵

El debate concluye con la llamada "vista del proceso" (arts. 425 CPPDF y 306 CPPP).

19.5 FASE CONCLUSIVA O DECISORIA

Luego de la declaratoria de "visto el proceso", el tribunal "cita a las partes para oír sentencia". Esta citación para "oír sentencia", es confundida en el Código Federal con la "cita para la audiencia final".

La citación para sentencia, o mejor dicho la cita a las partes para que estén atentas a enterarse de la sentencia, es el acto procesal mediante el cual el tribunal, luego de tomar conocimiento de las pretensiones de las partes y de los hechos que las soportan, inicia la operación lógico-mental para determinar la procedencia de las pretensiones de éstas.

La citación para sentencia, que normalmente se efectúa al concluir la audiencia final produce, entre otros efectos, los siguientes:

- a) Da por terminada la actividad procesal de las partes.
- b) Impide a las partes esgrimir ausencia de capacidad subjetiva en el juzgador; es decir, no podrán recusar. No opera este efecto cuando, después de

⁴ Fix Zamudio, Héctor, "Alegatos", en *Diccionario jurídico mexicano*.

⁵ Prieto-Castro, Leonardo, *Derecho procesal penal*, pág. 333.

citar para sentencia, hubiere habido cambio de jugador, y el anterior no hubiere dictado o pronunciado sentencia.

- c) Se inicia la actividad lógico-mental a cargo del juzgador, para resolver el fondo controvertido.
- d) Las partes quedan "prevenidas" o alertadas a estar pendientes para conocer el fallo final.

19.6 SENTENCIA

La sentencia es el acto y la decisión pronunciada por el tribunal mediante la cual da solución al fondo controvertido. Es una fórmula compositiva del litigio.

Sentencia proviene del latín *sententia*, que significa opinión, veredicto, decisión. Según Escriche, deriva de *sentiendo*: lo que siente. En esta afirmación de Escriche se han apoyado varios autores; no obstante, el *sentiendo*, lo que siente el juez, era comprensible en el derecho romano de cierta época, cuando el juez decía lo que sentía y no necesariamente lo que tenía que hacerse.

Según las Partidas, la sentencia es "la decisión legítima del juez sobre la causa controvertida en su tribunal".

Adviértase —y en esto coinciden los procesalistas actuales— que la sentencia resuelve sólo el fondo controvertido, de aquí que las conocidas como "sentencias interlocutorias", no sean propiamente sentencias. A estas interlocutorias, Fix Zamudio prefiere asignarles la naturaleza jurídica de autos,⁸ puesto que realmente eso son.

Se ha dicho que la sentencia contiene un "acto de voluntad" del juzgador. Otros autores afirman que no es acto de voluntad, sino sólo un "juicio lógico" mediante el cual se aplica la norma general al caso concreto. Sea cual fuere la naturaleza jurídica (acto de voluntad o juicio lógico), la sentencia se diferencia de cualquier decisión de un particular, en que proviene de un órgano del Estado provisto de la específica facultad de decidir controversias y de la diversa eficacia jurídica.

De forma análoga, se establece principalmente en la Escuela de Viena, que la sentencia no sólo es un acto mediante el cual se aplica la ley, sino también un acto que crea obligaciones a cargo de una de las partes. Todo depende de si la pirámide jurídica se contempla "hacia arriba" o "hacia abajo".

⁸ Fix Zamudio, Héctor, "Sentencia", en *Diccionario jurídico mexicano*.

La sentencia es un acto del Estado, como también lo es el legislar o ejecutar; por tanto, los particulares no están llamados a sentenciar.

No se olvide que para poderse dictar la sentencia penal deben haberse resuelto todas las cuestiones prejudiciales que se hubieren planteado.

19.7 REQUISITOS SUSTANCIALES

Toda sentencia, y la penal no es una excepción, tiene que sujetarse a ciertos principios inspiradores, los cuales ha de acoger. En un Estado de derecho, esto debe darse con mayor razón.

Aunque se han mencionado, entre otros principios, la *fundamentación* y la *motivación*, cabe advertir que éstos, si bien tienen que ser acogidos por la sentencia, no son principios exclusivos de la misma, puesto que toda resolución tiene que estar fundada y motivada en atención a lo preceptuado por nuestra Constitución.

De cualquier manera, mencionamos como principios inspiradores de la sentencia penal —aunque tampoco son exclusivos de ésta— a los llamados principios de congruencia y al de exhaustividad.

19.7.1 Congruencia

La sentencia debe ser congruente consigo misma y con la *litis*, afirma Luis Dorantes.⁷

La congruencia debe ser *interna* (armonía entre las distintas partes de la sentencia), y *externa* (adecuada a los puntos puestos en debate).

“Una jurisdicción ejercida de oficio —enseña Carnelutti—, en la cual el órgano jurisdiccional procediese por iniciativa propia, sin atender a la solicitud del sujeto agente, repugnaría al concepto que nos hemos formado modernamente de la función del juez, quien para permanecer imparcial debe esperar a ser requerido y limitarse a hacer justicia a quien la solicita; y si nos encontrásemos con un magistrado que sin ser requerido por alguien se dedicase a descubrir y enderezar entuertos, lo consideraríamos más que un héroe de la justicia, un máscota peligroso, del tipo de don Quijote o del legendario zapatero de Messina.”⁸

⁷ Dorantes Tamayo, Luis, *Elementos de teoría general del proceso*, pág. 118.

⁸ Carnelutti, Francesco, *Derecho procesal civil y penal*.

La jurisdicción ejercida a instancia de parte es nota que caracteriza al principio acusatorio, en tanto que la jurisdicción ejercida oficiosamente deriva del inquisitivo.

Dependiendo del principio inspirador del sistema (acusatorio o inquisitivo), derivará la aplicación o no del principio de congruencia.

En relación con el principio de congruencia, podemos considerar la congruencia de la sentencia en varios órdenes:

- a) Congruencia con los hechos (con la *causa petendi*).
- b) Congruencia con la calificación de los hechos (con el *nomen iuris criminis*).
- c) Congruencia con las pretensiones de las partes (con el *petitum*).
- d) Congruencia interna.

A. CONGRUENCIA CON LOS HECHOS

Esto significa que el tribunal sólo debe tener en cuenta las modalidades fácticas expuestas en la acusación, sin poder ir más allá de las mismas. Así, el tribunal únicamente podrá sentenciar por homicidio con "premeditación", si así se le plantea la modalidad, mas no podrá condenar por "alevosía" si los hechos que a ésta califican no fueron expuestos en la acusación.

La ley establece, asimismo, que los hechos o datos fácticos que han de tenerse en consideración sólo serán aquellos que a su vez el Ministerio Público consideró al momento de promover la acción. Lo que significa que el tribunal no tendrá en cuenta cualquier hecho aducido en la demanda, sino sólo aquellos que, al ser expuestos en la demanda, también fueron considerados por el acusador al momento de promover la acción (art. 168 CFFP).

Esto equivale a decir que el material fáctico recogido a lo largo del proceso, e invocado, debe ser tenido en consideración de manera congruente: *secundum allegata et probata*.

B. CONGRUENCIA CON LA CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS

Según afirman algunos, debe existir identidad entre la calificación o *nomen iuris criminis* del acusador (expuesta en sus conclusiones) y la sentencia, lo cual se traduce en la prohibición al tribunal de sentenciar por *nomen iuris* diverso del calificado por el acusador.

La implantación de este apartado ha suscitado cuestionamientos. Así, Celín Sánchez y el propio Bettiol sostienen por un lado, que la calificación del acusador es una mera opinión que no vincula al tribunal, "el cual puede variar la

denominación del delito en la sentencia, siempre y cuando los hechos sean exactamente los mismos en los que se base para llevar a cabo la reclasificación".⁹

"El juez —dice Bettioli, fundado en su ley procesal— puede dar al hecho una *definición jurídica diversa* a la enunciada. . . y ello es perfectamente lógico porque cuando el juez califica de modo diverso los hechos, no viola ninguna sustancial exigencia de la defensa: de este modo podrá calificar como apropiación indebida un hecho para el que la acusación es de malversación de caudales públicos cuando se convenga de que el imputado no era funcionario público."¹⁰

En sentido contrario parece haberse desenvuelto la praxis judicial en México —que es diferente de lo establecido en la ley—, de manera que el tribunal está limitado por la calificación que haga el acusador.

Esto vincular al juzgador con la calificación que haga el acusador implica que el tribunal no es libre para calificar los hechos propuestos, pues su actuar queda atado al acto de voluntad de parte. . . ¿Pero no de justicia!

La posibilidad de que el tribunal esté en desacuerdo con la calificación, e incluso recalifique, no pugna con la afirmación de que sólo debe fallar conforme a los hechos propuestos.

En el campo de la práctica, se sostiene en general por los tribunales mexicanos (no en la ley) que el Ministerio Público en su demanda —conclusiones acusatorias— no sólo está obligado a plantear el dato fáctico, el jurídico y el pretensional, sino que además debe calificar el hecho en que se funda su pretensión. Lo que implica que los tribunales *han introducido, a través del precedente, un elemento más a la demanda, no contemplado por la ley.*

A consecuencia de lo anterior surgen varias cuestiones, una de ellas acerca de si es o no posible cambiar la clasificación del delito en conclusiones por delito que se sigue o requiere querrela. Si el querrelante se querrela por "calumnias", y por ella se sigue el proceso, y en conclusiones el Ministerio Público cambia la calificación a la de "difamación" —que también requiere querrela—, ¿podrá o no el tribunal sentenciar condenatoriamente por difamación, cuando la querrela no comprendió a ésta?

C. CONGRUENCIA CON LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES

Si se trata de la congruencia con la acusación, también se le llama principio de correlación entre acusación y sentencia. Aquí la congruencia implica una vinculación entre la decisión y lo pedido. Si la pretensión del acusador expues-

⁹ Colla Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, t. II, pág. 184.

¹⁰ Bettioli, Giuseppe, *Instituciones de derecho penal y procesal*, pág. 269.

ta en sus conclusiones consiste en que se "declare" la existencia de ciertos hechos, el tribunal sólo podrá declarar o no su existencia, pero no podrá declarar la existencia de otros hechos.

En el terreno de la praxis, se sostiene que las pretensiones del acusado (y del acusador) no vinculan al tribunal. Así, si el penalmente demandado se alina a la pretensión del acusador y, por lo tanto, hace suya la pretensión de ser sancionado, esto no vincula al tribunal, quien en su caso puede declarar que no se concretizó el delito.

El problema de la congruencia con la pretensión del acusador se agrava, sobre todo cuando tenemos escritores que sostienen que el tribunal en sentencia sí puede ir más allá de lo pedido (*plus petitio*) e incluso en contra de lo pedido (*contra petitum*).

González Blanco, por ejemplo, se manifiesta en desacuerdo con la jurisprudencia de la Suprema Corte, la cual sostiene la congruencia, y opina que es contraria a la propia Constitución. El tribunal —dice González Blanco—, constitucionalmente, es el único que puede imponer las penas, esto es, aplicar las sanciones, y esto no está condicionado a límites que le imponga el Ministerio Público en sus conclusiones. El tribunal no está supeditado a las penas y modalidades que pide el Ministerio Público.¹¹

Juventino Castro sostiene que el juez (*rectius*, tribunal) sí puede condenar aun cuando en las conclusiones no lo pide así el Ministerio Público. No puede por esto entenderse —dice— que el tribunal invada funciones del Ministerio Público. El tribunal no está constreñido por las conclusiones del Ministerio Público, y como razón sostiene que en el proceso penal no priva el principio dispositivo, como ocurre en el civil; además, el tribunal busca la verdad real.¹²

Merece ser recordada, por meritoria, una resolución de la Suprema Corte de Justicia en la cual se apuntó que "el juez no debe subordinarse a la opinión de una de las partes, como lo es el Ministerio Público", resolución que recayó cuando el Ministerio Público pidió pena por homicidio imprudencial y el tribunal resolvió que era intencional, yendo más allá de lo pedido.¹³

En suma, en el plano teórico la respuesta depende del principio acogido (inquisitivo o acusatorio), pero en lo práctico la congruencia parece orientarse a los hechos o base fáctica del proceso, y no a las calificaciones o pretensiones.

D. CONGRUENCIA INTERNA

Al lado de la congruencia que la sentencia ha de guardar con elementos externos a ella (hechos, calificaciones, pretensiones) también debe ser congruente consigo misma.

¹¹ González Blanco, Alberto, *El procedimiento penal*, págs. 139 a 141.

¹² Castro, Juventino, *Ministerio Público, funciones y disfunciones*, pág. 38.

¹³ T-CIX, Vaca Contreras, Ciriano, pág. 2161.

Alcalá-Zamora y Castilla nos muestra el caso en que un tribunal colegiado donde se resolvía un asunto por homicidio. Uno de los juzgadores resolvió que el enjuiciado sí debía ser condenado, en tanto que los otros dos determinaron la absolución. Hasta aquí todo parecía correcto, pues dos votos contra uno determinaban la absolución, pero observando los argumentos, un juzgador resolvió que el acusado no intervino en los hechos, en tanto que el otro consideró que actuó en legítima defensa. Como se advierte, no hubo congruencia ni siquiera en los considerandos que llegaron a absolver, dada la absoluta contradicción entre los juzgadores.

19.7.2 Exhaustividad

"Una sentencia es exhaustiva —dice Gómez Lara—, en cuanto haya tratado todas y cada una de las cuestiones planteadas por las partes, sin dejar de considerar ninguna."¹⁴

"La exhaustividad —afirma Fix Zamudio— consiste en la obligación del juzgador de examinar todas y cada una de las pretensiones formuladas por las partes, es decir, todos los aspectos de la controversia planteada por las mismas."¹⁵

La exhaustividad, no puesta en discusión, implica que sean o no procedentes las pretensiones de las partes, deben éstas ser examinadas. Si el defensor pretende se declare la legítima defensa, el tribunal, aun cuando la desestime debe, con base en la exhaustividad, analizarla y no omitir su estudio.

19.8 ESPECIES DE SENTENCIAS PENALES

Respecto al resultado de las sentencias, éstas pueden ser *desestimatorias* y *estimatorias*.

La sentencia penal —y éste es punto más reconocido en la actualidad—, sólo puede condenar, constituir o absolver. La sentencia, así, solamente puede ser condenatoria, constitutiva o absolutoria. Las sentencias absolutorias entran en el género de sentencias desestimatorias. Las sentencias condenatorias y las constitutivas son las estimatorias.

Anteriormente, según se nos recuerda, las sentencias en el Tribunal de la Inquisición podían ser de absolución plena o del cargo, cuando el reo hubiere demostrado su inocencia; absolución de la instancia, si no se demostraba el hecho imputado; reconciliación, si siendo responsable el reo, éste se arrepentía y abjuraba; de relajación, en el fondo de incompetencia, pero se entregaba el reo al "brazo secular" para que éste decidiera si lo quemaba vivo, le daba garrote, o lo privaba de la vida.¹⁶

¹⁴ Gómez Lara, Cipriano, *Tratado general del proceso*, pág. 232.

¹⁵ Fix Zamudio, Víctor, "Sentencia", en *Diccionario jurídico mexicano*.

¹⁶ O'Gorman, Eduardo, *La Inquisición*, pág. 30.

A. DESESTIMATORIAS Y ABSOLUTORIAS

El término *absolutorio* proviene del latín *absolutus*, *absolvere*, *absolutus*, *absolutus*, que significa liberar, descargar. Las sentencias absolutorias de la pretensión punitiva son también sentencias declarativas: se declara o reconoce que no existió o que el acusado no es responsable.

Las sentencias absolutorias pueden ser de dos tipos: *absolución plena* —también llamada *absolución definitiva*, es decir, que absuelve del cargo— y *absolución de la instancia*, *absolución de la demanda*, *absolución por insuficiencia de pruebas*, también llamada *sentencia dubitativa*.

En la *absolución plena* se *desestima todo derecho aducido por el demandante* y se *provoca una liberación total del cargo*; es decir, de lo pretendido.

En la llamada *absolución de la instancia* "se *absuelve*", pero con fórmula dubitativa. Sobre el demandado queda pendiente la duda de si fue o no responsable. No es una *absolución plena*, equivale a una *absolución de la demanda*, pero no del cargo.



En el procedimiento civil es más conocida la *absolución de la instancia*, sobre todo porque ésta se produce a causa del llamado *desistimiento de la demanda* o *desistimiento de la instancia* (no de la "acción" o derecho), que no extingue el derecho de fondo y da la posibilidad de volver a demandar.

La *absolución de la instancia* deja pendiente la duda sobre el inculpado. Y la duda, recordaba Alcalá-Zamora, "que como efecto social del mismo lo perjudica, puesto que no logra desvanecer entre las gentes las sombras de culpabilidad que rodean a un determinado sujeto. Tal consideración fue la que condujo en antaño a suprimir la denominada *absolución de la instancia en materia penal*".¹⁷

De tal suerte, para que se dé la *absolución de la instancia*, requiere la concurrencia de dos características. La primera relativa a la resolución propiamente dicha y la segunda, a los efectos que produce tal resolución.

El primer requisito consiste en que la resolución *absuelva o desestime el juicio y no los hechos delictivos imputados*. La *absolución de la instancia* no desestima la pretensión, ni el derecho en que se afirma sostener.

Briseto Sierra llega a afirmar que el sobresesimiento "no es más que una *absolución de la instancia* con otro nombre y los propios resultados lógicos. Pero el legislador común ha tenido una brillante idea. Cuando el Ministerio Público formule conclusiones no acusatorias, el juicio se sobreeserá y la consecuencia será la *absolución del reo*. Esta mezcla de conceptos sería risible si no fuera porque trasciende hacia la libertad y el buen nombre del gobernado".¹⁸

El segundo requisito consiste en que, como efecto, quede la oportunidad de aportar nuevas pruebas o medios de confirmación y, por ende, se *reabra o reinicie el proceso*.

Más adelante volveremos a la naturaleza de la *absolución* (cap. 40).

B. ESTIMATORIAS Y CONDENATORIAS

Las sentencias estimatorias de la pretensión punitiva pueden ser simplemente estimatorias o parcialmente estimatorias, según que se acojan todas las pretensiones o sólo algunas.

Dentro del género de las estimatorias encontramos a las sentencias de *condena* (otra especie de sentencias son las *constitutivas*, es decir las que constituyen o modifican una situación o relación jurídica).

¹⁷ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Estudios procesales de la literatura española*, pág. 130.

¹⁸ Briseto Sierra, Humberto, "Reflexiones sobre las llamadas garantías individuales", t. 2, pág. 433.

El veredicto del jurado por ejemplo, no condena, pues únicamente declara culpabilidad y es otro el que complementa la sentencia imponiendo la sanción.

Condema proviene de *condemna*, *condemnare*, y a su vez de *com*, *com* y *dare-nam*, *daño*; esto es, resolución que impone un daño.

Con la sentencia *condenatoria* —sostiene Manzini— “reconoce el juez el fundamento y la realizabilidad de la pretensión punitiva del Estado, hecha valer mediante la acción penal, declara la culpabilidad; establece qué sanciones concretan la responsabilidad del culpable; concede, cuando sea el caso, los llamados beneficios de ley; aplica, si es necesario, las medidas de seguridad y declara en los casos procedentes los efectos civiles de la condena”.¹⁸

Al pasar la Suprema Corte de Justicia a ser casi exclusivamente tribunal constitucional, cobra fuerza la clasificación de las sentencias estimatorias en *sentencias ilegales* y *sentencias inconstitucionales*, dependiendo de que el precepto normativo que se alegue violado sea la Constitución de manera directa, o una ley secundaria.

C. DEFINITIVAS Y EJECUTORIAS

Las sentencias también se han clasificado, teniendo en cuenta la posibilidad de ser impugnadas, en sentencias *definitivas* y en sentencias *ejecutorias*, estas últimas inimpugnables.

“La sentencia penal pronunciada tras el correspondiente debate —dice Manzini— es siempre *definitiva*, no porque sea en todo caso la última sentencia posible en el procedimiento, sino porque define, es decir, cierra el juicio en el grado en que se pronunció”, a lo cual Alcalá-Zamora agrega: “la sentencia es definitiva, no desde el ángulo de las partes (mientras les queda expedita la perspectiva de impugnarla), sino desde el juzgador”.¹⁹

19.9 EFECTOS QUE PRODUCE LA SENTENCIA

Varios son los efectos que se producen en el mundo jurídico con motivo de la sentencia ejecutiva. Entre otros, podemos mencionar los siguientes:

¹⁸ García Ramírez, Sergio y Adato, Victoria, *Procedimiento penal mexicano*, pág. 454.

¹⁹ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Cuestiones de terminología procesal*, pág. 169.

PÓSIBILIDAD DE MODIFICAR LA SENTENCIA	Sin remedio legal	Cierta posibilidad de anular los efectos	Respeto del procedimiento
Condena correcta al delincuente	*(1)		
Atenuación injusta al condenado	*		(2)
Agravación injusta al condenado	*		(3)
Condena a un inocente		*	
Absolución a un delincuente	*		(4)
Absolución a un inocente	*(5)		

1. Sentencia de condena correcta. 2. Se trata de una absolución correcta. 3. Sin posibilidad de hacer el reajuste para disminuir la gravedad. 4. Sin posibilidad de reabrir el procedimiento. 5. Se trata de una absolución correcta.

- Irreimpugnabilidad y definitividad* de la resolución, es decir, se establece la regla de la inmutabilidad. Evita así, según se dice, la incertidumbre jurídica.
- Non bis in idem*, que implica el no ser juzgado de nueva cuenta por el mismo hecho.
- En el caso de los extranjeros sentenciados, de acuerdo con el artículo 72 de la Ley General de Población, el tribunal deberá dar aviso del contenido a la Secretaría de Gobernación.

A. NON BIS IN IDEM

Estrechamente vinculado a la cosa juzgada, encuéntrase el principio del *non bis in idem*, cuya traducción literal sería: no duplicidad por lo mismo.

Non bis in idem, impide un segundo proceso por el mismo hecho que el anterior —nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho—, y significa también que nadie debe ser procesado simultáneamente por el mismo hecho (no a la litispendencia).

En la actualidad, contra el primero de los apartados —es decir el emparentado con la cosa juzgada— se han elevado las protestas de algunos procesalistas. En el campo penal, podemos plantear algunas cuestiones interesantes.

Dentro de la problemática hay que diferenciar la sentencia absolutoria de la condenatoria. En el caso de la absolutoria, la intangibilidad se produce aun cuando resulten nuevas pruebas que demuestren que el sentenciado fue el responsable; más todavía, aun cuando éste confiese ser el responsable. En este caso, no podrá ser procesado de nueva cuenta. Se trata aquí de la *absolución del culpable*. No está por demás recordar que en algunos países es permisible la *revisión de sentencia absolutoria*. García Ramírez, por ejemplo, nos recuerda casos en la ya desaparecida URSS, Polonia, Israel e incluso en los Estados Unidos.²⁰

Por otro lado, en el caso de que la sentencia hubiese sido condenatoria, puede ocurrir que luego de la sentencia se demuestre que *el sancionado era inocente* (condena del inocente), o que las nuevas pruebas demuestren una modalidad atenuada (*agravación injusta*), o que las nuevas pruebas demuestren una modalidad agravada (*atenuación injusta*).

En el caso de *condena del inocente*, la ficción de verdad legal sólo puede dar pie en nuestro sistema a la *nulidad de sentencia* (reconocimiento de la inocencia del sentenciado). En el caso de *condena del inocente*, la ficción de verdad legal sólo puede dar pie en nuestro sistema a la *nulidad de sentencia* (reconocimiento de la inocencia del sentenciado). En el caso de la *agravación injusta*, en nuestro orden jurídico no tenemos remedio legal, y cuando se trate de la *atenuación injusta*, la justicia también sale burlada.

Este principio de política procesal establece la prohibición de enjuiciar de nueva cuenta *in idem*; es decir, por lo mismo.

Para aducir el *nov bis in idem* se debe partir del supuesto de que existió un enjuiciamiento anterior, que coincide con el presente en la identidad del sujeto y en la identidad de la causa *petendi*, por lo menos.

²⁰ García Ramírez, Sergio, *La prisión*, págs. 142 y 143.

CAPÍTULO 20

ENJUICIAMIENTOS ESPECIALES

SUMARIO

- 20.1 PRESENTACIÓN
- 20.2 ENJUICIAMIENTOS SUMARIOS
- 20.3 ENJUICIAMIENTO SUMARIO EN LO FEDERAL
 - A. PRIMER GRUPO DE SUPUESTOS
 - B. SEGUNDO GRUPO DE SUPUESTOS
 - C. TERCER GRUPO DE SUPUESTOS
 - D. TRAMITACIÓN
- 20.4 ENJUICIAMIENTO SUMARIO EN EL DISTRITO FEDERAL
- 20.5 ENJUICIAMIENTO SUMARIO EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS
- 20.6 ENJUICIAMIENTO ANTE JURADO
 - A. TIPOS
 - B. SUPUESTOS
 - C. ORGANIZACIÓN DEL JURADO
 - D. RITUAL
- 20.7 ENJUICIAMIENTO DE INCAPACITADOS MENTALES
 - A. INCAPACIDADES
 - B. RITUAL
 - C. NATURALEZA
- 20.8 ENJUICIAMIENTOS MILITARES
 - A. JUICIO ANTE CONSEJO DE GUERRA ORDINARIO
 - B. JUICIO ANTE CONSEJO DE GUERRA EXTRAORDINARIO

20.1 PRESENTACIÓN

Bajo el nombre de enjuiciamientos especiales nos encaminamos a presentar formas singulares o particulares que permiten al proceso penal arribar a su fin.

Advertimos que no se trata de otros procesos penales, sino de procedimientos cuyo ritual difiere del común u ordinario.

Precisamos a la vez que la voz enjuiciamiento la abordamos en su aceptación de serie de actos procesales (procedimientos) en torno a un fin común.

No se confunda al procedimiento ordinario con el que es frecuente en la práctica, ni al especial con el que es ocasional, ya que esto no es nota que los caracterice.

Lo especial en el tratamiento procesal difiere del enjuiciamiento ordinario que hemos visto hasta el momento, en que los enjuiciamientos especiales son privativos, específicos o peculiares.

Los supuestos que dan lugar a un procedimiento especial pueden ser *meta-procesales* (el tipo de delito, o la sanción) o *procesales* (confesión). En ocasiones importa la *causa petendi* (hechos considerados delictuosos). La *gravedad* con la que se le califica (delitos más graves), la *potencial sanción* por imponer (penas mínimas), el *sujeto pasivo* (anormales mentales), la *urgencia* (en ciertos delitos militares), etcétera.

En México, encontramos exclusividad o singularidad en los siguientes enjuiciamientos:

- a) enjuiciamientos sumarios en cuanto al tiempo y en cuanto a la simplicidad o eliminación de formas.
- b) enjuiciamientos ante jurado.
- c) enjuiciamientos para incapacitados mentales.
- d) enjuiciamientos militares.

20.2 ENJUICIAMIENTOS SUMARIOS

El juicio sumario tiene su asiento histórico, nos recuerda Rafael de Pina, en la Iglesia misma, y aparece como un medio adecuado para tratar aquellos asuntos en los cuales lo complicado del juicio ordinario resultaba desproporcionado.

Como juicio especial, el sumario se caracteriza por ser abreviado. La abreviación o simplificación puede darse en las formas o en los plazos, aunque prácticamente las dos vertientes coinciden.

Originalmente, el término sumario proviene de *sumarium* que, como recuerda Medina Lima, significa breve, sucinto, resumido, compendiado.¹

No obstante, téngase en cuenta que en el campo procesal, especialmente el penal, el vocablo sumario no sólo implica la acepción de enjuiciamiento, sino también la de una fase del procedimiento, más conocida como instrucción.

En este capítulo lo abordamos con la acepción de enjuiciamiento, tratando con ello de diferenciarlo del enjuiciamiento ordinario.

Son sumarísimos, decía Calamandrei, "todos los procedimientos especiales en los cuales la cognición tiene lugar en forma compendiosa y abreviada".²

El desligarse o desatender las formas ordinarias para irse por las sumarias, en principio no queda a la voluntad o el arbitrio del tribunal o de las partes. Existen razones o supuestos que permiten la excepción.

"En hipótesis —apunta García Ramírez— que cuenta con desarrollos diversos en derecho comparado, son tres los datos principales que podrían determinar la sumariedad del procedimiento: la flagrancia, cuyas mismas circunstancias aligeran la doble prueba del hecho y de la responsabilidad del agente; la confesión, que de este modo no sólo tendría virtud probatoria, sino además poseería cierta trascendencia como acto dispositivo de allanamiento, y la menor entidad objetiva del delito, medida por la cuantía también inferior de la pena."³

La sumariedad del procedimiento nos recuerda a los mayas. Cuando Carranca y Rivas rememora este punto, recurre a Juan Francisco Molina Solís, autor de una obra denominada *Historia del descubrimiento y conquista de Yucatán*. "La justicia era muy sumaria —escribe Molina Solís—, y se administraba directamente por el cacique, quien personalmente oía las demandas y respuestas, y resolvía verdaderamente, y sin apelación lo que creía justo. También hacía la pesquisa de los delitos y, averiguados, sin demora imponía la pena, y la hacía ejecutar por sus tulpes o alguaciles que asistían a la audiencia."⁴

¹ Medina Lima, Ignacio, "Juicio sumario", en *Diccionario jurídico mexicano*.

² Rafael de Pina, *Instituciones de derecho procesal civil*, págs. 383 y 384.

³ García Ramírez, Sergio, *Cursos de derecho procesal penal*, pág. 379.

⁴ Carranca y Rivas, Raúl, *Derecho penitenciario*, pág. 37.

Curiosamente, entre los aztecos la sumariedad del proceso en lugar de darse por menor entidad delictiva, se daba por la mayor entidad o gravedad. Así, afirma Margadant, "en los delitos más graves, el juicio era precisamente más sumario, con menos facultades para la defensa, algo que, desde luego, provoca la crítica del moderno penalista".³

En el Estado mexicano, en el cual los ordenamientos se multiplican, el enjuiciamiento sumario lo encontramos regulado en lo federal y en lo local; en este último, aceptado no sólo en el Distrito Federal, sino también en algunas entidades federativas.

20.3 ENJUICIAMIENTO SUMARIO EN LO FEDERAL

Aunque el Código de 1908 (art. 249) estableció para ciertos casos brevedad en los plazos, no fue sino hasta el código vigente —y en especial con las diversas reformas y adiciones desde 1983 en adelante— cuando se ha conformado el juicio sumario.

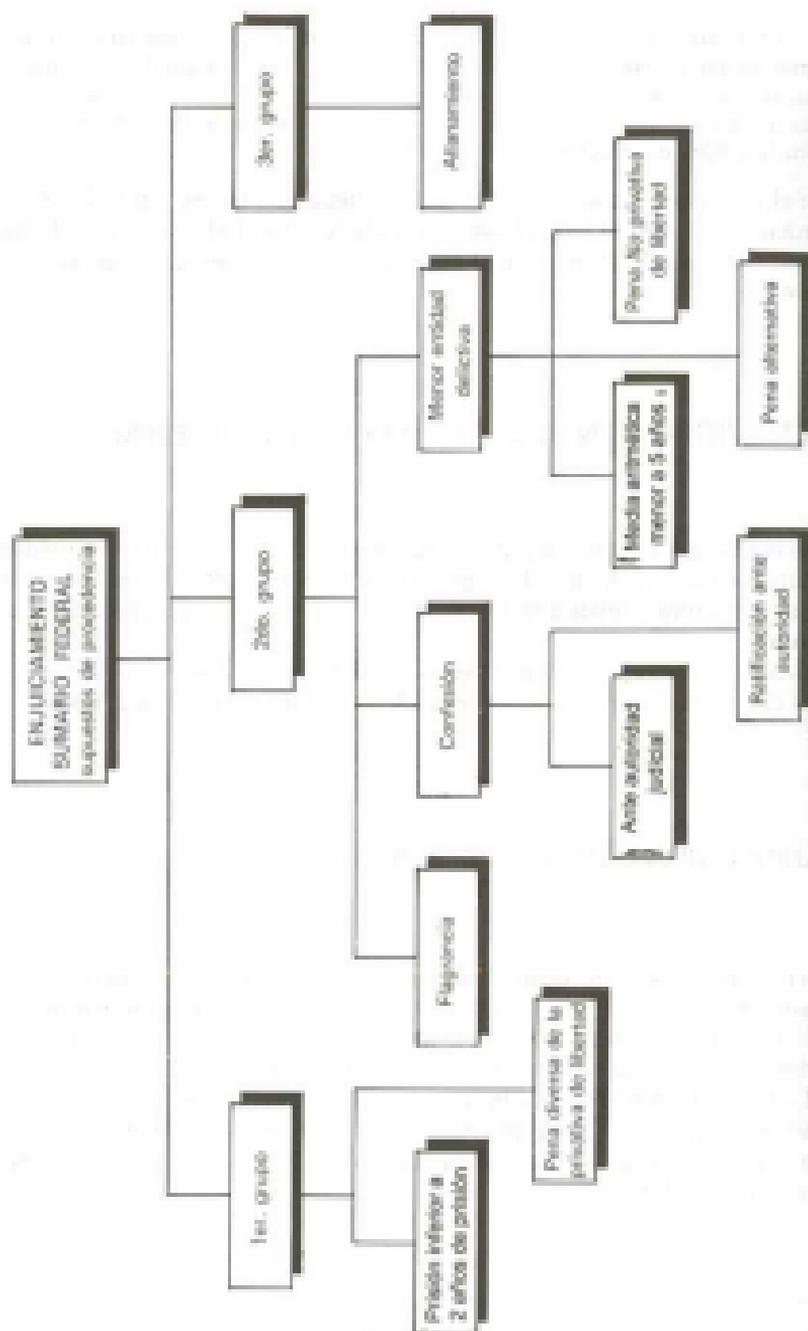
Los supuestos que pueden simplificar el tiempo y la forma procesales (supuestos de *causae cognitio sumaria*) suelen clasificarse en tres grupos o categorías:

A. PRIMER GRUPO DE SUPUESTOS

Dentro de este grupo se atiende a una entidad delictiva levisima, como en aquellos casos en que los hechos en que se habrá de soportar la pretensión (*causae petendi*) que es calificada como delictuosa, tienen señalada abstractamente una penalidad levisima. Tal ocurre cuando la sanción establecida en la ley no excede de 2 años de prisión, o cuando la sanción sea diversa de la privativa de libertad.

Anotemos que este grupo de categorías, además de dar lugar al enjuiciamiento sumario oficialmente, data la creación del código mismo, a diferencia de los siguientes dos grupos.

³ Florio Margadant, Guillermo, *Introducción a la historia del derecho mexicano*, pág. 25.



B. SEGUNDO GRUPO DE SUPUESTOS

Comprende los casos de flagrancia, confesión (ante autoridad judicial o ante ella ratificada), y menor entidad delictiva, definida esta última por la concurrencia de tres elementos: que la media aritmética de la sanción abstractamente aplicable no exceda de cinco años, o que excediéndose sea alternativa, pero que la penalidad exceda de dos años.

En este supuesto, en enjuiciamiento sumario es oficioso (art. 152 CFPP).

C. TERCER GRUPO DE SUPUESTOS

En esta categoría se encuentra el allanamiento del sujeto pasivo del proceso, con curiosa modalidad que requiere además el consentimiento del Ministerio Público ("ambas partes manifiesten al notificarse de ese auto o dentro de los tres días siguientes a la notificación, que se conforman con él y que no tienen más pruebas que ofrecer") (art. 152 CFPP).

Este supuesto, por no ser oficioso y requerir de petición de parte, puede dar lugar al enjuiciamiento sumario o el ordinario. Este último caso, si el inculpado pide se siga por esa vía.

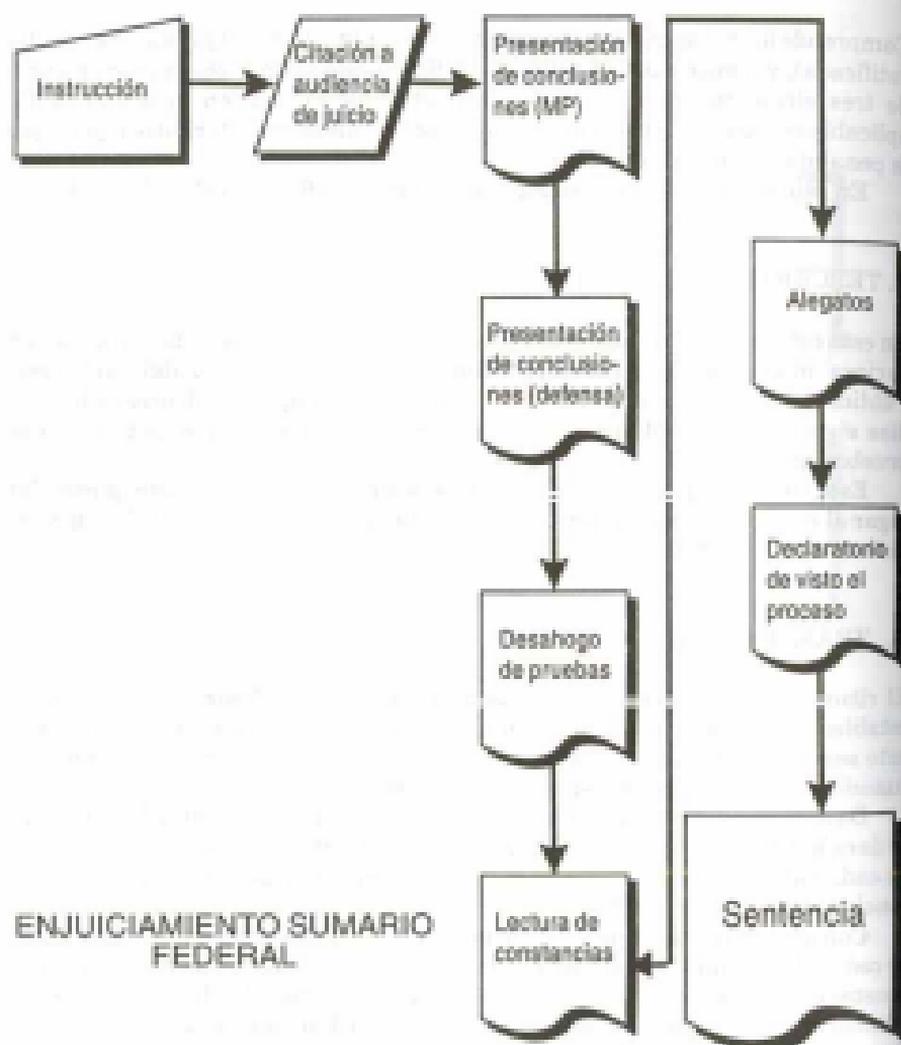
D. TRAMITACIÓN

El ritual para el enjuiciamiento sumario difiere del ordinario. La audiencia, establece la ley, principiará presentando el Ministerio Público sus conclusiones, acto seguido las contestará la defensa. Sólo podrá interrumpirse la audiencia, cuando las conclusiones acusatorias fueren de no acusación.

De aquí en adelante el procedimiento en juicio será similar al ordinario, pues se dará lectura a las constancias que las partes señalen, y después de los alegatos de cada parte, se declarará "visto el proceso", procediéndose a dictar sentencia, concluyendo con esto el juicio.

Como se advierte, el juicio o plenario del enjuiciamiento sumario, el ritual se concentra en una sola audiencia: la presentación de conclusiones, lectura de constancias, alegatos e inclusive la propia sentencia. Puede fácilmente ser catalogado como un ejemplo de lo que Gómez Lara denomina proceso con unidad de rito, para diferenciarlo de los que denomina procesos preclusivos.⁶

⁶ Gómez Lara, Cipriano, *Derecho procesal civil*, pág. 22.



En el segundo y tercer grupos de supuestos el juicio realmente es sumario, pues no sólo reduce los plazos sino que también simplifica formas y elimina actos procesales innecesarios. Se reduce sólo a la presentación de conclusiones y sentencia.

20.4 ENJUICIAMIENTO SUMARIO EN EL DISTRITO FEDERAL

De acuerdo con Fix Zamudio, la ley distrital, en cuanto al procedimiento sumario, tiene su antecedente en una reforma a las leyes penal y procesal penal de Chihuahua en 1965.⁷

Como quiera que sea, la ley distrital siguió una propia trayectoria y muy diversa de la de Chihuahua, y se regula en los artículos 10 y 305 a 312 (CPPDF).

Los supuestos que la ley distrital establece pueden quedar en un solo grupo, ya que el procedimiento por seguir es el mismo para cualquiera de los supuestos.

Debido a sustancial influencia de la ley federal, los supuestos en la ley distrital se corresponden con los que ya expusimos como segundo y tercer grupos, esto es: flagrancia, confesión (aunque sólo ante autoridad judicial), menor edad delictiva, así como aflamamiento.

En el ritual a seguir, ocurre que es oficioso, cuando se siga ante los jueces de paz. El tribunal, al disponer el procesamiento definitivo, declara la apertura del procedimiento sumario dando "vista a las partes para que puedan ofrecer pruebas".

Una modalidad introducida, permite a las partes solicitar que el procedimiento se siga por la vía ordinaria y no por la sumaria. Esta petición vincular al tribunal y así le obliga a seguir por el procedimiento ordinario, lo que implica cierta disponibilidad de las formas procesales.

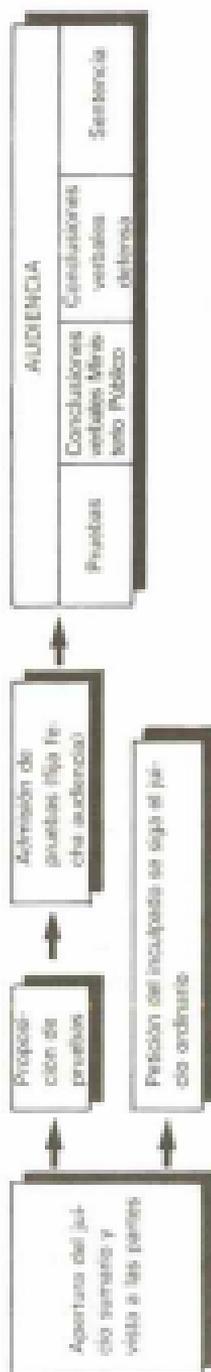
Si el procedimiento ha de seguir por la vía sumaria, se dispondrá a partir del procesamiento definitivo de 3 días comunes a las partes para ofrecer pruebas, y al momento de ser éstas admitidas se debe de fijar fecha de recepción de las mismas, lo cual será en la audiencia final o de juicio (audiencia principal), misma que se realizará dentro de los 5 días siguientes a la recepción de pruebas.

En esta audiencia final o de juicio, se desahogan las pruebas, se presentan las conclusiones (cuando son orales) y se dicta sentencia.

En este caso, permite la ley cambiar la oralidad de las conclusiones, para que éstas, a discreción del interesado, se presenten por escrito, por lo que la concentración procesal sufre un quebranto.

⁷ Fix Zamudio, Héctor, *La administración de justicia*, pág. 143.

ENJUICIAMIENTO SUMARIO EN EL DISTRITO FEDERAL



20.5 ENJUICIAMIENTO SUMARIO EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

Aunque hasta la fecha no todas las leyes de enjuiciamiento penal de los Estados han adoptado el juicio sumario, la que ofrece características especiales es la de Chihuahua, la cual se ha desarrollado a través de diversas reformas y adiciones a nuestro entender en sentido negativo.

Inicialmente simplificó las formas procesales y el tiempo, ya que se podía inclusive dictar sentencia dentro de los siguientes diez días al procesamiento definitivo, circunstancia que en la práctica tuvo aplicación estricta.

A los supuestos —algunos de ellos similares a los hoy conocidos en la ley federal— se agregó la ausencia de peligrosidad social revelada por la carencia de antecedentes penales.

En atención a que se exigió confesión con caracteres propios del reconocimiento (de hechos y pretensiones), la sentencia siempre era condonatoria. Pero lo curioso de la legislación fue que —acaso para estimular su adopción— se introdujeron efectos "beneficiosos al sentenciado" (se le conoció como "beneficio del juicio sumario"). Así, la sanción tendría que ser la mínima establecida por la ley para el delito de que se tratara (generalmente fueron 3 días) con lo que se anuló el arbitrio judicial.

Luego se introdujo un trámite incidental para determinar si había de cambiarse la vía ordinaria por la sumaria. Variaron los efectos de la sanción, pues debía ser hasta la mitad de la que ordinariamente hubiere correspondido, con lo cual cobraba importancia la suspensión de la ejecución de la sanción (condena condicional), si la pena era menor a 5 años.

La nueva codificación hasta 1994, retorna a la penalidad mínima, restringe el juicio a los "delitos imprudenciales" y deroga el trámite incidental para cambio de ordinario a sumario.

20.6 ENJUICIAMIENTO ANTE JURADO

La voz jurado posee dos acepciones: por un lado indica al órgano o tribunal colegiado, en tanto que por el otro, trata de significar o aludir a cada una de las personas que conforman tal órgano.

El nombre de jurado proviene del juramento dado al asumir la función. Así, los jurados juran cumplir correctamente su cometido (en México, la palabra jurar se cambió por "protestar").

A. TIPOS

Dos son los posibles tipos de jurado conocidos: el *gran jury* o gran jurado, propio para expedir la declaratoria de procedencia (que vimos en el capítulo 13), y el *petty jury*, cuya función está encaminada a calificar los hechos.

Mientras que el *gran jury* tiene más tintes políticos que penales, es en el segundo donde queda el órgano a que nos referimos.

Este pequeño jurado llamado a calificar los hechos puede a su vez tener otras tres manifestaciones cuando menos: el jurado de legos (que es el conocido en el proceso penal), el jurado corporativo —donde participan los sectores en pugna; por ejemplo, trabajadores y patrones—, y el técnico, con acceso de peritos como juzgadores.

En lo penal, es el jurado de legos el que se ha conocido y el que está regulado en nuestras leyes.

Todavía a principios de este siglo el jurado era el órgano regular y común competente. Dos reformas han terminado prácticamente con él: la de 1929, que lo dejó como especializado para casos de delitos oficiales y de delitos cometidos por medio de la prensa; y la de 1982, que lo eliminó en los delitos oficiales (en la práctica, era para lo único que funcionaba). Con esto, el jurado popular en lo penal ha quedado reducido a la casi imposibilidad de que vuelva a funcionar, sobre todo si se tiene en consideración, que para el caso de delitos cometidos por medio de la prensa y con las condiciones que establece nuestra ley, nunca se ha llegado a reunir.

B. SUPUESTOS

Para que el jurado popular pueda integrarse se requiere que la causa *petentó*, esto es, que los hechos sobre los cuales versa el proceso sean calificados como delito cometido por medio de la prensa en contra del orden público o la seguridad interior o exterior de la nación (art. 20 const.).

El anhelo de Palavicini en el Constituyente de 1916-1917, de que el jurado juzgara a los periodistas quedó, en definitiva, reducido a casos políticos.

C. ORGANIZACIÓN DEL JURADO

De cualquier manera, tanto el Código Federal como el del Distrito Federal, y una minoría de códigos estatales, aún establecen al jurado.

En su organización, el juez de instrucción ordinario pasa a ser presidente de los debates, y de los mismos jurados, el de mayor edad es el presidente del jurado, en tanto que el más joven, el secretario.

D. RITUAL

En cuanto al procedimiento, comencemos por recordar que hasta la reforma de 1929 el juicio ante jurado era el juicio regular, pero desde entonces se convirtió en especial.

Su actuación se inicia ya en plena fase de juicio o plenario. La instrucción es la misma que en el ordinario, pero no es presidida por el jurado, sino por el juez de instrucción (presidente de los debates), quien después de recibir las conclusiones de las partes, en lugar de citarlas a audiencia final, las cita a la audiencia de debates ante jurado, previa insaculación de jurados (7 titulares).

La audiencia de debates se inicia con la lectura del legajo formado con aquellas constancias que las partes soliciten (asunción probatoria). Acto seguido se lleva a cabo un interrogatorio del acusado, si alguna parte hiciere uso de tal derecho. Enseguida, si el Ministerio Público ratifica sus conclusiones, la defensa ratifica las propias o las modifica. Previos alegatos de las partes, podráirse al acusado, para que luego se declare cerrada la audiencia de debates.

Aquí los jurados deben resolver, previa exhortación o admonición a deliberar y emitir su veredicto. El término veredicto proviene de *vere*, verdad, y *dictas*, dicta, lo cual significa verdad.

En sentido procesal, el veredicto se reduce a resolver si existe delito y si el acusado es culpable o inocente (*guilty o not guilty*). El veredicto no impone sanción.

Una de las grandes razones por las que los estudiosos han estado en contra del jurado de legos es que en la realidad, más que juzgar el hecho el jurado, juzga a los defensores, es decir, cuál de los dos es más convincente y, obviamente, cuál mejor orador.

Si el veredicto es de culpabilidad, el antiguo juez de instrucción se convierte en juez de fallo, para que en la llamada audiencia de derecho, previos alegatos de las partes, aplique la pena correspondiente.

Debido a que el jurado sólo resuelve en veredicto, mas no sanciona, Arilla Bas afirma que no es propiamente un órgano jurisdiccional,² opinión con la que discontamos, pues el simple hecho de declarar inocencia o culpabilidad ya implica acto jurisdiccional. Es una sentencia declarativa.

² Arilla Bas, Fernando, *El procedimiento penal en México*, pág. 24.

20.7 ENJUICIAMIENTO DE INCAPACITADOS MENTALES

Los casos de incapacidad o anomalía mental, tan conocidos en los campos del derecho penal y la psiquiatría forense, ofrecen al procesalista problemas en cuanto al ritual que ha de seguirse. Puesto que del tipo de incapacidad depende el procedimiento que habrá de seguirse, comencemos por recordar tales tipos de incapacidad según lo acoge la ley procesal.

A. INCAPACIDADES

Aunque con deficiente precisión, nuestra ley se basa en dos tipos de incapacidades, los cuales atienden al momento de manifestación de la incapacidad:

- a) Incapacidad padecida al momento en que se realizó el evento objeto del proceso (el hecho considerado como delictuoso), y
- b) Incapacidad sobrevinida con posterioridad al evento objeto del proceso.

Del tipo de capacidad mencionada, dependerá el procedimiento o ritual que ha de seguirse. Así parece haberlo entendido el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.⁹

En el primer caso, los penalistas afirman inimputabilidad penal, en tanto que en el segundo existe imputabilidad, para lo cual se tiene en cuenta que la imputabilidad se ve concomitante a la conducta delictuosa.

Mientras el primer caso puede dar lugar al procedimiento especial a que nos referimos (terminando con el ordinario), el segundo caso sólo paraliza al ordinario, según veremos más adelante (cap. 40).

Pese a todo, el Código de Coahuila resulta en este apartado muy superior al federal y al del Distrito Federal, pues diferencia más nitidamente el trastorno mental padecido al momento del hecho delictuoso, del trastorno adquirido posteriormente. El primer caso introduce el sobreesimiento y da a la vez la apertura de un procedimiento administrativo (que en rigor debería ser cambio de ordinario por especial, y no sobreesimiento del ordinario), en tanto que en el segundo caso se suspende el procedimiento hasta tanto se logre la curación, que será condición para reanudar el ordinario.

Se contempla asimismo en este Código de Coahuila la posibilidad de que, una vez interrumpido el proceso, si se llega a demostrar que la enfermedad es incurable, entonces se pasa del ordinario al especial. Lo que significa que el legislador si tuvo la idea clara de que el procedimiento especial está destinado

⁹ A.R. 16/1971, marzo 26 de 1971, Tribunales Colegiados, séptima época, vol. 27, 6a. parte, pág. 66.

a los penal y procesalmente incapaces, en tanto que la interrupción corresponde a los incapaces pero con posibilidades de curación.

B. RITUAL

No se encuentra establecido en la ley como obligación del encargado de administrar justicia, que deba ordenar se examine a todo sujeto pasivo de un proceso penal para que se determine si es o no capaz. A la ley le basta presumir que todos son capaces, salvo prueba en contrario.

No obstante, la propia ley establece que cuando se dude de la capacidad mental del penalmente enjuiciado, debe examinárselo. Así, dispone que "cuando se sospeche que el inculcado esté loco, idiota, imbecil o sufra cualquier otra debilidad, enfermedad o anomalía mental" se le examinará. Adviértase que este examen es concomitante al procedimiento ordinario.

La citada ley indica que se le examinará por peritos médicos. En nuestro concepto, debería ser por psiquiatras.

Si de acuerdo con el dictamen se llega a resolver tal incapacidad mental, se debe resolver por la cesación del procedimiento ordinario y la apertura del especial. Así, se permuta al procedimiento ordinario por el especial. Realmente no se trata de un sobreseer el ordinario, sino de cambiarlo definitivamente por el especial.

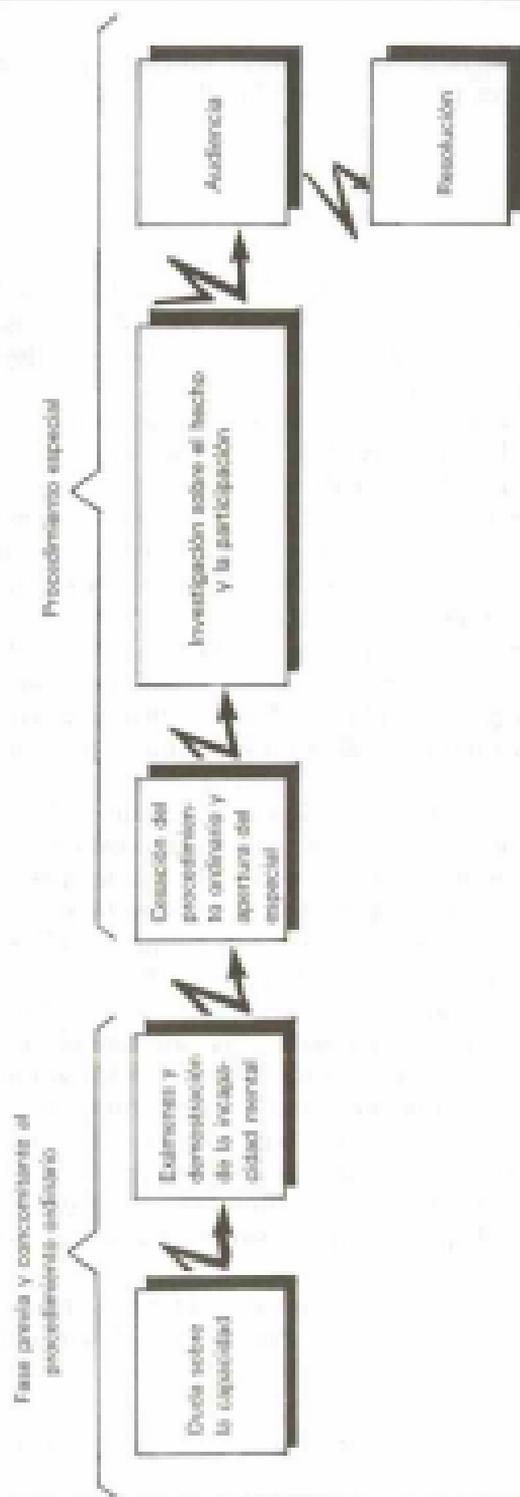
Nuestra ley es omisa y negligente en cuanto a la regulación de este procedimiento especial. A este respecto, sólo se establece que "la ley deja al recto criterio y a la prudencia del tribunal la forma de investigar la infracción penal imputada, la participación que en ella hubiere tenido el inculcado, y la de estimar la personalidad de éste, sin necesidad de que el procedimiento que se emplee sea similar al judicial" (art. 498 CFPP).

Este precepto que otorga facultades al tribunal para decidir inclusive las formas o rituales, llevó a González Bustamante al extremo de afirmar que el procedimiento no está regido ni siquiera por las garantías individuales.¹⁰ criterio con el que discrepamos, pues cualquier acto de autoridad debe cofirse a lo establecido en la Constitución. Lo único que ocurre es que al tribunal se le dan posibilidades más flexibles que las establecidas en el procedimiento ordinario.

De cualquier manera, esa flexibilidad está orientada a confirmar el hecho, la participación y la personalidad. Se corresponde, en este sentido, con una instrucción.

Concluida esta fase comprobándose la *causa petendi*, se pasa a una audiencia en la que sólo sabemos ha de comparecer el Ministerio Público, el defensor

¹⁰ González Bustamante, Juan José. *Principios de derecho procesal penal*, págs. 304 y 306.



y el representante legal (tutor). Aquí el Ministerio Público pedirá, dependiendo del resultado de la instrucción, el internamiento o el tratamiento en libertad. El procedimiento concluye con la resolución correspondiente.

C. NATURALEZA

Algunas características nos obligan a precisar ciertos datos del procedimiento especial.

Así, por ejemplo, la naturaleza de la actividad del tribunal no es de jurisdicción. *No realiza actividad jurisdiccional*, sino que su actividad está más emparentada con la misma que realiza el tribunal civil o familiar cuando declara la *insania mental* y maneja el patrimonio de los que la ley civil conoce como procedimientos de interdicción. En otras palabras, se trata de lo que se conoce como "*jurisdicción voluntaria*". Incluso el código de Coahuila le denomina *procedimiento administrativo*.

En cuanto al Ministerio Público, su posición no es la de parte, sino la de un simple requiriente. Interviene, dice González Bustamante, sólo con fines de tutela.

Por lo que hace a la resolución del tribunal, no es una sentencia pues no pone fin a un conflicto (que es lo que define a la sentencia), sino una *simple resolución administrativa*, aunque en sede penal. Luego entonces, como autorizadamente lo indican González Bustamante y García Ramírez, tal resolución no tiene el alcance de cosa juzgada y, por lo tanto, sí puede ser modificable.¹¹

20.8 ENJUICIAMIENTOS MILITARES

En los casos de competencia de los tribunales militares, además del procedimiento ordinario, existe la posibilidad de seguir un procedimiento especial o especializado denominado "*ante el consejo de guerra*", que puede ser ordinario o extraordinario.

A. JUICIO ANTE CONSEJO DE GUERRA ORDINARIO

Al recibirse las conclusiones de la defensa, o al tenerse fictamente presentadas, en los casos en que deba continuarse el juicio ante el consejo de guerra,

¹¹ *Ibid.*, págs. 396 y 397.

en lugar de citarse a audiencia ordinaria final se citará a audiencia ante Consejo de Guerra Ordinario.

En los procedimientos previos a la audiencia, desempeña interesante papel el *comandante de la guarnición de la plaza*, el cual debe indicar la fecha de celebración del juicio. Dentro de estas mismas diligencias previas a la audiencia, las partes pueden presentar las listas de testigos que han de ser examinados.

Instalado el consejo de guerra, se abrirá la sesión y, previas excusas o recusaciones a sus integrantes, se oír a los peritos y testigos aceptados y se examinará al acusado. Tras la lectura de constancias, el Ministerio Público formulará su acusación (en general, ratificará sus conclusiones) y se oír la respuesta de la defensa.

Luego de que el acusado hable (si así lo desea), el Presidente declarará cerrados los debates y formulará un interrogatorio semejante al que se somete al jurado popular. Enseguida, los miembros del consejo, en sesión secreta, procederán a la deliberación y votación acerca de la culpabilidad o inculpabilidad.

B. JUICIO ANTE CONSEJO DE GUERRA EXTRAORDINARIO

El consejo de guerra extraordinario es competente para juzgar en campaña a los "responsables" de delitos que tengan señalada pena de muerte (art. 73 CJM). El consejo de guerra extraordinario está formado por 5 militares de igual o superior jerarquía a la del acusado. Previo a la integración del consejo de guerra, se designará un *juez instructor*.

El juez instructor "sin pérdida de tiempo" requerirá al imputado para que designe defensor, celebrará la declaración preparatoria (indagatoria, le llama la ley), "practicará sumariamente las diligencias que fuere posible efectuar antes de la reunión del consejo, para la comprobación del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, motivando auto de formal prisión en su caso; citará desde luego a los testigos y peritos que en su concepto deban concurrir a la audiencia" (art. 700 CJM).

Al reunirse el Consejo y practicadas las diligencias pendientes, se seguirá en lo aplicable los lineamientos o formas previstas para el consejo de guerra ordinario, en especial, la lectura de constancias y debates.

El original juez instructor interrogará al Consejo acerca de su competencia, para que en caso de afirmarla declare la culpabilidad o inculpabilidad del imputado.

Si el veredicto es de culpabilidad (que es inapelable), se procederá a la ejecución, salvo "motivos poderosos" en que podrá suspenderse. Y si se cree conveniente se podrá conmutar la pena de muerte por la de prisión (arts. 699 y sigts. CJM).

CAPÍTULO 21

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

SUMARIO

21.1 DERECHO PROCESAL Y EJECUCIÓN

21.2 NATURALEZA DE LA EJECUCIÓN

21.3 TRANSFORMACIÓN DE LA CONDENA

21.4 EJECUCIÓN DE SENTENCIA EXTRANJERA

21.1 DERECHO PROCESAL Y EJECUCIÓN

El vocablo ejecución proviene de *ex*, *e*: fuera de; *sequor*, *sequi*: seguir, lo que sigue, y a su vez de *exsequor*, *exsequi*, lo que va después. Ejecución de sentencia será, entonces, lo que va después de la sentencia.

Ejecutar significa también concluir, realizar, perpetrar, ajusticiar, de manera que ejecutar una sentencia corresponde a la actividad realizada después de dictada la sentencia.

En términos generales, dice Gómez Lara, "debe entenderse por ejecución la materialización de lo ordenado por el tribunal a efecto de que tenga cumplimiento en la realidad —en lo fáctico— lo establecido en la sentencia".¹

El tema de la ejecución de sentencia no ha sido bien visto en el campo procesal por los procesalistas, y menos por los del área penal. Se aduce una tajante separación entre el *derecho procesal* y el que Hafter llama *derecho ejecutivo*. Y mucha razón hay para ello. De la multitud de argumentos, enumeraremos algunos:

- 1) *Separación legislativa*. Actualmente, la legislación procesal penal y la ejecutiva penal corren separadas en muchísimos países, entre los cuales García Ramírez destaca a Alemania, URSS, Argentina, Brasil, Ecuador, Perú, Nicaragua, etcétera.²
- 2) *Separación didáctica*. En muchísimas instituciones de educación se separa el estudio en asignaturas de derecho procesal por un lado, y de derecho penitenciario o ejecutivo por el otro.
- 3) *Separación administrativa*. En sistemas como el nuestro, esto resulta más palpable. Por un lado tenemos autoridades para dirigir el proceso (tribunales) y autoridades encargadas de ejecutar las sentencias (órganos de la

¹ Gómez Lara, Cipriano, *Derecho procesal civil*, pág. 150.

² García Ramírez, Sergio, *La prisión*, pág. 39.

administración). En México, por ejemplo, no existen los llamados tribunales de ejecución (en Francia: *juge des' applicatifs des peines*). De acuerdo con el artículo 580 del Código Penal y 531 del CFPF, el tribunal está obligado a poner al sentenciado a disposición de la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social.

d) *Separación doctrinal*. En la actualidad, entre los estudiosos parece existir conformidad en que las áreas deben quedar separadas.

En el Congreso de 1894 celebrado en París por la Unión Internacional de Derecho Penal, Franz von Liszt concibió tal idea, e inclusive en el Congreso convocado por la Asociación Internacional de Derecho Penal en Palermo (1932) "se discutió —recuerda González Bustamante— la ponencia del profesor Hugo Conti para la expedición de una legislación exclusivamente destinada a la ejecución de sanciones".²

Entre las muchas razones que se esgrimen, figuran las siguientes: en la ejecución *no se da el ósculo triangular* que caracteriza al proceso (el acusatorio), no existe relación procesal triangular; *los sujetos del proceso se han transformado*. Así, la figura del *jugador* deja de serlo, ya no va a "juzgar"; la figura del *acusador* se desvanece, ya no "acusa", puesto que en el mejor de los casos sólo "vigila". Y en el caso del *sentenciado*, además de dejar de ser procesado, se convierte en objeto de la propia ejecución. La pretensión, que durante el proceso fue conducida por la acción, ha quedado resuelta y, en el mejor de los casos, sólo queda pendiente la ejecución.

21.2 NATURALEZA DE LA EJECUCIÓN

En México, hasta no hace mucho tiempo se cuestionaba en la doctrina si la ejecución de la sentencia penal es un *acto jurisdiccional* o un *acto administrativo*.

Rafael de Pina, por ejemplo, afirmaba que "la naturaleza jurisdiccional de la ejecución de la sentencia en el orden penal, como en el civil, es evidente. La jurisdicción no consiste sólo en la aplicación del derecho, sino también en la realización del contenido del fallo que en virtud de la misma se dicta, cuando la sentencia haya alcanzado la firmeza necesaria para que se produzcan los efectos de la *res juzgada*".

"La intervención de los órganos administrativos en la ejecución de la sentencia penal —continuaba De Pina— debe interponerse como una forma de *auxilio* prestado por los órganos de un Poder del Estado a otro, para facilitar el cumplimiento de sus fines. El órgano administrativo, que realiza lo procedente para la ejecución de la sentencia penal no hace (no debe hacer) otra cosa que

² González Bustamante, Juan José, *Principios de derecho procesal penal*, pág. 318.

poner en ejercicio la voluntad del órgano jurisdiccional expresada en la resolución de que se trata.¹⁴

En sentido contrario, Prieto-Castro afirma que "si la función esencial, de la jurisdicción consiste en el *ius dicere*, en declarar el derecho, la función de la jurisdicción penal terminaría con la declaración de los hechos que resulten probados y si estos hechos son delictivos y qué pena hay que imponer por ellos. La actividad posterior sería una actividad meramente administrativa, penitenciaria; serían los órganos penitenciarios del Estado los que cumplirían lo que los órganos jurisdiccionales establecieron en la sentencia, bien respecto a la temporalidad de la pena, bien sobre la forma del cumplimiento de la condena".¹⁵

Una idea arraigada en parte del foro, partiendo del criterio formal —es decir, del órgano del que proviene el acto—, se reduce a afirmar que la ejecución de sentencia es acto jurisdiccional en la medida en que interviene el tribunal, o que es acto administrativo, porque es la administración la que dirige la ejecución.

Este planteamiento no resiste la menor crítica. No es posible sostener que, por ejemplo en México, la ejecución de sentencia civil es jurisdiccional porque la ejecuta el tribunal, y que la ejecución de la sentencia penal es administrativa porque es la administración la que la ejecuta.

No es el criterio formal del órgano el que determina la naturaleza del acto. Si bien es cierto que en algunos países, los tribunales (los llamados "tribunales de ejecución", por ejemplo) son los que ejecutan la sentencia penal, esto no significa que su actividad sea jurisdiccional, puesto que la resolución del conflicto, que es lo que caracteriza al acto, ya fue realizada.

Un viejo adagio resulta muy aplicable a la cuestión tratada: *lato sententia desinit esse iudex* (dictada la sentencia, el juez cesa de ser juez).

Se cuestiona, a la vez, si la resistencia del sentenciado es o no relevante en la ejecución. En el campo civil, generalmente la ejecución estatal se lleva a cabo sólo cuando el condenado se niega a cumplir con la obligación que se le impone. En el campo penal, se afirma que es irrelevante la voluntad del condenado, porque aun en el caso de que esté de acuerdo con la ejecución, ésta no se podrá realizar sin la intervención del Estado.

Este punto también es cuestionado, desde el momento mismo en que ciertas penas pueden ser cumplidas sin la intervención directa del Estado. Si el sentenciado tiene prohibido ir a cierto lugar, puede ser que simplemente no vaya o que pague lo que debe pagar, sin necesidad de que el Estado tenga que realizar el acto coactivo.

Pero tampoco es posible que las fundamentales sanciones penales las cumpla el condenado por sí solo; es menester que intervenga el Estado. Por ejem-

¹⁴ De Pina, Rafael, *Código de procedimientos penales*, pág. 216.

¹⁵ Prieto-Castro, Leonardo, *Derecho procesal penal*, pág. 431.

plo, la condena a pena de muerte no puede ejecutarla el propio condenado, porque entonces sería suicidio.

Así, hablar de un proceso de ejecución no es tarea fácil. Tal vez sería mejor acudir a una ejecución procesal, y esto porque realmente no hay proceso en la ejecución, e inclusive se niega que dicho procedimiento sea "penal", pues en todo caso el procedimiento sería "administrativo".

En fin, conscientes de que el tema de la ejecución de sentencia no forma parte del estudio del derecho procesal penal, sólo lo abordamos como mero complemento de los planes de estudio, que aún no han introducido la disciplina del derecho ejecutivo.

21.3 TRANSFORMACIÓN DE LA CONDENA

"Con cierta exageración —apunta García Ramírez— se observa que prácticamente no hay condena penal que no sufra modificaciones en la fase ejecutiva; la multa y la confiscación serían excepciones (salvo, desde luego, casos de indulto). 'Se asiste, pues, a un abandono casi generalizado de la autoridad de la cosa juzgada de la parte de la sentencia referente a la pena, dentro del propóposito de modelar la ejecución con base en la evolución del delincuente y de su estado peligroso'. Hay debate, empero, acerca de la naturaleza jurídica de las modificaciones que se introducen a la sentencia de condena, pues mientras cierto sector de la doctrina sostiene que frecuentemente no se trata de otra cosa que de modificaciones de ejecución, otro sector afirma que se está ante un verdadero y propio quebrantamiento de la cosa juzgada."⁶

Son conocidos diversos casos mediante los cuales la sanción se agrava, se atenúa o libera. Destaquemos que en algunos países, Estados Unidos entre otros, permiten transformar la sentencia de condena por auxilio judicial, o sea que si el condenado ayuda a las autoridades a encontrar a otro delincuente, su sanción puede verse reducida.

Los diversos tipos de modificación o transformación de la condena existentes en México pueden clasificarse en dos grandes rubros: transformaciones *in favor reus* y transformaciones *contra reus*, esto es, que lo benefician o lo agravan en su situación.

En las transformaciones *in favor* tenemos algunas extintivas como la amnistía, el indulto (el verdadero, que es el perdón simple, perdón del Estado, el perdón del ofendido —en el caso del adulterio— y la derogación del delito o de la pena por el legislador.

⁶ García Ramírez, Sergio, *La prisión*, págs. 142 y 143.

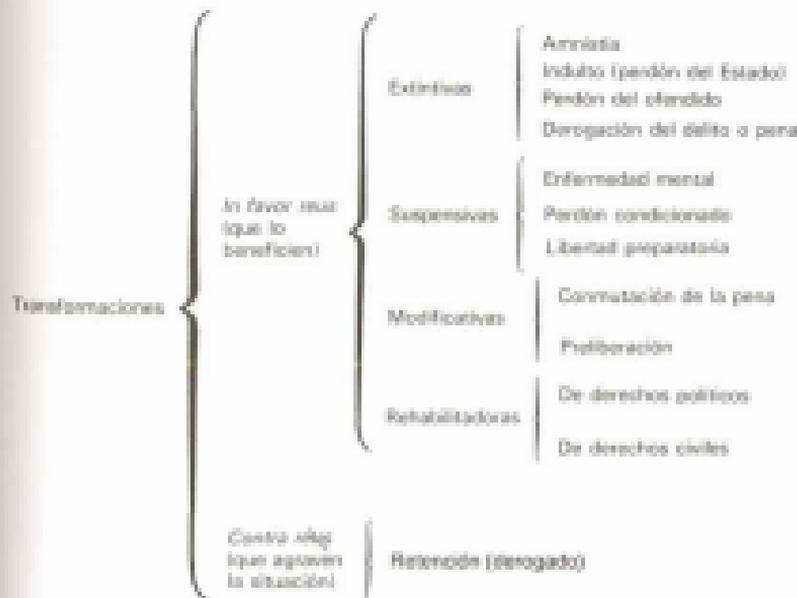
Otras transformaciones *in favor* serían las suspensiones, en las que se incluyen los casos de enfermedad mental, la condena condicional (perdón condicionado), la libertad preparatoria (otra suspensión de la condena condicionada).

Dentro de las transformaciones *in favor* tenemos también las propiamente *modificativas*, como la conmutación de la pena y la preliberación.

Por último, entre las transformaciones *in favor* también se cuentan las *rehabilitadoras*, ya sea de derechos políticos o civiles.

En el campo de las transformaciones *in contra* figura la de la retención, que en el Código de 1908 se tramitaba judicialmente y fue considerada por algunos, entre otros Briseño Sierra, como inconstitucional,⁷ por lo que afortunadamente fue derogada en 1993.

Adviértase que las transformaciones a que nos referimos corresponden a la condena, no a la sentencia. Por tanto, el tema en sí, corresponde a la materia sustancial, no a la procesal.



⁷ Briseño Sierra, Humberto, *El enjuiciamiento penal mexicano*, págs. 304 y 343.

21.4 EJECUCIÓN DE SENTENCIA EXTRANJERA

La ejecución de sentencia penal extranjera es relativamente novedosa, ya que antiguamente no era permisible. México fue tal vez el primer país en el mundo que al establecerla en el nivel constitucional, dio paso a la ejecución de sentencia penal extranjera.

La reglamentación actual se encuentra en el nivel convencional internacional, es decir, en tratados como los celebrados con Estados Unidos, Canadá y Panamá. En estos tratados se incrusta la llamada *cláusula de reglamentación interna*, según la cual cada país tiene la obligación de dictar su propia ley que permita el cabal cumplimiento de los tratados. Por desgracia, México no lo ha hecho. En el IX Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado, celebrado en 1985, se llegó a la conclusión de que debería dictarse tal reglamentación.

TERCERA PARTE

IMPUGNACIÓN

SUMARIO

- CAPITULO 22 MEDIOS DE IMPUGNACIÓN
- CAPITULO 23 REMEDIOS PROCESALES
- CAPITULO 24 RECURSOS
- CAPITULO 25 PROCESO IMPUGNATIVO AUTÓNOMO (JUICIO DE AMPARO PENAL)

OBJETIVOS

Al terminar esta parte, el alumno deberá ser capaz de:

- Conceptuar a los medios impugnativos.
- Enunciar de manera estructurada los medios impugnativos establecidos en la legislación procesal penal.
- Identificar los efectos que produce la impugnación.
- Diferenciar medios impugnativos de medios de autocontrol.
- Definir la naturaleza y finalidad de la aclaración de resoluciones.
- Precisar la naturaleza y el ritual de la revocación.
- Precisar la naturaleza y el ritual de la oposición o reconsideración.
- Definir la función de los recursos.
- Describir el ritual del recurso de apelación teniendo en cuenta sus fases procedimentales, enunciando a la vez los supuestos en que procede.
- Describir el ritual del recurso de queja, enunciando los supuestos de procedencia.
- Describir el ritual del recurso de reposición del procedimiento, enunciando los supuestos de procedencia y los efectos que produce.
- Describir el ritual del recurso de amparo casacional penal.
- Describir el ritual del recurso de revisión de sentencia firme, enunciando los supuestos de procedencia.
- Describir en lo general el ritual del juicio de amparo penal.

CAPÍTULO 22

MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

SUMARIO

22.1 NOCIÓN

22.2 ESPECIES

22.3 REQUISITOS

22.4 EFECTOS

A. DEVOLUTIVO

B. RETENTIVO O CONSERVATIVO

C. SUSPENSIVO

D. EJECUTIVO

E. EXTENSIVO O COMUNICANTE

F. RESTRICTIVO

22.5 REVISIÓN *EX OFFICIO* O AUTOCONTROL

22.1 NOCIÓN

A través de la impugnación penal, el sujeto que se autoconsidera lesionado por un acto positivo o negativo de la autoridad, y que estima deficiente o erróneo, habrá de resistirse, mediante la serie de actos jurídicos que, partiendo de la censura a la conducta de la autoridad, estarán orientados a procurar la sustitución de la conducta de la autoridad, a través de la modificación, revocación o anulación.

El término impugnación proviene de *impugnare*, que significa resistir, atacar, combatir.

Los medios de impugnación son los “instrumentos jurídicos —dice Flix Zamudio— consagrados por las leyes procesales para corregir, modificar o anular los actos y las resoluciones judiciales, cuando adolecen de deficiencias, errores, legalidad o injusticia”.¹

Toda impugnación, desde el punto de vista jurídico, tiene su ratio *essendi* en una pretendida o real discrepancia entre la conducta de la autoridad y la justicia misma o la ley, y desde el punto de vista metajurídico, en la falibilidad humana.

Desde el momento en que el impugnante ataca el acto, o la omisión de un acto, se rebela su resistencia a él, pero además, tal resistencia es activa y se plasma en actos positivos tendientes a alcanzar la finalidad del medio impugnativo.

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

El medio impugnativo tiene como supuesto un acto (por ejemplo, una sentencia) o la omisión de algún acto procesal considerado de importancia (como lo permitirle a alguna de las partes ofrecer prueba o designar defensor).

¹ Flix Zamudio, Hector, “Medios de impugnación”, en *Diccionario jurídico mexicano*.

En la actualidad, los medios impugnativos son reconocidos universalmente. Así, por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre establece que "toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley".

22.2 ESPECIES

Dentro del fenómeno impugnativo se incluyen gran cantidad de nombres, procedimientos, mecanismos, necesidades, y aun también, de confusiones.

Encontramos, entre otros medios impugnativos, a la apelación, revocación, denegada apelación queja, amparo, revisión, oposición, inconformidad, reparación, aclaración, reforma, casación, reconsideración, etc. Cada uno de estos medios impugnativos alude en ocasiones al supuesto impugnado, al mecanismo empleado a la orientación deseada, etcétera.

En la amplia gama de nombres hallamos a la vez casos en que un legislador designa al mismo medio con diversos nombres; he ahí, por ejemplo, los casos de "apelación" en los procesos civil y penal y "revisión" en el proceso de amparo, o el de "queja" (inserto en el artículo 398 bis del CFPP) y "medios de queja", regulados por separado como la llamada "denegada apelación", que también da pauta a lo que en el fondo es una verdadera queja.

La gran variedad de medios impugnativos existentes impone que se plantee una clasificación sistemática de los mismos. En la doctrina, el problema ha sido arduo en este punto. No existe consenso entre los estudiosos, ya que algunos clasifican a los medios impugnativos en ordinarios y extraordinarios, como ocurre con Bottiol.² Otros prefieren hablar de remedios y recursos, como sucede con los alemanes.

En México y en muchísimos países iberoamericanos, la mayoría de los estudiosos, siguiendo a Guasp, prefieren clasificar a los medios impugnativos en remedios, recursos y procesos o juicios impugnativos.

De esta manera, la impugnación sería el género, en tanto que sus especies son los remedios, los recursos o los procesos impugnativos, pudiendo ocurrir que cada especie tenga dentro de sí a sus propias subespecies.

Siguiendo la última de las clasificaciones expuestas y enfocándolas a lo penal, los remedios son procedimientos a través de los cuales se pretende la corrección de actos y resoluciones judiciales tramitados ante el mismo tribunal

² Bottiol, Guasppe, *Instituciones de derecho penal y procesal*, pág. 368.

(salvo el caso de reconsideración ante el Procurador). Así ocurre en la llamada aclaración de resoluciones, que en México sólo se admite respecto de las sentencias definitivas. Otros remedios conocidos en la legislación mexicana son el llamado de revocación de resoluciones, y el de oposición o de reconsideración.

En el caso de los recursos, que cualitativa y cuantitativamente son los más importantes en el proceso penal, se tramitan y resuelven ante un tribunal superior en jerarquía a aquél que omitió, resolvió o dictó el acto impugnado lo que omitió el acto debido. Aquí podemos encontrar recursos ordinarios como el de apelación, la queja, y la reposición del procedimiento; recursos extraordinarios como el amparo-casación o casacional; y recursos excepcionales como la nulidad de sentencia, a la que algunos códigos estatales siguen llamando indulto necesario.

En lo que hace a los procesos o juicios impugnativos, el trámite se efectúa fuera del propio proceso del que emana el acto impugnado; es decir, en una verdadera relación procesal autónoma. Aquí encontramos al proceso de amparo penal de doble instancia.

Los remedios y los recursos coinciden en ser medios intraprocesales, en tanto que los procesos autónomos son metaprocesales (mejor dicho, diversos del propio proceso penal). Otra diferenciación indica que los procesos autónomos surgen después de que al acto impugnado alcanzó la llamada "autoridad de la cosa juzgada" aunque a este último particular hay que recordar que ciertos recursos —los llamados extraordinarios— también surgen luego de la "cosa juzgada".

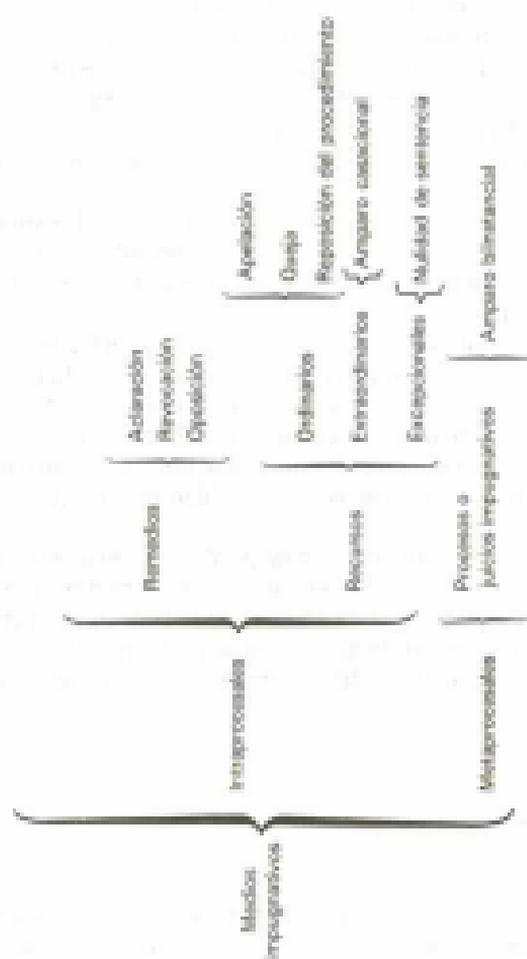
Gómez Lara afirma que son autónomos porque "tienen su propio régimen procesal o derivan de otro régimen procesal. El caso característico, sobre todo en nuestro sistema, es el del juicio de amparo, que constituye típicamente un medio de impugnación. No es un recurso porque no tiene vida dentro del sistema procesal, sino que está fuera del mismo y tiene su regulación procesal propia."⁹

22.3 REQUISITOS

Cada medio impugnativo exige requisitos propios, que es necesario observar. Adviértanse en ellos los de tiempo, forma, lugar de presentación, y contenido.

En el caso del tiempo, por lo general en todos los penales se señala plazo. Arca en el amparo-casación o en el amparo-juicio, cuando esté afectada la libertad, el plazo queda relegado a un último plano.

⁹Gómez Lara, Cipriano, *Derecho procesal civil*, pág. 111.



En la forma, algunos medios impugnativos para intentarse sólo requieren de anuncio; en tanto que otros, de verdadera demanda. En el caso del imputado, en algunos casos (apelación, por ejemplo) basta con que sólo se manifieste inconformidad.

El lugar de presentación casi siempre lo será el del tribunal que falló, aunque en algunos medios debe ser ante el tribunal que revisará.

En cuanto al contenido, se advertirá que al Ministerio Público se le exige minuciosa apreciación de hechos, fundamentos y agravios, que en ocasiones le es dispensada al imputado.

22.4 EFECTOS

La tramitación —en realidad, la mera proposición— de un medio impugnativo produce diversos efectos jurídicos. Obsérvese aquí que nos estamos refiriendo a los efectos que produce la simple proposición y tramitación del medio impugnativo, y no a los efectos que produce el resultado del medio impugnativo.

Generalmente, el tema de los efectos, ha sido analizado por los expertos y los legisladores en el campo de la apelación, cuando es un tema que en rigor atañe a todos los medios impugnativos, y no sólo al de apelación.

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

En orden a la jurisdicción (aunque más bien sería en orden a la competencia), los efectos pueden ser de dos tipos: a) devolutivos, o b) retentivos o conservativos.

En orden a la ejecución, los efectos pueden ser:

- a) suspensivos, o b) ejecutivos.

En orden a su extensión subjetiva, pueden ser:

- a) extensivos, o b) restrictivos.

A. DEVOLUTIVO

El efecto devolutivo (de *devoluta*, *devolutus*, que devuelve), antiguamente significó "devolver la jurisdicción". Vale decir, el antiguo monarca, al crecer su imperio y complicarse su trabajo, delegó su actividad jurisdiccional en los tribunales. El tribunal resolvía, y si su resolución era impugnada, lo que hacía era "devolver la jurisdicción" al monarca, para que éste revisara (de aquí lo devolutivo).

Actualmente esto no es posible; la jurisdicción no la devuelve el tribunal a otro superior porque simple y sencillamente el superior no le ha delegado jurisdicción al inferior, sino que éste la tiene por disposición de la ley.

Aunque el vocablo no resulta perfectamente adecuado al significado actual del concepto, devolutivo significa, en los tiempos presentes, el llamado a otro órgano jurisdiccional superior, para que ejerza competencia respecto a algún acto del tribunal inferior, o también el cambio del proceso —parcial o totalmente— del tribunal inferior al superior.

Aquí hay un *caso* para la revisión, decía Couture, o un *tránsito* —según Alcalá-Zamora— del proceso decidido por el tribunal inferior, al conocimiento del tribunal de grado superior.

En el efecto devolutivo se le da competencia a un órgano diverso, para que revise el acto impugnado. Este tipo de efecto se presenta en los medios impugnativos verticales, esto es, donde existe otro tribunal que revisa, como en el caso de los recursos e inclusive en los juicios autónomos.

EJEMPLO: el tribunal penal se niega a ordenar la detención de una persona. El Ministerio Público, mediante el recurso de apelación, provoca que éste se admita en efecto devolutivo, y así el tribunal superior asumirá competencia sobre la orden pedida.

B. RETENTIVO O CONSERVATIVO

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

EJEMPLO: el tribunal ha dispuesto una confrontación en la que debes participar como confrontados sólo dos personas. El peticionario impugna diciendo que son muy pocas las personas entre las que se habrá de elegir, y pide se cambie la resolución, aumentándose a un mínimo de 5 personas. Aquí el mismo tribunal que dispuso que deberían ser dos, retiene la competencia para revisar el acto impugnado.

C. SUSPENSIVO

En el orden a la ejecución, el efecto suspensivo significa que el acto o resolución impugnado queda pendiente de ser ejecutado. Se condiciona la ejecución

de la resolución impugnada hasta que se resuelva o termine el medio impugnativo. Esto es, hasta que en su caso se confirme la legalidad del acto impugnado o bien se modifique.

EJEMPLO: un tribunal penal impone la pena de muerte. El sentenciado impugna la resolución, impugnación que al ser admitida en efecto suspensivo, impide que tal pena o condena se ejecute. Entonces, la ejecución de la resolución se suspende hasta que sea resuelto el medio impugnativo.

En el efecto suspensivo, lo que se suspende es la ejecución del acto o resolución impugnada, y no la jurisdicción del tribunal, ni su actuar.

D. EJECUTIVO

En el efecto ejecutivo, el acto o resolución impugnado se puede ejecutar, aun cuando el medio impugnativo se encuentre pendiente o en trámite.

Así, normalmente se suspende la ejecución de resoluciones de imposible reparación, en tanto que es viable ejecutar aquellas que pueden ser reparadas.

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

EN ORDEN A LA COMPETENCIA



EN ORDEN A LA EJECUCIÓN



R = Resolución Impugnada

E. EXTENSIVO O COMUNICANTE

En orden a la extensión subjetiva —y aquí seguimos a Bettiol—, los efectos pueden ser extensivos o restrictivos. “Si uno de los vencidos impugna, la misma impugnación se extiende a los otros imputados (efecto extensivo) con tal que el motivo aducido no se refiera exclusivamente a la persona que lo ha propuesto.”⁴

EJEMPLO: dos personas han sido sentenciadas a morir. Una apela y la otra se conforma. Por el hecho de que una impugna, el procedimiento impugnativo se abre para los dos.

F. RESTRICTIVO

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

EJEMPLO: dos personas son declaradas responsables de un mismo delito. Una impugna y la otra se conforma. El medio impugnativo sólo se abre para la que impugna (relatividad).

22.5 REVISIÓN EX OFFICIO O AUTOCONTROL

Al lado de los medios impugnativos, con los que ha llegado a ser confundida, se encuentra la *revisión ex officio* de los actos del tribunal, o *autocontrol*, la cual lleva como propósito el saneamiento procesal.

La revisión de oficio parte del supuesto de una *falta de confianza en los actos del tribunal inferior*, con lo que se procura extremar las precauciones en la impartición de justicia.

Prueba de esta desconfianza del legislador la tuvimos en el Código de 1884, cuando la revisión oficiosa procedía contra la resolución de libertad del imputado por razón de “circunstancia exculpante”. Aquí la desconfianza giraba en torno a la aplicación del *ius puniendi*, y no precisamente del *ius libertatis* o derecho de defensa.

⁴ Bettiol, Giuseppe, *Instituciones de derecho penal y procesal*, pág. 289.

Aunque desconocida actualmente en nuestro medio, encontramos en otras leyes la revisión que hace el órgano superior respecto de las sentencias que impongan la pena de muerte, exista o no instancia de parte que la impugne. El tribunal superior, en estos casos, *ex officio* revisa la sentencia que inspira desconfianza. Esto es, trata de extremar precauciones al imponer una sanción de tal magnitud.

Sería conveniente introducir esta revisión en México respecto de sentencias que producen graves e irreparables pérdidas en la vida de un sentenciado, por ejemplo, sanciones de reclusión de varios años, pérdida de derechos políticos o familiares.

No obstante, cabe anotar que en el código de Jalisco (art. 384) se establece tal revisión, cuando la pena sea mayor a 20 años de reclusión, pero aquella en caso de dolo no debe agravar la situación, sino beneficiar, como lo ha dicho la Suprema Corte.⁵

A pesar de que, en nuestro sistema no encontramos la revisión oficiosa para resoluciones tan extremas, sí existe para otras, no menos importantes. He ahí, por ejemplo, la posibilidad de *anular la sentencia oficiosamente* (art. 355 CFPF), o el abandonar el recurso de apelación y *reponer el procedimiento sin instancia de parte* (art. 387 CFPF).

Estas revisiones *ex officio* no deben escapar del campo de estudio conexo al medio impugnativo, donde la impugnación se da a través de los clásicos y conocidos medios impugnativos que nacen a instancia de parte, como también de los que surgen a instancia de la propia autoridad para ejercer un autocontrol de sus actos.

El Código de Justicia Militar prevé un medio de autocontrol de las conductas de los funcionarios y tribunales (no de los actos procesales estrictamente), en los casos en que resuelva un consejo de guerra extraordinario, pues ocurre que aun cuando éste imponga la pena de muerte y sea ésta ejecutada, la revisión por el Supremo Tribunal Militar "se reducirá a fijar la responsabilidad de los funcionarios que hayan intervenido..." (art. 716 CJM).

⁵ Apendice 1817-86, Sala Penal, tesis relacionada, págs. 810 y 811.

CAPÍTULO 23

23.1 **REMEDIOS PROCESALES**

Notas
y referencias
bibliográficas
del capítulo
23

23.2

SUMARIO

21 ESPECIES

22 ACLARACIÓN DE RESOLUCIONES

23 REVOCACIÓN

A. OBJETO

B. RITUAL

24 OPOSICIÓN O RECONSIDERACIÓN

23.1 ESPECIES

Habíamos dicho que los remedios procesales son medios correctivos de actos y resoluciones judiciales tramitados ante el mismo tribunal. Son, dice Fix Zamudio, "medios que pretenden la corrección de los actos y resoluciones judiciales ante el mismo juez que los ha dictado".¹

Son, así, medios impugnativos de carácter horizontal.

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

En el proceso penal encontramos remedios procesales como la llamada aclaración de resoluciones (más conocida en la modalidad de aclaración de sentencias), y el medio impugnativo denominado revocación de resoluciones. Con el carácter estrictamente penal, no encontramos la llamada oposición o reconsideración, a pesar de que el código procesal penal alude a ella, pero sólo como remedio procesal para otro tipo de resoluciones no estrictamente penales.

23.2 ACLARACIÓN DE RESOLUCIONES

Hasta ahora el legislador mexicano ha aludido a la aclaración de resoluciones, pero sólo a propósito de las sentencias, y de éstas únicamente a las sentencias

¹ Fix Zamudio, Héctor, "Medios de impugnación", en *Directorio jurídico mexicano*.

definitivas, no las ejecutorias, cuando de *lege ferenda* sea factible regular la aclaración respecto de cualquier tipo de resolución.

Establecido entonces que nuestra ley procesal sólo regula la aclaración de sentencias definitivas, conviene precisar sus alcances.

El término aclaración proviene de *clarare*, de *ad*: a, y *clarus*: claro, vale decir, precisar, explicar, puntualizar, especificar, desenredar o desembrollar; en nuestro caso, la sentencia definitiva.

En México la mayoría de los escritores han afirmado en multitud de ocasiones que la aclaración de sentencia no es un recurso, e incluso, critican al legislador que ha regulado la aclaración en el capítulo de los recursos. En verdad, tales autores resultan correctos en sus apreciaciones, pues no se trata de un recurso, sino de un remedio procesal.

En sentido contrario se manifestó González Bustamante, quien llegó a afirmar que "es indudable que al modificar o adicionar el fallo, después de concluido y firmado, tiene todas las características de un recurso, porque lo que se persigue con su interposición es corregir las irregularidades y omisiones que se advierten en la sentencia...".²

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

A través de la aclaración de sentencia, explica García Ramírez, se trata, simplemente, de precisar ambigüedades, oscuridades o equívocos; de explorar y exponer el sentido ya presente en la sentencia".³

"La aclaración —apunta Hribeño Sierra— se ha de pedir al juzgador que dictó la sentencia, dentro de los tres días a partir de la notificación, y su objeto será expresar: a) la contradicción, b) la ambigüedad, c) la oscuridad, y d) la deficiencia, según el parecer del promovente".⁴

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

EJEMPLO: el tribunal de primera instancia al sentenciar, dispone en uno de sus puntos resolutivos que el condenado deberá restituir al ofendido "el inmueble descrito en el IV considerado". El Ministerio Público, al leer el IV considerado, advierte que se describen varios inmuebles. El remedio que se intenta aplicar deberá tender a que el sentenciador aclare la deficiencia.

² González Bustamante, Juan José, *Principios de derecho procesal penal*, págs. 277 y 278.

³ García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, pág. 398.

⁴ Hribeño Sierra, Humberto, *El enjuiciamiento penal*, pág. 218.

23.3 REVOCACIÓN

El segundo remedio procesal regulado por la ley procesal penal mexicana es el bautizado como *revocación*.

El vocablo *revocación* proviene de *revoco*, *revocare*, *revocatio*, *revocatio-nis*, cuyo significado es cancelar, rescindir, anular, retractarse, invalidar, contraordenar, derogar, etcétera.

Este remedio o medio impugnativo se encuentra regulado como horizontal, tiene como supuesto una resolución del tribunal y su finalidad es anular tal resolución, sustituyéndola por otra.

Viene al caso diferenciar entre *iudicium rescissivum* (juicio que deja inexistente una resolución) y *iudicium rescisorium* (juicio que sustituye la resolución impugnada). El remedio impugnativo a que nos referimos (*revocación*) corresponde al último.

En cuanto a los efectos que produce su tramitación, la *revocación* es *retróica*, o sea *no devolutiva*. En lo que toca a su ejecución, tal como está regulada es *ejecutiva*, es decir la resolución impugnada, se puede ejecutar aun cuando se encuentre en estado de impugnación.

No obstante, podría surgir la necesidad de darle efecto suspensivo a ciertas resoluciones impugnables en vía de *revocación*.

EJEMPLO: que el tribunal en su resolución fije una fecha anterior a los caros al momento en que se lleve a cabo la contradicción. Si ésta se ejecuta después de los caros, carece de razón, de eficacia. Aquí se aconseja la admisión de la *revocación* en efecto suspensivo.

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

La legislación española le denomina *reposición*, vocablo al cual se opone Alcalá-Zamora. Por su parte, González Blanco propone inclusive el vocablo *reconsideración*, que fue el empleado en el código chileno de 1905. El propio Alcalá-Zamora propone la palabra *reforma*.

Resulta importante destacar que en el enjuiciamiento penal prácticamente no se encuentran establecidos los incidentes de nulidad de manera que el ataque que se haga o pretenda hacer a las actuaciones procesales debe plantearse a través de algún medio impugnativo, que puede ser el de *revocación* para el caso de que la actuación combatida sea una resolución, pues si se trata de una

abstención puede, por ejemplo, recurrirse a la queja o a la reposición del procedimiento.

A. OBJETO

Aunque tanto la apelación como la revocación tienen como objeto de revisión a las resoluciones, sólo algunas son susceptibles de ser impugnadas mediante revocación, y otras mediante apelación.

Según el sistema utilizado por nuestra ley, ésta da una lista de resoluciones que se especifican como apelables, indicando que las no apelables son revocables.

De este modo, no se enumera de forma casuista cuáles resoluciones son susceptibles de impugnación mediante la revocación. Simplemente, por medio de una expresión negativa (lo que no es apelable es revocable), se precisa cuáles son las resoluciones objeto del remedio procesal.

Sea como fuere, ha de recordarse que nuestra ley establece algunos casos de resoluciones que son inimpugnables.

Debe destacarse que la revocación es un medio impugnativo que procede contra las resoluciones dictadas no sólo por el tribunal de primera instancia, sino también las que dicta el de segunda instancia.

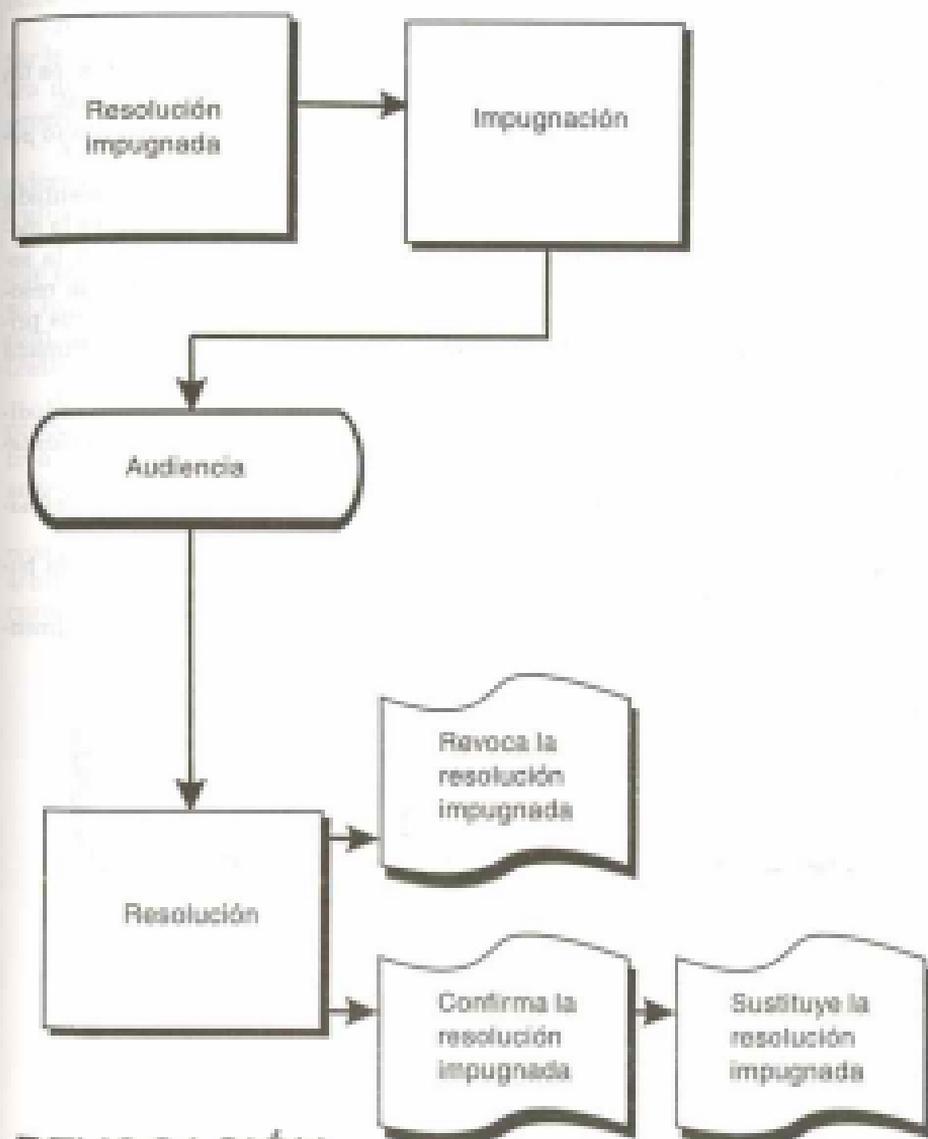
Al procedimiento de revocación contra resoluciones pronunciadas por el tribunal de segunda instancia, la ley procesal civil le denomina reposición.

B. RITUAL

En el tratamiento de nuestra ley, se funde en un mismo capítulo el remedio que estudiamos y un medio de autocontrol. En el autocontrol se regula la forma que el tribunal hace de oficio.

La regulación (pésima en verdad) establece que notificada la resolución objeto del remedio, ésta podrá ser impugnada, debiendo el tribunal fijar una fecha para audiencia, dicha audiencia debe culminar con la confirmación de la resolución impugnada o con su anulación. En caso de ser anulada, debe enseguida pronunciarse una resolución sustitutiva.

Aunque la ley no indica qué ha de ocurrir en la audiencia, debe estimarse que en ésta se habrán de presentar los agravios, esto es, la audiencia debe referirse al reexamen de las partes, e inclusive, si es posible, al del tribunal, quien debe decidir.



REVOCACIÓN

23.4 OPOSICIÓN O RECONSIDERACIÓN

La oposición, también conocida como reconsideración en otros lugares, es un remedio procesal prácticamente desconocida en el enjuiciamiento penal.

García Ramírez recuerda que sólo sería operante en el juicio monitorio penal, inexistente en nuestro sistema.³

Al igual que la revocación, la oposición o reconsideración está orientada a dejar sin efecto la resolución impugnada. Sin embargo, lo que cambia es la mecánica operativa del medio impugnativo. Mientras que en la revocación la secuela procesal se configuraría por una audiencia o *due process*, luego la resolución y enseguida la impugnación, en el caso de la oposición tendríamos primero la resolución, luego la impugnación, en la que puede darse la llamada garantía de audiencia.

Aunque este medio impugnativo es inexistente para las resoluciones judiciales puramente penales, si encontramos que se establece, aunque deficientemente, en el Código Federal de Procedimientos Penales (art. 43).

Las resoluciones del tribunal penal que impongan una medida disciplinaria, podrán ser impugnadas por el sancionado.

Durante la oposición, se "oír al interesado", y "el funcionario que la hubiere impuesto resolverá desde luego lo que estime procedente".

Aunque este remedio es desconocido contra actos judiciales esencialmen-

• Revocación



Oposición



³ García Ramírez, Sergio. *Curso de derecho procesal penal*, págs. 442 y 444.

te penales, no resulta asente contra cierto actuar negativo del Ministerio Público en la averiguación previa.

Así, el artículo 133 (CPPP) establece que en el caso de que decida no ejercer la acción, el que se considere ofendido puede ocurrir ante el Procurador dentro de los siguientes 15 días para que resuelva en definitiva si es o no de promoverse la acción penal.

A este medio de control del ejercicio de la acción, Briseño Sierra lo ha considerado como un recurso de queja, y García Ramírez como un recurso administrativo; es decir, una *reconsideración administrativa*.⁸

Trátase en principio de un remedio, y no de un recurso (revisión), supuesto que el único que puede decidir el no ejercicio de la acción es el Procurador y no los subalternos. De manera que si el Procurador decide no ejercer la acción, contra esta administración procede la oposición o reconsideración administrativa.

No obstante, ha de advertirse que si el agente investigador subalterno del procurador está facultado para decidir sobre el no ejercicio, el medio impugnativo no es la reconsideración sino la revisión. Tal es el caso establecido en el artículo 170 del Código de Procedimientos Penales de Coahuila.

Puede también contemplarse, no como *remedio*, sino como un verdadero recurso, cuando en el caso, el agente del Ministerio Público subalterno se niega arbitrariamente a promover la acción, caso en que hay que recurrir ante el Procurador en vía de revisión.

⁸ *Ibidem*, págs. 173 y 239.

CAPÍTULO 24

RECURSOS

SUMARIO

24.1 NOCIÓN

24.2 ESPECIES

24.3 APELACIÓN

24.3.1 Inconformidad e impugnación

24.3.2 Preparación del recurso

24.3.3 Preparación de la vista

24.3.4 Reexamen del apelante

24.3.5 Reexamen del tribunal

24.3.6 Nueva decisión

24.3.7 Reglas a que se sujeta la nueva decisión

A. *TANTUM DEVOLUTUM, QUANTUM APPELLATUM*

B. *NON REFORMATO IN PEIUS*

C. *REFORMATIO IN BENEFICUS*

24.3.8 Efectos

24.3.9 Procedimiento Probatorio

24.3.10 Medios anormales de determinación

24.4 QUEJA

24.4.1 Supuestos

A. OMITIR DILIGENCIAR UN EXHORTO

B. OMITIR LA RADICACIÓN

C. OMITIR RESOLVER LA PETICIÓN DE
ORDEN DE APREHENSIÓN O
DE COMPARECENCIA

- D. OMITIR RESOLUCIÓN PREVENTIVA DE AGOTAMIENTO DE LA INSTRUCCIÓN
- E. OMITIR RESOLVER ACERCA DE COMPETENCIA
- F. DENEGAR EL RECURSO DE APELACIÓN
- G. OMITIR SUSPENDER LA EJECUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN APELADA
- H. DENEGACIÓN DEL "CERTIFICADO"
- I. OTRAS CONDUCTAS OMISIVAS

24.4.2 Procedimiento

24.5 REPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO

- A. APELACIÓN Y REPOSICIÓN
- B. INCIDENTE DE NULIDAD Y REPOSICIÓN
- C. NATURALEZA
- D. OBJETO
- E. FINALIDAD
- F. SUPUESTOS
- G. REINICIO

24.6 AMPARO-CASACIÓN

24.7 REVISIÓN DE SENTENCIA FIRME (reconocimiento de la inocencia)

- A. DENOMINACIONES
- B. REHABILITACIÓN *POSTMORTEM*
- C. NATURALEZA JURÍDICA
- D. RESTRICCIÓN PROBATORIA
- E. SUPUESTOS

24.1 NOCIÓN

El término recurso proviene de *recursus*, que literalmente significa regreso, retroceder, dar paso atrás.

El recurso es un medio de impugnación procesal del acto de una autoridad judicial que el impugnante califica de ilegal o injusto, y que es revisado por autoridad superior con el fin de que tal acto sea revocado, sustituido, o repuesto.

De esta manera, "sólo pueden considerarse como recursos —afirmó Prieto-Castro—, los medios de impugnación que persiguen un nuevo examen del asunto ya resuelto, ante un organismo judicial de categoría superior al que ha dictado la resolución que se impugna."¹

La finalidad continúa Prieto-Castro es "impugnar en algún aspecto una resolución judicial, a fin de que el asunto sea (ex novo) examinado por un tribunal superior".²

El recurso —afirma Gómez Lara— "es un medio de impugnación intraprocésal, en el sentido de que vive y se da dentro del mismo proceso."³

A pesar de ser intraprocésal, nota que lo habrá de diferenciar de los procesos autónomos, el recurso requiere de por lo menos dos tribunales, mejor dicho, de dos instancias.

El vocablo instancia tiene cuando menos dos acepciones. Por un lado significa solicitud o demanda, y por el otro —a la que nos estamos refiriendo— significa *serieación de actos procesales ante un mismo tribunal de una propia jerarquía*.

En los recursos importa la existencia de, por lo menos dos instancias, caso en el cual estamos en presencia de los llamados procesos *bíinstanciales* o

¹ Prieto-Castro, Leonardo, *Cuestiones de derecho procesal*, pág. 204.

² *Op. cit.*, pág. 205.

³ Gómez Lara, Cipriano, *Tratado general del proceso*, pág. 205.

en su caso, *tríinstanciales*. Nuestras leyes ordinarias, salvo en el caso del amparo casación, prácticamente se han olvidado de la tercera instancia y sólo regulan al proceso *biinstancial*, y no al *tríinstancial*, conocido en otras épocas.

En los procesos *biinstanciales*, se encuentran bien definidos, dos tipos de tribunales. Por un lado tenemos al tribunal que realice al acto impugnado, al que también se le denomina *index a quo* (el juez que), y por el otro al tribunal que reexamina tal acto impugnado, y al que se le denomina *index ad quem* (juez al cual).

El recurso será entonces diferenciado de los remedios procesales en que en éstos no existe la doble instancia o doble grado para la revisión del acto.

"La pluralidad de la instancia o la instancia plural para el ejercicio de la función jurisdiccional —aparta Miran Mass— responde a la realidad que garantiza el acierto en las decisiones judiciales; permite el ejercicio el derecho de impugnación contra las resoluciones que se consideran erradas o ilegales o incluso injustas. La instancia plural determina, a su vez, la necesidad de la organización jerárquica y piramidal de los órganos que desempeñan la función estatal de administrar justicia.⁴

24.2 ESPECIES

Aunque existan varias clasificaciones de los recursos, para el enjuiciamiento penal sólo examinaremos ciertos recursos *ordinarios*, *extraordinarios* y los *excepcionales*.

Dentro de los recursos *ordinarios* colocaremos a los recursos de apelación, al de queja y al de reposición del procedimiento. En los *extraordinarios*, aludiremos al amparo-casación mientras que, en los *excepcionales* incluiremos al recurso de nulidad o revisión de sentencia, que nuestra ley denomina reconocimiento de la inocencia del sentenciado.

Cabe reiterar que el recurso excepcional, a diferencia del ordinario, procede contra resoluciones que han alcanzado el estatus de "cosa juzgada".

⁴ Miran Mass, Florencia, "Derechos humanos, garantías procesales penales en algunas constituciones y en textos jurídicos tutelares de los derechos humanos", *Enciclopedia jurídica* Ginebra (apéndice V) pág. 247.

24.3 APELACIÓN

La apelación, que antiguamente fue designada como *recurso de alzada*, es un recurso ordinario a través del cual se reexamina una resolución dictada por el tribunal jerárquicamente inferior y cuyo fin está orientado a que se revoque o modifique.

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

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

Las primeras dos fases se tramitan ante el tribunal de primera instancia, y las restantes ante el tribunal de apelación. Las mencionadas dos primeras fases no forman parte del recurso de apelación, pues se trata del supuesto del recurso (inconformidad), y de actos preliminares o preparatorios al recurso mismo (preparación del recurso).

24.3.1 Inconformidad e impugnación

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

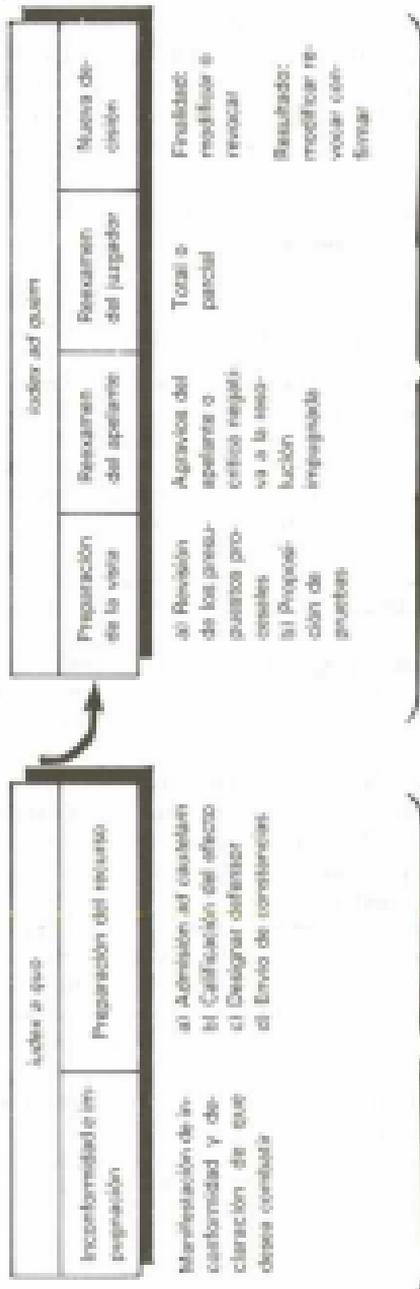
“La impugnación puede ser *total* o *parcial*. Total —recuerda Carnelutti—, cuando toda la resolución es impugnada. Parcial, cuando sólo existe inconformidad con otros. Verbigracia, puede haber conformidad por algunos delitos e impugnación por otros, o conformidad con el delito pero inconformidad con la pena, o con sólo alguna de las penas.⁵”

El recurso de apelación tiene como supuesto una *resolución* y no una *omisión procesal* (que será el objeto de otro recurso). Pero además tiene como otro supuesto a un *gravamen*, esto es, una diferencia entre lo pedido o esperado, y lo concedido.⁶

⁵ Carnelutti, Francesco, *Principios del proceso penal*, pág. 289.

⁶ Páizs Guillén, Víctor, *El gravamen como presupuesto de los recursos*, págs. 303 y 304.

APELACIÓN (FASES)



RECURSO DE APELACIÓN

Actos preliminares o preparatorios al recurso

Las resoluciones objeto de la apelación son las sentencias que aún no han alcanzado la autoridad de la cosa juzgada (salvo las que recaigan en juicios sumarios en la legislación distrital, según el artículo 309), y en México se agregan las resoluciones dictadas durante la tramitación de la primera instancia, generalmente aquellas resoluciones consideradas de mayor importancia procesal y que el legislador enumera, específicamente en el código procesal penal.

En el caso de sentencia, como resolución apelable no se plantea problema en la doctrina, pero en el caso de ciertas resoluciones pronunciadas a lo largo del enjuiciamiento (no todas las resoluciones), parece existir cierto consenso en que sólo serán apelables las resoluciones que dictadas durante el enjuiciamiento pueden producir un gravamen irremparable en la sentencia.

Art. 366. CPPP. Son apelables en ambos efectos solamente las sentencias definitivas en que se imponga alguna sanción.

Art. 367 CPPP. Son apelables en el efecto devolutivo:

- I. Las sentencias definitivas que absolven al acusado, excepto las que se pronuncien en relación con delitos punibles con no más de seis meses de prisión o con pena no privativa de libertad, en los términos del primer párrafo del artículo 152;
- II. Los autos en que se decreta el sobreseimiento en los casos de las fracciones III a VI del artículo 298 y aquellos en que se niegue el sobreseimiento;
- III. Los autos en que se niegue o conceda la suspensión del procedimiento judicial; los que concedan o nieguen la acumulación de autos; los que decreten o nieguen la separación de autos; los que concedan o nieguen recusación;
- III Bis. Los autos que ratifiquen la constitucionalidad de una detención a que se refiere el párrafo sexto del artículo 16 constitucional.
- IV. Los autos de formal prisión; los de sujeción a proceso; los de falta de elementos para procesar; y aquellos que se resuelvan situaciones concernientes a la prueba.
- V. Los autos en que se conceda o niegue la libertad provisional bajo caución; los que concedan o nieguen la libertad por desvanecimiento de datos, y los resuelvan algún incidente no especificado;
- VI. Los autos en que se niegue la orden de aprehensión o se niegue la citación para preparatoria. Estos autos sólo son apelables por el Ministerio Público.
- VII. Los autos que nieguen el cateo, las medidas precautorias de carácter patrimonial o el arraigo del inculcado;
- VIII. Los autos en que un tribunal se niegue a declarar su incompetencia por declinatoria, o a librar el oficio inhibitorio a que se refiere el artículo 436, y
- IX. Las demás resoluciones que señala la ley.

En cuanto a la forma de expresar inconformidad, se efectúa *indicando la resolución o parte de la resolución que se rechaza y el tipo de recurso que se*

interpone. No obstante, en el caso del procesado —y esto exclusivamente en la ley distrital—, la simple expresión de inconformidad contra la resolución que se le notifica, presume (*iuris tantum*) que ha interpuesto el recurso procedente (art. 409 CPPDF).

EJEMPLO: al momento en que se le está notificando a un sentenciado que ha sido condenado a 15 años de reclusión, éste empieza a maldecir al sentenciador, diciendo que no está de acuerdo con el fallo, que "la justicia es ciega", ya "que él es inocente". Estas expresiones implican una inconformidad, que de acuerdo con la ley, presume que está impugnando la resolución.

Por lo que se hace a los legitimados para apelar, éstos serían las *partes en el proceso* y sus representantes, aunque debe reconocerse que en otros países, como el italiano, los parientes próximos también tienen legitimación procesal, dato que Leone cataloga como sustitución procesal,⁷ y que tal vez procura (si murió el afectado), como expresa Alcalá-Zamora, "rehabilitar la memoria del muerto".⁸

24.3.2 Preparación del recurso

Una vez interpuesto el recurso de apelación ante el propio tribunal que dictó la resolución impugnada, ante éste se tramita una *fase preparatoria o previa* al trámite ante el tribunal de segunda instancia.

El tribunal a que tiene facultades provisionarias para rechazar o denegar la admisión del recurso. Entre otros supuestos, encontramos los siguientes para denegarla:

- a) Que el apelante carezca de legitimación procesal para apelar,
- b) Que la resolución impugnada no sea apelable,
- c) Que no se impugnó dentro del plazo que la ley concede,
- d) Que existió previa conformidad con la resolución impugnada,
- e) Que considere "frívolo o improcedente" el recurso interpuesto (art. 41 CFPD).

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

Luego de la admisión, el propio tribunal de primera instancia tiene que *calificar el efecto* que deberá producir la admisión de tal recurso; esto es, suspensivo o ejecutivo por lo que hace a la ejecución de la resolución impugnada,

⁷ Eusebio Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, t. IV, pág. 98.

⁸ Alcalá-Zamora y Castilla, Niceto, *Artes y técnicas dogmáticas e institucionales del derecho procesal* impreso, pág. 471.

ya que por lo que toca a la competencia, el recurso de apelación es por naturaleza devolutivo.

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

Por último, el a quo debe, *enviar al tribunal de apelación las "constancias" necesarias para su tramitación*, que pueden ser el original del expediente, el duplicado en el proceso federal o copia certificada de las constancias necesarias.

24.3.3 Preparación de la vista

Cuando el tribunal de apelación recibe las constancias que envía el *ámbito a quo*, éstas se pondrán a "la vista" de las partes para que promuevan pruebas, objeten la admisión del recurso o la calificación del efecto en que se admitió, como actos previos a la "audiencia de vista".

Se infiltra en la sustanciación de la apelación en segunda instancia una muy *concentrada etapa instructoria*, donde podrán tramitarse procedimientos de prueba, a los que adelante nos referimos.

Dentro de esta misma fase preparatoria se podrá objetar la admisión del recurso de apelación o el efecto en que fue admitido, y el tribunal de segunda instancia deberá resolver lo pertinente en su caso. Lo cual significa que es el tribunal de apelación quien *resuelve en definitiva sobre la admisión del recurso*, y el de primera sólo puede admitir el recurso *ad cautelam*; es decir, provisionalmente.

Tal vez la parte más importante a cargo del órgano jurisdiccional de segunda instancia al recibir el asunto para tramitar en apelación, *deba ser la revisión o reexamen de los propios presupuestos procesales*. Tal sería el revisar su competencia, capacidad y legitimación de las partes (apelante y apelado), si es apelable la resolución recurrida, si se recurrió dentro del plazo legal, etcétera.

En el caso de admitir el recurso, el tribunal *ad quem* ha de emplazar al apelante para que continúe y mantenga el recurso interpuesto.

24.3.4 Reexamen del apelante

Una fase muy importante en el recurso de apelación es el *reexamen*, el cual está a cargo tanto del apelante como del tribunal. El reexamen del apelante forma una fase previa a la del tribunal.

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

La Suprema Corte de Justicia —aunque a través de la Tercera Sala— se ha abocado a conceptuar el agravio. Anteriormente había sostenido que el agravio consistía en la lesión del derecho cometido en una resolución. Este criterio no resultó muy afortunado, pues ¿cuál era entonces la naturaleza jurídica de los llamados "agravios" expuestos por el apelante, cuando se declaraban improcedentes?, es decir cuando se declaraba por el tribunal no haber existido lesión.

Posteriormente, la Corte varió su criterio para sostener que "por agravio debe entenderse aquel razonamiento relacionado con las circunstancias de hecho, en caso jurídico determinada, que tienden a demostrar y puntualizar la violación o inexacta interpretación de la ley y, como consecuencia, de los preceptos que debieron fundar la sentencia de primer grado"; esto es, que no se trata de una *nova lesio*, sino del argumento que dice o alega haber existido lesión jurídica.⁹

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

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

Hasta no hace mucho, nuestros tribunales consideraron que el agravio contenía dos elementos: el razonamiento a que nos hemos referido —concepto de violación— y la cita del precepto legal violado. Pero en los Apéndices de 1978 y en el de 1985 la Corte ha resuelto que es innecesaria la cita del precepto legal que dice o afirma se ha incumplido.

En otro tipo de enjuiciamientos —el civil, por ejemplo—, luego de reexaminar la decisión por el apelante, ha de escucharse al apelado. A esto se le suele llamar *contestación de agravios*, que algunos códigos procesales penales en México exigen. En realidad, esta contestación no constituye un reexamen de la decisión, sino de los agravios.

24.3.5 Reexamen del tribunal

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

⁹ Ovalle Pavón, José, *Derecho procesal civil*, pág. 198, Apéndice 1817-68, Pinar, Informe 1973, 2da. parte, pág. 54.

El examen del tribunal no implica una crítica necesariamente negativa, pues en el reexamen a su cargo no se le prohíbe ponderar los aspectos positivos de la resolución impugnada.

Este reexamen a cargo del tribunal de apelación se muestra tangible en los llamados "considerandos" de su resolución, y que son previos a la nueva decisión, aun cuando la temporalidad no sea fácilmente perceptible.

Mencionan los estudiosos que en el sistema de reexamen existen dos tendencias: *reexamen total* o *reexamen parcial*.

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

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

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

En el segundo sistema se encuentran las reglas *totum de totum*, *quantum appellatum* y *la non reformatio in peius*, en tanto que en el primero se inserta fácilmente la regla que le permita al *iudex ad quem* suplir el agravio del apelante, reglas que más adelante veremos, a propósito de la nueva decisión.

24.3.6 Nueva decisión

Luego de enjuiciada la resolución impugnada, el *iudex ad quem* concluye con una nueva decisión.

La nueva decisión no significa que se multiplique la actividad jurisdiccional del Estado. La unidad de la jurisdicción se manifiesta todavía en la nueva decisión. La nueva decisión sólo forma parte de un grado o instancia diverso del mismo proceso y de la misma función jurisdiccional estatal y de la acción promovida.

En este apartado conviene, como lo hizo Alcalá Zamora,¹⁰ diferenciar *finalidad* de *resultado*. En ocasiones puede coincidir la finalidad con el *resultado*, como cuando se revoca o modifica la resolución impugnada. Por cuanto se confirma, no hay coincidencia. La *confirmación* no es una *finalidad del*

¹⁰ Alcalá-Zamora y Castilla, Niceta, *Examen crítico del Código de Procedimientos Civiles de Cuba* Analisa, pág. 362.

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

Luego entonces, el resultado (no la finalidad) de la apelación o, dicho en otros términos, la nueva decisión, podrá consistir en revocar, modificar o en confirmar la resolución reexaminada.

Los fines del recurso serán la modificación o la revocación de esa resolución objeto de la apelación que ha sido reexaminada.

Cobra importancia la resolución del revisor cuando se trata de saber si éste debe sustituir la resolución revocada o modificada, o sólo debe así indicarlo para que el tribunal que dictó la resolución haga la sustitución.

En el primer caso se dice que el tribunal obra con "plenitud de jurisdicción", en tanto que el segundo, dada la restricción para sustituir, el tribunal sólo se concreta a enviar el asunto al tribunal que dictó la resolución impugnada para que la sustituya *invoici*.

"Véase la diferencia (explica Gómez Lara): una cosa es resolver un recurso con plenitud de jurisdicción, sustituyéndose al tribunal de primera instancia, y otra distinta es decretar una especie de nulidad y devolver el expediente al tribunal de primera instancia para que vuelva a dictar otra sentencia."¹¹

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

24.3.7 Reglas a que se sujeta la nueva decisión

Más que a verdaderos principios, la nueva decisión está sujeta a ciertas reglas, dentro de las cuales se suele mencionar a las siguientes:

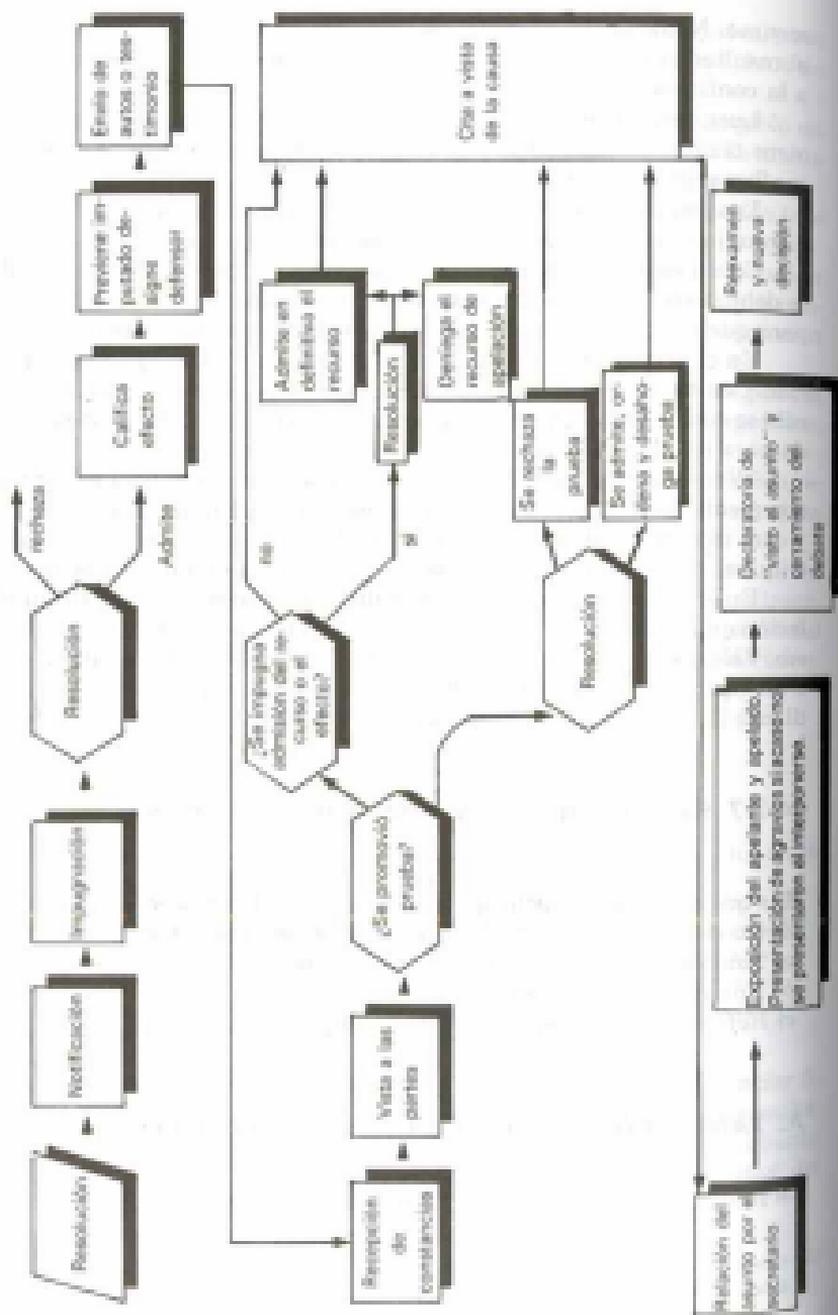
- a) *Tantum devolutum, quantum appellatum*.
- b) *Non reformatio in peius*.
- c) *Reformatio in beneficium* mediante suplencia del agravio.

A. TANTUM DEVOLUTUM, QUANTUM APPELLATUM

La primera de las reglas, como vimos, sólo permite el reexamen parcial de la

¹¹ Gómez Lara, Cipriano, *Derecho procesal civil*, pág. 187.

RECURSO DE APELACIÓN



resolución impugnada. El *index ad quem*, está limitado por los agravios que sean presentados por el apelante o los apelantes.

Si al momento de estar realizando el reexamen encuentra que se violó alguna disposición legal, y ésta no fue objeto de la crítica del apelante, el *ad quem* no podrá subsanar tal omisión, ya que sólo deberá ajustarse a los agravios que le sean planteados. Los agravios serán el límite de su función. A esta regla también se le conoce como principio de estricto derecho.

B. NON REFORMATIO IN PEIUS

La *non reformatio in peius* (de *peius*, peor; no modificación en perjuicio) es una especie de la primera de las reglas y predica que no podrá el *index ad quem* agravar la sanción impuesta por el *index a quo* al imputado, salvo que existan agravios procedentes al respecto; esto es, si el acusador critica correctamente la sanción.

Aquí cabe precisar dos tipos de *reformatio in peius* (en perjuicio), e *in beneficium* (en beneficio). La primera es la prohibida.

Contra la prohibición de la *reformatio in peius* se han manifestado algunos estudiosos, entre ellos Calamandrei, para quien el proceso "persigue el establecimiento de la verdad real o material. . . por lo tanto, el juez penal para sentenciar no debe estar sujeto a formalismos y preclusiones. . .".¹²

En México, hasta 1929 fue permisible la *reformatio in peius*, época en que estuvo en vigor el Código de 1894. Algo similar ocurrió en el código chileno de 1906, que establecía que "aun cuando la apelación haya sido deducida por el reo, podrá el tribunal de alzada modificar la sentencia en forma desfavorable al apelante".¹³

En México, Rafael de Pina explicó la prohibición diciendo que "el legislador ha entendido que resultaría cruel en extremo defraudar la esperanza del reo en una solución que representará, si no la absolución, una atenuación de la sentencia de condena, con una sentencia agravatoria de la sanción ya impuesta".¹⁴

La prohibición —dice Bettiol— de "la *reformatio in peius* de las sentencias de primera instancia por parte del juez de apelación tiene un razón exclusivamente política, porque desde el punto de vista lógico-jurídico aquélla —como demostró Delitala— no tiene fundamento".¹⁵

¹² Juvencio Castro, *Ministerio Público, funciones y disfunciones*, pág. 75.

¹³ Alcalá-Zamora y Castilla, Niceto, *Liberalismo y autoritarismo en el proceso*, nota 176.

¹⁴ De Pina, Rafael, *Código de procedimientos penales*, pág. 197.

¹⁵ Bettiol, Giuseppe, *Instituciones de derecho penal y procesal*, pág. 176.

C. REFORMATIO IN BENEFICUM

En el caso de la *reformatio in beneficium* o *in favor reus* mediante la suplencia del agravio, la posibilidad del reexamen del tribunal es mayor, aun en el caso de ausencia de agravios, y resulta ser una regla diversa o contraria de las anteriores.

Si el juez conoce el derecho, o incluso, es su vindicador, lo menos que puede hacer es aplicarlo, aun cuando no sea alegado, invocado o reclamado por la parte afectada.

El principio *iura nocet caris* se introduce en el recurso de manera atenuada: sólo para beneficiar al sujeto pasivo del proceso, no para perjudicarlo. Esta *reformatio in beneficium* es su cara.

Debido a la gran influencia del método de interpretación literal de los códigos procesales mexicanos, en nuestro país se suele diferenciar entre "*suplir el agravio*" y "*suplir la deficiencia del agravio*".

Mientras que la *suplencia del agravio* implica la ausencia de agravio, en cuyo caso se *suple* —es decir, se satisface el agravio mismo—, en el *suplir la "deficiencia"* se parte de la idea de que el agravio fue expresado, pero mala o incompletamente, y lo que se hace es complementarlo, colmar la parte en que fue deficiente.

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

24.3.8 Efectos

Varios son los efectos que produce la nueva decisión, pero en orden a los sujetos pasivos del proceso penal de donde deriva la resolución reexaminada, se ha planteado el problema de la llamada *relatividad de la nueva decisión*, que se relaciona con los efectos restrictivos y extensivos de la decisión final y que en momento pasado los vimos sólo como efectos en cuanto a la transitación.

Ahora nos corresponde estudiarlos en cuanto al resultado de la decisión.

EJEMPLO: el caso de un proceso en que existan varias sentencias por un mismo delito, en torno al cual todas han sido considerados responsables y condenados pero sólo uno apela. Al resolverse en apelación se determina que no existió tal delito, encontrándose ante el problema de que al apelante le beneficiará la resolución, pero ¿cómo el beneficio también se extenderá al que no apeló?

En cuanto a los efectos producidos encontramos dos sistemas: por un lado, que la nueva decisión únicamente produce efectos restrictivos, es decir sólo con respecto al apelante, o que produce efectos extensivos y beneficia a los que no apelaron.

En Pallares encontramos algunas ideas al respecto. "Se preguntan —dice— los juriconsultos si la apelación interpuesta por uno de los litisconsortes aprovecha a los demás, y se han dividido la solución al problema: dos doctrinas se disputan la preferencia; la que procede del derecho romano que pudiera llamarse doctrina 'personalista' (corresponde a lo que hemos llamado efecto restrictivo), y la que es hija del derecho canónico que supone que la apelación es un derecho de naturaleza real que aprovecha a todas las partes (corresponde al efecto extensivo). Los procesalistas franceses se adhieren al punto de vista romano y niegan que el recurso que hace valer un litisconsorte aproveche a los demás. La doctrina canónica tiene la ventaja de evitar que respecto de una misma relación jurídica —la que se contravierte en el juicio— se mantengan válidas sentencias diversas y aun contrarias, lo que tendría lugar cuando uno de los litisconsortes apela y el otro se conforma con el fallo adverso."¹²

Por desgracia, este efecto no está expresamente regulado en nuestra ley procesal penal, pero la práctica suele injustamente inclinarse al efecto restrictivo.

24.3.9 Procedimiento probatorio

Paralelo a la tramitación del recurso de apelación, la política procesal ha establecido una fase o momento para el desahogo de pruebas. Se pretende con esto dar otra oportunidad de prueba, abriendo una nueva instrucción ante la segunda instancia.

Adviértase que este procedimiento probatorio tramitado en la segunda instancia no es, ni forma parte del recurso de apelación, aun cuando pueda influir para su decisión. Este procedimiento va al lado del recurso de apelación y es contingente (puede o no realizarse).

A manera de ejemplo, citamos el caso de los artículos 298, último párrafo y 379 (CFPP), según los cuales es factible una fase de desahogo de pruebas concomitante a la tramitación de recurso de apelación.

Contra esta fase probatoria se ha pronunciado Rivera Silva, quien sostiene que "degenera el recurso de apelación" y que no se debe admitir nuevos medios probatorios.¹³ Por su parte, García Ramírez afirma que "es corriente admitir la pertinencia de probanzas en la alzada para evitar que se castigue a un

¹² Pallares, Eduardo, *Derecho procesal civil*, pág. 482.

¹³ Rivera Silva, Manuel, *El procedimiento penal*, pág. 330.

inocente, se aplique al reo sanción más severa de la que merece o se limite el derecho de defensa del inculcado”.¹⁸

24.3.10 Medios anormales de terminación

El recurso de apelación puede terminar por medios normales o anormales. Decimos que hay *medio normal de terminación* cuando el recurso termina reexaminando, modificando o confirmando la resolución recurrida, previo reexamen de la misma, esto es, resolviendo el cuestionamiento que se hizo de la resolución recurrida.

En el caso de los *medios anormales*, el recurso de apelación —su tramitación—, puede concluir antes de que se dicte la nueva decisión, debido a la presencia de un *obstáculo procesal insalvable* que lo afecte y, por lo tanto, sin resolver el cuestionamiento que se hizo de la resolución recurrida.

Entre los medios anormales podemos enumerar los siguientes:

- a) *Desistimiento del recurso*, que aunque no está regulado en nuestras leyes, tampoco está prohibido.
- b) *Deserción del recurso*, que surge cuando habiéndose impugnado la resolución recurrida, se abandona el recurso, como en el caso en que no se presentan agravios dentro del plazo que la ley concede.
- c) *Sobresimiento del proceso principal*, que ocurre cuando al estar tramitándose la apelación, el proceso en primera instancia es sobresido; es decir, terminado.
- d) *Por quedar sin materia el recurso*, como cuando al estarse tramitando el recurso contra el auto de formal prisión, se dicta en primera instancia, o en el caso de que se ejecuta la pena de muerte (ilegalmente), a pesar de que estaba pendiente la apelación contra esa sanción.
- e) *Por litispendencia*, que aunque tampoco está regulada por nuestra ley, surge cuando se están tramitando a la vez dos recursos de apelación contra la misma resolución. En este caso, sólo se termina el segundo de los recursos.
- f) *Por cosa juzgada*, que opera en el caso de que ya con anterioridad se hubiese resuelto o reexaminado la solución impugnada y que, por error, se esté tramitando de nueva cuenta.
- g) *Por improcedencia del recurso*, como cuando al llegar a la alzada el recurso fue mal admitido, ya sea porque la resolución no era apelable, porque no estaba legitimado o capacitado el apelante, o porque se interpuso el recurso fuera de plazo (faltaban los presupuestos).

¹⁸ García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal*, págs. 417 y 418.

Estos casos de terminación anormal del recurso, como dijimos, no se encuentran debidamente regulados en nuestras leyes, y en muchas ocasiones ni siquiera señalados. No obstante, en el caso práctico tiene que resolverse, y su fundamento debe encontrarse en los principios que animan al derecho procesal.

A nuestra manera de ver, todavía no está acogida en nuestra ley la posibilidad de terminar por vía anormal el recurso de apelación, cuando en los conceptos de violación se hagan valer errores *in vacuo*, vale decir, errores que no perjudican al derecho del apelante, pues en todo caso, el recurso se terminará por vía normal, confirmándose la resolución apelada.

24.4 QUEJA

La queja es otro de los recursos ordinarios establecidos por nuestras leyes procesales.

La queja tiene varias acepciones. En el lenguaje común suele asignársele la connotación de *lamentación*, como ocurre con la persona que se "queja" de una dolencia o enfermedad. Pero en el campo jurídico, encontramos por lo menos dos connotaciones: por un lado significa *denuncia*, y por el otro implica un *recurso*.

Como *denuncia* —expresa Fix Zamudio— procede contra "conductas indebidas o negligentes tanto del juzgador como de algunos funcionarios judiciales",¹⁸ y en nuestra idea, se reduce a una simple acusación administrativa, que no tiene la posibilidad de variar la conducta específica objeto de la acusación.

EJEMPLO: el presidente de la Suprema Corte de Justicia puede recibir las quejas por faltas ocurridas en el despacho de los negocios judiciales, según el artículo 13 fracción VI de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

A través de esta queja-denuncia lo máximo que se puede alcanzar es la imposición de una corrección disciplinaria al faltista.

Considerando la queja como *recurso* —que es el que nos interesa—, éste supone, como todo recurso, dos tribunales: uno que produce una conducta omisiva y otro que la revisa para remediarla.

Este recurso de queja es contemplado en nuestra ley como reclamo, y queja *por retardo en la administración de justicia*.

Aunque nuestros códigos establecen supuestos para la queja, su regulación ha sido deficiente. No existió en las leyes procesales ningún capítulo especial para regularla correctamente. No fue sino hasta la reforma de 1984, cuando

¹⁸ Fix Zamudio, Héctor. "Queja", en *Diccionario jurídico mexicano*.

insertó en el código federal el capítulo IV del título décimo que pretende regularla. No obstante, su regulación no resulta afortunada, pues no se precisan todos los supuestos posibles de queja que se encuentran distribuidos a lo largo de la codificación.

24.4.1 Supuestos

Veamos ahora algunos supuestos que dan origen al recurso de queja, supuestos dentro de los cuales acomodamos los casos de estricta reclamación.

A. OMITIR DILIGENCIAR UN EXHORTO

El artículo 53 del código federal dispone que "cuando un tribunal no atienda un exhorto o requisitoria sin motivo justificado, el que lo haya expedido (tribunal exhortante) podrá ocurrir en queja ante el superior de aquél". La queja tiene como objeto al acto que omita la colaboración judicial, a fin de que el superior ordene al inferior que atienda el exhorto que se le ha enviado.

B. OMITIR LA RADICACIÓN

Los artículos 142 del CPPF y 286 Bis del CPPDF ordenan que el tribunal ante el cual se promueva la acción penal y no existan detenidos, se "radicará" el proceso, abriendo el expediente correspondiente. Para esto, dispone de un plazo de dos días, salvo el caso delitos graves, en cuyo caso será de inmediato. Si dentro de ese plazo no "radica", procederá el recurso de queja ante el Tribunal Unitario de Circuito, el cual dentro de 48 horas deberá requerir al tribunal inferior (juez de Distrito) para que informe si es cierta o falsa la omisión objeto del recurso (art. 142 CPPF). Luego, el superior lo obligará a que resuelva sobre la radicación, si efectivamente hubo omisión (art. 286 Bis CPPF).

C. OMITIR RESOLVER LA PETICIÓN DE ORDEN DE APREHENSIÓN O DE COMPARECENCIA

En el caso de que el tribunal no resuelva la procedencia y libramiento o imprecendencia de una orden de aprehensión o de una orden de comparecencia que

se le ha solicitado, procede también el recurso de queja, para el Tribunal Unitario de Circuito en lo federal, o el Tribunal Superior local ordene, en su caso, al tribunal de primera instancia a que dicte la resolución correspondiente.

D. OMITIR RESOLUCIÓN PREVENTIVA DE AGOTAMIENTO DE LA INSTRUCCIÓN

Nuestras leyes establecen plazos para terminar el proceso penal. Para garantizar esta disposición constitucional se prevé que dentro del mes anterior al que deba declararse agotada la instrucción, el tribunal debe dictar una resolución que recuerde a las partes esta circunstancia, enumerando además los medios probatorios pendientes de ser desahogados. La omisión de esta resolución da lugar al recurso de queja (art. 147 CFPP), cuyo fin es que el superior ordene al inferior que dicte la resolución omitida.

E. OMITIR RESOLVER ACERCA DE COMPETENCIA

En los incidentes competenciales, específicamente en la declinatoria de competencia, puede ocurrir que el tribunal al cual se le remite la competencia omite resolver si se declara o no competente. Esta omisión (art. 433 CFPP) da lugar al recurso de queja, a fin de que resuelva si acepta o no ser competente.

F. DENEGAR EL RECURSO DE APELACIÓN

El caso de la denegada apelación es tal vez el recurso de queja más antiguo que nuestra ley regula. Sin embargo, lo regula como otro recurso aparentemente diverso del de la queja, cuando que el legislador confundió el recurso con el supuesto o motivo que da lugar a tal recurso, es decir, confundió, como lo dijo Alcalá-Zamora, la enfermedad con la medicina.²⁰

En fin, la denegada apelación, tal como está regulada por nuestras leyes, en el fondo es una especie más del recurso de queja, como ha dicho Héctor Fix Zamudio.²¹

²⁰ Alcalá-Zamora y Castilla, Niceto, *Examen crítico del Código de Procedimientos Civiles de Chiapas*, t. 1, pág. 269.

²¹ Fix Zamudio, Héctor, "Queja", en *Diccionario jurídico mexicano*; Alcalá-Zamora y Castilla, Niceto, *Sistema de derecho procesal*, pág. 388; Briseño Sierra, Humberto, *El enjuiciamiento penal mexicano*, pág. 237, *et passim*.

Inclusive, en otros lugares se le conoce como "queja por denegación del recurso de apelación".

En este caso, la conducta omisiva consiste en haber negado la admisión del recurso de apelación que previamente se había interpuesto. La queja se interpone con la finalidad de que sea admitido por el superior, de aquí que también se le considere a la denegada apelación como un subrecurso al servicio del recurso principal, que es el de apelación.

Adviértase que la queja procede no sólo por la deserción del recurso de apelación, que a través de una resolución dispone el tribunal de primera instancia, sino también por la mera inactividad del tribunal de primera instancia de resolver si admite o no el recurso de apelación previamente interpuesto.

Cabe llamar la atención hacia el hecho de que en el proceso civil distrital y en el Código de Procedimientos Penales de Coahuila la denegada apelación, se encuentra correctamente establecida como uno más de los supuestos de la queja.

G. OMITIR SUSPENDER LA EJECUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN APELADA

En el caso en que, habiéndose admitido la admisión del recurso de apelación por el tribunal *a quo*, y éste no suspenda la ejecución de la resolución apelada (al momento de calificar el efecto en que se admite y tramita la apelación), procederá el recurso de queja a fin de que se declare admitido en efecto suspensivo el recurso de apelación, y se suspenda, por tanto, la ejecución de la resolución impugnada.

Este caso se encuentra regulado en el capítulo de la llamada denegada apelación, por lo que tampoco corresponde el nombre de la institución que lo regula con el supuesto que le da origen.

H. DENEGACIÓN DEL "CERTIFICADO"

En cualquiera de los dos últimos casos mencionados —que el código refunde en el capítulo de la llamada denegada apelación— se establece la obligación para el tribunal *a quo* de entregar al recurrente una copia certificada de diversas actuaciones, a la que se le llama "certificado", a fin de que lo presente ante el superior para iniciar el trámite del recurso de queja, que en el caso de la ley se llama denegada apelación. Si el *iudex a quo* deniega el "certificado", el recurrente podrá acudir directamente ante el superior, a fin de que éste ordene al inferior que haga entrega del "certificado" que se ha denegado.

	Con la queja
<input checked="" type="checkbox"/>	Deber diligenciar un informe
<input checked="" type="checkbox"/>	Deber la apelación del asunto
<input checked="" type="checkbox"/>	Deber recibir copia a poder de apelación o comparencia
<input checked="" type="checkbox"/>	Deber la resolución definitiva de agotamiento de la instrucción
<input checked="" type="checkbox"/>	Deber resolver en el incidente de comparencia
<input checked="" type="checkbox"/>	Denegar el recurso de apelación
<input checked="" type="checkbox"/>	Deber suspender la ejecución de la resolución apelada
<input checked="" type="checkbox"/>	Denegar "el certificado"

1. OTRAS CONDUCTAS OMISIVAS

En fin, de manera general, nuestra ley (arts. 398 bis CFPP y 442 bis del CPPDF) establece como supuestos de queja toda conducta omisiva "de los jueces de distrito que no emitan las resoluciones o no ordenen la práctica de diligencias dentro de los plazos y términos que señala la ley, o bien, que no cumplan las formalidades o no despachen los asuntos de acuerdo con lo establecido en este código (es decir el CFPP o el CPPDF)".

24.4.2 Procedimiento

Al plantearse el supuesto de queja, "el Tribunal Unitario de Circuito (o en su caso la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia), en el plazo de cuarenta y ocho horas le dará entrada al recurso y requerirá al Juez de Distrito, cuya conducta omisiva haya dado lugar al recurso, para que rinda informe dentro del plazo de tres días".

"Transcurrido este plazo, con el informe o sin él, se dictará la resolución que proceda. Si se estima fundado el recurso, el Tribunal Unitario (o en su caso la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia) requerirá al Juez de Distrito para que cumpla las obligaciones determinadas en la ley (2 días en la ley distrital). La falta del informe al que se refiere el párrafo anterior, establece la presunción de ser cierta la omisión atribuida y hará incurrir al juez en multa de diez a cien veces el salario mínimo vigente en el momento y lugar en que hubiese ocurrido la omisión."

24.5 REPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Otro de los recursos ordinarios —además de la apelación y queja— es el conocido como *reposición del procedimiento* (o *recurso de nulidad*), que nuestros códigos actuales regulan en el capítulo de la apelación.

Se trata de un recurso ordinario donde se reexamina el procedimiento seguido en primera instancia, y orientado por el recurrente a que se declare la nulidad del procedimiento, y se reabra, renueve o reanude éste en primera instancia, basándose en los errores in procedendo que se afirma ocurrieron.

En este sentido, reponer el procedimiento significa reabrirlo de nueva cuenta, y a través del recurso del mismo nombre se tratará de lograr tal fin.

A. APELACIÓN Y REPOSICIÓN

Comenzando con la propia ley procesal, el recurso de reposición del procedimiento se encuentra refundido en el capítulo de la apelación, lo cual lleva a la confusión. No obstante, por razón del fin en cada uno de ellos, se trata de dos distintos recursos.

Aunque aquí habrá que recordar que Colln Sánchez se considera como recurso a la reposición del procedimiento, ya que dice que "es, más bien, un efecto de los agravios del apelante, mismos que, en relación con los autos o las constancias de autos y en razón de las graves violaciones legales, impiden resolver el fondo del recurso, porque para ello es indispensable se declaren nulos los actos viciados y se practiquen de nueva cuenta, en razón de las exigencias ineludibles del principio de legalidad que, en sus diversas manifestaciones, gobierna el procedimiento".²²

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

B. INCIDENTE DE NULIDAD Y REPOSICIÓN

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

A nuestra manera de ver, razones de política procesal penal han evitado al máximo los incidentes de nulidad (tan susceptibles de defraudar el procedimiento normal) y han auspiciado los recursos.

²² Colln Sánchez, Guillermo, *Derecho de procedimientos penales*, t. II, págs. 248 y 247.

C. NATURALEZA

En la reposición del procedimiento (o recurso de nulidad) nos encontramos con una modalidad de la casación, y aun cuando ésta corresponde a un recurso extraordinario, no por eso deja de estar emparentada con la reposición.

Se emparenta con la casación en cuanto a la modalidad de ésta para revisar el procedimiento y anularlo, por *errores in procedendo*. Incluso el código de 1894 estableció como causas o supuestos de la casación (art. 516) los que hoy se establecen para la reposición.

Por su naturaleza, se trata de un recurso diverso de los demás con autonomía propia y orientado a nulificar el procedimiento realizado y resumirlo a partir del momento en que fue afectado por un *error in procedendo*.

Briseno Sierra (aun cuando no le declara total autonomía) lo diferencia de la apelación tradicional, pues es una "apelación en cuanto al fondo," y corresponde a la que hemos designado simplemente como apelación; y otra es la "apelación en cuanto a la forma", que corresponde a la reposición del procedimiento.²²

D. OBJETO

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

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

Los *errores in procedendo* se corresponden con los que Calamandrei denomina *vicios de actividad*, en tanto que los *errores in iudicando*, con los *vicios de iudicio*.²³

Errores in procedendo —dice Paolo D'Onofrio— son los que se refieren a la potestad del juez para pronunciar la sentencia, y a las formas procesales; *errores in iudicando* los que se refieren a la posición y a la interpretación de la norma en relación al caso concreto.²⁴

No debe confundirse el objeto con el objetivo; vale decir, el objeto con la finalidad.

²² Briseno Sierra, Humberto. *El establecimiento penal mexicano*, pág. 234.

²³ Calamandrei, Piero. *La distinción entre error in iudicando y error in procedendo*, pág. 165.

²⁴ D'Onofrio, Paolo. *Lecciones de derecho procesal civil*, pág. 274.

A través de la reposición del procedimiento se provoca un examen o revisión, no de la resolución que puso fin a la instancia, sino del procedimiento que condujo a tal fin. Se trata de examinar la regularidad del procedimiento, fundado en la afirmación de que ha habido un quebrantamiento a las formalidades esenciales del propio procedimiento.

E. FINALIDAD

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

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

F. SUPUESTOS

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

Dentro de esos motivos, encontramos omisión de diligencias esenciales, como por ejemplo, ocultarle al sujeto pasivo del proceso el nombre del acusador, naturaleza y causa de la acusación; no permitirle designar defensor, impedirle comunicarse, haber omitido a los traductores, no suministrarle los datos que pida, emitir carcos, no recibirle las pruebas, o negarle los recursos procedentes.

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

Otros supuestos son la ausencia del juzgador, el secretario o testigos de asistencia o del Ministerio Público a las audiencias; los defectos en los citatorios, el tener en cuenta diligencias previamente declaradas nulas; además, casi todo defecto relativo a la organización y funcionamiento del tribunal.

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

En los juicios militares no procede la reposición del procedimiento como medio de autocontrol, ya que se encuentra prohibido (art. 835 CJM).

Aunque el código federal no lo dice, se requiere también que exista *sentencia definitiva* o resolución interlocutoria que haya puesto fin a la primera instancia, o por lo menos un período del procedimiento, pues sólo así se entendería la naturaleza misma del recurso.

G. REINICIO

La declaración de *quebrantamiento de forma* y, en consecuencia, la disposición de que se reabra el procedimiento, provoca un *reinicio natural* al mismo tribunal e instancia que había venido conociendo.

"La nueva apertura del procedimiento —dice Piña y Palacios— beneficia a todos los que en él intervienen, de tal manera que si una de las partes no puede rendir una prueba y su contraparte fue la que pidió la reposición del procedimiento, y quien la obtuvo puede rendir la prueba que dejó de presentar u ofrecer, al volverse a abrir el procedimiento."²⁸

A la afirmación de Piña y Palacios habrá que restringirle sus efectos, por lo menos al amparo del sistema mexicano, puesto que cuando la prueba ofrecida por quien no obtuvo la reposición (si se trata del Ministerio Público) ésta será improcedente, pues si hubo conformidad expresa del Ministerio Público con la sentencia, obviamente, aun cuando sea mala, la pena que se imponga en la segunda sentencia no debe ser agravada.

El reinicio del enjuiciamiento partirá desde el acto viciado. La nulidad —advirtase— no afecta a la totalidad de los actos que se habían realizado con posterioridad al acto viciado, sino sólo a aquellas actuaciones que deriven precisamente del acto viciado (art. 27 bis CFFP).

No obstante, la ley establece, que lo actuado ante *este tribunal incompetente es nulo* "si se tratare del tribunal del mismo fuero" (art. 440 CFFP), circunstancia que la ley y los precedentes deben aclarar, ya que como supuesto de la reposición se encuentra también el actuar un tribunal incompetente.

24.6 AMPARO-CASACIÓN

El amparo —como se verá en un curso especial— posee, entre otras, dos bien delineadas vías procedimentales. Una es el llamado *amparo directo*, de única

²⁸ Piña y Palacios, *Jurista, Recursos e incidentes en el proceso penal*, pág. 97.

instancia, también catalogado como amparo—casación o casacional (amparo recurso, le llamó Emilio Rabasa e incluso muchos amparistas), y otro, que más adelante veremos como proceso autónomo de amparo.

Desde la óptica de Fix Zamudio, dentro del amparo mexicano se incluyen varias facetas:

- a) el amparo como defensa de los derechos de libertad, en que se inserta el *habeas corpus*, que veremos en el próximo capítulo;
- b) el amparo contra leyes, donde se discute su constitucionalidad;
- c) el amparo-casación o amparo en materia judicial, donde se debate la legalidad de las resoluciones; y
- d) el amparo administrativo.²⁷

La casación, veíamos, es una de las especies del recurso. Los estudiosos del amparo, desde Emilio Rabasa le denominaron amparo-recurso, y con ello pretendían diferenciarlo del otro tipo de amparo que denominan amparo-juzicio. Aceptada la idea de que una de las figuras del amparo corresponde a un recurso, estudiosos actuales como Fix Zamudio, Alfonso Noriega o Ignacio Burgos han encontrado una muy íntima similitud entre la casación y este recurso de amparo. De aquí deriva la denominación amparo-casación o casacional, que recuerda a la *querrela cassatoria*.

En el amparo-casación como recurso extraordinario se plantea una inconformidad del recurrente a la resolución de la autoridad penal, que es revisada en su legalidad para que en su caso se anule el fallo o se reponga el procedimiento. En el campo penal procede contra sentencias en las cuales el recurso ordinario ha concluido.

La voz casación proviene del francés *cassation*, *casser*, que significa romper, anular. En Francia, originalmente fue el soberano quien anulaba (*cassaba*) las sentencias pronunciadas en contravención a las leyes ordenanzas reales.²⁸

“Quienes consideran al amparo contra resoluciones judiciales —dice Ovalle Favala— como un recurso de casación, o como un recurso similar a la casación (‘amparo-casación’), sostienen que a través de dicho medio de impugnación no se discute un nuevo litigio, sino el mismo, y que las partes, en rigor, siguen siendo las mismas, aunque la Ley de Amparo agregue erróneamente a aquélla al juzgador responsable de la resolución impugnada.”²⁹

Ya en un curso más avanzado el lector tendrá la posibilidad de diferenciar este amparo-casacional —vale decir, de control de legalidad—, del amparo constitucional (de control de constitucionalidad), y allí se advertirá que no es

²⁷ Fix Zamudio, Héctor, *El juicio de amparo*, págs. 376 a 383.

²⁸ Cappeletti, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, pág. 38.

²⁹ Ovalle Favala, José, *Derecho procesal civil*, pág. 185.

lo mismo juzgar la validez de la ley (constitucionalidad), que la correcta interpretación de la ley (legalidad).

A nuestro parecer, el llamado "tercero perjudicado" se emparenta, en gran medida, con el conocido como "sujeto recurrido" en los recursos (diverso del sujeto recurrente).

En la evolución histórica del amparo —tan bien lograda por Alfonso Noriega— se advierten los diversos cambios y modificaciones para construir una de las modalidades del amparo como un recurso de casación. Sus afinidades son claras: sólo procede contra sentencias y *mas que examinar los hechos, se examina la legalidad*.

"Así pues —reitera Noriega—, la sustanciación del amparo directo, siguiendo el modelo de la casación se ajusta a estas peculiaridades del recurso y se contrae a poner las bases para el examen objetivo del caso concreto, respecto de si se aplicó o no exactamente la ley en la sentencia. . . por ello, resulta evidente que no existe oportunidad de ofrecer o rendir pruebas en la sustanciación del amparo directo, porque las mismas se encuentran precisamente, en las situaciones."³⁰

Igualmente Ignacio Burgos, refiriéndose al "amparo directo o uninstancial" (amparo-casacional le llama), afirma que "coincide con el recurso de casación en su procedencia y teleología, pues es susceptible de entablarse contra sentencias definitivas por vicios de ilegalidad in judicando e in procedendo. Las decisiones que en él emiten los órganos de control (Suprema Corte y Tribunales Colegiados de Circuito) en sustancia 'casan' o invalidan el fallo impugnado por contravenir éste la garantía de legalidad bajo cualquiera de los vicios aceptados."³¹

En el proceso penal, el amparo casación viene a funcionar como otra instancia más en la sustanciación —normalmente como *tercera instancia*—; es decir, como la instancia que sigue a la apelación, y en la que (a diferencia de la apelación) sí hay reenvío.

"En el amparo directo o de una sola instancia —apunta Soberanes Fernández—, la relación jurídico-procesal subsiste, pues la intervención de la autoridad responsable no implica un verdadero interés jurídico, lo cual se demuestra con la brevedad de su informe con justificación, el cual más bien lo podemos calificar de *oficio de remisión de autos*; por otro lado, no debemos olvidar que la participación de dicha autoridad responsable al recibir la demanda de amparo, notificar a la contraparte y resolver lo relativo a la suspensión del acto reclamado más corresponde a la actividad propia del *juez a quo* que a la de un demandado; a mayor abundamiento, el verdadero interés jurídico porque sub-

³⁰ Noriega, Alfonso, *Lecciones de amparo*, págs. 672 a 675.

³¹ Burgos, Ignacio, *El juicio de amparo*, pág. 197.

sista el fallo impugnado es el de la contraparte, entonces llamado tercero perjudicado; todo ello nos hace caer en la conclusión que el amparo directo es una instancia del mismo proceso y no un nuevo medio impugnativo.²²

24.7 REVISIÓN DE SENTENCIA FIRME (reconocimiento de la inocencia)

La revisión de sentencia firme, de la manera en que está estructurada en México, es un recurso excepcional *in fauor reus*, que da lugar a un nuevo examen del proceso concluido por sentencia con autoridad de cosa juzgada y que de triunfar, implica el reconocimiento de un error judicial (sentencia injusta) e invalida la condena previamente impuesta.

Adviértase que se trata sólo de favorecer al penalmente condenado y no de perjudicarlo, esto es, no se trata de revisar la sentencia con la finalidad de condenar al injustamente absuelto, circunstancia que, a decir de Prieto-Castro y Alcalá-Zamora, ocurre en la legislación alemana²³ y llegó a darse en México.

Este recurso plantea la interesante controversia entre la llamada seguridad jurídica, ensarbolada a través de la mítica cosa juzgada, y la justicia misma. Entre seguridad jurídica y justicia, el recurso que abordamos se inclina hacia esta última.

A. DENOMINACIONES

El recurso que estamos estudiando ha recibido varios nombres, a los que nos referiremos, para efectos de identificación.

Según Fix Zamudio, se trata de una revisión contra sentencia penal firme;²⁴ Prieto-Castro prefiere llamarle demanda de revisión;²⁵ Kisch le denomina demanda de restitución (*restitutionsklage*);²⁶ y García Ramírez le llama revisión extraordinaria.²⁷ En el código del Distrito Federal, así como en el de varias entidades federativas —y anteriormente, en el propio código federal— se le concibió

²² Sobreros Ferrández, José Luis, *El juicio de amparo*, pág. 33.

²³ Prieto-Castro, Leonardo, *Derecho procesal penal*, págs. 409 y 410; Alcalá-Zamora y Castillo, Néstor, *Casos y efectos sociales del derecho procesal*, pág. 156.

²⁴ Fix Zamudio, Héctor, "Indulto", en *Diccionario jurídico mexicano*.

²⁵ Prieto-Castro, Leonardo, *Caracteres de derecho procesal*, pág. 261.

²⁶ Kisch, Wilhelm, *Elementos de derecho procesal civil*, págs. 308 y 309.

²⁷ García Ramírez, Sergio, *Legislación penitenciaria*, pág. 335.

como *indulto necesario*, y en el actual código federal de Procedimientos Penales, así como en el de Veracruz, se le llama *reconocimiento de la inocencia del sentenciado*.

Aunque demasiado tardío, no fue sino hasta 1983 y luego en 1990 cuando legislativamente (en lo federal) se trató con autonomía a la revisión de sentencia, malamente llamada *indulto necesario*. Esta diferenciación seguramente hubiese ocurrido desde antes, si tenemos en cuenta que el código de 1894 reguló por separado al *indulto "necesario"* y al *indulto "por gracia"*, y que después desafortunadamente fue refundido en un solo capítulo, como si se tratara de lo mismo.

Respecto a la denominación de *indulto necesario*, se debe recordar que *indulto* significa perdonar. En el caso de sentencia injusta, no es posible hablar de perdón. Perdona el Ejecutivo a quien cometió un delito, pero ¿cómo hablar de perdón cuando el reo ni siquiera cometió delito? En todo caso, el que puede perdonar es el injustamente sentenciado.

B. REHABILITACIÓN POSTMORTEM

Algunas legislaciones, recuerda Alcalá-Zamora, han establecido una modalidad de este recurso de revisión, para rehabilitar la memoria del difunto víctima del error. Cita así a la *Ley de Enjuiciamiento Criminal Española*, el *Código de Procedimientos Penales argentino*, el *Código de Instrucción Criminal francés* y la *Ordenanza alemana*.³⁸

C. NATURALEZA JURÍDICA

Por lo que hace a su naturaleza jurídica, la cuestión que se plantea es saber si se trata de un recurso extraordinario o de un *juicio autónomo*.

Aunque la generalidad de los procesalistas, entre los cuales encontramos a Sergio García Ramírez,³⁹ sostienen que se trata de un verdadero recurso extraordinario, también advertimos que, con posterioridad, el propio García Ramírez cambió a la afirmación de que se trata de un *casus juicio*.

En una obra posterior, dicho autor llega a afirmar que "constituye un medio de impugnación de este último género (revisión extraordinaria) y da lugar a un nuevo juicio posterior a aquél que se corrió con la sentencia firme... existe contradicción y resulta natural que resurjan las figuras procesales con cuya

³⁸ Alcalá-Zamora y Castilla, Niceto. *En torno a la acción del proceso penal*, pág. 496, así como el párrafo 38.

³⁹ García Ramírez, Sergio. *Curso de derecho procesal*, pág. 483.

intención se llevará adelante este proceso...¹⁰. Se trata, dice en otro apartado, de un "trámite sumario",¹¹ que "apareja el ejercicio de la acción constitutiva de un procedimiento penal. De prosperar la acción se creará un nuevo estado jurídico en favor del recurrente. Remata esta procedimiento, pues, en una verdadera sentencia..."¹².

Podría pensarse que este medio impugnativo, en lugar de ser un recurso extraordinario fuese un juicio autónomo. Si comparamos, por ejemplo, la ley procesal civil de algunas entidades federativas (Sonora, Morelos, Zacatecas) la nulidad de la cosa juzgada se impugna en juicio ordinario de nulidad, lo que caracteriza un verdadero juicio autónomo.

En cambio, tal como hasta ahora se regula en el enjuiciamiento penal, todavía no adquiere tintes de autonomía, pues sólo se trata de un recurso extraordinario.

Si bien la técnica empleada para declarar la cosa juzgada penal tiende hacia el juicio autónomo, la ley chihuahuense, con retroceso, establece que este enjuiciamiento o revisión lo hace el Ejecutivo estatal, sin mecanismos judiciales que zanjen controversias.

En fin, en atención a la forma y regulación legal, creemos que más que tratarse de un juicio o proceso autónomo de impugnación —como ocurre en el caso del amparo—, se trata de un verdadero recurso extraordinario, dada la existencia de la autoridad de la cosa juzgada.

D. RESTRICCIÓN PROBATORIA

En la regulación mexicana es factible una fase instructoria para demostrar la injusticia de la "condena injusta"; no obstante, opera una verdadera restricción probatoria, toda vez que no cualquier medio de prueba podrá ser admisible.

Sólo es posible la admisión de la llamada *prueba documental*, salvo que se trate de demostrar que el supuesto muerto en la condena de homicidio, aún vive, caso en que es factible otro u otros *medios de confirmación*.

E. SUPUESTOS

Los motivos o supuestos de procedencia para la anulación de sentencia se encuentran establecidos en la ley. Ellos aluden a verdaderos errores judiciales:

¹⁰ García Ramírez, Sergio, *Legislación penitenciaria*, pág. 235.

¹¹ *Ibidem*, pág. 192.

¹² *Ibidem*, pág. 193.

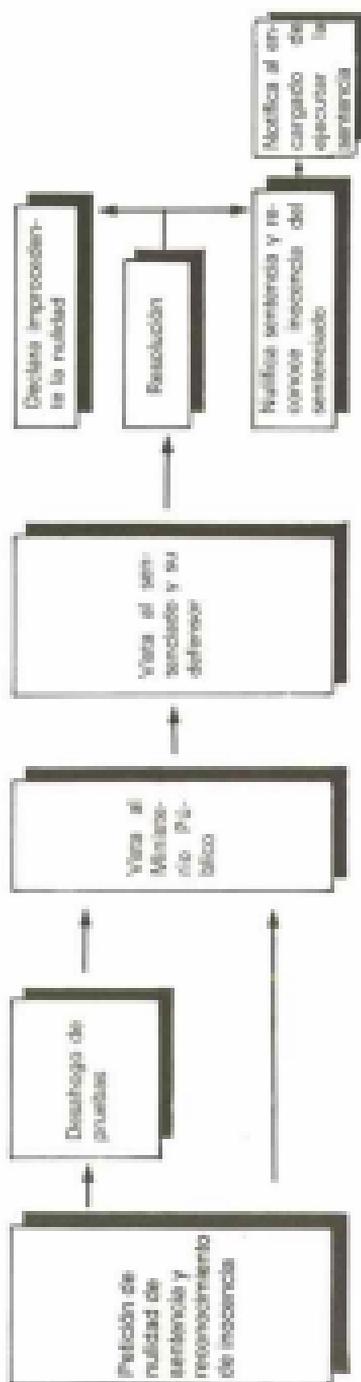
condenar con base en pruebas falsas, invalidación de pruebas, condenar por homicidio inexistente, condenar a dos sujetos por el mismo delito cuando sólo uno pudo haber sido, condenar dos veces a una persona y por el mismo delito, etcétera.

Aunque se trata de errores judiciales, sólo algunos de éstos son aceptados, por lo que puede decirse que la petición de revisión y anulación de sentencia ejecutoria se funda en la tutela de un *interés superior jurídico de legalidad, que está por encima de la propia sentencia*.

En otros lugares, la revisión procede: a) cuando aparezcan documentos desconocidos; b) cuando se demuestre la falsedad de un documento o una testimonial; c) cuando se demuestre cohecho, prevaricato o maquinación fraudulenta para obtener la sentencia; d) cuando sobrevengan nuevos hechos no contemplados en la sentencia; e) cuando los hechos sean contrarios a los expuestos en otra sentencia; f) para aplicar retroactivamente una ley, en especial si es más benigna; g) cuando varíe la interpretación judicial de la ley a un punto más favorable, etcétera.

Juicio

REVISIÓN DE SENTENCIA FIRME



CAPÍTULO
25

**PROCESO IMPUGNATIVO
AUTÓNOMO
(juicio de amparo penal)**

SUMARIO

- 25.1 PROCESO IMPUGNATIVO
- 25.2 CONTROVERSIA
- 25.3 SUJETOS PROCESALES
 - A. DEMANDANTE
 - B. DEMANDADO
 - C. ÓRGANO DE LA DECISIÓN
- 25.4 SUSTANCIACIÓN DEL JUICIO
- 25.5 MEDIDAS CAUTELARES (suspensión)

25.1 PROCESO IMPUGNATIVO

"Se pueden calificar como procesos impugnativos —señala Flix Zamudio— aquellos en los cuales se combaten actos o resoluciones de autoridad a través de un proceso autónomo, en el cual se inicia una relación jurídica procesal diversa. En nuestro ordenamiento procesal podemos señalar como tales... al juicio de amparo de doble instancia, que debe considerarse como un verdadero proceso."¹

25.2 CONTROVERSIA

En no pocas ocasiones suele ocurrir que el imputado no está de acuerdo con los actos o abstenciones realizadas por la autoridad penal. Disiente así de los actos realizados por el instructor que ordena una aprehensión (porque considera que no cumplió con ciertas formalidades del procedimiento), o puede estar en desacuerdo con el agente del Ministerio Público, quien en la averiguación previa ejecutó un acto procedimental prohibido por la ley.

Se da entonces, en el orden fáctico, un conflicto entre el que se considera *lesalmente afectado* y el agente de la autoridad, cuestionándose la legalidad e ilegalidad del acto. Este cuestionamiento evidentemente constituye una controversia o litigio.

Esta controversia puede, según nuestras leyes, llevarse a un proceso impugnativo. Al acto o abstención de la autoridad que se cuestiona, nuestra Ley de Amparo le denomina "acto reclamado."

¹ Flix Zamudio, Héctor, "Impugnación", en *Diccionario jurídico mexicano*.

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

“Este litigio en materia de amparo se forma —apunta Flores García— por la pretensión del quejoso de que se declare la existencia de una violación constitucional, cometida por una autoridad responsable, quien podrá oponerse al contestar la demanda de amparo, con el informe justificado.”²

La sustanciación y resolución de conflictos como éstos se lleva a cabo en México a través del denominado proceso o juicio de amparo, que no es desconocido en otros países.

Cabe detenernos para recordar que el amparo en México está regulado por una dualidad procedimental. Por un lado, el amparo de *única instancia*, también llamado amparo directo, amparo-casación o casacional, que es un recurso extraordinario, operante contra sentencias penales; y por el otro, el amparo de *doble instancia*, también llamado amparo indirecto, operante contra actos de las autoridades penales (en nuestro caso), que corresponde a un verdadero proceso o juicio autónomo y al cual nos estamos refiriendo en este capítulo.

25.3 SUPUESTOS PROCESALES

El juicio o proceso de amparo, como cualquier otro tipo de proceso, constituye en su objeto una rama de estudio de la teoría general del proceso y no un apéndice del derecho constitucional o del derecho político.

Estructurado bajo el principio acusatorio, se da en el juicio de amparo autónomo la trifuncionalidad característica de todo proceso acusatorio: actores o demandantes, demandados y órgano de decisión con su juzgador.

A. DEMANDANTE

En el proceso de amparo, cualquier gobernado puede constituirse como actor o demandante. Puede ser un solo sujeto, o bien puede darse el litisconsorcio activo (varios demandantes).

² Flores García, Fernando, *La teoría general del proceso y el amparo mexicano*, pág. 107.

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

En el juicio de amparo, puede convertirse en demandante o "quejoso" aquella persona que disiente de un acto de autoridad (el Ministerio Público o el juez, por ejemplo). Si el demandante, por ejemplo, no está de acuerdo con la orden de aprehensión dictada por el tribunal penal, podrá accionar ante un tercero, pretendiendo que se revoque y deje sin efecto tal orden. Es decir, impugna en juicio autónomo tal acto.

Esta impugnación llega al juicio de amparo a través de la acción procesal de amparo. La acción de amparo (pretensión de amparo, sería, a nuestro juicio, una expresión más correcta) es considerada, por Flores García "como la posibilidad jurídica (dándole un matiz mayor que a la idea de derecho potestativo chiovendiano) para provocar la actividad de los órganos jurisdiccionales federales, para anular los efectos de un acto violatorio de la Constitución o de las leyes, por una autoridad responsable, y eventualmente obtener la restitución jurídica pretendida".³

B. DEMANDADO

El demandado o sujeto pasivo del juicio de amparo, según la ley mexicana, es un gobernante, que en nuestro caso puede ser el propio agente del Ministerio Público, actuando como autoridad, o el juez instructor o juzgador penal.

Como demandados en este juicio impugnativo quedan excluidos los particulares, y sólo pueden ser demandados los gobernantes.

Por desgracia, nuestra Ley de Amparo no emplea el vocablo "demandado". Le denomina ilógicamente "autoridad responsable", queriendo decir responsable de un acto violatorio de la normatividad.

No estamos de acuerdo con esta equívoca denominación, porque el demandado en amparo no necesariamente será responsable de violación de disposiciones legales. Aceptar la nomenclatura de "autoridad responsable" sería tanto como prejuzgar de la responsabilidad de ésta.

Pueden ser demandados en amparo penal cualquier órgano o agente de autoridad, que realice o pretenda realizar sobre un gobernado, actos calificados como de carácter penal. Podemos así tener como demandados a cualquier agente policiaco o del Ministerio Público, como también cualquier tipo de tribunal pe-

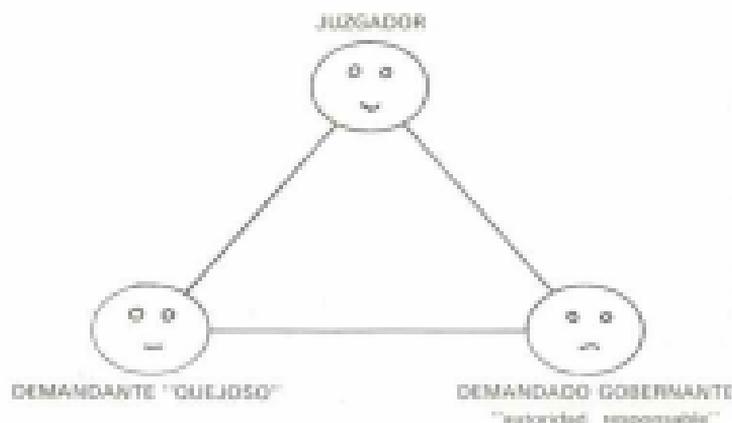
³ *Ibid.*, pág. 115.

nal o cualquier autoridad que ejecute o trate de ejecutar un acto que por naturaleza sea penal (por ejemplo, los carceleros, directores de prisiones, etcétera).

C. ÓRGANO DE LA DECISIÓN

En el proceso de amparo también se concretan actos jurisdiccionales, entendiéndose por tales a todos aquellos realizados por un tercero imparcial a la contienda, tendiente a resolverla oficialmente. Este tercero imparcial, en su esencia, es un verdadero tribunal.

Nuestra Ley de Amparo señala como tribunales en los procesos de amparo penal a los juzgados de Distrito y, en ciertos casos, a los estatales, actuando en primera instancia, y a los Tribunales Colegiados de Circuito, en segunda instancia.



25.4 SUSTANCIACIÓN DEL JUICIO

El juicio de amparo penal se encuentra teleológicamente orientado a resolver la procedencia o improcedencia de las pretensiones de las partes. El actor que pretenda se declare ilegal el acto de la autoridad penal, y el demandado, que generalmente pretende se sostenga su acto. En otros términos, a través del juicio de amparo se trata de resolver el conflicto interpartes.

El juicio de amparo penal es de doble instancia. Esto es, puede tramitarse hasta su resolución final en dos instancias. Ello significa que en este proceso las resoluciones de primera instancia podrán ser revisables mediante la inter-

posición y tramitación de otro recurso (revisión se le llama al equivalente de la apelación).

El juicio de amparo penal cuenta con tres etapas bien definidas:

- a) postulatoria,
- b) confirmatoria, y
- c) conclusiva.

En la etapa *postulatoria*, las partes presentan su demanda y la contestación a ésta (a la contestación, la Ley de Amparo le denomina "informe justificado"). Aquí se plantean los hechos y actos que soportan la pretensión y la contrapretensión.

En la etapa *probatoria o confirmatoria*, las partes ofrecen sus medios de confirmación o pruebas y éstos se desahogan.

En la etapa *conclusiva*, las partes presentan sus alegatos y el tribunal de amparo, previa revisión del "acto reclamado" (acto de la autoridad que es cuestionado por el actor), dicta la sentencia correspondiente, en la que debe resolver la procedencia o improcedencia de las pretensiones de las partes (concede o niega el amparo, se dice en el foro). Conceder el amparo implica declarar la ilegalidad del acto impugnado.

Como en otros medios impugnativos, es permisible al tribunal suplir la queja deficiente del demandante, no así del demandado.

Este proceso puede dar lugar a la apertura de la segunda instancia, para el trámite del recurso correspondiente. El más conocido es el de "revisión", que implica en este caso, agregar a la vez un procedimiento impugnativo.

Asimilado en parte a este procedimiento se encuentra el *habeas corpus*, que tiende a tutelar la libertad personal. Originalmente surgió cuando existían detenciones "arbitrarias". Ante este caso, un tribunal exigió se le presentara el cuerpo del detenido, a cuya disposición quedaba.

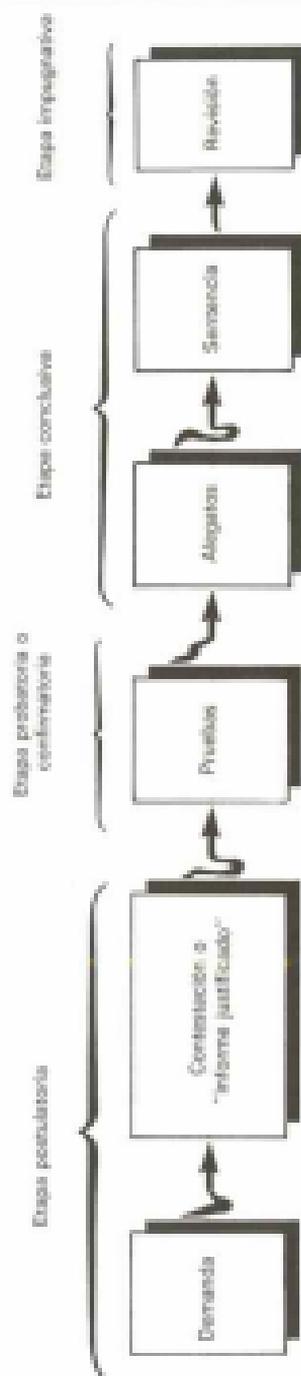
La ley de amparo vigente recoge esta idea cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal (fuera del procedimiento judicial), o cualquier acto prohibido por el artículo 22 constitucional, casos en los que el tribunal de amparo debe dictar todas las medidas necesarias para lograr la comparecencia del agraviado.

25.6 MEDIDAS CAUTELARES (suspensión)

Normalmente, durante la sustanciación del proceso de amparo penal las partes, en especial el imputado demandante, temen se ejecute el "acto reclamado".

Si la resolución cuestionada consiste, por ejemplo, en una orden de apre-

JUICIO DE AMPARO



hensión, su ejecución se adelantaría en el tiempo a la resolución que declare su legalidad o ilegalidad.

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

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

Esta suspensión —especialmente la definitiva— puede ser meramente *conservativa* (sólo paraliza la ejecución), o puede llegar a ser *restitutoria*, como por ejemplo, al privado de la libertad, se le puede restituir en ésta.

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

Esta resolución suspensiva es la que con frecuencia ha sido confundida por los legos con el amparo, en ocasiones hay quien afirma que la copia certificada del acuerdo suspensivo es o constituye el amparo. No es raro encontrar quien diga "a fulano no lo detuvieron porque traía un amparo", queriendo realmente decir que poseía una copia certificada de la resolución del tribunal de amparo, donde ordena que se suspenda la ejecución del "acto reclamado".

La autonomía de este proceso nos lleva a recordar (pero no a identificar) la acción de nulidad a la que en algún momento se refirió Eduardo B. Carlos: "por acción de nulidad se ha de entender el ejercicio de un poder jurídico que se concreta y exterioriza en una demanda principal introductiva de la instancia... que origina un proceso autónomo por el que se pretende obtener, mediante decisión expresa y positiva, una declaración de invalidez de los actos procesales ejecutados en un juicio ya fenecido y cuya sentencia ha pasado en autoridad de cosa juzgada."⁴

⁴ Carlos, Eduardo B., "Nulidades procesales", *Enciclopedia Jurídica Osmía*, pág. 586.

CUARTA PARTE

MEDIDAS CAUTELARES

SUMARIO

CAPÍTULO 26 MEDIDAS CAUTELARES PENALES

CAPÍTULO 27 PRIVACIÓN PROVISIONAL DE LA LIBERTAD

CAPÍTULO 28 CONTRAGARANTÍAS (medios de obtener la libertad provisional)

OBJETIVOS

Al terminar esta cuarta parte, el alumno deberá ser capaz de:

- Conceptuar las medidas cautelares.
- Identificar cada una de las medidas cautelares reales en la ley.
- Cuestionar y explicar el porqué de la privación provisional de la libertad.
- Categorizar el supuesto o supuestos constitucionales que dan lugar a la privación provisional de la libertad.
- Describir los casos y dinámica de la orden de aprehensión.
- Describir los casos en que por flagrancia procede la privación provisional de la libertad.
- Explicar cómo funciona el caso urgente para que proceda la privación de la libertad.
- Explicar cómo funciona el auto de formal prisión.
- Diferenciar formal prisión de procesamiento definitivo.
- Describir cuándo y cómo funciona la libertad bajo caución.
- Describir cuándo y cómo funciona la libertad mediante arraigo.
- Describir cuándo y cómo funciona la libertad mediante palabra.

CAPÍTULO 26

MEDIDAS CAUTELARES PENALES

SUMARIO

- 26.1 PRESENTACIÓN
- 26.2 NOCIONES
- 26.3 CARACTERÍSTICAS
- 26.4 CLASIFICACIÓN
- 26.5 REGULACIÓN EN MÉXICO
- 26.6 MEDIDAS CAUTELARES REALES
- 26.7 MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES

26.1 PRESENTACIÓN

Se dice con frecuencia que una de las finalidades del proceso penal es hacer efectivo el *ius puniendi*, esto es, sancionar a quien ha cometido algún delito. El hacer efectivo este *ius puniendi* implica, conforme a la llamada garantía de audiencia, que primeramente deberá llevarse a cabo el correspondiente proceso legal, antes de sancionar al penalmente demandado. No obstante, el natural curso del proceso y su tardanza harán prácticamente imposible aplicar la sanción, si antes no se aplica una medida que garantice la factibilidad de tal sanción.

Se han establecido las providencias o medidas adoptadas para "salvaguardar el *imperium iudicis* —dice Calamandrei— o sea impedir que la soberanía del Estado, en su más alta expresión que es la justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal, una vana ostentación de lentos mecanismos destinados, como los guardias de la ópera bufa, a llegar siempre demasiado tarde".¹

Estas medidas, han recibido diversos nombres. Carnelutti les llamó *provisiões cautelares*; Chiovenda, *medidas de conservación o cautelares*; Poletti, *providencias de naturaleza cautelar*; De la Plaza, *medidas provisionales de cautela*; Pillares, *medidas preventivas de seguridad*; Calamandrei, *providencias cautelares o precautorias*.²

"Son —dice Fix Zamudio— los instrumentos que puede decretar el juez, a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación de un proceso."³

¹ Calamandrei, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, pág. 148.

² Noriega, Alfonso, *Lecciones de proceso*, pág. 895.

³ Fix Zamudio, Héctor, "Medidas cautelares", en *Diccionario jurídico mexicano*.

26.2 NOCIONES

La idea de las medidas cautelares se desarrolló durante la primera mitad del presente siglo en la escuela italiana de derecho procesal. Tres fueron sus grandes exponentes: Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei.

En los inicios el primero de los citados aludió a la acción asegurativa o cautelar. Chiovenda plantea a la medida cautelar como una acción aseguradora. Así, sin saber si existe o no derecho seguro, la acción aseguradora, que es autónoma, garantiza ese supuesto bien.

Carnelutti comienza separando al proceso contencioso de cognición, del que llama *proceso cautelar*. Mientras el primero es definitivo, el segundo es provisorio. Construye a este último como un verdadero proceso, donde la acción, la jurisdicción y el proceso se dan con autonomía o dependencia en relación con el proceso principal. Este proceso cautelar está orientado —según sus primeras afirmaciones— al arreglo provisional del litigio; es decir a conservar la materia del litigio. Más tarde se corrigió, y dijo que estaba orientado a la tutela del proceso.⁴

El más destacado en el tema fue, sin duda, Calamandrei, quien sobre el particular escribió un tratado específico. El investigador, prefiere aludir a las providencias cautelares, para diferenciarlas de las definitivas. Las medidas cautelares nacen “al servicio de una providencia definitiva, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito”.⁵

Así, para Calamandrei, la peculiaridad de las medidas cautelares “se debe buscar en la relación de instrumentalidad que liga indefectiblemente toda providencia cautelar a una providencia principal, el rendimiento práctico de la cual se encuentra facilitado y asegurado anticipadamente en virtud de la primera. La definición —continúa Calamandrei— de las providencias cautelares, sin salir del campo procesal, ha de buscarse, más que a base de un criterio ontológico, a base de un criterio teleológico: no en la cualidad (declarativa o ejecutiva) de sus efectos, sino en el fin (anticipación de los efectos de la providencia principal, a que sus efectos están preordenados; ya que éstos aparecen desde su iniciación destinados a extinguirse en el momento en que puedan ceder el puesto o los efectos de la providencia principal”.⁶

⁴ Carnelutti, Francesco, *Derecho y proceso*, t. I pág. 414.

⁵ Calamandrei, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, pág. 44.

⁶ *Ibid.*, págs. 135 a 137.

26.3 CARACTERÍSTICAS

La separación entre procesos de conocimiento, cautelares y ejecutivos a que se refirió Carnelutti, hoy sólo es historia, pues no hay procesos meramente cautelares, ya que si persistimos en aludir a procesos cautelares, habrá que admitir que éstos tienen también algo de conocimiento y algo de ejecución.

Es por esto que decidimos centrar la atención a la orientación de la medida misma que se pronuncia, que en todo caso será la que se diferencie de las medidas no cautelares, las definitivas, por ejemplo.

La medida o provincia cautelar o provisional se caracteriza por su *provisoriedad*. Esto es, que sus efectos estarán limitados en el tiempo, hasta tanto se pronuncie la providencia definitiva. Aquí no interesa que la providencia esté fundada en la certeza, pues ésta sólo será exigible en la providencia definitiva. En la provisoriedad, solamente interesa una probabilidad.

EJEMPLO: una orden de aprehensión y detención, que se dicta antes de sentencia, se caracteriza por ser provisorio, en la medida en que tal detención o privación de la libertad sólo perdura hasta que se dicte la sentencia definitiva (providencia definitiva).

Otra característica de la medida cautelar consiste en que *trate de evitar que se agrave el daño marginal* que se podría producir de no imponerse una medida provisional. Es decir, se trata de eliminar el *periculum in mora*.

"El '*periculum in mora*' básico de los procesos cautelares, —indica Fairen Guillén— no es el peligro de daño genérico jurídico, el cual se obvia con la tutela declarativa; es el peligro de ulterior daño 'marginal' que podría derivar de dicho retraso, sin que basten a prevenirlo otros medios ordinarios como la acumulación de intereses, los daños sobrevenidos durante el juicio, etc. Es la mora de la sentencia que recaerá en el juicio declarativo, considerada en sí misma como posible causa de ulterior daño, la que se evita. Así, mientras que, cuando el daño ya se ha producido y su remedio reintegrativo se halla en el proceso declarativo, el proceso cautelar tiene como objetivo, el preventivo de evitar que ese daño se agrave como consecuencia de la duración de aquél."⁷

EJEMPLO: la medida cautelar no va a impedir que se cometa el delito ya cometido, sino a evitar que el daño siga persistiendo.

Requerimos además, y esto lo destaca Fairen Guillén, la idea de urgencia, puesto que de no imponerse la medida cautelar, el peligro se transformaría en realidad.⁸

⁷ Fairen Guillén, Víctor, *La reforma del proceso cautelar español*, págs. 501 y 502.

⁸ *Ibidem*, págs. 893 a 912.

EJEMPLO: en el caso de que una persona que comete un delito no sea privada de su libertad durante el proceso, existe el peligro de que huya, y que al momento de tratar de ejecutar la condena no se la encuentre. La idea de urgencia lleva al tribunal a ordenar preventivamente la detención, hasta tanto se resuelva lo definitivo.

Se alude también, como características de las medidas cautelares, a que *surta algunos de la autoridad de la cosa juzgada*, y que, por lo tanto, son susceptibles de ser alteradas o revocadas, de acuerdo con el aumento o disminución del *periculum in mora*.

26.4 CLASIFICACIÓN

Con base en la lógica jurídica, las clasificaciones de las medidas cautelares pueden ser varias. Recordamos, por ejemplo, la del propio Calamandrei, que sostiene la existencia de tres tipos:

- a) Para asegurar pruebas y el cuerpo del delito.
- b) Para asegurar la conservación del patrimonio (la satisfacción de las obligaciones civiles).
- c) Para impedir el alejamiento del inculcado (el que será objeto de ejecución penal).⁹

En México resulta más conocida la clasificación que afirma la existencia de medidas cautelares reales o patrimoniales y medidas cautelares personales, clasificación, que inclusive es la seguida por García Ramírez.

Prieto-Castro, en España, sigue a la vez este criterio de clasificación y sostiene que las personales "se afectan a los sujetos a quienes se atribuye la comisión de hechos punibles", y las reales "tienen por finalidad asegurar los resultados de la acción civil para el objeto civil".¹⁰

Las medidas personales se diferencian de las reales, dice Jiménez Aserjo, "en el fin, puesto que las cautelares personales propenden a asegurar los efectos de las personales de esta clase, y las reales las responsabilidades de tipo económico; en cuanto al medio, porque las primeras se ejecutan restringiendo o privando de su libertad personal al presunto culpable, y las segundas restringen o privan de la libertad de disposición dominical de ciertas cosas a su dueño, y en cuanto a las personales se diferencian en que aquellas son personalísimas, que la persona obligada es quien las sufre, sin que se admita

⁹ Calamandrei, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, pág. 140.

¹⁰ Prieto-Castro, Leonardo, *Derecho procesal penal*, pág. 98.

sustitución de una tercera, en principio de subrogación universal del deudor en las deudas económicas.¹¹¹

26.5 REGULACIÓN EN MÉXICO

Por lo que atañe a la regulación de las medidas cautelares de carácter penal, en la legislación mexicana no existe un solo capítulo que con sistema las acója.

Por el contrario, en la mentalidad del legislador aparece una completa ignorancia de lo que son las medidas cautelares. Esto no significa que no existan algunas de estas medidas en nuestra ley. Si existen. Lo que ocurre es que tal parece que su regulación fue más producto del azar que ahí las llevó, que de un estudio concienzudo de su existencia. Para muestra basta recordar que nuestro legislador inserta en el capítulo de los incidentes, a la libertad bajo caución, la que no es un incidente.

En lo que toca a las decisiones judiciales, si se revisan los precedentes de la Suprema Corte de Justicia, se advertirá que es muy difícil encontrar alguna resolución en la que se mencione la expresión *medidas cautelares*. Esto es signo indicativo de que aun en la praxis se ignora el marco teórico y conceptual de lo que son las medidas de cautela, a pesar de que no existe prácticamente un solo asunto penal en el que no se apliquen.

Por lo que hace a los escritores mexicanos del proceso penal, encontramos que sólo Sergio García Ramírez abre un capítulo en su obra dedicada a las medidas de cautela o cautelares. Otros estudiosos, aunque abocados a la teoría general del proceso, apenas las mencionan. Esto resulta también indicativo de que un tema tan importante es ignorado no sólo por nuestros jueces, sino también por la mayoría de los estudiosos del proceso penal.

Si existen las medidas cautelares en nuestras leyes, pero éstas se encuentran dispersas a lo largo de nuestras codificaciones.

En esta parte de la obra (caps. 26, 27 y 28) mencionaremos y explicaremos esquemáticamente algunas de esas medidas, esperando que en el futuro sean acogidas por nuestras leyes con sistema y técnica, y no por mero azar o casualidad.

¹¹¹ García Ramírez, Sergio, *Estudios penales*, pág. 67.

26.6 MEDIDAS CAUTELARES REALES

En general, las medidas cautelares reales (garantías reales) afectan de alguna manera el eventual resultado que se dé en la medida definitiva (afectación de bienes). Dentro del desorden imperante en nuestra legislación, podemos advertir tales medidas cautelares desde cuatro ángulos diversos, a saber:

- a) Medidas que aseguran la ejecución de una pretensión de condena al pago del resarcimiento del daño causado con motivo del delito. Trátase de medidas de carácter esencialmente civil.
- b) Medidas que aseguran la ejecución de una pretensión de condena a la pérdida de alguna cosa.
- c) Medidas que aseguran o conservan alguna cosa, hasta tanto se decide en definitiva quién tiene mayores derechos sobre la misma.
- d) Medidas que aseguran fuentes de prueba.

Las primeras de las medidas indicadas son de carácter civil y no puramente penal, es decir, están afectas a una pretensión de naturaleza civil, aunque en sede penal.

Así, al Ministerio Público le corresponde pedir el aseguramiento precatorio de bienes para los efectos de la reparación del daño (art. 136 fracción III CFFP). Aquí se inscribe el embargo de bienes del potencial deudor.

El segundo tipo de medidas cautelares; esto es, las que aseguran la ejecución de condena a la pérdida de alguna cosa, se encuentran en nuestra ley en los artículos 181 y 187 del CFFP.

De este modo, los instrumentos del delito (el arma prohibida) y las cosas objeto del delito (la cocaína elaborada o la moneda falsificada) deberán ser recogidas hasta que se resuelva sobre la pérdida y destrucción.

En las medidas conservativas hasta que se decida quién es el que posee mayores derechos, encontramos, por ejemplo, el secuestro de cosas robadas cuyo propietario es ignorado.

La última de los cuatro tipos de medidas reguladas (las que aseguran fuentes de prueba), es tal vez la más prolífica en el ordenamiento. Trátase con vistas de impedir que se pierda, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho delictuoso, o los datos que sirvan para identificar a alguna persona muerta en el caso de que su cadáver no pudiera ser identificado.

La regulación de este tipo de medidas asegurativas en nuestra legislación es paupérrima; apenas si encontramos que las cosas deben ser inventariadas, guardadas en el lugar adecuado, según su naturaleza; y tomar precauciones para que se asegure su conservación (art. 182 CFFP). Si las cosas fueron recogidas mediante un cateo, el inculcado tendrá derecho a poner su firma o huella dactilar en la cosa; si no es posible, en una tira de papel que deberá sellarse en la "juntura de los extremos" (art. 70 CFFP). Resulta posible también que

sean vendidas las cosas aseguradas cuando se vinculen con ciertos delitos (art. 132 de la abrogada Ley Forestal y 181 CFPP). No existe, en cambio, regulación sobre capacidad, obligaciones y responsabilidades del depositario; lugar del depósito, administración de la cosa, tales como recolección de productos, contrataciones, y cumplimiento de obligaciones derivadas del bien o negociación que haya sido objeto de garantía.

26.7 MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES

Por último, las medidas cautelares de carácter *personal* afectan a una persona al eventual resultado que se dé en la medida definitiva.

Esta afectación preventiva que incide sobre la persona (persona física) le impide su movilidad o libertad de tránsito, comunicarse con otras personas, o faculta a las autoridades a examinarlas anticipadamente, etc. Mencionemos algunas de esas medidas:

a) **Arraigo.** Mediante la providencia de arraigo se le impide a una persona física su libertad de tránsito, obligándola a quedarse en el lugar del juicio, sin posibilidad de poder abandonarlo hasta tanto se cumpla la condición establecida. El arraigo puede ser de testigos (art. 256 CFPP y 215 CPPDF) o de sujetos pasivos del proceso (arts. 133 bis, 135 y 205 CFPP). Pallares sostuvo que este tipo de providencias resultan ser inconstitucionales, pues van contra lo establecido en el artículo 11 constitucional.¹¹

Por lo que hace a los arraigos impuestos a los extranjeros, el artículo 109 de la Ley General de Población establece que no serán obstáculo para lograr las órdenes de expulsión del país.

b) **Incomunicación.** Por medio de la incomunicación se impide a una persona física establecer contacto con otra. La incomunicación más conocida en el proceso penal es la que históricamente se aplicó a los procesados. Hoy en día, nuestra constitución establece una terminante prohibición de incomunicar a los procesados. El artículo 411 del CFPP establece otra medida de arraigo para el liberado bajo caución, pues no podrá ausentarse del lugar del juicio. Por lo que atañe a los testigos, éstos tampoco podrán comunicarse entre sí (art. 257 CFPP).

c) **Examen anticipado de testigos.** Si alguna persona tiene que ausentarse del lugar del juicio, podrá ser examinada anticipadamente (art. 256 CFPP).

¹¹ Pallares, Eduardo, *Derecho procesal civil*, pág. 391.



- d) *Internamiento de enfermos.* Las personas lesionadas con motivo de delito deberán ser atendidas en los hospitales públicos o en cualquier otro lugar bajo responsiva médica, indicando su ubicación. Los sujetos pasivos del proceso, respecto de los cuales se sospeche alguna anomalía mental, podrán ser enviados a un hospital o departamento especial para este tipo de personas (arts. 188 y 495 CFPP).
- e) *Custodia policiaca de testigos.* Aunque no está establecido en nuestras leyes, refiere Alcalá-Zamora que "en la legislación penal anglosajona, y especialmente en la de Estados Unidos, está muy extendida la práctica de detener, bajo el nombre de custodia policiaca, al testigo material, es decir, al que ha presenciado directamente el hecho y cuyo testimonio, por lo mismo, se supone importante".¹²
- f) *Prohibición de conducir vehículos.* Aunque tampoco se encuentra establecido en nuestras leyes, Prieto-Castro refiere que "una medida discrecional agregada a la de fianza, o única, cuando se ordene el procesamiento de persona autorizada para conducir vehículos de motor por presunto delito cometido al conducirlo, es la privación provisional de usar el permiso, que se debe recoger e incorporar a la pieza correspondiente, como también comunicar el caso al organismo administrativo que lo hubiese expedido".¹³

¹² Alcalá-Zamora y Castillo, Niceta, *En torno a tres cuestiones del enjuiciamiento criminal en el continente americano*, pág. 438.

¹³ Prieto-Castro, Leonardo, *Derecho procesal penal*, pág. 308.

CAPÍTULO
27

**PRIVACIÓN PROVISIONAL
DE LA LIBERTAD**

SUMARIO

27.1 NOCIÓN

27.2 RESPALDO CONSTITUCIONAL

27.3 EXCEPCIONES

27.4 CASOS

27.5 ORDEN DE APREHENSIÓN

A. PRERREQUISITOS

B. REQUISITOS

C. ÓRDENES DE COMPARECENCIA, CAPTURA
Y ACOMPAÑAMIENTO

D. REAPREHENSIÓN Y RECAPTURA

E. EJECUCIÓN

27.6 FLAGRANCIA

A. FLAGRANCIA ESTRICTA

B. CUASIFLAGRANCIA

C. PRESUNCIÓN DE FLAGRANCIA

D. FORMAS DE FLAGRANCIA EN LA LEY

27.7 CASO URGENTE

27.8 DECLARATORIA DE DETENCIÓN

27.9 FORMAL PRISIÓN O RECLUSIÓN PREVENTIVA

A. DELIMITACIÓN CON EL PROCESAMIENTO
DEFINITIVO

B. PRESCINDIBILIDAD O IMPRESCINDIBILIDAD

C. PLAZO DE LA DETENCIÓN

D. PLAZO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

E. REVISIONES PERIÓDICAS

27.1 NOCIÓN

Una de las medidas cautelares de naturaleza personal más socorridas, típicas o representativas del proceso penal, es aquella que asegura la restricción de la libertad personal o física del sujeto pasivo del proceso penal, presumido como sujeto activo del delito.

Esta medida, tan peculiar del proceso penal y casi desconocida en otro tipo de procesos, lleva a la aplicación de medidas restrictivas a la libertad física de una persona; esto es, la reduce a la detención y reclusión preventiva.

Entre los estudiosos se afirma que este tipo de medida cautelar tiende a asegurar los siguientes bienes:

- a) La ejecución de la eventual condena, impidiendo que huya o se fuga. Se asegura así la ejecución de la pena privativa de la libertad o incluso de la vida.
- b) La presencia o disponibilidad del sujeto pasivo del proceso penal, a los actos procesales.
- c) El impedir que destruya las fuentes de prueba. Es decir, que utilice su libertad para borrar las huellas del delito y dificultar la acción de la justicia.¹
- d) El protegerlo —dice Prieto-Castro— contra toda venganza privada.²
- e) Rodríguez Manzanera agrega, además, el proteger a los testigos, el proteger al "criminal" de sus "cómplices", y el evitar que concluya el delito.³

En el fondo, la restricción provisional de la libertad física también implica una sanción anticipada. Es esto precisamente lo que ha llevado a los hombres a criticarla. *¿Cómo es posible que sin existir sentencia de condena, una persona ya se encuentre privada de su libertad?*

¹ García Ramírez, Sergio y Adato, Victoria, *Procedimiento del proceso penal mexicano*, págs. 74 y 75.

² Prieto-Castro, Leonardo, *Derecho procesal penal*, pág. 262.

³ Rodríguez Manzanera, Luis, *Sustitutos de la pena*, pág. 11.

Por eso, García Ramírez recuerda que "contra la existencia misma de la prisión preventiva se ha alzado un denso clamor, que la tilda de injusta. Lo es que los hombres torturen para saber si se debe torturar, en frase de San Agustín, que linda con la concepción de Carrara sobre el mismo instinto: lepra del proceso penal. Concepción Arenal sostuvo: 'imponer a un hombre una pena grande como es la privación de la libertad, una mancha en su honra, como es la de haber estado en la cárcel, y esto sin haberle probado que es culpable, y con la probabilidad de que sea inocente, es cosa que dista mucho de la justicia'. Ptasipia censura a la preventiva: es inhumana su contenido afflictivo o ejemplar, porque se aplica a quien aún no ha sido condenado. También en el cometido de prevención especial se confunde al imputado con el sentenciado. Plantearla como medio para evitar la destrucción de las pruebas es ingenuo y perjudicial para la defensa. El fin de la disponibilidad del imputado en el proceso no requiere de algo tan extremo como lo es la privación constante de la libertad. El objetivo de asegurar la ejecución de la pena puede hacer de la cárcel preventiva un instrumento práctico, pero no darle verdadera justificación jurídica. Por la diversidad de bienes en juego y la irreversibilidad del perjuicio que causa, no es posible compararla válidamente con el secuestro. Empero, en el estado actual de las cosas es imposible abolir la preventiva; sigue siendo cierta, como afirmaba Manduca, que la exige una suprema necesidad social".⁴

Encontramos, al final, que la detención preventiva se explica por razones de carácter práctico, mas no que se justifique.

Así como se diferencia a la privación *provisional* de la libertad, con respecto a la privación *definitiva* (la que surge con la condena), se suele diferenciar dentro de la propia privación provisional de la libertad individual del sujeto pasivo del proceso (o potencial sujeto pasivo del proceso) —a la "detención" o "arresto"—, de la "prisión preventiva".

La privación provisional de la libertad y detención son especies de un mismo género, aun cuando un pequeño sector de estudiosos pretenda afirmar que la detención le corresponde al Ministerio Público y la aprehensión al tribunal. No es en atención a los sujetos como se marca la diferencia, sino en atención al plazo de duración, como lo veremos.

Mientras que la *detención* o *arresto* es más efímera en el tiempo, la *prisión preventiva* es más o menos prolongada. Podríamos decir que la detención limita la libertad del individuo durante un periodo brevísimo, hasta tanto sea convalidada u homologada tal orden de detención. Esta convalidación u homologación de la orden de detención es a la que se llama *prisión preventiva*, cuyo estado es más intenso que la detención.

Dicho de otra manera, la privación provisional de la libertad puede ser *preliminar* (hasta que se decida si continúa) u *homologada*. La diferencia que ^{se} atisba es de grado de intensidad, aunque no de esencia.

⁴ García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, págs. 401 y 402.

Si implicamos al procedimiento (según el sistema mexicano), tengamos en cuenta que la *detención judicial* puede suponer al procedimiento provisional, en tanto que la *prisión preventiva* supone necesariamente al procesamiento definitivo.

Como vemos, la detención puede ordenarla no sólo la autoridad judicial (orden de detención), sino también cualquier particular (casos de flagrancia) o el Ministerio Público (por ejemplo, en el llamado caso urgente), en tanto que la *prisión preventiva* es privativa del campo procesal penal, es decir, la autoridad judicial, la que en su caso podrá homologar o convalidar la orden de privación provisional de la libertad, dada por el mismo tribunal o por otro tipo de autoridades, a través del llamado *auto de formal prisión*, también denominado de *reclusión preventiva*.

En atención al sujeto que ordena la detención, ésta puede ser: *ajudicial*, si proviene del tribunal judicial, o *bjudicial* *policía*, o también conocida como *gubernativa*, en los demás casos enumerados (flagrancia, caso urgente).

27.2 RESPALDO CONSTITUCIONAL

El artículo 14 constitucional prescribe que para que un gobernado sea privado de su libertad, se requiere que medie al acto de privación, el *procedimiento previo*, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento.

Como esta disposición constitucional impide la privación provisional de la libertad, resulta entonces que las medidas de cautela consistentes en la libertad, resulta entonces que las medidas de cautela consistentes en la privación provisional de la libertad, aparentemente resultan inconstitucionales.

La excepción a lo dispuesto por el propio artículo 14 sólo puede encontrarse en el texto de la propia Constitución, y no en preceptos de orden secundario.

La base constitucional a la privación provisional de la libertad física de una persona, la encontramos en el artículo 18 constitucional, cuando dispone que sólo por delito que merezca pena de carácter corporal, habrá lugar a la "prisión preventiva", así como en el artículo 18 constitucional, reformado en 1993, al establecer que cuando menos esté sancionada la conducta delictuosa por una pena "restrictiva de la libertad".

Es precisamente por esta razón por la cual, cuando el Ministerio Público presenta conclusiones acusando por una pena no privativa de la libertad, el tribunal debe dejarlo en libertad (art. 296 CFFP).

Esto significa, que en los casos en que la pena que pudiera ser aplicable (en el caso de resultar triunfante la pretensión del sujeto activo del proceso), sea, según la ley, de carácter privativo de la libertad, será factible aplicar una medida de cautela restrictiva de la libertad física. Fuera de este caso, será inconstitucional toda medida cautelar que tienda a restringir preventivamente la libertad.

Si el tribunal le resulta la duda acerca de si la potencial pena ha de ser corporal, cobra vigencia la expresión *quævis debet interpretari libertatis est, secundum libertatis responsabilitatem est* (siempre que surja una duda acerca de la libertad, debe interpretarse en favor de ella).

Cabe observar que la pauta establecida por nuestra Constitución para privar preventivamente de su libertad a una persona, no es universal. Existen otros sistemas que le conceden facultades al tribunal para resolver si debe o no imponerse la medida restrictiva de la libertad, basándose principalmente en *factores de peligrosidad social*, más que en el tipo de *sanciones* por imponer.

“Existe —dice Fix Zamudio— una vigorosa corriente doctrinal en México, como en muchos países, para limitar en lo posible a la detención preventiva y sustituirla por otras medidas cautelares que sean menos restrictivas de la libertad personal, como la libertad vigilada, el arresto domiciliario, el arraigo y otras similares, tomando en cuenta que esta institución contradice el principio esencial de la presunción de inocencia del acusado en el proceso penal y que fue consagrado expresamente en el art. 30 del Decreto Constitucional para la Libertad de América Mexicana, expedido en Apatzingán en 1814 y según el cual: ‘todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado’.”¹³

27.3 EXCEPCIONES

La posibilidad de aplicar una medida restrictiva de la libertad es un *derecho en favor de las autoridades penales*, de manera que es perfectamente factible que se pudiera establecer que en ciertos delitos no impliquen para las personas a las que se les atribuye, la aplicación de tales medidas restrictivas de la libertad (el Estado puede renunciar a su derecho).

Un ejemplo de este caso es que el Estado renuncia a su derecho a aplicar una medida cautelar, se encuentra en el artículo 133 Bis del reformado *CPRF* que permite conceder la libertad a quienes se encuentran bajo ciertos requisitos, sin necesidad de los beneficiarios otorguen alguna contraprestación o contragarantía.

Al lado de las excepciones que podría establecer el legislador ordinario al restringir la facultad constitucional de las autoridades, debe mencionarse que tampoco podrá aplicarse medida restrictiva de la libertad a quienes sólo se les impute ser sujetos responsables de *deudas de carácter puramente civil*. Pues aun cuando el legislador secundario pudiera establecer sanciones de carácter corporal para este tipo de conductas, tal sanción sería contraria al propio texto constitucional, que prohíbe la prisión por deudas de carácter puramente civil.

Quedan excepcionados igualmente de sufrir medidas restrictivas de la libertad, aquellas personas en cuyo favor concurra una causa de *inviolabilidad* o de *inmunidad*.

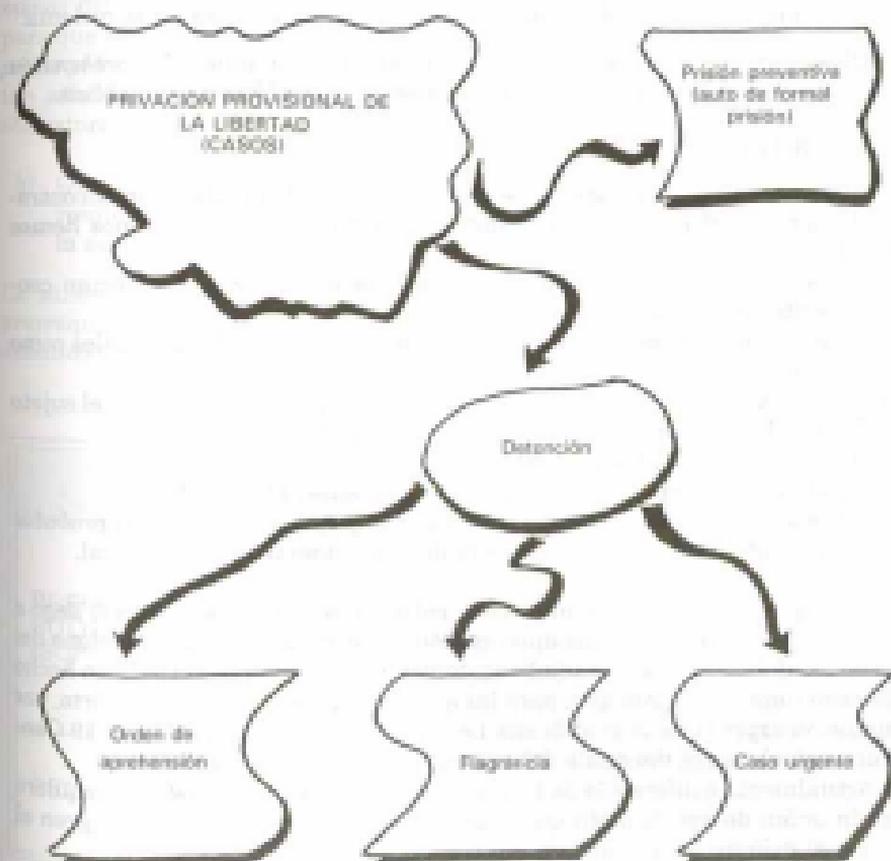
¹³ Fix Zamudio, Héctor “Detención”, en *Diccionario jurídico mexicano*.

A nuestro parecer, no pueden ser privadas de la libertad de manera provisional los inviolables o impunes, pues el objetivo principal de la detención carece de razón de ser (no existe eventual condena a asegurar).

En el caso de los inermes, creemos que la inmunidad se apoya más en la prohibición de medidas cautelares restrictivas de la libertad, que en el proceso mismo. Esto significa que podría ser explicable que un inerte esté procesado, pero no privado de la libertad.

27.4 CASOS

Los casos en que se permite la medida restrictiva de la libertad personal, se dice que son de dos tipos: los de *detención* y los de *prisión preventiva*, a los que ya hemos aludido.



Como *medios de detección*, mencionaremos los que se enuncian como: orden de aprehensión, flagrancia y caso urgente. En el único caso de *prisión preventiva*, tenemos al auto de formal prisión, también llamado de *reclusión preventiva*.

27.5 ORDEN DE APREHENSIÓN

La orden de aprehensión es la providencia cautelar, dispuesta por el tribunal, para que por conducto de un ejecutor sea presentada físicamente una persona, con el fin de lograr los aseguramientos propios que las medidas privativas de libertad implican (asegurar eventual condena, presencia al proceso, impedir destruya pruebas, etc.).

El vocablo *aprehensión* deriva de *prehendo*, *prehendere*, *prehendi*, que significa tomar, asir, coger. En el caso del procesado penal, consiste en asir a una persona aun contra su voluntad, y llevarla ante el tribunal que la reclama.

Obsérvese que el nuevo texto constitucional alude a *orden de aprehensión judicial*, para diferenciarla de la orden expedida por el Ministerio Público.

A. PRERREQUISITOS

Dentro de los supuestos o prerrequisitos de la orden de aprehensión encontramos los propios del auto de procesamiento provisional a que ya nos hemos referido.

Estos supuestos que la doctrina, y aun la jurisprudencia, mencionan constantemente son, entre otros:

- Que se encuentren satisfechos los requisitos de procedibilidad, tales como la denuncia o la querrela.
- Que se haya promovido previamente la acción penal. Esto es, que el sujeto activo del proceso, previamente haya ejercitado la acción penal.
- Que exista petición del Ministerio Público.
- Que exista radicación del negocio procesal ante el tribunal.
- Que se declare acreditada la existencia del tipo penal delictivo y la probable responsabilidad. Vale decir, que se dé el procesamiento provisional.

La Suprema Corte hasta antes de la reforma constitucional de 1993 llegó a sostener que para ordenar una aprehensión, no se requería la prueba plena del cuerpo del delito, pues sólo bastaba la denuncia o querrela en torno a un hecho calificado como delito. Aunque, para las aprehensiones a través del exhorto, por disposición expresa de la modificada Ley Reglamentaria del Artículo 119 Constitucional, el cuerpo del delito debería estar plenamente comprobado.

Actualmente a diferencia de lo que preceptuó la vieja redacción, se requiere para la orden de aprehensión que estén acreditados los datos que integran el tipo penal delictivo, así como la probable responsabilidad.

Como se advierte de esta lista, que es común encontrarlo en los escritores mexicanos de derecho procesal penal, no se menciona algún requisito de la orden de aprehensión, sino tan sólo prerequisites; prerequisites o supuestos que también le son comunes a la orden de citación.

B. REQUISITOS

Es lo que atañe a los requisitos de esta providencia o medida cautelar, encontramos los siguientes:

a) Que el delito que se califique con los hechos en que se basa el ejercicio de la acción, se encuentre sancionado abstractamente en la ley penal, con pena privativa de la libertad o con pena contra la vida; es decir, a las que la doctrina mexicana llegó a llamar penas corporales.

Es pertinente observar que según el texto constitucional la pena cuando menos debe ser la de privación de la libertad, por lo que existe la posibilidad para que en las leyes secundarias se pueda establecer que en ciertas o todas las penas privativas de libertad no se establezca la reclusión preventiva, quedando tan sólo las penas contra la vida, dada su gravedad, como aquellas en que obligatoriamente se debe imponer por el legislador secundario la detención.

b) Que sólo el tribunal la puede ordenar, no pudiendo por tanto dictar tal resolución, algún otro tipo de autoridad, pues formal y materialmente, sólo la autoridad judicial es la competente.

La ausencia de cualquiera de los mencionados requisitos, e incluso de los prerequisites, implica para la autoridad la obligación de dejar en libertad al detenido, con el correlativo derecho de éste para exigirlo (art. 123 CFFP).

ORDEN DE APREHENSIÓN

PRERREQUI- SITOS (SUPUESTOS)

- * Satisfacer los requisitos de procedibilidad
- * Promoción de la acción
- * Radicación de la causa
- * Petición del Ministerio Público
- * Declarar la existencia de un hecho que la ley defina como delito

REQUISITOS

- * Que el hecho calificado sea sancionado con pena corporal o reclusión
- Sólo el tribunal puede ordenarla

C. ÓRDENES DE COMPARECENCIA, CAPTURA Y ACOMPAÑAMIENTO

Conviene diferenciar a la orden de aprehensión de otro tipo de resoluciones.

Debe diferenciarse la orden de aprehensión de la orden de citación o comparecencia, que es una resolución del tribunal, con los mismos prerrequisitos de la orden de aprehensión, y que se diferencia de ésta en que la potencial sanción que podría ser aplicable no es de las privativas de la libertad y en que esta orden va dirigida por el tribunal directamente a la persona que ha de comparecer, pues en la orden de aprehensión, la orden va dirigida a un tercero que será el ejecutor (ejemplo: art. 157 CFFP).

En el segundo de los casos (aprehensión) se emplea la fuerza, el constreñimiento, en tanto que en el primero (comparecencia), se trata de una "invitación obligatoria"; esto es, que intima o aperece al citado para que comparezca por sí solo.

El mandato de comparecencia es en sustancia un decreto de citación al imputado. "Consiste en el mandamiento del juez penal, o de otra autoridad revestida del relativo poder jurisdiccional, con que se pone obligación al imputado de presentarse ante el eminente en lugar, día y hora determinados: orden sancionada mediante conminatoria de la emisión de mandato de acompañamiento si el imputado no se presenta sin un impedimento legítimo."⁴

Atendiendo a la continuación de la custodia que puede seguir a la orden de aprehensión, deben diferenciarse las siguientes resoluciones:

a) La orden de aprehensión que irá acompañada, además, de la detención del sujeto. Es decir, deberá el sujeto quedar recluido o detenido preventivamente, aun después de ejecutada la aprehensión. Aquí continuará la custodia, y se llama orden de detención u orden de captura.

En este punto, cabe recordar que los estudiosos se detienen a diferenciar la orden de aprehensión de la orden de detención. Así, se considera aprehensión el acto mismo de la captura, el hecho real de apoderamiento, en tanto que la detención es un estado que casi siempre sigue a la aprehensión. Se trata de un estado de custodia, bajo privación de la libertad. Cabe, no obstante, advertir que no siempre después de la aprehensión se da la detención, como en el caso siguiente.

b) La orden de acompañamiento, que se construye en acompañar el sujeto al ejecutor, quien lo escolta y custodia para que se presente ante el tribunal, una vez realizado el acto procesal para el que fue llamado, sin que quede privado de su libertad. A ésta puede llamárselo orden de acompañamiento o de escolta. Aquí la custodia no continúa.

"El mandato de acompañamiento —dice Manzini— es un decreto del juez o de otra autoridad revestida del relativo poder jurisdiccional, consiste en el

⁴Manzini, *Vicenza, Tratado de derecho procesal penal*, t. III, págs. 566 y 567.

ORDEN DE APREHENSIÓN	ORDEN DE CITACIÓN O COMPARECENCIA	ORDEN DE ACOMPAÑAMIENTO O ESCOLTA
Pena potencial: corporal o privativa de la libertad	Pena no corporal ni privativa de la libertad	Pena no corporal ni privativa de la libertad
Se dirige a un tercero para que la ejecute	Se dirige directamente al citado	Se dirige a un tercero para que haga comparecer al citado
Autoriza el empleo de fuerza o constreñimiento	Intima o apercibe para que comparezca por sí solo	Puede emplear la fuerza o el constreñimiento
Luego de la aprehensión sobreviene la custodia (detención)	No implica custodia posterior	El sujeto sólo es custodiado hasta su presentación

mandamiento impartido por ese mismo juez a los oficiales y agentes de la policía judicial o de la fuerza pública para que conduzcan a su presencia al imputado, si hace falta hasta mediante el empleo de la fuerza.⁷⁷

D. REAPREHENSIÓN Y RECAPTURA

Otro tipo de resolución emparentada con la orden de aprehensión es la reaprehensión y recaptura, que se da como una reiteración de la medida cautelar de privación de la libertad física, cuando por alguna circunstancia la persona escapa a la detención o que, gozando de una medida sustituta de la detención (por ejemplo, la caución), se encuentra con la imposibilidad de poder continuar gozando de tal medida sustituta, por lo cual se le revoca y se ordena su reaprehensión.

En el caso de la reaprehensión no se requiere, como en la aprehensión, previa solicitud del Ministerio Público.

E. EJECUCIÓN

La orden de aprehensión, e incluso las de reaprehensión y la de acompañamiento, se entregarán al Ministerio Público, para que por su conducto la ejecute la policía,

Nótese que la orden no va dirigida al imputado, sino a un agente de la autoridad. El imputado no tiene obligación de presentarse; como tenetur seipsum proferre (nadie está obligado a entregarse a sí mismo).

⁷⁷ *Ibid.*, págs. 569 y 570.

Tan luego como se logre la aprehensión, de inmediato (sin dilación alguna establece la Constitución) deberá la persona ser puesta a disposición del tribunal que la reclama. En caso de que el ejecutante no cumpla con esto, se hará acreedor a una sanción.

Tratándose de delitos culposos, establece el CPPDF (art. 272), el detenido será puesto a disposición del juez de manera directa, es decir, sin necesidad de quedar dentro de prisión. Esto con la finalidad de que pueda obtener la libertad bajo caución.

Si el aprehendido es un empleado o funcionario público, se comunicará su detención, sin demora, al superior jerárquico. Si el aprehendido está trabajando en un servicio público, deberá el ejecutor procurar que no se interrumpa.

En el caso de que el privado de la libertad sea un extranjero, se dará aviso de esto a la representación diplomática o consular correspondiente (art. 138 frac. III CFPP).

La legislación colombiana, al igual que otras, establece que lograda la captura, "se le solicitará al capturado indique la persona a quien se debe comunicar su aprehensión, lo que se hará de inmediato, salvo que la persona señalada esté implicada en el hecho que se investiga".⁸

Desgraciadamente en nuestra ley no existe obligación a cargo del funcionario que ejecute la detención, de leerle al detenido tal mandamiento de detención, como ocurre en otros lugares. De cualquier manera sería deseable establecer esta obligación en los textos legales.

El derecho que sí tiene el detenido, será que se le informe sobre la imputación en su contra, el nombre del denunciante. Tendrá además el derecho a comunicarse con quien crea más conveniente, designar defensor, incluso hacer uso del servicio telefónico.

27.6 FLAGRANCIA

Otro supuesto o vía para lograr la detención preventiva es la llamada flagrancia (*in flagrante delicto*). El término proviene de *flagrantia*, *flagrantius*, cuyo significado es arder, brillar, estar flameante, incandescente, y que metafóricamente al pasar al derecho y aplicarse al delito, significa delito *resplandeciente*, o *actualidad del delito*.

Como se advertirá, la idea o concepto de flagrancia supone la íntima relación entre un hecho considerado como delictuoso y su autor, aunado al elemento sorpresa.

"El arresto de flagrancia —apunta Manzini— es el acto con el que una persona es sorprendida mientras está cometiendo un delito o en un estado de de-

⁸ *Reformas al procedimiento penal*, pág. 82.

rado equivalente por la ley, la priva provisionalmente de su libertad personal un sujeto autorizado, para ponerla a disposición de esa misma autoridad.⁷⁹

Nuestro texto constitucional establece como regla general, que sólo mediante orden de aprehensión proveniente de la autoridad judicial se aplicará la medida cautelar restrictiva de la libertad, pero dentro de las reglas específicas, que derogán a la citada general, nos encontramos que también el propio texto constitucional indica que como excepción, en los casos del delito flagrante, cualquier persona podrá prender al delincuente y sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata, y ésta con prontitud, al Ministerio Público. Esto es, no sólo el tribunal podrá aplicar la medida cautelar, sino que también un particular la puede ejecutar.

La flagrancia, entendida como requisito, resulta importante en nuestro sistema porque: a) puede dar lugar a la detención sin orden de aprehensión de autoridad judicial o del Ministerio Público; o b) ser un requisito en los juicios militares para que pueda abrirse un juicio de guerra extraordinario.

La medida cautelar no es la flagrancia o actualidad del delito, sino la detención preventiva. La flagrancia, en el mejor de los casos, es uno de los requisitos, que unido a la potencial pena privativa de la libertad, puede dar lugar a la ejecución de una medida cautelar restrictiva de la libertad personal.

Por la posibilidad de ejecutar la medida cautelar aun desde antes de que se inicie el proceso, tal medida resulta metaprocesal y debe convalidarse por la autoridad. A este respecto, en el caso de que una persona sea privada de su libertad por parte de quien no es autoridad, ésta quedará a disposición del Ministerio Público, el cual deberá ratificar o descalificar la detención (art. 193 CPP). Por su parte la Constitución establece que al pasar el detenido ante el juez, éste debe, en su caso, ratificar la detención.

Cuando el legislador admite esta forma de detención, lo hace por la "urgencia", que es una de las características, no sólo de ésta, sino de toda medida cautelar. De aquí, que con motivo de este tipo de urgencia y la cercanía temporal con el delito, se faculta aun a cualquier particular, para ejecutar sin orden de autoridad judicial o del Ministerio Público, la medida restrictiva de la libertad física.

Aunque la flagrancia delictiva está fuera del proceso, a nuestro asignaturo ra le interesa por su conexión con la medida de cautela.

La existencia de tres tipos o clases de flagrancia se afirma no sólo por la ley, sino también por los estudiosos. Esta clasificación atiende al grado de alejamiento de la conducta delictuosa, e incluye:

- a) Flagrancia estricta.
- b) Cusiflagrancia.
- c) Presunción de flagrancia.

⁷⁹Manzini, Vicente, *Tratado de derecho procesal penal*, t. III, pág. 601.

A. FLAGRANCIA ESTRICTA

Hay flagrancia estricta cuando el sujeto detenido es sorprendido en el momento mismo de estar ejecutando o consumando la conducta delictiva. Su concepto se encuentra vinculado con las fases consumativas o ejecutiva de un delito, es decir, en el *iter criminis*. Florián, por ejemplo, alude a la "comisión", *in ipsa perpetratiōne facinorosa*,¹⁰ y Manzini hace incidir la flagrancia al momento de estarse cometiendo el delito.¹¹ Por su parte, la ley italiana habla de actualidad del delito.

EJEMPLO: en el momento en que un sujeto es sorprendido manteniendo encadenada a una persona, en ese mismo momento podrá ser detenido *in ipsa perpetratiōne facinorosa*.

B. CUASIFLAGRANCIA

Bajo la cuasiflagrancia, una persona podrá ser detenida aún después de que ejecutó o consumó la conducta delictiva, pero siempre y cuando no se le haya perdido de vista y aún haya sido perseguido desde la realización del hecho delictuoso.

Aunque ya ha pasado la consumación, aparece la otra especie de flagrancia, decía Julio Acero, cuando "no deje de prevalecer siempre como exigencia principal, la racional proximidad del tiempo de la ejecución del delito, para que se considere que su impresión subsiste íntegra y clara como *res de estriete actualidad*".¹²

EJEMPLO: un sujeto ha robado un bien. Aunque fue visto cuando robaba, no fue detenido en ese momento, sino que luego de echar a correr, quien o quienes lo vieron robar lo siguen, para prenderlo más adelante.

C. PRESUNCIÓN DE FLAGRANCIA

En la presunción de flagrancia, el individuo ni ha sido prendido al ejecutar o consumir el delito, y tampoco ha sido perseguido luego de cometido. Aquí sólo existen datos que hacen factible pensar que ese sujeto fue el autor. El encontrarle en su poder la cosa robada, o el arma ensangrentada, implica una presunción de flagrancia.

EJEMPLO: al llegar a nuestra casa, vemos cerca de ella a un individuo que carga nuestro televisor. Aunque no vimos el momento consumativo, si concurre una presunción: la de encontrar en poder de otro nuestro televisor robado.

D. FORMAS DE FLAGRANCIA EN LA LEY

"Algunas formas de flagrancia —dice García Ramírez— pueden darse en el desarrollo del mismo proceso. Así, se consignará (rectius, denunciará) inmediatamente

¹⁰ Florián, Eugenio, *Elementos de derecho procesal penal*, pág. 236.

¹¹ Manzini, Vincenzo, *Tratado de derecho procesal penal*, t. III, pág. 601.

¹² Acero, Julio, *El procedimiento penal*, pág. 131.

mente al M.P. al testigo de quien con fundamento se sospecha que ha incurrido en falsedad (artículos 214 CDF y 255 CF)... También puede ser caso de flagrancia el hecho de que el jurado no manifieste el impedimento que tenga para hacerlo, cuando se le interroga sobre ellos, o indique tener uno que en rigor no presenta... Otro caso de flagrancia se presenta, en el CDF cuando un jurado se niega a rendir la protesta que le corresponde con lo que incurre en delito de desobediencia...¹¹

No establece nuestra ley la facultad de arrestar *in fraganti* a aquellas personas respecto de las cuales se sospeche o sabe que van a cometer un delito, como existe por ejemplo en Tailandia.

27.7 CASO URGENTE

El otro caso de excepción a la regla, según la cual sólo un tribunal puede ordenar la detención preventiva, es el denominado por nuestra Constitución y los estudiosos "caso urgente":

Aquí también un agente de la autoridad administrativa podrá ordenar la detención provisional, siempre que en el lugar "no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de hora, lugar o circunstancia". El único agente de la autoridad administrativa que puede ordenar tal detención, es el Ministerio Público. Cabe recordar que antes de las reformas constitucionales de 1993, cualquier agente de autoridad podía ordenar este tipo de detenciones.

"Por lo que ve a la falta de autoridad judicial en el lugar —asienta Julio Acero—, debe entenderse respecto de la población, villa o hacienda de que se trate y se concibe perfectamente en todas las rancherías, lugares despoblados o aun en poblaciones de cierta importancia, cuando por algún motivo se carezca de ellos o se hayan ausentado los jueces respectivos; pero no en el sentido de que basta que no se hayan hecho presentes en la casa, calle o sitio mismo exacto de la comisión del delito".¹²

Este caso excepcional, hasta antes de las reformas constitucionales de 1993, posó un elemento difícil para su interpretación, como era definir "caso urgente". De aquí que Burgos se haya pronunciado en su contra, señalando que tal fórmula "abre un ilimitado campo propicio al subjetivismo de las autoridades administrativas, incluyendo dentro de su tipo funcional y orgánico al Ministerio Público, para atentar contra la libertad personal de los gobernados".¹³

El mismo Burgos continuaba expresando que "el artículo 16 (constitucional) prohíbe el criterio subjetivo y hasta arbitrario de la autoridad administrativa para determinar la urgencia de un caso y ordenar, por consecuencia, la detención de una persona, pudiendo afirmarse que, merced a la salvedad de que tratamos, se vuelve nugatorio el principio general de que sólo por decisión judicial procede

¹¹ García Ramírez, Sergio. *Curso de derecho procesal penal*, pág. 343.

¹² Acero, Julio. *Procedimiento penal*, pág. 131.

¹³ Burgos, Ignacio. *Las garantías individuales*, pág. 381.

la aprehensión. En otras palabras, al establecer la excepción del caso urgente, el artículo 16 constitucional se suicida en lo que respecta al mencionado principio.¹⁸

Cabe advertir que la detención por caso urgente sólo procede cuando se trate de un delito "grave", es decir, no de cualquier delito. A este respecto la Constitución establece que la gravedad será calificada por la ley, y no por el aprehensor.

A este respecto, la ley dispone que se consideran graves para los efectos de la detención por caso urgente, diversos delitos que se listan en los artículos 194 del CFPF y 268 del CPPDF, mismos en los cuales se comprenden delitos definidos en diversos ordenamientos punitivos. Por ejemplo, el Código Penal, La Ley Federal de Armas de Fuego, la Ley federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Ley General de Población y el Código Fiscal.

En realidad, lo urgente es característica de toda medida cautelar; el problema de interpretación del artículo 16 constitucional, es que *da el nombre de la receta, pero no enumeró los ingredientes*. Aquí se define la urgencia dentro de una sospecha de fuga fundada en actos tangibles que la revelen. A este respecto la Constitución establece: "ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda substraerse a la acción de la justicia".

Una vez identificados la orden de aprehensión, la flagrancia y el caso urgente, bien vale adentrarse en los campos de la sociología de la procesal, para averiguar la eficacia de estas normas.

A nuestro parecer, sin poder respaldarlo con datos específicos, hasta 1990 más del 80% de los privados provisionalmente de su libertad, fueron detenidos sin orden de aprehensión de autoridad judicial, sin haber sido sorprendidos en flagrancia, y sin que se hubiera concretado la "urgencia".

Desgraciadamente estas arbitrarias e ilegales detenciones fueron convalidadas por nuestros tribunales, especialmente los de amparo, los cuales sostuvieron que sólo era procedente fijar la responsabilidad al aprehensor, pero sin nulificar la aprehensión. De estos casos de responsabilidad, no sabemos de alguno que haya sido fijado. En la actualidad, a partir de la reforma de 1990-91, y luego la reforma constitucional de 1993, es obligatorio para la autoridad judicial dejar en libertad al detenido cuando falte alguno de los supuestos.

Como en el caso de la flagrancia, la autoridad judicial, tan pronto tenga conocimiento de la detención, deberá ratificarla, o dejar en libertad al injustamente detenido, sin necesidad de esperar la declaración preparatoria.

27.8 DECLARATORIA DE DETENCIÓN

Se establece en la ley la facultad del Ministerio Público para determinar qué personas quedarán en calidad de detenidas, lo que significa que debe pronunciarse una resolución que indique tal cosa. Presentada esa persona ante el

¹⁸ *Ibidem*, pág. 582.

tribunal este tiene la obligación de ratificarla o rechazarla, dejando en libertad al injustamente privado de la misma (artículo 16 constitucional).

Para la ratificación de la detención, el tribunal debe tomar en consideración entre otros datos que se trata de un delito grave, asimismo que la causa de la detención fue precisamente por flagrancia o caso urgente.

Incluso en el documento de trabajo tendiente a interpretar las reformas constitucionales y a la que comparecieron magistrados y jueces de Distrito, se estableció que "no puede concluirse que para dictarse una orden de detención urgente, debe tener como presupuesto básico la existencia de una averiguación previa, pues lo que se persigue con la disposición constitucional es impedir que sin base legal alguna se ordenen detenciones arbitrarias."¹⁷

Esta resolución tiene efectos más prácticos que burocráticos. Así, permite primeramente establecer la condición jurídica bajo la que queda la persona, lo cual nos sirve para iniciar a computar algunos de los plazos que la ley establece, y para dejar la constancia para que se puedan actualizar otros fenómenos jurídicos, dentro de los cuales García Ramírez destaca uno de los elementos para concretizar el tipo delictivo de evasión de presos, y el momento a partir del cual se inicia a contabilizar la pena de prisión a que alude el artículo 20 fracción X, último párrafo constitucional.¹⁸

Incluso, por muy irregular que pueda parecer o ser una detención, debe dejarse constancia del momento en que una persona quedó detenida. Obviamente este momento no es el momento en que se dicta la resolución de detención, sino el momento de la aprehensión misma. Esto es, los efectos de la resolución a que nos referimos, se retrotraen al momento preciso en que se consumó la detención.

Por desgracia la ley no establece los requisitos que debe contener esta resolución, pero puede servir de guía lo que al respecto se establece para la prisión que se formaliza con el auto de formal prisión o reclusión preventiva, que en seguida pasamos a examinar.

27.9 FORMAL PRISIÓN O RECLUSIÓN PREVENTIVA

A través del *auto de formal prisión*, también llamado de *prisión preventiva*, se confirma, homologa u ordena una medida cautelar restrictiva de la libertad física. La *confirmación*, si el tribunal previamente había ordenado la detención; la *homologación*, si alguna persona o autoridad diversa a la del tribunal ya la había impuesto; o la *ordena*, si hasta ese momento no se había dispuesto la detención.

La *orden de detención preventiva* participa de la misma naturaleza que la de *prisión preventiva*. Ambas implican la medida cautelar restrictiva de la li-

¹⁷ Interpretación judicial de las reformas constitucionales en materia penal. Documento de trabajo, pág. 11.

¹⁸ García Ramírez, Sergio. *Proceso penal y derechos humanos*, págs. 83 y 89.

bertad. La detención es una medida provisional, pero más provisional en el tiempo que la prisión preventiva, a la que sin extremo cuidado en el lenguaje se le podría llamar "*prisión definitiva, pero dentro de la preventiva*", lo cual revela un contrasentido, pero que sin duda alguna resulta pintoresca e ilustrativa.

En contrapartida al auto de reclusión preventiva se encuentra el que en México se denomina "auto de libertad", que sería una resolución de liberación de la custodia. A este auto de libertad con frecuencia también se le confunde con la resolución *desagregatoria de procesamiento*, lo cual es erróneo, ya que puede existir una resolución de liberación de la custodia, pero que ordene el procesamiento definitivo. Por ejemplo, en aquellos procesos donde el delito materia del proceso no tenga sanción "corporal" o privativa de la libertad, y el sujeto sí debe ser procesado.

A. DELIMITACIÓN CON EL PROCESAMIENTO DEFINITIVO

Es muy común confundir la medida cautelar de prisión preventiva o de auto de formal prisión, con la resolución de procesamiento. Mientras que esta última dispone se continúe el proceso, la primera implica una medida cautelar restrictiva de la libertad.

La gran mayoría de las definiciones dadas por los estudiosos del proceso en México en torno a la "formal prisión", están orientadas al procesamiento, y no a la medida cautelar, pues ni siquiera hacen alusión a uno de los requisitos principales, como es el tipo de sanción que potencialmente ha de garantizarse: es decir, la pena "corporal" o privativa de la libertad.

En parte, esto obedece a la mala redacción del artículo 18 constitucional, en el que aparentemente se da pie a la confusión, y otro tanto a que se parte de premisas implícitas a las que no se les ha prestado atención.

Uno de los proyectos de la disposición establecía:

"Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto motivado de prisión que tendrá como base, la comprobación del cuerpo del delito, el indicio, cuando menos de culpabilidad del acusado y los demás requisitos que establezca la ley..."²⁹

Si se advierte, aquí se tomaba a los datos del procesamiento (cuerpo del delito, responsabilidad) como base, esto es, supuesto de la medida cautelar, y no como requisitos propios o concomitantes.

En realidad, esta confusión entre el auto de procesamiento y el de reclusión preventiva no es exclusiva del legislador mexicano, pues según afirma Levene, también se advierte en la legislación argentina.

De cualquier manera, dice Levene, deben diferenciarse: "el auto de procesamiento establece la relación procesal en todos los casos, haya o no pena privativa de libertad, y con él el juez ordena llevar el proceso adelante contra"

²⁹ Herrera y Lasso, *Eduardo, Génesis constitucionales, en materia penal*, pág. 39.

persona determinada y califica jurídicamente un hecho. . . Ese auto de procesamiento es el presupuesto necesario para el de prisión preventiva. . . el primero convierte al imputado en procesado, es decir, al presuntamente culpable en sometido al proceso. El segundo. . . resta como una eventual medida cautelar.²⁰

B. PRESCINDIBILIDAD O IMPRESCINDIBILIDAD

Cuando el artículo 19 constitucional establece que ninguna detención podrá exceder de 72 horas sin que se "justifique" con un "auto de formal prisión", supone que tal resolución tiene como supuesto la detención, de manera que en aquellos casos en que el inculcado no se encuentre detenido por haber obtenido la libertad caucional, bajo protesta, o bien en que no se requiera su privación de libertad, el problema consiste en determinar si el tribunal está obligado a dictar un auto de "formal prisión". ¿Es prescindible o imprescindible?

Sobre este particular, la Suprema Corte, en jurisprudencia definida, ha establecido que aun en el caso de que el inculcado goce de la libertad bajo caución o bajo protesta, no deberá dejarse de dictar el auto de "formal prisión", lo cual supone que el tribunal sí tiene obligación de pronunciar tal resolución, aun cuando no se dé el presupuesto o supuesto que marca el artículo 19, y que consiste en la detención.²¹

Consideramos que la tesis de la Corte equivoca el sentido de las palabras, pues al no ser operante una medida cautelar, es incuestionable que no tiene por que pronunciarse. Lo que en el fondo la Corte quiso decir fue que aun cuando una persona se encuentre en libertad bajo caución, debe dictarse la resolución de procesamiento definitivo, a fin de poder continuar con el proceso.

C. PLAZO DE LA DETENCIÓN

Decimos que la duración de la detención es más breve que la de prisión preventiva. Examinemos su duración.

Isidro Montiel y Duarte nos recuerda que este plazo ha variado a través de las diversas leyes que han existido. Así, en la Constitución de 1812, el plazo máximo, era al parecer de 24 horas; en la Constitución de 1824, de 69 horas; en la Constitución centralista, no se fijó duración de la detención; en la ley Berragán de 1835 se fijaron 10 días; en cambio, en las Bases Orgánicas se establecieron ocho días; a partir de la Constitución de 1857, incluyendo la vigente hasta 1993 se establecieron tres días. A partir de 1993 se precisan 72 horas máximo.

Resulta claro afirmar que las leyes ordinarias no pueden ampliar tal plazo, pero sí restringirlo, como ocurrió hacia 1870 en la Constitución de Tlaxcala,

²⁰ Llerena, Ricardo, "Prisión preventiva", en *Enciclopedia jurídica Osmeca*.

²¹ Apéndice 2317-75, Primera Sala, pág. 85.

donde se establecieron 48 horas, según nos lo recuerda Castillo Velasco.

La codificación federal a partir de la reforma de 1967-1968, permite la ampliación del plazo de 72 horas al doble (art. 161 CFFP).

Desde que esta iniciativa de reforma, entró en el Congreso fue cuestionada por varios procesalistas y constitucionalistas (incluso los que el Congreso consultó). De cualquier manera, a pesar de la bondad con que se introdujo la reforma a la ley secundaria, se debió primero reformar la Constitución, para permitir las prórrogas al plazo.

Sólo el sujeto pasivo del proceso (imputado) o su defensor pueden solicitar la prórroga del plazo, no así el Ministerio Público.

Aunque la ley ordinaria no lo indica, el plazo (que se duplica) puede también ser renunciado en cualquier momento.

El último apartado de la disposición reformada, aunque le niega al acusador la facultad para requerir la prórroga en el plazo, sí le permite que al amparo del plazo prorrogado pueda ofrecer las pruebas que crea pertinentes.

En el caso de que no se pudieran desahogar las pruebas dentro del plazo legal (a pesar de la dilación probatoria), el artículo 379 (CFFP) autoriza para que en la segunda instancia, al estar transitándose el recurso de apelación, el tribunal ordene su desahogo.

Al quedar establecido en el texto constitucional, a partir de la reforma de 1968, que el plazo será de 72 horas, quedó solucionado el problema que se presentaba cuando se computaba por días, tal y como lo asentamos en la primera edición de este libro.

Ahora sólo cabe recordar que el plazo de 72 horas se cuenta por tiempo natural y no por tiempo hábil.

Igualmente que el cómputo del plazo, es decir, el momento a partir del cual habrá de comenzar a contarse las 72 horas (*af dies a quo*), se inicia a partir del momento en que el detenido queda a disposición del tribunal. Con esto quedó solucionado los diversos cuestionamientos en torno a si era a partir de la detención o de la consignación ante el tribunal.

Se clarifica en la nueva redacción del texto constitucional que estas 72 horas no podrán ser excedidas, que si acaso lo fueren, entonces "los custodios que se reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado deberán llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término (veintias, plazo), y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrán al inculcado en libertad."

Para el caso en que se hubiese prorrogado el plazo original de 72 horas, el tribunal deberá así manifestarlo al director o encargado del reclusorio o cárcel preventiva, a efecto de que lo tome en consideración para los efectos de cómputo a que se refiere el texto constitucional.

Cabe precisar que nos estamos refiriendo a un plazo de 72 horas iniciadas a contar a partir de que el detenido queda a disposición del tribunal. No obstante se debe recordar que de acuerdo con el artículo 16 constitucional, se podrán considerar otras 48 horas en que el detenido puede quedar a disposición del Ministerio Público durante la averiguación previa. Incluso, estas 48 horas podrán duplicarse en aquellos casos en que la ley secundaria considere que se trata de delincuencia organizada.

A este respecto, el artículo 194 Bis del CFFP lista diversos delitos en que el legislador considera existe delincuencia organizada, exigiéndose además que participen tres o más personas bajo reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento o reiterado o con fines predominantemente lucrativos.

D. PLAZO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

No existe disposición que establezca con exactitud la duración máxima de la medida restrictiva de la libertad, a partir de la resolución de formal prisión o prisión preventiva (pues sólo existe plazo para la conclusión del proceso). No obstante, deduciendo el lapso de la detención, al plazo que establece el artículo 20 fracción X constitucional "no podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motive el proceso".

Por desgracia, el plazo máximo de duración para que opere la preclusión se deja al legislador ordinario (que es quien establece la sanción máxima), pero lo más grave y criticable es la duración de la medida preventiva constituye el máximo de la sanción, por lo cual resulta mayormente injusta, pues de resultar inocente el penalesmente demandado, ya habrá cumplido la máxima de la penalidad y, de resultar responsable, sería muy difícil que se catalogará como de *periculosidad extrema*, cosa que en la praxis resulta rarísimo.

En otros sistemas, como en la URSS, "la prisión preventiva no puede durar más de dos meses. Este periodo puede ser prorrogado hasta tres meses, únicamente cuando la causa ofrece gran complejidad, por el fiscal de República Autónoma y Comarca Nacional y por el fiscal de Región Militar y Flota de Guerra, y hasta seis meses por el fiscal de República Federada y el fiscal Militar Superior. Sólo en casos excepcionales se admite una prórroga adicional de tres meses como máximo, que debe ser autorizada por el fiscal General de la URSS".²²

²² *Fundamentos del procedimiento judicial penal*, pág. 326

E. REVISIONES PERIÓDICAS

La prisión preventiva en nuestro sistema puede durar, como vimos hasta la duración máxima de la pena que establece la ley. En otros sistemas esta implantada una revisión periódica, como en el caso de la URSS, que hemos visto, así como en Alemania, a decir de Sergio García Ramírez, donde debe *revisarse de oficio* a los dos meses de haberse decretado, y luego cada tres meses.²³

En México esto también debería ser posible, por lo que habría que implantar cada dos meses una *revisión oficiosa*, o al menos en el momento en que se cierre la instrucción. En este último momento sería factible, si tenemos en cuenta que se llegaría al plenario con elementos de mejor peso.

²³ García Ramírez, Sergio, *Cursos de derecho procesal penal*, pág. 404.

CAPÍTULO
28

CONTRAGARANTÍAS
(medios de obtener la libertad
provisional)

SUMARIO

28.1 NOCIÓN

28.2 LIBERTAD MEDIANTE CAUCIÓN

A. NATURALEZA

B. CLASIFICACIÓN

C. SISTEMAS DE OTORGAMIENTO

D. CASOS Y REQUISITOS

E. MONTO DEL IMPORTE

F. CANCELACIÓN

28.3 LIBERTAD MEDIANTE ARRAIGO

A. ARRAIGO ADMINISTRATIVO

B. ARRAIGO JUDICIAL

28.4 LIBERTAD MEDIANTE PALABRA

A. CASOS Y REQUISITOS

B. APLICACIÓN

28.1 NOCIÓN

Las medidas de cautela o garantía pueden ser *primarias o principales*, por un lado, y *secundarias* por el otro. Las más conocidas y estudiadas son las principales.

Mientras que las *primarias o principales* aseguran, entre otras cosas, la eventual ejecución de una sentencia condenatoria —es decir, son medidas que están subordinadas a una medida definitiva—, las *secundarias* son medidas que aseguran que no se aplique la medida cautelar principal, debido a lo cual, son *contragarantías*.

En el campo procesal penal decimos que la privación provisional de la libertad funciona como una medida de cautela o garantía (cuyo objeto es la eventual sentencia condenatoria). Podemos agregar que se trata de una medida de cautela primaria o principal, porque esa medida también tiene su "antídoto" para que no se ejecute; y ésa es la *contragarantía*.

En su esencia, las *medios de contragarantía* —como llamaremos a esas medidas secundarias— son verdaderas medidas cautelares, pero se caracterizan por ser medidas o proveimientos que garantizan o aseguran la no ejecución de otra medida cautelar. Podemos decir que son medidas de cautela que evitan se aplique una medida cautelar principal. Son *contra*medidas; esto es, *contragarantías*.

"Aquí la caución —dice Calamandrei, refiriéndose a una de las medidas de contracautela a que aludiremos— funciona, pues, en calidad de cautela de la cautela o, como se ha dicho autorizadamente, de contracautela."¹

También puede afirmarse que la privación provisional de la libertad física por un lado, y por el otro la caución, el arraigo, o la palabra empeñada, funcionan ambas de manera opuesta, otorgadas a cada parte, como si buscaran el equilibrio interpartes.

Las medidas de contracautela (más precisamente de contragarantías), afirma Calamandrei, "para suavizar los inconvenientes que podrían derivar de errores de previsión, dan al juez la posibilidad de acordar en vía cautelar, junto a la medida dispuesta para la hipótesis de que la providencia principal sea favorable al solicitante, una contramedida destinada a funcionar en el caso de que la providencia principal le sea desfavorable".²

No se olvide, entonces, que en el caso de *libertad provisional* no se deniega el procesamiento, sino sólo la detención —es decir, se excarcela mientras sigue el proceso. Dicho de otra manera: la contragarantía sustituye a la detención provisional.

Dentro del derecho procesal penal nos referiremos básicamente a tres medios de contracautela o contragarantía, en tanto de medios para obtener la libertad provisional:

- a) caución,
- b) arraigo, y
- c) palabra.

Esto no significa que neguemos que en el derecho procesal sean conocidas otras formas de contragarantía. En el proceso civil, por ejemplo, se concede la caución para que no se lleve a cabo un embargo, que en nuestro Código Federal se encuentra establecida en el artículo 149. No obstante, sólo nos referiremos a las tres mencionadas, por considerar que son las principales en el procedimiento penal.

Adviértase que no debe confundirse la contramedida (caución, arraigo, palabra) con el resultado que se obtiene luego de constituida o depositada (esto es, la libertad provisional). Tampoco debe creerse que siempre que se concede o reconozca una libertad estamos en presencia de una hipótesis que permita

¹ Calamandrei, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, pág. 64.

² *Ibidem*, pág. 76.

pensar en una contragarantía. Hay casos en que libertad física del enjuiciado se concede de manera *pura o simple*, es decir, sin contragarantía, como en los casos en que se decreta "auto de libertad sin fianza ni protesta", que es un auto restitutorio de la libertad (total o parcial) debido a que el "delito" por el que ha de continuar el proceso no se sanciona con pena privativa de la libertad. Y hay casos en que la libertad sólo opera mediante contragarantía. Es a este segundo caso al que nos abocaremos en este capítulo.

Antes de continuar en el estudio de cada una de las formas para obtener la libertad mediante la contragarantía, conviene preguntarnos si su naturaleza es o debe ser la de un *incidente* o de una *medida cautelar o contragarantía*.

Por lo pronto, tenemos el dato de que nuestras leyes tratan a esas formas de contragarantía en el capítulo de los incidentes. Contamos, además, con gran número de penalistas (no procesalistas) que sin reflexión alguna, así como por inercia, se atreven a llamarles incidentes.

Realmente, no son incidentes. García Ramírez, por ejemplo, asienta que no lo son, pues la libertad bajo caución —que es a la que se refiere—, debe darse de inmediato. "Si se diese carácter incidental al otorgamiento de la libertad provisional bajo caución, se violaría la garantía constitucional, al desconocer la inmediatez que esta dispone."²

Retomar la idea de que la libertad provisional es un incidente, o que la caución, el arraigo o la palabra son incidentes, equivale a volver aún más atrás de las ideas de Carnelutti, cuando centró su atención en lo que llamó procesos cautelares, óptica ésta que afortunadamente, fue después enderezada por Calamandrei, al poner el acento en la medida.

La libertad provisional, o cualquiera de las contragarantías que a ella dan lugar, no constituyen un proceso autónomo y tampoco son proceso. En ellos no se plantean conflictos y, por tanto, tampoco son un proceso incidental. Se trata simplemente de una *contramedida*, de una *contragarantía* que restituye la libertad (excarcela).

28.2 LIBERTAD MEDIANTE CAUCIÓN

²A partir del liberalismo —apunta Rivera Silva—, el dinero adquiere un peso tan importante como la libertad. Spengler, con mucha razón, manifiesta que

³García Ramírez, Sergio y Adato, Victoria, *Procuratorio del proceso penal mexicano*, pág. 533.

el símbolo de la sangre deja su lugar al símbolo del dinero. Esta importancia que adquieren los factores económicos a partir de la Revolución Francesa, se subraya en las instituciones que estamos estudiando, en donde un valor muy apreciado, como es la libertad, sólo es sustituido por otro muy apreciado: el dinero. La situación indicada provoca, en todos los que no tienen poder económico, una fuerte protesta contra la libertad bajo caución, en la cual ven un producto fiel del pensamiento burgués."¹

García Ramírez, corrige a Rivera Silva, pues el dinero no queda en lugar de la libertad, sino en lugar de la prisión, "porque dinero y libertad concurren, y no en cambio, dinero y prisión".²

De esta manera, la privación provisional de la libertad (arresto o prisión preventiva) es cambiada por la caución, esto es, por otro bien con respaldo económico. Y aun cuando, como lo expresa Juventino Castro al indicar que "no existe equivalencia entre el aseguramiento de un inculpaado para evitar se escape de la justicia, y la obtención de una suma de dinero para el Estado para el caso de que este evento ocurra", lo cierto es que la Constitución así lo prevé.³

En Estados Unidos, "muchos expertos sostienen que la caución monetaria es uno de los más inaceptables aspectos de la justicia penal. Es discriminatoria porque funciona contra los pobres, es costosa porque el gobierno tiene que pagar por la reclusión de aquellos acusados imposibilitados para cubrir una fianza y que en otra condición podrían estar en la comunidad; es muy creíble que una alta proporción de sentencias condenatorias sean dadas para aquellos que en la cárcel esperan juicio, en comparación con los que disfrutan de la caución; y la detención de personas que no pueden pagar ha provocado efectos deshumanizantes entre ellos".⁴

Por lo que atañe al objeto garantizado, las opiniones de los estudiosos se han conferido hacia dos áreas: a) la puramente penal, y b) la civil de resarcimiento del daño.

En lo que hace a la primera, González Bustamante afirma que la caución tiende a garantizar que el inculpaado no se sustringa a la acción de la justicia,⁵ y Colín Sánchez agrega que también para que el acusado comparezca a participar en los actos procedimentales, cuantas veces sea requerido.⁶

¹ Rivera Silva, Manuel, *El procedimiento penal*, pág. 347.

² García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, pág. 403, y *Estudios penales*, pág. 85.

³ Castro, Juventino, *Lecciones de garantías y amparo*, pág. 257.

⁴ Senna, Joseph, y Larry Siegel, *Introduction to criminal justice*, pág. 328.

⁵ González Bustamante, Juan José, *Principios de derecho procesal penal*, págs. 300 y 301.

⁶ Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, t. II, pág. 271.

Mientras que en lo civil este tipo de contragarantías se dice que garantiza los daños que se pudiera causar a la contraparte, en lo penal se podría afirmar que funciona como una especie de sanción al incumplir condiciones que se imponen y aparecen al otorgarse la libertad bajo caución. De manera que si se incumplen esas condiciones paralelas, se pierde en favor del Estado el monto de la caución depositada.

Al examinar la cuestión, con mayor detenimiento, se advertirá que la caución, en su aspecto penal (patrimonio afectado), funciona como un sustituto de la prisión o detención preventiva y que (sin tomar en cuenta las sanciones) garantiza precisamente la detención o prisión sustituida.

En lo que concierne a la garantía civil, se ha dicho que otro de los objetos a garantizar por la caución es el resarcimiento del daño causado con motivo del delito, y aquí se plantea como apoyo lo establecido en los artículos 35 del Código Penal, cuando establece que "los depósitos que garanticen la libertad caucional se aplicarán como pago preventivo a la reparación del daño..."; así como en el artículo 399 fracción I del CFFP, cuando indica que para obtener la libertad deberá garantizarse el monto estimado de la reparación del daño. A estas disposiciones se agrega lo establecido en los artículos 135 y 417 del CFFP. En este caso, tal parece que la caución se rememora a la antigüedad, rememorando la *cautio iudicatum solvi*.

A. NATURALEZA

El disfrute de la libertad mediante caución implica que una persona se constituya frente al Estado (a través del tribunal o del Ministerio Público) como fiador de un proceso o potencial procesado, con la condición de que si incumple con las obligaciones que el Estado impone, perderá el monto con que aseguró el cumplimiento de las mismas.

En este acto jurídico es posible identificar tres sujetos: el Estado, que es el fiado; el fiador, y el beneficiario (el privado de la libertad).

Respecto a la naturaleza jurídica, podemos plantearnos dos hipótesis: o se trata de un contrato de fianza, o bien de un *quien administrativo*.

Creemos que la naturaleza jurídica de la libertad bajo caución es la de un *quien administrativo*, porque la libertad del fiador, al celebrar el acto, no tiene los mismos alcances que el de un contrato de fianza. Al ser de naturaleza administrativa y no civil, no es fácil imaginar la lesión del acto.

Además, el fiador penal no es un *deudor secundario*, sino *directo*. En consecuencia, no es posible que (en el caso de darse) denuncie el pleito entre Estado y fiador a supuesto deudor principal (fiado); tampoco es un contrato accesorio; ni privan los beneficios de orden y excusión.

B. CLASIFICACIÓN

La caución puede clasificarse de varias formas. He aquí algunas:

- Por su origen, se dice que la caución puede ser convencional, legal, judicial o administrativa. En el caso mexicano, resulta ser legal porque la misma proviene de la ley, y no de concesión gratuita de algún funcionario, o de acuerdo convencional.
- Por su extensión. En cuanto a su monto, se dice que la caución es limitada o ilimitada. Esto es, que el fiador responde por cantidad fija o por cantidad ilimitada. En el caso mexicano, la acogida es la limitada.

LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN

Por su origen	<ul style="list-style-type: none"> * Convencional * Legal * Judicial * Administrativa
Por su extensión	<ul style="list-style-type: none"> * Limitada * Ilimitada
Por los sujetos	<ul style="list-style-type: none"> * Previa o administrativa
Por el tipo de caución	<ul style="list-style-type: none"> * Personal o fianza * Hipotecaria * En dinero * Prendaria * Fideicomiso

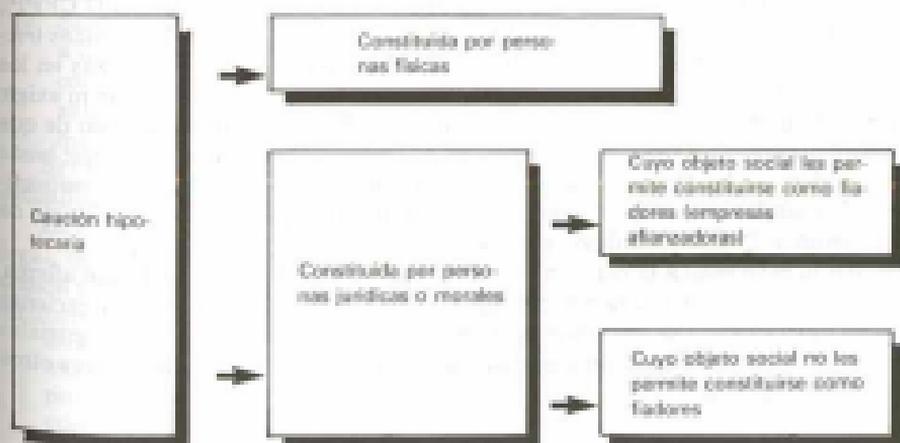
- c) Por los sujetos ante los cuales se otorga, la caución puede ser previa o administrativa o judicial. En el sistema mexicano encontramos las dos especies: previa, porque se puede constituir, en ciertos casos ante el Ministerio Público (art. 135 CFPP), y judicial porque se constituye ante el tribunal que conoce el caso.
- d) Por lo que hace al tipo de caución, ésta será personal o fianza (*stricto sensu*), prendaria, hipotecaria y pignoraticia. Como nueva modalidad, a partir de 1993 se incorporó el fideicomiso.

Debido a la importancia que esta última clasificación reviste en México, tanto en la ley como en sus comentaristas, nos detendremos a considerarla.

Comenzando por el concepto de caución, ésta es, según Calamandrei, la prestación que se impone al interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial, esto es, el mandato de excarcelación.

La llamada caución personal o fianza (*fidare, fidere, fesi*) propiamente dicha, en su sentido estricto es aquella en que no ha menester de depósito, pues sólo basta afirmar que se ha de cubrir el importe en dinero por el que va a responder el fiador en caso dado.

La fianza en su sentido estricto es sólo la personal, afirma Prieto-Castro, aun cuando en ocasiones la palabra fianza se emplee un sentido tan amplio que llega a confundirse con la caución.¹⁸



¹⁸ Prieto-Castro, Leonardo, *Derecho procesal penal*, pág. 269.

En los tribunales del Distrito Federal —que no en todo México—, se ha distorsionado el significado de la palabras *fianzas* y *caución*, pues con la primera se trata de denotar a la que implica garantía dada por una empresa afianzadora, en tanto que con la segunda se trata de implicar al depósito de dinero. Como se verá, ninguna de ambas versiones es correcta a la luz de un uso apropiado del lenguaje jurídico. Fianza, en su sentido correcto, es la llamada personal y acogida en nuestra ley en el artículo 406 del CFFP.

La denominada *caución hipotecaria* es aquella en que la garantía o prestección consiste en algún bien inmueble, el cual queda afecto a la garantía. El inmueble, establece nuestra ley, no debe tener gravamen alguno y su valor fiscal será, cuando menos el del valor fijado como caución, "más la cantidad que el juez estime para hacer efectiva la garantía" (art. 405 CFFP).

En relación con las *cauciones hipotecarias*, deben diferenciarse aquellas en atención al sujeto que las constituye. Así, tenemos las constituidas por *personas físicas* y las constituidas por *personas jurídicas o morales*. En las constituidas por personas físicas no existe en nuestra ley impedimento alguno, pero por lo que hace a las que constituyan las personas morales, cabe diferenciar a las personas morales cuyo objeto social sea precisamente el constituirse como fiadores —que es el caso de las llamadas *empresas afianzadoras*—, y el otro tipo de personas morales cuyo objeto social no está autorizado para constituirse como fiados. En este último de los casos, no pueden ser fiadores a la luz del derecho mexicano, si no estar autorizados de acuerdo con la Ley General de Instituciones de Fianzas.

En lo que toca a las instituciones de fianzas, no es necesario que tengan bienes raíces inscritos en el Registro Público de la Propiedad (art. 407 CFFP), y las autoridades federales o locales están obligadas a admitir las fianzas (*veías*, *cauciones*), aceptando la solvencia de las instituciones de fianzas en los casos a que se refiere la propia Ley de Fianzas, sin calificar solvencia ni exigir la constitución de depósitos, otorgamiento de fianzas o comprobación de que la institución es propietaria de bienes raíces, ni la de su existencia jurídica: basta con que lleven las firmas de las personas autorizadas por los consejos respectivos, las cuales se comprobarán con la publicación que haga la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en el *Diario Oficial de la Federación*.

En lo referente a la caución en efectivo o pignoraticia, Prieto-Castro afirma que, "pueden constituirse con dinero, efectos públicos, acciones y obligaciones de ferrocarriles y obras públicas, y demás valores mercantiles e industriales cuya cotización en Bolsa haya sido debidamente autorizada, y cualesquiera otros bienes, a juicio del juez".¹¹

¹¹ Prieto-Castro, Leonardo, *Derecho procesal penal*, pág. 269.

La caución constituida en dinero desde la reforma de 1991-92, tiene en México dos modalidades:

- a) La relativa al depósito total de la garantía, que significa depositar la totalidad de la garantía fijada, y
- b) La relativa al depósito en parcialidades, que significa que el depósito total se podrá ir cubriendo en parcialidades (arts. 404 CFFP y 562 CPPDF).

En la garantía prendaria, también se establece la posibilidad de constituir como garantía un bien mueble.

Por último, tratándose del fideicomiso de garantía, se recurre en la nueva reglamentación, a la posibilidad de constituir un fideicomiso. En este caso el fiduciario sería un Banco, el fideicomitente será el garante, es decir el que constituye la garantía, y el fideicomisario será tanto el Estado en lo que hace a la garantía meramente penal y el supuesto ofendido, en lo que atañe a la garantía meramente civil.

C. SISTEMAS DE OTORGAMIENTO

Por lo que se refiere a las hipótesis de que puede partirse para conceder el derecho a disfrutar de la libertad provisional mediante caución, encontramos 3 posibles sistemas:

- a) *Sistema indiscriminado*. Que se conceda a cualquier persona privada provisionalmente de la libertad, sistema que es desconocido en la realidad.
- b) *Sistema personal discriminado o sistema cualitativo de la personalidad*. Que se conceda sólo a quienes no representen un gran peligro social, y se niegue a quienes lo representan, caso en el cual se atiende a su personalidad.
- c) *Sistema de penalidad o sistema cuantitativo de la sanción*. Que se conceda a quienes se encuentren procesados, o vayan a ser procesados por delitos con penas menores y se les niegue a los enjuiciados por delitos gravemente sancionados. Aquí se atiende a la calificación de la gravedad que pudiera merecer el hecho calificado como delictuoso.

Si bien el primer sistema constituye un peligro social, los estudiosos en la actualidad se han concentrado en el segundo como mecanismo principal.

La gran mayoría de los estudiosos habían considerado que nuestro sistema legal, que adoptaba la tercera de las direcciones, debía modificarse para dar cabida a un sistema en el que se tenga en cuenta la personalidad del privado de su libertad.

EJEMPLO: Se planteaban, multitud de casos de sujetos que, manifestando una gran peligrosidad social, eran merecedores de la libertad provisional sólo porque la pena que podría llegar a tocarles no resultaba gravosa. En tanto que existían personas que pudiendo ser merecedoras de una alta penalidad, y que por su personalidad, en el fondo no representaban peligrosidad social.

González Bustamante recordaba inclusive que en un proyecto de reforma al artículo 20 constitucional, elaborado por el secretario de Gobernación del presidente Lázaro Cárdenas, se establecía que no debería concederse la libertad

caucional a los reincidentes, a los que tuvieran varios procesos y a los malvivientes.¹²

Por fortuna, y seguramente por la llamada de atención que habíamos venido haciendo los procesalistas, ya han sido introducidos en la ley secundaria en las reformas de 1990-91 y luego en la propia Constitución, reformas en las que se atiende la personalidad del justiciable. Por ahora, aun cuando la sanción abstractamente aplicable rebase los 5 años a que se refería la antigua redacción del precepto constitucional, el privado de la libertad podrá obtener su libertad, considerándosele la ausencia de "gravedad" y la falta de temor en el juzgador de que se substraiga a la "acción de la justicia" (arts. 20 frac. I Constitucional y 399 CFFP y 556 CPPDF).

En suma, el sistema acogido en México por nuestra Constitución para conceder la libertad provisional mediante caución, es aquel que toma en cuenta la gravedad del delito.

Obsérvese que para la gravedad del delito, debe considerarse tal gravedad. Para esto, el tribunal sin conocer esa gravedad, es quien debe calificar la misma. En otras palabras, debe hacer un pronóstico de la gravedad, esto es, pronosticar las consecuencias futuras implícitas en datos pero no en pretensiones.

D. CASOS Y REQUISITOS

Hasta antes de la reforma constitucional de 1993, los casos y condiciones para



¹² González Bustamante, Juan José, *Principios de derecho procesal penal*, págs. 311 y 312.

obtener la libertad emocional resultaban un tanto más complejos que en la actualidad.

Antes de la reforma citada, como lo expusimos en la primera edición de este libro, habíamos listado cuatro casos, cada uno de los cuales con sus propias condiciones. Recordamos, por ejemplo, los casos en que se trataba de un solo delito, de acumulación de delitos, de presunción de irresponsabilidad y de sentencias definitivas, pero no ejecutorias no superiores en su pena a cinco años.

Actualmente la Constitución, sin aludir a *quantum de pena*, sólo establece que para que proceda la obtención de la libertad bajo caución se requiere:

- a) Solicitud de parte;
- b) Garantizar el monto estimado de la reparación del daño;
- c) Garantizar el monto estimado de las sanciones pecuniarias;
- d) Que no se trate de delito grave, según sea estimado por la ley secundaria.

Cabe advertir que la ley secundaria no podrá establecer otro tipo de condición, e incluso de forma textual la propia Constitución establece que lo previsto en la fracción I del artículo 20, "no estará sujeto a condición alguna" (art. 20. frac. X constitucional).

E. MONTO DEL IMPORTE

Para fijar el quantum de la caución o monto del importe, el peticionario deberá indicar el tipo de caución que pide (arts. 561 CPPDF), a fin de que el tribunal fije el monto. Para ello se deberá atender a tres de los objetos garantizados.

En primer lugar, el monto debe garantizar la cantidad que se estime ésta será la correspondiente a la *reparación del daño*.

En segundo lugar, el monto deberá comprender la cantidad correspondiente a la cantidad que pueda resultar por las *sanciones pecuniarias* que pudieran ser abstractamente aplicables, como por ejemplo la multa correspondiente.

En tercer lugar, y que corresponde con la garantía o contragarantía propiamente penal, se deberá caucionar el *cumplimiento de las obligaciones que la ley establece en razón del proceso* (art. 399 CFPF).

Respecto a la última, con base en el artículo 20 fracción I constitucional, el monto del importe deberá ser asequible al procesado.

Anteriormente, antes de las reformas constitucionales de 1993, la cantidad no deberá exceder de la percepción equivalente a dos años de salario mínimo general vigente en el lugar en que se cometió el delito, aunque, tomándose en cuenta la gravedad del delito, o las circunstancias particulares del imputado o de la víctima, se podía calcular el salario hasta en cuatro años. Esto sin duda provocó problemas en las épocas de inflación, problemas para determinar la época de vigencia del salario mínimo y otros más.

La disposición actual deja a la autoridad judicial abierta la puerta para fijar el monto de la garantía. Por lo que hace al Ministerio Público, el artículo 271 del CPPDF establece que el procurador dictará una disposición con carácter general para establecer el quantum.

Las nuevas disposiciones permiten por ahora tener tres tipos de objeto a garantizar, lo que a su vez permite establecer un monto o quantum para cada objeto garantizado, e incluso, la posibilidad de emplear un tipo de garantía diverso para cada objeto.

Igualmente la propia Constitución remite a la ley secundaria para disminuir el quantum de uno de los objetos garantizados, por lo que se reitera en la ley que de ninguna manera deberá ser inferior al monto de los daños, que es el otro objeto de garantizar.

Para los casos en que el monto hubiese sido demasiado elevado dejando sin posibilidad al privado de la libertad para recuperarla, se establece en la ley la posibilidad de fijar reducciones al quantum. En este caso el tribunal considerará: tiempo de privación de la libertad, disminución de los efectos del delito, imposibilidad económica del privado de la libertad, buen comportamiento y que no exista el temor de fuga (arts. 400 CFPF y 560 CPPDF).

Por último, quienes fijan el monto de las cauciones no podrán —ordena la Ley Federal de Instituciones de Fianzas— determinar mayor importe para las garantías que expidan las instituciones de fianzas, que el señalado para los depósitos en efectivo u otras formas de garantía.

A nuestro parecer, esta disposición de la Ley de Fianzas resulta parcialmente inconstitucional, pues el órgano legislativo que la expidió (federal) carece de facultades para normar la conducta de los tribunales judiciales locales. Recuérdese que la facultad de legislar corresponde a las entidades federativas, salvo los casos taxativamente enumerados en la propia Constitución, en los cuales la facultad corresponde al Congreso Federal. Fijar el monto de cauciones, según la Constitución, no es de la competencia legislativa federal.

F. CANCELACIÓN

La libertad provisional tiene su fin, al cual nuestra ley alude con el vocablo revocación. Creemos que en este objetivo se encuentran no sólo la revocación, sino también la rescisión, la anulación y la inculcación.

Entre las hipótesis señaladas por nuestra ley encontramos los siguientes:

- a) *Por desvanecerse o disiparse los supuestos o requisitos de procedencia que permitieron al tribunal otorgar la libertad provisional mediante caución.*

EJEMPLO: si con posterioridad al otorgamiento, se agrava el objeto del proceso penal (que las lesiones se conviertan en homicidio, por ejemplo), y el supuesto de penalidad impida concederla.

b) Por que el preventivamente encarcelado incumpla con alguna de las condiciones o requisitos concomitantes que mediaron para su otorgamiento.
EJEMPLO: cuando siendo llamado por el tribunal no se presente a los actos procesales para los que se hace necesario.

c) Por mala conducta del preventivamente encarcelado.

EJEMPLO: que se le considere bajo un nuevo delito, amenazare al ofendido, al Ministerio Público, o trate de cohechar o sobornar a alguno de los sujetos del proceso.

d) Por engañar al tribunal, afirmándole insolvencia, cuando en realidad si tenía bienes con los cuales podía constituir garantía por mayor valor.

EJEMPLO: Haber simulado insolvencia para obtener un monto más bajo del que normalmente hubiese correspondido.

e) Por considerarse con posterioridad al otorgamiento, que se trata de un delito grave.

EJEMPLO: Se trata inicialmente de un delito de lesiones aparentemente no graves, pero durante la instrucción fallece el lesionado y se descubre que se trata de un delito considerado grave.

f) Por decisión voluntaria del preventivamente encarcelado o de su fiador.

EJEMPLO: En el caso de que ya no desee continuar bajo libertad provisional, retirando la contragarantía.

g) Por reducción o anulación del valor del bien afecto a la garantía.

EJEMPLO: Como puede ocurrir en el caso de que el bien hipotecado o la prenda baje de valor o desaparezca.

h) Por extinción del proceso principal.

EJEMPLO: Cuando se dicta sentencia, resolución de sobreseimiento, o alguna resolución que impide continuar el procesamiento.

28.3 LIBERTAD MEDIANTE ARRAIGO

Además de concederse la libertad provisional mediante caución, ésta puede darse mediante el arraigo del sujeto pasivo o potencial sujeto pasivo del proceso, según otro caso legal.

El arraigo es una condición para obtener la libertad provisional y consiste en el acatamiento a la orden que se le da al sujeto, para que no se ausente del lugar donde el proceso se encuentra radicado. No existe aquí respaldo en dinero, como en el caso de la caución, sino sólo orden del Ministerio Público para que la

persona no se ausente, a consecuencia de lo cual la persona queda obligada a presentarse en todos los actos procesales a los que sea citada. Esencialmente se trata de que no se ausente del lugar del juicio.

El arraigo no implica enclaustramiento dentro de un pequeño lugar (como permanecer dentro de un convento o una casa), sino sólo imposibilidad de abandonar el lugar donde se realiza el juicio. También se le ha llamado *arresto domiciliario*, *prisión preventiva atenuada* o *arraigo domiciliario*, este último, con el que es más conocido en México.

La razón del arraigo obedece, a decir de Prieto-Castro, a la *inexistencia de riesgos* contra los cuales trate de prevenir la reclusión preventiva.

Adviértase que el arraigo, concretamente el no ausentarse del lugar del juicio, opera como contragarantía de la prisión preventiva.

Esta figura del arraigo se introdujo en España a partir de 1981, pero el código musulmán de 1920 (art. 247) ya daba la posibilidad de que la mujer encinta, o que lacte a la prole, o la persona que se encuentre en condiciones de salud grave, o bien por razones de "hecho" o "morales o sociales", no es necesario que quede en prisión, sino en su propia habitación.

En México se presenta la figura del arraigo del sujeto pasivo, o potencial sujeto pasivo del proceso, en dos modalidades:

- a) Acatamiento del arraigo decretado por el Ministerio Público a personas a las cuales se les imputa delitos menores (arraigo administrativo o policial).
- b) Acatamiento del arraigo decretado por el tribunal, a instancia del Ministerio Público, contra aquellas personas que no tengan que permanecer en reclusión preventiva, pero de las cuales se teme se vayan a fugar (arraigo judicial).

A. ARRAIGO ADMINISTRATIVO

Por lo que hace a la primera de las modalidades, ésta se inició en México a partir de diversos acuerdos del Procurador General de Justicia del Distrito Federal en el año 1977. En el foro mexicano, este tipo de arraigo, es más conocido como *arraigo domiciliario*.

Por ese entonces, mediante un acuerdo, se estableció que en los casos de delitos por imprudencia, con penalidad inferior a 5 años, los presuntos responsables podían quedar arraigados en sus domicilios. Concomitante al arraigo se condicionó también esta libertad provisional, al hecho de que el potencial beneficiario señalara domicilio en el Distrito Federal, no existiera temor de que se fugara, merced a la promesa de presentarse cuando se le citara, y pagara o garantizara, mediante convenio, que repararía el daño civil. Se estableció además, como causa de improcedencia, el abandono del lesionado, o que se había

¹² Acuerdo a-18-717, expedido por el Procurador General de Justicia del Distrito Federal.

sen consumado los hechos en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes.¹³

A este acuerdo se sumaron otros dos; el más interesante —por lo estúpido—, es el de 1978, que estableció que el responsable del centro de trabajo del arraigado debe expresar su conformidad para dar facilidades a éste a fin de que cumpla con sus obligaciones.

En 1981 se incorporó al código distrital (art. 271) estas disposiciones, que se iniciaron como acuerdo, con excepción de la ausencia del patrón. A la vez se establecieron causas de revocación, y un plazo no mayor de tres días en la duración del arraigo.

Con mayor cuidado, se estableció en el CFPD (art. 135 Bis) en la reforma de 1993.

B. ARRAIGO JUDICIAL

En la otra modalidad del arraigo —es decir, la decretada por el tribunal—, no existe sustitución de cárcel por libertad, sino que quien, gozando ya de la libertad, ésta le es restringida.

De esta manera, "cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable al imputado no deba ser internado en prisión preventiva y existan elementos para suponer que podrá sustraerse a la acción de la justicia, el Ministerio Público podrá solicitar al juez, fundada y motivadamente, o éste disponer de oficio, con audiencia del imputado, el arraigo de éste con las características y por el tiempo que el tribunal señale (art. 271 CFPD).

Otro caso de arraigo es el de aquel que goza de libertad caucional, pues contra él opera la obligación de "no ausentarse del lugar sin permiso" que le impone el tribunal que le concede la libertad caucional (art. 411 CFPD). En este caso, el arraigo opera como otra contragarantía que se suma a la caución, lo que a nuestro parecer resulta contrario a la Constitución.

En torno al arraigo, Pallares llegó a expresar su inconstitucionalidad, pues atenta contra la libertad de tránsito que garantiza el artículo 11 constitucional.

28.4 LIBERTAD MEDIANTE PALABRA

Además de las garantías —o contragarantías, como les hemos llamado— respaldadas en dinero (caución) y en la orden de autoridad (arraigo), encontramos en la ley otra consistente en "la palabra de honor" o "promesa de comparecencia" empeñada por el privado de la libertad preventivamente.

Al igual que en el arraigo, hay aquí un temor mínimo o nulo de que se fije el agraviado, respecto del cual se confía en su "palabra de honor", por ello compromete y empeña tal palabra, a fin de que se le otorgue la libertad provisional (se le excarcele).

En este caso, es la palabra empeñada —juramento o protesta— la contragarantía que sustituye a la detención o prisión preventiva.

Mediante la palabra, o juramento *lesuación juratoria*, le llaman en Colombia) se obtiene lo que en México, es conocida con el nombre de *libertad bajo protesta*, o simplemente *libertad protestatoria*.

El "jurar" ante Dios que se cumplirán las órdenes del tribunal, en México cambió por la "protesta" de que se cumpliría tal obligación. La razón del cambio no obedeció a un marco teórico jurídico, sino simplemente a razones de manía, prurito o recelo: tratar de olvidar la palabra "juramento", que para los creadores de la nueva ley sólo era propia de un diccionario religioso. Así, con motivo de la separación Iglesia-Estado, el término *juramento*, como si se tratara de decreto, desapareció del vocabulario del legislador mexicano.

La palabra de honor "empeñada" durante la antigüedad y el medievo, al igual que "el pacto de caballeros", cumplió su función. La sanción para el que violaba el pacto era severísima: su incumplimiento significaba la expulsión de la *gens* o *clan*.

La gravedad de la expulsión no debe confundirse con el exilio, pues en ésta, subsisten medios jurídicos de tutela, mientras que la antigua expulsión equivalía a una muerte civil, que quizá debió ser más temida que la muerte real.

Durante casi toda la Edad Media, la palabra "empeñada" cumplió su función, pero no se debió al temor de la expulsión del seno social. La Edad Media, por influencia de la religión, *sustituyó la expulsión por el pecado*. Fue entonces cuando a la palabra de honor se le llamó juramento religioso: el que se compromete ante Dios a cumplir su palabra, así lo debía hacer, pues de lo contrario provocaba la furia del Señor.

El decaimiento de la influencia religiosa, la filosofía racionalista naciente y la separación Iglesia-Estado de alguna manera contribuyeron a eliminar el temor a la sanción con que se amenazaba, y con ello, a la institución que no ha podido ser reencausada.

En su extremo, el nuevo sustituto ya no es la sanción, pues lo que en realidad se sustituyó fue el supuesto (la palabra de honor), por algo más acorde con los tiempos: el dinero.

A. CASOS Y REQUISITOS

Son algunos de los casos que el legislador ha incrustado en la *libertad bajo palabra*. Encontramos así, como lo concibe García Ramírez, una hipótesis general y otras dos específicas.

Fix Zamudio define la hipótesis o caso general como "la medida cautelar que tiene por objeto la libertad provisional del inculcado en un proceso penal cuando se le imputa un delito de baja penalidad, tiene buenos antecedentes y

no ha sido condenado en un juicio penal anterior, con el compromiso formal de estar a disposición del juez de la causa".¹⁴

Como requisitos exige esta causa, que la *potencial pena en su generalidad no exceda de tres años de prisión, o cuatro si es de escasos recursos, que el sujeto sea procesado por primera ocasión "por delito intencional" —no precisamente que sea "delincuente" primario—, que tenga arraigo en el lugar del juicio, con residencia de por lo menos un año; que tenga profesión u oficio y, como requisito más difícil de satisfacer, que no exista en el juez temor de que se fugue.*

Un caso especial señalado por la ley distrital consiste en que el privado de la libertad cumpla el máximo de tiempo señalado como sanción al delito por el cual se le sigue proceso. Sin duda alguna, en este caso no se está en presencia de una verdadera contragarantía. Si el detenido cumple el máximo de la sanción, adquiere su libertad incondicionada y definitiva, y no una libertad condicionada y provisional. Aunque la ley incluya este caso entre los casos de obtención de la libertad protestatoria, por su naturaleza realmente no es contragarantía (art. 555 CPPDF).

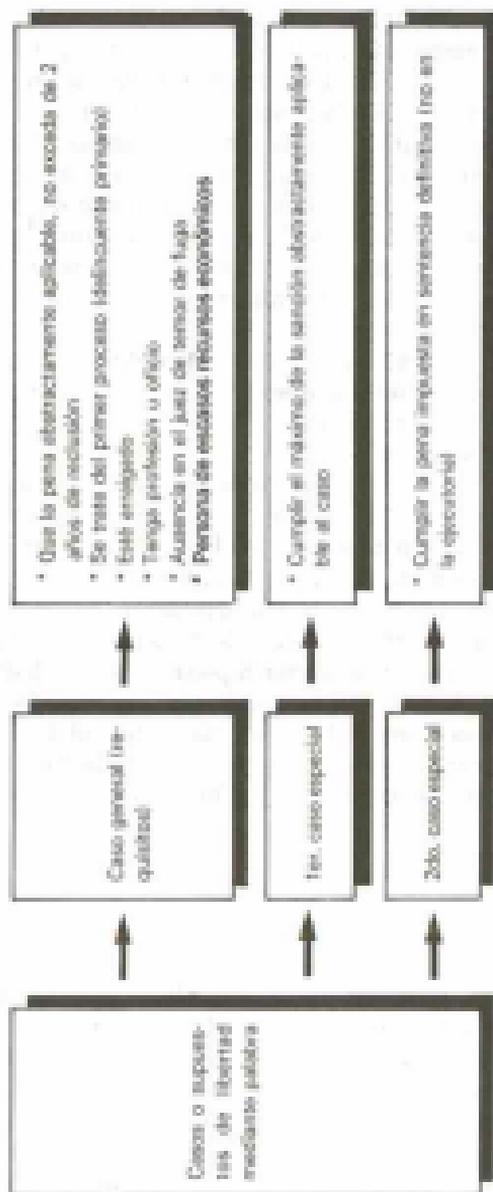
En otro caso especial de operancia de esta medida, también será "puesto en libertad bajo protesta el inculcado... cuando cumpla la pena impuesta en primera instancia, estando pendiente el recurso de apelación". De esta manera, si cumple con la penalidad a que se le condenó en sentencia definitiva, mientras no se dicte la ejecutoria el sentenciado podrá obtener la libertad provisional. Se impone distinguir en este caso que el Ministerio Público hubiese o no apelado. Si apeló, existe la posibilidad de que la pena sea aumentada, y por lo tanto, en la libertad que se le dé se trata de una verdadera medida de contragarantía. Pero si no apela el Ministerio Público, no existe posibilidad de aumentar la sanción (*inca reformatio in peius*) y, por lo mismo, la libertad que se dé no es una verdadera medida de contragarantía. ¿Contragarantía de qué?

B. APLICACIÓN

Desafortunadamente, en la realidad hemos observado su inaplicación. En gran parte, la razón estriba en la desconfianza de los juegadores hacia los potencialmente beneficiarios, así como la nula exigencia de los defensores.

Esta actitud ha originado la opinión de que debe suprimirse esta forma restitutoria de la libertad. En la Exposición de Motivos del Proyecto de Código de 1963, se lee: "se estima pertinente suprimir la libertad bajo protesta, por haber caído en desuso", e incluso, en el código poblano, esta institución fue derogada en 1977.

¹⁴ Véase Zamudio, Héctor, "Libertad bajo protesta", en *Diccionario jurídico mexicano*.



En nuestra opinión, ese "desuso" proviene de las actitudes negativas de los juzgadores y de las indolencias de los defensores. En un orden más razonable, nos pronunciamos no sólo porque subsista esta forma resitutoria de la libertad (en especial para los que carecen de medios económicos), sino para que se introduzcan medidas que hagan factible y obligatorio que los juzgadores la concedan.

QUINTA
PARTE

PRUEBAS PENALES

SUMARIO

- CAPÍTULO 29 INTRODUCCIÓN AL DERECHO
PROBATORIO
- CAPÍTULO 30 LOS RELATOS PERSONALES
- CAPÍTULO 31 DECLARACIÓN DEL IMPUTADO
- CAPÍTULO 32 DECLARACIÓN DE TESTIGOS (testimonio)
- CAPÍTULO 33 COMPLEJO DE DECLARACIONES
(careo probatorio)
- CAPÍTULO 34 RECONOCIMIENTO PROBATORIO
- CAPÍTULO 35 PERITAJE
- CAPÍTULO 36 CONSTATAción DE DATOS MEDIANTE
SU REPRODUCCIÓN (reconstrucción
de los hechos)

OBJETIVOS

Al terminar esta quinta parte, el alumno deberá ser capaz de:

- Comparar la actividad probatoria con la comprobación científica de hipótesis.
- Identificar objeto, medios, órganos y fuentes de prueba.
- Describir las fases del procedimiento probatorio.
- Describir los sistemas de valoración y eficacia probatoria.
- Elaborar un concepto general de los relatos personales.
- Explicar cada uno de los elementos generales que son comunes a cada relato personal.
- Conceptuar a la declaración del imputado.
- Precisar el concepto de confesión en el procedimiento penal.
- Describir el procedimiento para la declaración del imputado.
- Precisar el valor y la eficacia de la declaración del imputado.
- Conceptuar al testimonio de terceros.
- Identificar al testigo.
- Describir el procedimiento testimonial.
- Precisar el valor y la eficacia de la declaración testimonial.
- Precisar la naturaleza y el concepto de la declaración del presunto ofendido.
- Precisar el concepto de careo probatorio, discriminándolo de otras formas que se le asemejen.
- Definir la naturaleza de las declaraciones dadas en careo.
- Describir el procedimiento en el careo.
- Precisar el valor y la eficacia de las declaraciones surgidas en el careo.
- Identificar las especies de reconocimiento probatorio.
- Explicar el procedimiento que ha de seguirse para reconocer lugares, cosas y personas.
- Conceptuar el peritaje.
- Identificar al perito.
- Identificar al objeto del peritaje.
- Describir el procedimiento pericial.
- Precisar el valor y la eficacia del peritaje.
- Conceptuar a la reconstrucción de los hechos.
- Explicar la naturaleza jurídica de la reconstrucción.
- Describir el procedimiento de la reconstrucción.

CAPÍTULO

29

INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROBATORIO

SUMARIO

- 29.1 CONCEPTO
- 29.2 OBJETO DE PRUEBA
- 29.3 MEDIOS
- 29.4 DESTINATARIO
- 29.5 SUJETOS Y CARGAS
- 29.6 PROCEDIMIENTO
 - A. OFRECIMIENTO O PROPOSICIÓN
 - B. RECEPCIÓN O ADMISIÓN
 - C. PREPARACIÓN
 - D. DESAHOGO
 - E. ASUNCIÓN
 - F. EVALUACIÓN O VALORACIÓN
- 29.7 VALORACIÓN Y EFICACIA

29.1 CONCEPTO

Cuando una persona se presenta ante la autoridad afirmando que se ejecutaron ciertos hechos (por ejemplo, que hubo apoderamiento de cosa ajena), lo que en realidad está haciendo, no es probar los hechos, sino tan sólo afirmar que a su juicio ocurrieron.

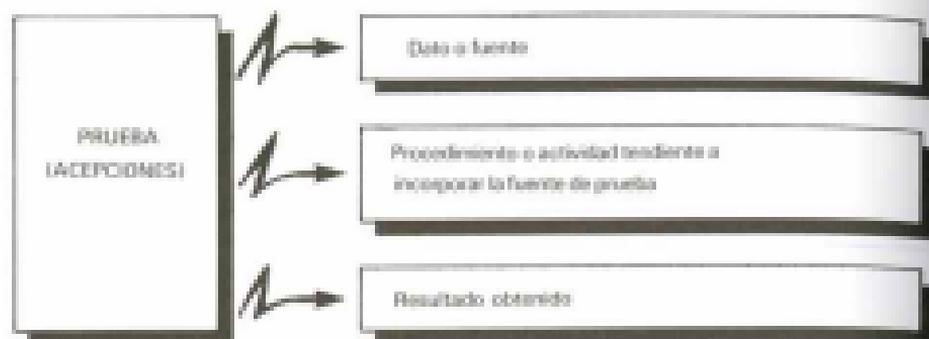
Hay en este caso cierto paralelismo con el historiador, quien al estar investigando un hecho pasado, en un primer momento afirma que en la vida de cierto personaje se verificó determinada conducta.

Interesado en el punto, el historiador no sólo se queda en la mera opinión de que su biografiado realizó dicha conducta —hipótesis, se le denomina en la investigación científica—, sino que se decide a realizar ciertos actos que le permitan confirmar o rechazar su afirmación. Así, el historiador consulta viejos documentos y también se presenta en el lugar donde presumiblemente se dio la conducta: si es posible entrevista al propio biografiado y a aquellos que estuvieron vinculados con él, para llegar, posteriormente a una interpretación de resultados, a afirmar de manera categórica que su personaje realizó o no la conducta investigada.

De manera semejante, el que se autoconsidera ofendido, al denunciar cierta conducta sólo afirma que a su juicio se ejecutó tal conducta. De lo que se sigue, que si la autoridad desea saber si realmente ocurrió tal evento, tiene a su vez que practicar por sí o por medio de otros, ciertos procedimientos que le permitan verificar o rechazar como cierta la afirmación del denunciante.

En este sentido, los procedimientos realizados permiten al investigador cerciorarse de un dato afirmado. Este cercioramiento o verificación de que se ejecutó o no tal conducta, es lo que conocemos como prueba.

El tema de la prueba, tan importante en el proceso penal, no ha sido conceptualizado unánimemente. Según algunos autores, la prueba es el dato o fuente en sí (la huella, la firma, la mancha de sangre); para otros, es el procedimiento o actividad que ha de realizarse para confirmar o rechazar la previa afirmación



(hipótesis), y para otros, más, la prueba es el resultado obtenido; es decir, la verificación de lo previamente afirmado.

En algunos idiomas extranjeros (el inglés por ejemplo), cada objeto se plantea con una voz: así "evidencia" equivale de cierta forma a "fuentes de prueba", en tanto que *proof*, tiene una equivalencia cercana al resultado obtenido.

Del marco teórico-conceptual que de la prueba hayan elegido los estudiosos, depende el desenvolvimiento del tema.

"Prueba, como la mayoría de las voces —explica Sentis—, llega a nuestro idioma procedente del latín; en el cual, *probatio, probationis*, lo mismo que el verbo correspondiente (*probo, probar, probare*), vienen de *probus*, que quiere decir bueno, recto, honrado. Así pues, lo que resulta probado es bueno, es correcto, podríamos decir que es auténtico; que responde a la realidad. Ésta, y no otra, es la verdadera significación del sustantivo *probo* y del verbo *probar*: verificación o demostración de autenticidad."

De acuerdo con esta idea, y teniendo en consideración el tercero de los marcos conceptuales (prueba es verificar), Devis Echandía ha considerado la prueba como "el conjunto de razones o motivos que producen el conocimiento o la certeza del juez respecto de los hechos sobre los cuales debe proferir su decisión, obtenidos por los medios, procedimientos y sistemas de valoración que la ley autoriza".¹

Para Sentis Melendo, prueba "es la verificación de las afirmaciones formuladas en el proceso, conducentes a la sentencia".²

Si se observa con cuidado, no hay ni debe haber diferencia entre una *prue*

¹ Sentis Melendo, Santiago, *Notiones de la prueba*, pág. 34.

² *Ibidem*, pág. 73.

³ *Ibidem*, pág. 16.

ha penal y una prueba científica, ya que el comportamiento humano puede ser objeto de ambas verificaciones.

Ciertamente, en algunos diseños de investigación (biología o psicología) el investigador puede pasar al experimento, reproducir el evento y controlar la variable independiente que produzca el efecto (investigación experimental). En cambio, el procesalista no siempre tiene a su alcance practicar una investigación experimental. Las variables o hechos a que el postulante o el juzgador se enfrenta, corresponden a hechos pasados que ya no serán fácilmente reproducibles, ni existe posibilidad de controlarlos, caso en el que sólo se da la posibilidad de una investigación histórica.

En lo que toca al proceso penal, si bien se dan diseños de investigación histórica —diseño al que a menudo recurre el historiador—, no son ajenos a él los diseños experimentales (con manipulación y control de variables), como cuando se trata de verificar si cierta sustancia es un veneno o si determinada mancha es de sangre; o en el caso de que se reconstruya parte de la conducta previa o posterior al evento considerado delictuoso.

Salvo la calificación del objeto de prueba en sí mismo, ¿cuál puede ser la diferencia entre probar un adulterio para efectos de imponer una pena o para declarar un divorcio?, o ¿cuál puede ser la diferencia entre probar si una cosa es propia para declarar el robo o la reivindicación?, ¿cuál puede ser la diferencia entre probar que un niño es hijo del señor "x" para efectos de alimentos o para condenar por infanticidio? Sencillamente, la diferencia en el plano lógico es inexistente. Sólo la finalidad nos daría la diferencia, mas no una diferencia de esencia.

Si alguien habla de diferencia entre prueba penal y prueba civil, ésta sólo puede verse por los efectos que trate de dársele a lo probado, pero no en la esencia de la prueba misma.

Entonces la prueba penal debe principalmente ser considerada como el dato verificado idóneo para resolver una pretensión calificada como penal.

Adviértase, a la vez, que el dato obtenido es un dato racional y objetivo, y no especulativo.

29.2 OBJETO DE PRUEBA

Al responder a la pregunta ¿qué es lo que ha de probarse?, nos referimos propiamente al objeto o materia de la prueba, también conocida como *thema probandum*.

En sentido especial, en un caso de robo lo que puede ser objeto de prueba sería si hubo o no apoderamiento, si recayó sobre alguna cosa ajena, si es mueble, etcétera.

En la respuesta relativa a *¿qué ha de probarse?* tenemos que ha de probarse, según algunos los hechos, y en ciertos casos el derecho; y según otros, el juicio, opinión o afirmación dada acerca de esos hechos o derecho. Es decir, se trata de probar un hecho —generalmente histórico— o la hipótesis o juicio que relata que cierto hecho ocurrió de determinada manera. En la última tendencia se incluyen los postreros trabajos de Carnelutti y las aseveraciones de Sentís Melendo.⁴

Conjugando estas ideas, tenemos como objeto inmediato de toda prueba el juicio o la afirmación referidos a un hecho, y como objeto mediate, el hecho.

El procedimiento probatorio normalmente trata de comprobar la verdad o falsedad, la certeza o la equivocación de una proposición, planteamiento o exposición de algún dato, es decir, de una hipótesis.

Costare afirma que además, en la prueba penal no sólo se trata de *comprobar* la verdad o falsedad de una proposición, sino también *buscarla y averiguarla*.⁵

Contra este agregado se levanta Sentís Melendo: prueba no es *averiguar*, sino únicamente *verificar*. "Averiguar —apunta— es indispensable trámite previo a la prueba; pero no es prueba; la prueba no consiste en averiguar, en saber, sino en acreditar que aquello que se sabe y, por tanto, se afirma, corresponde exactamente a la realidad".⁶

"Quién averigua es un detective, o detector, o detectador, porque detecta o percibe lo, si se quiere, averigua lo que ha ocurrido."⁷

"Verificar es actividad probatoria; averiguar no lo es, consistiendo en la obtención de elementos que después, en la etapa netamente probatoria, deberá el juez utilizar, valorándolos, para verificar las afirmaciones. No será exagerado decir que, en la distinción entre medios y fuentes de prueba . . . la función averiguadora se refiere a las fuentes, tratando de encontrar todas aquellas susceptibles de dar lugar a medios, los cuales producirán o determinarán esa verificación de las afirmaciones sentadas en virtud de las fuentes con que se contaba."⁸

En principio, son objeto de prueba las afirmaciones sobre los hechos objeto del proceso; digamos, la *cassa petendi*. Entre los hechos o juicios sobre éstos susceptibles de prueba tenemos, según Barrios de Angelis, sólo los posibles, los relevantes, los contestables y los no eximibles de prueba,⁹ y de acuerdo con Alcalá-Zamora, los discutidos y discutibles.¹⁰

⁴ Carnelutti, *Principios* . . . , pág. 169, y Sentís Melendo, Santiago, *Naturaleza de la prueba*.

⁵ Sentís Melendo, Santiago, *Naturaleza de la prueba*, pág. 57.

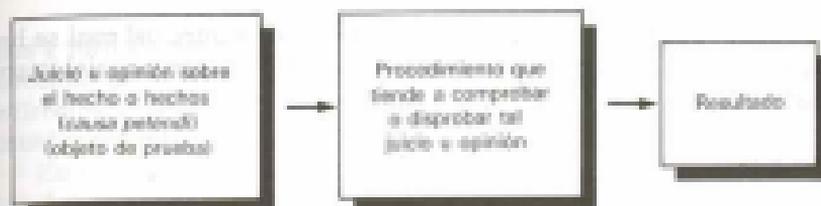
⁶ *Ibid.*, pág. 58.

⁷ *Ibid.*, pág. 61.

⁸ Costare, Eduardo, *Fundamentos de derecho procesal civil*, págs. 216 y 218.

⁹ Barrios de Angelis, Dante, *Teoría general del proceso*, pág. 236.

¹⁰ Alcalá-Zamora y Castilla, Niceta, *Ensayos críticos del Código de procedimientos Civiles de Chile* Anales, págs. 186 y 187.



En cuanto al derecho o juicio acerca de éste, también resulta susceptible de ser objeto de prueba. Así ocurre con respecto a ciertas leyes extranjeras (por ejemplo, art. 4 fracc. III CP) o algunos criterios jurisprudenciales.

Contemplando la respuesta al *¿qué ha de probarse?* desde una perspectiva negativa, no son susceptibles de ser probados algunos objetos. He aquí, por ejemplo, los hechos u opiniones acerca de éstos que sean ajenos a la *causa peticionada* no deben ser materia de comprobación ("pruebas inconducentes"). Así, si el proceso siguió en torno al apoderamiento de alguna cosa, no tiene por qué someterse a prueba un dato ajeno (por ejemplo, la existencia de un homicidio).

Tampoco son susceptibles de ser comprobados los hechos *evidentes* o *notorios*, ni las máximas de la experiencia, ni el derecho vigente en el lugar, ni las presunciones legales.

Vale la pena recordar que los hechos notorios, las presunciones, etc. no son pruebas, ni fuentes de prueba, ni medios de prueba. No lo son las presunciones legales porque, al así establecerlas la ley, nada hay que verificar. No lo son los hechos notorios, porque si son notorios, no tienen por qué verificarse.

Nuestra ley procesal establece que no se admitirán probanzas que no tengan relación con la materia del proceso o no sean idóneas para esclarecer hechos controvertidos en éste (art. 206 CFP). Igualmente, en los casos de difamación y calumnia los acusados no tendrán derecho a demostrar los hechos que se especifican en el artículo 358 del Código Penal.

En lo civil, normalmente no son objeto de prueba los datos o hechos ya admitidos, pero esta regla no resulta operante para lo penal, de manera que aun cuando un acusado acepte los hechos de la inculpación, tendrá la posibilidad de contradecirlos a través de la prueba.

Refiriéndonos específicamente a las afirmaciones que en relación con los hechos definen al objeto de prueba tenemos: a) aquellos que son la base o soporte de su pretensión (como cuando hubo disposición de cosa ajena); b) los que han de modificar la pretensión (por ejemplo, que en lugar de ser premeditado el homicidio, éste ocurrió en riña); c) los impeditivos de la pretensión (sería el caso en que es necesario el juicio político o autorización para proceder contra cierto funcionario); y d) los extintivos de la pretensión (en el supuesto de que ha transcurrido cierto plazo para que opere la prescripción).

Al lado de este tipo de objeto probatorio que gira en torno a las pretensiones puramente penales, también encontramos otro tipo de objetos que se refieren a

la personalidad del imputado, así como al medio social dentro del cual se han desarrollado. Sobre esto, la pertenencia a un grupo étnico cobra especial importancia (arts. 220 Bis y 223 CFPF).

29.3 MEDIOS

La respuesta a la interrogante *¿cómo ha de probarse cierto objeto de prueba?* nos sitúa en el tema de los *medios de prueba*.

El medio de prueba, decía Prieto-Castro, "es el instrumento corporal o material cuya apreciación sensible constituye para el juez la fuente de donde obtiene los motivos de su convicción",¹¹ es, afirma Alsina, "el instrumento cosa o circunstancia en los que el juez encuentra los motivos de su convicción".¹²

Más claramente, al precisar la distinción entre objeto de prueba y medio de prueba, Sentís concibe a este último como "las actuaciones judiciales con las cuales las fuentes se incorporan al proceso".¹³

El medio probatorio es el instrumento o mecanismo a través del cual la fuente de conocimiento se incorpora al proceso. Es, decimos nosotros, el método escogido para comprobar o rechazar una afirmación. En términos más sencillos, es la técnica especial escogida.

Prestermos atención para no confundir al *medio de prueba* con la *fuente*. La *fuente* es un objeto ajurídico que existe independientemente del proceso y puede o no haber sido descubierta. El *medio* es el mecanismo que incorpora la fuente de prueba al proceso.

Una fuente es lo que sabe el testigo, el imputado o el presunto ofendido aun cuando no haya declarado.

El *medio* es la declaración. Una mancha, un letreiro, un color, es una *fuente*, mientras que el *reconocimiento* o *incorporación* que de tal fuente se hace, es el *medio*.

"Del pensamiento-Carnolutiliano —apunta Sentís— nos resulta plenamente que las *fuentes* son elementos que existen en la realidad, y los *medios* están constituidos por la autoridad para incorporarlos al proceso; no se trata de una operación mental, como quería Guasp, sino de una actividad física y material; la operación mental será, más adelante en el proceso probatorio, una actividad valorativa; pero la fuente tendrá este carácter, determine o no la convicción."¹⁴

Los medios probatorios o métodos probatorios y sus fuentes se han clasificado de diversa manera. Según viejas clasificaciones, que confunden a me-

¹¹ Prieto-Castro, Leonardo, *Clasificación de derecho procesal*, pág. 223.

¹² Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, pág. 273.

¹³ Sentís Melendo, Santiago, *La prueba en Almería*, pág. 16.

¹⁴ Sentís Melendo, Santiago, *Naturaleza de la prueba*, pág. 150.

dios y fuentes, las categorías serían: a) legales; b) preconstituidos; c) reales o personales; d) nominados e innominados; e) históricos y críticos; f) directos e indirectos; g) admisibles e inadmisibles; h) procedentes e improcedentes; i) pertinentes e impertinentes; j) conducentes e inconducentes.¹⁵

En algunas codificaciones los medios de prueba se encuentran enumerados. Así ocurre en el código distrital, que cita como medios a la confesión judicial, los dictámenes de peritos, la declaración de testigos, etcétera.

Al *confundir las fuentes con los medios* algunas leyes aluden a cintas magnetofónicas, grabaciones, etc., mencionando a la vez como pruebas, lo que no es prueba, también se enumeran las presunciones legales.

Con frecuencia ocurre igualmente que se citan como pruebas lo que sólo son procedimientos probatorios; por ejemplo, la inspección o la reconstrucción de los hechos.

Refiriéndose a los mecanismos para incorporar las fuentes de prueba, el código federal establece que "son admisibles todos los medios de prueba que no sean contrarios a derecho" (art. 306 CFFP).

Normalmente en un enjuiciamiento penal concurren varios procedimientos probatorios; esto es, varios métodos o tácticas específicas tendientes a comprobar una afirmación. Cada operación estratégica depende del objeto de prueba; es decir, de lo que se quiere probar, sin olvidar los casos en que el Ministerio Público también está facultado en la averiguación previa.

29.4 DESTINATARIO

En cuanto a quien se dirige la prueba, la respuesta depende, dice Florián, del sistema empleado. Si es el inquisitivo, la prueba se dirige al tribunal, pero si es acusatorio, no sólo al tribunal sino a todos los demás sujetos procesales,¹⁶ afirmación ésta que González Blanco sostiene para el procedimiento penal en México.¹⁷ No obstante, ha de advertirse que en principio la prueba se dirige siempre al tribunal, que es el que ha de decidir.

29.5 SUJETOS Y CARGAS

En el tema del sujeto de la prueba, ha de responderse a diversas interrogantes: quién ha de probar y cómo se distribuye la carga de la prueba.

¹⁵ Serrán Melendo, Santiago, *El abogado y la prueba*, págs. 342 a 348.

¹⁶ Florián, Eugenio, *Elementos de derecho procesal penal*, pág. 329.

¹⁷ González Blanco, Alberto, *El procedimiento penal*, pág. 154.

En cuanto a *quién ha de probar*, según el proceso acusatorio han de ser las partes (cargas), y según el inquisitivo —en el cual se permite la intervención del tribunal—, es el instructor o investigador (facultades).

En México es a las partes a quienes corresponde probar, aunque no de forma exclusiva, pues también el tribunal interviene en algunas ocasiones de manera oficiosa (por disposición de la ley), o voluntaria (diligencias para mejor proveer).

Si partimos —como lo hacemos— de la afirmación de que existen partes en el proceso penal en México, son éstas a quienes en principio corresponde *indicar las fuentes de prueba y proponer los medios para incorporarlas al proceso*, y así demostrar sus aseveraciones. Es esto lo que se conoce como carga probatoria.

El tema de la carga probatoria da respuesta a la interrogante de cómo se distribuye entre las partes la proposición de la prueba. Esto es, cuál de las partes le corresponde indicar la fuente de prueba y proponer el mecanismo para incorporarla al proceso.

De momento, recordemos que entre algunos penalistas se afirma que en lo penal es desconocida la carga de la prueba. Lo afirman Franco Sodí, Rivera Silva y Colín Sánchez.¹²

Así, dice el primero de los citados, "el juez penal no puede conformarse con las afirmaciones probadas de las partes, sino que necesita, en todo caso, llegar a conocer la verdad para fundar en ella su sentencia". Aunque esto es cierto, hemos de agregar que ello no impide que la aportación del material probatorio también se distribuya entre las partes.

Pese a sus críticas, el artículo 248 del código distrital reafirma la existencia de la carga: "el que afirma está obligado a probar. También lo está el que niega, cuando su negación es contraria a una presunción legal o cuando envuelva la afirmación expresa de un hecho".

Aunque si bien es cierto que la ley emplea la palabra "obligación" y no la de "carga", la verdad es que en el fondo se trata de una verdadera carga.

En nuestro concepto, los negadores de la carga probatoria no llegaron a entender qué es carga de la prueba, desde el momento en que, por ejemplo Colín Sánchez, afirmó que no opera la carga probatoria, basándose en el argumento de que en el proceso penal impera la verdad material. Sostenemos que aún cuando se tienda a la verdad histórica o material, ello no impide reconocer la existencia de cargas. No se confundan las respuestas a las interrogantes ¿a cargo de quién corre la prueba? y ¿cuál es el fin de la prueba?

¹² Franco Sodí, Carlos, *Código de procedimientos penales*, pág. 119; Rivera Silva, Manuel, *El juez resolvente penal*, pág. 100; y Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, t. II pág. 42.

De esta manera, corresponde al *Ministerio Público* probar la existencia del delito y la responsabilidad del inculpaado (arts. 136 fracc. IV y 168 del CFPF, así como 3 del CPPDF; y 3, inciso c de la LOPGJDF), en tanto que al *defensor*, lo necesario para la defensa (art. 10 frac. III LDOF).

Hay casos en que se *invierte la carga de la prueba*, esto es, que si originalmente la carga recae en una parte, por disposición de la ley ésta se dispensa, invirtiéndose a la otra parte. Tal es el caso de las presunciones legales *in re natae*.

EJEMPLO: si la ley establece que se presumen hijos del matrimonio a los nacidos 180 días después de contraído, la madre, al afirmar que sus hijos nacidos bajo esa condición son hijos del marido, no tiene la original carga de probar, pues la presunción en su favor la ha liberado o dispensado, revirtiéndose al marido para que éste demuestre, en su caso, que tales hijos no son de él.

Decíamos que según el principio acusatorio la carga de la prueba recae en las partes, pero ocurre que en el proceso penal —especialmente el regulado en las leyes secundarias— se tiende al inquisitivo, dando así intervención al instructor para aportar material probatorio. (Además de cargas en las partes, facultades en el juzgador o instructor.)

Si bien en el proceso civil se tiende generalmente a concebir al instructor como expectador, en el proceso penal el instructor no se queda en una mera actividad pasiva, sino que *interviene en la verificación*. Vemos así que en la fase de averiguación previa el Ministerio Público también se *autoinstruye*, y que el tribunal de instrucción hace lo mismo mediante las llamadas *diligencias para mejor proveer*, que en el campo que estamos estudiando, significa que además de las partes, también el tercero extraño a la contienda (instructor) puede aportar material de prueba.

En algunos casos, debido al intervencionismo estatal, la aportación y el desahogo de la prueba resultan obligados (por ejemplo, examen pericial para dictaminar acerca de la causa de muerte cuando se presume homicidio, o para determinar la sanidad de lesiones, etc.) y en otros casos son facultativos (como preguntas al acusado, al perito, etcétera).

Esta nota de intervencionismo del juzgador —realmente instructor— en la aportación de la prueba es nota muy característica de todo proceso penal, que puede contemplarse *negativamente* en la medida en que tal intervención se extirpe, pues si se desplaza de la carga a las partes, éstas prácticamente desaparecerán; o *positivamente*, al no quedar a merced de las partes figurando como un mero árbitro.

Con base en estas ideas de política procesal se ha dado juego a las conocidas tendencias "*civilización del proceso penal*" (tendencia acusatoria) y "*penalización del proceso civil*" (tendencia inquisitiva).

Si el tribunal tiene la posibilidad de incorporar material probatorio, ello ha de redundar en beneficio de la justicia y la verdad histórica, aunque no ne-

cesariamente para satisfacer la pretensión de una u otra parte. De cualquier manera, adviértase que en principio son las partes las que deben, localizar la fuente de prueba, y el tribunal el que ha de incorporarlas al proceso.

29.6 PROCEDIMIENTO

En el estudio y regulación de la prueba, el tema de *procedimiento* es quizá el más explorado, en especial por parte de los procedimentalistas pero, desgraciadamente, más en el nivel intuitivo que en el científico.

La respuesta al *¿cómo ha de probarse?*, implica mecanismos, actos o sucesión de actos que han de realizarse (algoritmos) para comprobar un previo juicio o afirmación. Así, el procedimiento probatorio es, el *ritual por seguir para comprobar lo previamente postulado*, incorporando al proceso la fuente. Son los actos, dicen algunos autores, de producción de la prueba.

El estudio del procedimiento probatorio queda dividido, expresa Couture, en dos campos: "en uno se halla el conjunto de formas y de reglas comunes a todas pruebas; en el otro, de carácter especial, se señala el mecanismo de cada uno de los medios de prueba. Así, todo lo relativo al ofrecimiento de la prueba, a la oportunidad para solicitarla y para recibirla, a las formas de verificación comunes en todos los medios de prueba, etc., constituye el tema general del procedimiento probatorio. Por otro lado, el funcionamiento de cada medio de prueba, instrumentos, testigos, confesión, inspección, etc., constituye el aspecto particular del problema".¹²

A propósito de los procedimientos particulares, no debe olvidarse que en nuestro enjuiciamiento éstos se suceden tanto en la instrucción (administrativa o judicial) como en el juicio o plenario. Originalmente se establecieron en la instrucción para obtener material de información y búsqueda de fuentes, en tanto que en el juicio, para producir verdadera prueba.

En México, estos procedimientos prácticamente han dejado de ejecutarse en el juicio —pese a su importancia— y han sido llevados a la instrucción, donde se suceden actos que se consideran actos de no mera información y localización de fuentes, sino de verdadera prueba, ya que por disposición de la ley incorporan la fuente al proceso y vinculan al tribunal en su decisión final.

Al abordar los procedimientos probatorios especiales, ha de observarse cuidado de no confundir el examen *meramente* jurídico, con el técnico y esencialmente científico. No podemos, por tanto, confundir los procedimientos jurídicos

¹²Couture, Eduardo, *Fundamentos de derecho procesal civil*, págs. 248 y 249.

de prueba regulados por normas imputativas), con los procedimientos propios de la criminalística generalmente regulados por leyes causales.

Volviendo al aspecto general, sólo existe un procedimiento probatorio, en tanto que en lo especial se conocen varios procedimientos. Examinemos el procedimiento general —método general—, y en capítulos subsiguientes veremos cada uno de los especiales (métodos o estrategias específicas) de acuerdo con el enfoque de las reglas generales.

Sea fases del procedimiento probatorio las siguientes:

- a) ofrecimiento, anuncio o proposición,
- b) recepción o admisión,
- c) preparación,
- d) práctica, desahogo, adquisición o diligenciamiento, y
- e) asunción.

A. OFRECIMIENTO O PROPOSICIÓN

A través del ofrecimiento o proposición el interesado propone al instructor —si no es que éste se lo ha autopropuesto— el desahogo o práctica de ciertos procedimientos tendientes a confirmar su afirmación. En el ofrecimiento de parte se insta al tribunal para que acepte incorporar una fuente de prueba, incluyendo el mecanismo para obtenerla.

En el ofrecimiento de la prueba —ya lo señalamos a propósito de la carga probatoria—, la iniciativa o impulso corre a cargo de las partes o bien del propio instructor.

En un diseño netamente científico, es el investigador el que se autopropone los mecanismos para confirmar su hipótesis, pero en lo judicial (según el principio acusatorio) se faculta a las partes para proponer las pruebas y el procedimiento de incorporación, que puedan influir en la decisión final.

En el caso de la proposición por las partes, hemos detectado dos mecanismos: que el oferente precise o indique el *tópico* o hipótesis que ha de verificarse (especificación del objeto de prueba), o que no se le exija tal cosa.

En el primer caso, se debe indicar qué es lo que trata de demostrar. Por ejemplo, al proponer la reconstrucción de hechos, se debe indicar el dato o hipótesis que se desea esclarecer, demostrar o refutar.

En el segundo caso, encontramos por ejemplo la testimonial. Cuando el oferente propone este medio, no está obligado a indicar al tribunal qué punto de los hechos o juicios se propone demostrar.

II. RECEPCIÓN O ADMISIÓN

No basta el mero ofrecimiento de un medio probatorio; es necesario que el instructor o tribunal manifieste su ausencia. Ha de recordarse que, como afirma Couture, "la prueba se obtiene siempre por mediación del juez. Éste es el intermediario obligado en todo procedimiento, y no existe posibilidad de incorporar eficazmente al proceso un medio de prueba, sin la participación del magistrado".²⁶

Al ser ofrecido un medio probatorio, puede el tribunal válidamente admitir —es decir, incorporar el procedimiento propuesto—, o rechazarlo (o sea negarse a la admisión).

Las razones para rechazar un medio propuesto son varias. Así, por ejemplo, la falta de idoneidad —falta de adecuación entre el medio o procedimiento propuesto y el dato o fuente que desea corroborarse—, la impertinencia (que no se relaciona con el objeto del proceso), la extemporaneidad (ofrecimiento fuera del plazo), lo ilógico de la hipótesis que ha de comprobarse (por ejemplo, tratar de demostrar que un hombre entró en la habitación por el ojo de la cerradura), etcétera.

Los dos primeros casos acogen el principio de relevancia de la prueba. Así, primeramente debe el tribunal resolver si el dato que se trata de confirmar está relacionado con la *causa petendi* o si no se relaciona con ésta (impertinencia). El tribunal es, pues, el que debe resolver si el mecanismo propuesto es el idóneo o apto para confirmar el dato o fuente propuestos.

Resulta interesante notar que nuestra ley, al referirse al rechazo de los órganos probatorios propuestos, no faculta al tribunal para reducir de la lista el número de testigos.

Cuando la proposición de la prueba es oficial (que el propio instructor se la autoproponga), resulta ello factible como en el caso de las llamadas *pruebas para mejor proveer*.

Debe precisarse en el caso de la proposición de dato por confirmar, los datos que fueron obtenidos por el instructor por su propia experiencia; es decir, aquellos que forman parte de su "conocimiento privado" (no se confunda con el conocimiento notorio, que no es privado ni exclusivamente personal).

En la acuciosa investigación que al respecto llevó a cabo Flores García, llegó a la conclusión de que el juez no puede ser testigo a la vez, ya que incluso nuestras leyes (arts. 322 frac. XV CPPDF, 82 frac. XVII LOPJF) estiman como causa de impedimento para conocer, el hecho de haber sido testigo;²⁷ luego entonces, cuando el dato que ha de confirmarse forme parte de la *causa*

²⁶ Adm., pág. 253.

²⁷ Flores García, Fernando, *Comentarios acerca del conocimiento privado del juez*, págs. 67 y sigs.

personal experiencia del juez o instructor, éste no puede introducir el dato en el proceso.

C. PREPARACIÓN

No es suficiente la mera proposición y la recepción de una prueba para que con ello se alcance el fin propuesto.

Si una parte ofrece el testimonio de una persona y el tribunal acepta su desahogo, debe previo al desahogo realizar diversos actos para preparar el diligenciamiento. Así, debe mandar llamar al testigo, revisar las preguntas dirigidas a éste; si el testigo vive fuera del lugar del juicio debe, mediante exhorto, pedir colaboración judicial, etcétera.

D. DESAHOGO

Es en este momento cuando realmente se practica el procedimiento de verificación. Aquí se suceden la declaración del testigo, la revisión del lugar inspeccionado, la reconstrucción de los hechos, etcétera.

El desahogo de la prueba puede verificarse en la sede del juicio, en el lugar del juicio, y aun fuera del lugar del juicio, ya sea dentro o fuera del país.

El desahogo del medio probatorio produce resultados favorables o desfavorables al oferente. Sea cual fuese el resultado, se produce a la vez (como efecto) la incorporación del resultado al proceso (adquisición procesal, lo llamó Chiovenda); a grado tal que el medio deja de pertenecer al oferente, lo cual implica que éste, pese a que diga que se desiste del medio, su manifestación resulta carente de efecto.

Para lograr la adquisición de la fuente, esto es, la incorporación de la fuente al proceso, en esta fase de desahogo, práctica o diligenciamiento se observa y percibe a la fuente de prueba o, en su caso, se escucha o examina a los sujetos.

Es importante destacar en el desahogo, el importantísimo papel que desempeña la inmediatez, el contacto directo entre el tribunal y el sujeto u órgano de prueba, o el tribunal y la fuente de prueba.

Al concluir el desahogo o durante su transcurso, cuando priva principalmente la oralidad, nuestra ley establece que los procedimientos, pero especialmente los resultados, deben documentarse; vale decir, consignarse por escrito.

E. ASUNCIÓN

Desgraciadamente, no siempre que se desahoga un medio probatorio está presente físicamente el juzgador que ha de resolver. Ello ocurre, por ejemplo, en el caso de las pruebas desahogadas en la averiguación policial, las que mediante exhorto se han desahogado en lugar lejano, las que los peritos han practicado en sus laboratorios, etc. Normalmente, en estos casos el resultado se presenta por escrito, y su presentación no significa que necesariamente el tribunal conozca su contenido.

Podemos hablar de asunción probatoria cuando el juzgador toma conocimiento del medio presentado o desahogado (incluyendo resultados), y es fácilmente distinguible del desahogo en aquellos en que falta la *inmediates* o *inmediación* personal.

En los casos de *inmediación* —en que el juez está dirigiendo el desahogo y escuchando a los sujetos— también se presenta la asunción, porque una cosa es que en el expediente se inserten o adquieran los resultados a través del medio, y otra que el tribunal conozca lo que se adquirió.

Es la asunción —decía Florián— “el acto por el cual el medio de prueba rinde la utilidad y eficacia que está destinada a proporcionar”,²⁰ o, según Brioso Sierra, “el acto de toma de conocimiento por el sujeto del fallo”,²¹

En un sentido más amplio, la voz asunción —indica Barrios de Angelis— es “el contacto entre la conciencia del órgano jurisdiccional —obviamente, de las personas que lo expresan— y la realidad que es objeto de un proceso. O, como hemos expuesto antes, el acto mediante el cual se constituye en objeto de un proceso una realidad extraprocesal”.²²

Nuestro código procesal, en varios actos apoya la asunción, al permitir que se le dé lectura a “las constancias procesales”, obviamente para que el tribunal se percate de su contenido.

F. EVALUACIÓN O VALORACIÓN

Un momento posterior al procedimiento probatorio se reduce a un proceso intelectual, que dada su importancia trataremos más específicamente. La eva-

²⁰ Florián, Eugenio, *Elementos de derecho procesal penal*, pág. 319.

²¹ Brioso Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, t. IV pág. 392.

²² Barrios de Angelis, Dante, “Asunción procesal”, en *Enciclopedia Jurídica Ombro Invernizzi* t. III, pág. 78.

lución no corresponde realmente al procedimiento probatorio, el cual culmina con la incorporación de la fuente. En la evaluación sólo se le dará valor a tal medio, esto es, únicamente se interpretarán los datos obtenidos.

29.7 VALORACIÓN Y EFICACIA

En México ocurre, que cuando se llega al final del proceso, cada parte ha presentado sus "pruebas" y se da el increíble fenómeno de que existen dos "verdades" diferentes y antagónicas (datos contradictorios). Para el acusado, la luz era "roja" y para el penalmente demandado, era "verde". El problema del tribunal será resolver: ¿"rojo" o "verde"? ¡... O acaso decir que la luz era amarilla!

Lo increíble es que se den dos o tres "verdades", porque verdad —y eso lo sabe cualquier ser pensante— sólo hay una. La interpretación y la valoración nos deben conducir a decidir cuál o cuáles son los datos verificados, y cuál es su eficacia dentro del proceso.

La valoración o apreciación de la prueba (especialmente de los datos recogidos) es el proceso intelectual que consiste en una interpretación individual e integral de los resultados, que conduce a asignarles o rechazarles consecuencias jurídicas. Es tal su importancia que por separado ha surgido una disciplina que se denomina psicología de la aserción. Decimos individual e integral por cuanto que han de amoldarse, tanto al sistema unitario como al globalizador de la apreciación de la prueba.

En el sistema unitario, el tribunal interpreta y evalúa cada uno de los medios en particular, en tanto que en el globalizador, aprecia o interpreta los resultados en su conjunto. De este último, recordamos la expresión *quae singula non probant, collecta jussent* (las pruebas que en lo particular no prueban, juntas suelen hacerlo).

Pero, en suma, como lo sostenía Florián, "la apreciación del resultado de las pruebas para el convencimiento total del juez no debe ser empírica, fragmentaria o aislada, ni ha de realizarse considerando aisladamente cada una de las pruebas, ni separarse del resto del proceso, sino que debe comprender cada uno de los elementos de prueba y su conjunto".²⁵

Podría pensarse que la valoración únicamente es posible en la sentencia; sin embargo, no sólo son recomendables las valoraciones periódicas, sino que en cierta medida ya existen a lo largo del procedimiento penal. Se valora, por ejemplo, en el procesamiento provisional o en el definitivo, al resolver sobre medidas cautelares; en los incidentes, en la fase impugnativa, etcétera.

²⁵ Florián, Eugenio, *De las pruebas penales*, t. I pág. 383.

Bien sería deseable —ya lo hemos dicho— que también se hiciera una valoración al concluir la instrucción, para que en su caso se esté en aptitud de entrar más segura y justamente al plenario, o decidir que no hay necesidad.

Los modos de evolución o sistemas de evolución de la prueba —como también los denomina Alcalá-Zamora— se reducen básicamente a cuatro:

- a) ordálico o evaluación divina,
- b) libre,
- c) tasado, legal o de tarifa, y
- d) de sana crítica o razonado.

En las *ordalías* (del germano *ordel*, y a su vez del alemán *urteil*: sentencia o juicio, que combinado con *gott* Dios, da *gottesurteil*, juicio de Dios), el hombre se considera incapaz de valorar, y deja esa tarea a Dios. Así, por ejemplo, en el Fuero de Cuenca (1189) otorgado por el rey Alfonso VIII (y que fue objeto de especial estudio por Alcalá-Zamora), cuando el marido acusaba a su mujer de que el hijo procreado no era de él, ella tenía que tomar con la mano un hierro candente. Si se quemaba (designio de Dios), no se le podía creer que el hijo fuera del marido, pero si sanaba, el hijo sí se consideraba del padre.²⁶

En el sistema *libre* es el hombre el que evalúa. Aquí es el sentido común, no sujeto exclusivamente al razonamiento lógico, sino también al emotivo, el que asigna o no eficacia a los datos incorporados. El caso del jurado popular en México es buen ejemplo de evaluación libre, en la medida en que de acuerdo con el artículo 369 (CFFDF) no importan los medios a través de los cuales toma convicción, ni se establece regla alguna, a grado tal que nuestra Suprema Corte de Justicia (aun contra la obligación constitucional de fundar y motivar) ha sostenido esta absoluta libertad de valoración.²⁷

Al amparo y tutela de este sistema surgieron las teorías de la corteza moral y de la convicción íntima.

En el sistema *tasado* o sistema de tarifa legal el legislador, aún desde antes de ocurrir el evento objeto del proceso, establece una lista de medios probatorios con sus correspondientes valores; es decir, el legislador sustituye al tribunal en la valoración. Originalmente establecido por la influencia de las matemáticas, tiende a anular el arbitrio judicial, dato que hace patente la desconfianza del legislador hacia el juzgador. Nuestra ley procesal acoge en parte este sistema en la medida en que ciertas pruebas se consideran como "plenas" o "semiplenas" (arts. 280 y 284 CFFP). Por desgracia aquí no es posible (hablando con lógica) decir que un medio probatorio "medio prueba" y "medio no prueba" cierto juicio o evento. "Hablar de prueba incompleta —apunta Sentís—

²⁶ Alcalá Zamora y Castillo, Nizeto, *Instituciones feudales y procesales del fuero de Cuenca*, párrafo 71, pág. 376.

²⁷ La Sala, 6a. época, vol. LXXXV, 3da. parte, pág. 15.

es un contrasentido, porque la prueba o es total o no es nada; al menos no es prueba.²⁸

Fue al amparo y tutela de este sistema que surgió la conocida como teoría legal de las pruebas, estimación legal de las pruebas, certeza legal, etcétera.

Por lo que hace al sistema *razonado* o *de sana crítica*, la valoración no es meramente discrecional o arbitraria. La sana crítica —apunta Costare— “es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesiva abstracción de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento”.²⁹

Es tal vez este último sistema el que los procesalistas consideran más aceptable, donde el tribunal sin aplicar la arbitrariedad ni la operación matemática, evalúa los resultados en conjunto.

En realidad, este sistema supera los defectos del sistema libre, al tiempo que recoge lo que de favorable aporta el tasado.

Este sistema de sana crítica es acogido en parte por nuestra ley procesal penal. El artículo 290 (CFPP), pese a las críticas que podría recibir, dispone que “los tribunales, en sus resoluciones, expondrán los razonamientos que hayan tenido para valorar jurídicamente una prueba”.

Así, en nuestro sistema probatorio, se establecen la *libertad de apreciación* probatoria para los jurados, y tanto el *sistema de tarifa* como el de *sana crítica* para el tribunal ordinario.

Ha de diferenciarse *valor de eficacia*. Es indudable que todo resultado obtenido a través de un medio de prueba tiene un valor, pero no todos son eficaces para satisfacer una pretensión.

Hecha la evaluación de los resultados probatorios, sólo nos queda aludir a los límites hasta dónde esa evaluación y eficacia es admisible. Aquí tratamos de dar respuesta a dos interrogantes: ¿los resultados de un medio probatorio aprovechan sólo al coherente o también a la contraparte?, y ¿la evaluación de esos resultados sólo es eficaz dentro del proceso en que se evaluó, o es transcendente y eficaz en otros procesos?

Los estudiosos coinciden en afirmar que con base en la llamada *adquisición procesal*, los resultados de un medio de prueba aprovechan a ambos contendientes, de manera que aunque la defensa no hubiese aportado pruebas, si de las que aporta el acusador u otro coacusado se determina que es inocente, tal evaluación debe beneficiarlo.

En lo que no hay acuerdo, y ello debido a cuestiones políticas, que no científicas, es en darle eficacia a los resultados que, evaluados en un proceso,³⁰

²⁸ Sentia Melendo, Santiago, *Naturaleza de la prueba*, pág. 84.

²⁹ Costare, Eduardo, *Fundamentos de derecho procesal civil*, pág. 371.

presentan en otro. Estamos aquí refiriéndonos a lo que se conoce como *prueba trasladada*.

EJEMPLO: si con base en los medios aportados en un proceso por alimentos se resolvió que "x" es el padre de "y", ¿podrá la resolución del tribunal de lo familiar tener efecto en el proceso penal, dando por probado que "x" es el padre de "y"?

Aunque en México los tribunales han negado valor a este tipo de resultados obtenidos en un proceso, no está por demás recordar que la Corte colombiana ha establecido (para beneplácito de la ciencia) que "las pruebas legalmente practicadas en un juicio son aceptables en otro y esta, porque las pruebas elaboradas legalmente son actos jurídicos auténticos que demuestran la realización de ciertos hechos determinados como suficientes para producir efectos también determinados".²⁰

²⁰ Cardozo Irujo, Jorge, *Pruebas judiciales*, pág. 113

CAPÍTULO 30

LOS RELATOS PERSONALES

SUMARIO

39.1 MEDIOS DE CONVICCIÓN

- A. TACHAS
- B. ADMONICIÓN Y PROMESA DE VERACIDAD
- C. INTERROGATORIOS
- D. RETRACTACIÓN Y RECHAZO
- E. EFICACIA

30.1 MEDIOS DE CONVICCIÓN

Dentro de la clasificación de los *medios de prueba* que presenta Briseño Sierra (medios de confirmación, prefiere llamarles), se encuentra la categoría de lo que él denomina *medios de convicción o convencimiento*. Emparentan éstos, en gran medida, con las llamadas *pruebas personales* o *pruebas mediante relatos*, y se caracterizan por conducir a una mera persuasión e convencimiento en el ánimo del juzgador.

Aunque algunos prestigiosos estudiosos prefieren referirse a las declaraciones de personas, en las que incluyen testimonios o confesiones, preferimos utilizar la voz *relatos*, cuya connotación se vincula más con sucesos o hechos, especialmente los históricos.

Es posible decir que lo que declara un acusado, un coacusado, un testigo, un denunciante o un presunto ofendido no necesariamente prueba o demuestra que sus juicios o aseveraciones corresponden a la verdad histórica. Esto es, que en el orden lógico y real, el relato de una persona no forzosamente refleja lo que realmente ocurrió. En todo caso (y en esto coincidimos con Briseño), el relato de uno de estos sujetos sólo puede conducir al tribunal a convencerlo de que cierto hecho ocurrió según la versión del declarante, pero no a demostrar o verificar que efectivamente así ocurrió. Prueba de ello es que en muchos casos los testigos falsos convencen al juez de lo que dicen, pero no prueban que realmente así se dio el hecho histórico.

Este tipo de medios son acogidos por el derecho, así como por la investigación científica, la que los considera uno de tantos medios o instrumentos para recoger información. La investigación, entre otros instrumentos, conoce los cuestionarios y la entrevista, la última de las cuales es de las más socorridas en el derecho procesal, especialmente el penal.

Mediante la entrevista es posible recoger relatos e inclusive reacciones del entrevistado. En el campo procesal, nuestro entrevistado puede ser el imputa-

do, el que se dice ofendido y el testigo. Una forma de entrevista recíproca puede ser el *causó* procesal.

A pesar de algunas diferencias que en el trato da nuestra ley a cada una de esas entrevistas, existen elementos de coincidencia, por lo que conviene considerar en conjunto tales elementos.

A. TACHAS

En la medida en que la ley procesal establezca reglas de capacidad para declarar, en esa medida surge la posibilidad de poder recusar a los declarantes.

La tacha, en el sentido subjetivo, corresponde a una recusación, y permite eliminar al declarante. Afortunadamente, en el enjuiciamiento penal se han prohibido estos incidentes de tachas (art. 193 CPPDF), sin olvidar que la llamada tacha objetiva no está prohibida, de manera que el tribunal puede asentar los datos que influyan en el valor o nulifiquen lo declarado.

Para hacer factible esta tacha objetiva, las partes pueden proponer los datos o motivos que afecten la veracidad de lo afirmado por el declarante, e incluso ofrecer pruebas que confirmen sus afirmaciones, las cuales se agregarán al legajo (art. 263 CFPF).

B. ADMONICIÓN Y PROMESA DE VERACIDAD

Por cuanto estos medios de convicción o convencimiento constituyen un medio que sólo se apoya en el mero dicho, el derecho procesal en general los toma como meras manifestaciones o pronunciamientos subjetivos en torno a un hecho. Dicho de otro modo, en la generalidad de nuestras leyes se trata de meras *opiniones, hipótesis o juicios* que vistos desde el ángulo científico, deben pasar por un procedimiento para ser verificados.

El legislador y el juez han pretendido robustecer esta simple manifestación subjetiva, para darle credibilidad. Exigen así, previo a la declaración o entrevista, una *formal promesa de que el declarante o entrevistado se conducirá con verdad*.

Para lograr estas promesas, se establece a cargo del Estado la obligación de hacer una *admonición previa* al declarante, previniéndolo en algunos casos de que su falsedad o falta de lealtad o probidad —para el caso de que exista— podrá ser reprimida por el orden jurídico.

Históricamente, el primer apoyo conocido fue el juramento: el declarante juraba ante Dios que diría la verdad.

Con el transcurso del tiempo el juramento ha evolucionado, y aunque en algunos países aún se jura por la palabra de Dios, también se acostumbra jurar por el honor, como ocurre con los militares españoles.

Se suele clasificar al Juramento en religioso, militar y laico. Igualmente se le clasifica como un juramento de "decir la verdad" y "de buen desempeño".

En México, el juramento se entendió básicamente ligado a la idea religiosa, y cuando sobrevino la escisión Iglesia-Estado se dictaron disposiciones como la del 29 de septiembre de 1873, sobre adiciones y reformas a la Constitución, en cuyo artículo 5 se estableció que "la simple promesa de decir verdad y de cumplir las obligaciones que se contraen sustituirá al juramento religioso".

Esta promesa de decir verdad se conoce como "protesta de decir verdad", a sabiendas el entrevistado de que si es falaz, se hará acreedor a una sanción.

Nuestra ley procesal penal emplea ahora la "protesta de decir verdad", fórmula que todos los declarantes deben expresar antes de dar su versión.

Más atenuada, especialmente en cuanto a la sanción, en la ley procesal se conoce la declaración obtenida con base en la exhortación de conducirse con verdad. Se dice que una persona es exhortada cuando sólo se le invita a que declare con verdad, sin poderla obligar o atemorizar con una sanción.

Así, tratándose de menores, no deben "prestar protesta de decir verdad", ya que al ser inimputables por razón de la edad, tampoco pueden incurrir en el delito de falsedad en declaraciones.

En el caso de los imputados, tampoco deben dar "protesta de decir verdad", sino sólo ser exhortados o invitados a que se conduzcan en su declaración con apego a la verdad. Se piensa en este sentido que el derecho de defensa puede llegar a permitir la declaración falaz, circunstancia que no tiene fundamento constitucional, aunque sí de orden legal secundario.

En el fondo, la declaración bajo juramento o protesta de decir verdad implica el principio de buena fe y lealtad procesal, que a su vez excluye no sólo la simple falsedad, sino todo ardid tendiente a torcer el proceso, en especial, va en pos de la moralidad.

"No cabe duda — expresa Alsina — que es una experiencia moral que la actividad de los sujetos procesales se desenvuelva con sujeción al principio de lealtad, a fin de que el pronunciamiento que recaiga sea la expresión de la justicia. Pero la dificultad está en saber si es posible convertir esa exigencia moral en un deber jurídico y, en caso afirmativo, cuáles son los textos legales que lo sancionan."¹¹

En suma, ante la promesa de veracidad y haber fallado en ésta, como lo hemos visto, puede o no provocar sobre el declarante un acto represivo del Es-

¹¹ Alsina, Hugo. *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, pág. 288.

tado, dependiendo de que su promesa de veracidad haya surgido según disposición de la ley, de la admonición estatal de haber "protestado decir verdad" o "exhortado a decir verdad".

C. INTERROGATORIOS

Llegado al momento del desahogo de la declaración, son el interrogatorio y su técnica los que en gran medida son comunes para todos los declarantes.

Para comenzar, ha de recordarse que está abolida la tortura como medio o mecanismo para hacer declarar (aunque de facto, en México subsista).

Al interrogatorio, que es una técnica de recolección de datos, Medina Lima lo concibe como "el conjunto de las preguntas que el juez o las partes formula a los testigos acerca de los hechos objeto del acreditamiento en un litigio o en una causa criminal y también el acto procesal en que tales preguntas son propuestas a los testigos".²

En cuanto a la forma de administrar el interrogatorio, las técnicas de investigación científica le han puesto especial cuidado, puesto que un entrevistador inexperto o una entrevista inadecuada suele malograr los resultados que puedan obtenerse de un testigo. Por desgracia nuestras leyes procesales no prestan la debida atención a este importante aspecto. A lo más que se llega en la regulación es a la forma en que se redacta la pregunta y su contenido.

Así, únicamente se permiten las preguntas que se refieran a hechos propios del absolvente, debiéndose rechazar las capciosas e inroducentes (arts. 156 y 249 CPPP).

"En orden a la técnica del interrogatorio, no puede olvidarse la clasificación de Stein que distingue entre preguntas determinativas, disyuntivas completas e incompletas, expectativas, implicativas y consecutivas.

"Las *determinativas* sirven para indagar las circunstancias del hecho, y se introducen en las declaraciones para esclarecerlos, como las siguientes: ¿Dónde ocurrió el accidente? ¿Quiénes estaban presentes? ¿Cuántos fueron afectados?

"Las *disyuntivas* proponen un dilema, y son *incompletas* cuando las posiciones ofrecidas al declarante son únicas; o *completas*, cuando caben otras alternativas intermedias. Ejemplos de *incompletas*: ¿Iba alguna mujer en el coche? ¿Estaban bien cerradas las portenasas? ¿Conducía el otro vehículo un hombre o una mujer? Ejemplos de *disyuntivas completas*: ¿Era el coche de la marca X o de la Z?, cuando podía haber sido de la B, C, D, etc. ¿Ocurrió el accidente a las cinco o a las siete de la tarde? En estas disyuntivas completas se induce a creer en una de las dos posibilidades, cuando hay otras.

² Medina Lima, Ignacio, "Interrogatorio", en *Diccionario jurídico mexicano*.

"Las expectativas asumen la forma de oración interrogativa negativa o dubitativa negativa, inclinándose hacia una respuesta afirmativa o denegativa, respectivamente. Ejemplos: ¿No tenía ya el coche roto el parabrisas? ¿Acaso estaba ahí un anciano de barba larga?

"Las implicativas ofrecen la peculiaridad de estar planteadas sobre supuesto inexacto que se quiere hacer pasar por real. Ejemplo: ¿Cómo era el hombre que dio los gritos?, cuando ninguno había gritado.

"Y las consecutivas son implicativas complicadas por adición de ulteriores sugerencias: ¿Quedó manchada de sangre la enfermera que recogió al herido? cuando no había existido tal enfermera."²

Pese a las críticas que podría sufrir el *interrogatorio*, tiene en su favor mayor claridad que las "posiciones", tan generalizadas en el proceso civil. En las posiciones, el articulante, afirmando un hecho, comiso a *el confesante* para que también lo admita, técnica que por ser sugerente de la respuesta no resulta aconsejable para una verificación seria.

En reacción a la pregunta —o acaso mejor, a la respuesta dada a la pregunta— surge la *repregunta*, también conocida como *cross examination*, que da la posibilidad a la contraparte del oferente de la declaración, a presentar a su vez preguntas conectadas o relacionadas con las respuestas dadas. Es decir, dice Prieto-Castro, están pensadas "en el contexto de la dialéctica procesal penal".³

Por lo que hace a la respuesta, en nuestra ley no parece reglamentado el conocido como "derecho de retrasar la contestación". Este derecho se funda principalmente en la necesidad del imputado de consultar a su defensor.

D. RETRACTACIÓN Y RECHAZO

Sin duda alguna, es en los temas de la retractación y el rechazo donde nuestros precedentes judiciales más han abundado.

La retractación (*de retractare, revocar*) consiste en la revocación de una declaración previamente dada.

Aunque no bien establecida en nuestras leyes procesales, han sido los precedentes y la práctica judicial los que la han delineado, aunque no precisamente a la forma en que debe interpretarse, sino a cuál es la declaración eficaz.

Con frecuencia confunden nuestros tribunales a la retractación de lo declarado con el rechazo de lo declarado.

La retractación consiste en negar como cierto lo previamente declarado, en tanto que el rechazo consiste en rechazar como propia una declaración.

² Briceño Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, t. IV págs. 595 y 596.

³ Prieto-Castro, Leonardo, *Derecho procesal penal*, pág. 543.

En la *retractación*, el declarante no niega haber hecho la previa declaración, sólo que ahora la revoca (tal vez porque se equivocó); en cambio, en el *rechazo*, el declarante no acepta haber hecho la declaración, y por eso la rechaza.

E. EFICACIA

Nuestra ley no tasa o regula la eficacia legal de las declaraciones, dato que debe considerarse positivo.

Por lo que hace a la confesión, se le llegó a asignar el valor de "prueba plena", lo cual desde el punto de vista científico resulta falso, pues es erróneo considerar que por el hecho de confesar se demuestra un hecho histórico; es decir, se prueba ya que en el mejor de los casos puede convencer, mas no probar.

En algún sector de la doctrina, desgraciadamente acogido por nuestra Suprema Corte, se ha aceptado que la confesión ha de tener eficacia sólo en lo que perjudica, aunque no necesariamente en lo que beneficia.

En el caso de los testimonios, las decisiones han sido totalmente desconcertantes. En algunos casos se les da eficacia a los testimonios y en otros no. De forma más o menos general, la Suprema Corte ha venido sosteniendo que si los testigos son *de cargo*, el testimonio es eficaz, en tanto que si son *de descargo*, el testimonio es dudoso; o que frente a la declaración del acusado y la del ofendido, es preferente la del último. Decisión que desde luego no tiene ningún apoyo científico, ni legal, y que sólo revela cierta sumisión a las pretensiones del acusador, o por lo menos desconfianza en la actividad y resultado de la defensa.

El tema del *silencio del declarante* también merece atención en cuanto al efecto que ha de dársele. En lo civil, en ciertos casos, al silencio se le sanciona al presumirse como ciertos los hechos, circunstancia que desde luego resulta falsa e injusta. Afortunadamente, en lo penal no se le da efecto al silencio del acusador o del testigo.

Examinado con mayor detenimiento el relato personal, el problema principal se perfila hacia lo psicológico. "Frente al problema que plantea a la criminalística el tema del testimonio, la psicología jurídica, como lo expresa Emilio Mira y López en su manual, ésta consiste en que el testimonio de una persona depende esencialmente de 5 factores: a) del modo como se ha percibido dicho acontecimiento; b) del modo como la ha conservado su memoria; c) del modo como es capaz de evocarlos; d) del modo como quiere expresarlos; e) del modo como puede expresarlos."²

² Herrera Figueroa, Miguel, "Psicología jurídica", en *Enciclopedia jurídica Osorio*, pág. 375.

Cabe llamar la atención al hecho de que nuestra Constitución carece de una declaración fundamental como la peruana (art. 2, inciso 20, párrafo 20), cuando establece que "Las declaraciones obtenidas por la violencia carecen de valor. Quien la emplea incurre en responsabilidad penal". No obstante, se obtiene mediante la interpretación sistemática, e incluso los tribunales de amparo así lo han declarado.

La Constitución actual declara sin valor la declaración que se hace ante autoridad distinta al juez, Ministerio Público o sin asistencia de defensor.

La detención prolongada afecta a la vez la eficacia de las declaraciones, por ello según la ley, se lo declara sin eficacia.

CAPÍTULO
31

**DECLARACIÓN DEL
IMPUTADO**

SUMARIO

31.1 DECLARACIÓN

31.2 CONFESIÓN

31.3 PROCEDIMIENTO

31.4 VALORACIÓN Y EFICACIA

A. DECLARACIÓN *CONTRA REUS*

B. DECLARACIÓN PRESUNTA

C. DECLARACIÓN *IN FAVOR REUS*

D. RETRACTACIÓN Y RECHAZO

31.1 DECLARACIÓN

Entre nuestros estudiosos se da una cierta manía; cuando tratan de referirse a la declaración del imputado, penetran a la misma por la puerta de la confesión. Por desgracia, olvidan que entre lo que es *declaración del imputado* y *confesión* media una diferencia.

Recordemos únicamente que la confesión es sólo una de las especies de declaración del imputado y que, por tanto, el género próximo de la confesión es la declaración; de ahí que por tal género comencemos.

Entre las múltiples declaraciones que producen los sujetos en el proceso, encuéntrase la que produce el imputado.

La declaración del imputado es declaración de parte (de parte procesal). Corresponde a la declaración del sujeto pasivo del proceso.

Puesto que esta declaración puede darse durante el proceso o aun antes del mismo —caso en que se preconstituye, como ocurre con la que se da en la averiguación previa—, creemos que en lugar de llamarse "declaración del sujeto pasivo del proceso", es más conveniente denominarle *declaración del imputado*.

En lo que atañe a su contenido, la declaración del imputado puede consistir en *aceptación de hechos* —caso en que estamos ante la confesión—, en el rechazo de éstos, o en una *afirmación o calificación de los mismos*. En cuanto al efecto jurídico que puede producir, la declaración del imputado puede serle *adversa* a sus intereses, *beneficiario* o *ser neutral*.

Independientemente del valor que tenga la declaración del imputado, constituye un medio de prueba a partir del cual se pueden obtener datos (favorables o desfavorables) que contribuyen a esclarecer la verdad histórica, como elemento para solucionar el conflicto penal.

31.2 CONFESIÓN

En torno a la confesión se han expresado diversas ideas. En algunas definiciones el interés se ha centrado en el contenido de la confesión, mientras que en otras se atiende al resultado que produce.

En cuanto al contenido, se afirma que la confesión es una *declaración o participación de conocimiento*, y que tal declaración se refiere a hechos propios y no ajenos (si se tratara de hechos ajenos estaríamos en presencia del testimonio en su sentido estricto).

Por su parte, nuestra ley establece que "la confesión es la declaración voluntaria hecha por persona no menor de dieciocho años, en pleno uso de sus facultades mentales, rendida ante el Ministerio Público, el juez o tribunal de la causa sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación..." (arts. 207 CFPP y 136 CPPDF).

En otra característica referida al contenido de la declaración, la polémica entre los estudiosos del proceso penal aún persiste. Algunos consideran que en esta declaración se reconoce al autor de un delito como responsable de éste (Franco Sodí y la Suprema Corte), se reconoce culpabilidad (Rivera Silva, Rafael de Pina), participación en el delito (García Ramírez y Victoria Adato), etcétera.

Por nuestra parte e independientemente de lo que establece el artículo 207 del CFPP, creemos más acertada la afirmación de Claría Olmedo, pues en la confesión sólo existe *aceptación de haber participado en el hecho que se imputa, que no es lo mismo que aceptar ser delincuente*.

Los estudiosos del derecho procesal suelen correctamente diferenciar la confesión del *allanamiento* y del *reconocimiento*. Aunque las tres coinciden en que son actitudes que revelan aceptación, se diferencian en que la confesión únicamente implica aceptación de los hechos; el *allanamiento* sólo la aceptación de pretensiones; y el *reconocimiento*, sólo aceptación del derecho invocado.

Puede haber casos en que se acepte el hecho imputado, pero no se acepte la pretensión ni el derecho invocado.

Atendiendo al mismo contenido, la confesión puede ser *parcial o total*, dependiendo de que se acepte la totalidad o sólo parte de los hechos que se imputan.

Por lo que hace al resultado, hay quienes consideran que la confesión, más que una simple declaración, es la que *perjudica al declarante o beneficia al adversario*. Es decir, se trata de una declaración en contra, que en algunos procesos ha llegado a ser considerada como medio de solución del conflicto (al confundirsele, desgraciadamente, con el *allanamiento*), o de disponibilidad de las formas procesales.

En nuestra opinión, Parra Quijano se pronuncia correctamente, cuando afirma que "la confesión no implica que necesariamente sea contra el confesante, es decir, que tenga que admitir su culpabilidad o responsabilidad, porque quien admite ser el autor de un hecho, no necesariamente reconoce su culpabilidad, ya que de lo total de lo confesado se puede llegar a una causal de justificación del hecho".¹

¹ Parra Quijano, Jairo. *Tratado de la prueba*, t. II, pág. 29.

Es tal vez por esto que Prieto-Castro, de manera más simplista, la ha considerado como la *declaración de parte sobre hechos relevantes en el proceso*.²

Resulta conveniente destacar que la confesión en lo penal (en el proceso puramente penal) va sólo referida a la declaración del sujeto pasivo del proceso, a diferencia del proceso civil o laboral, donde la confesión se puede producir por ambas partes procesales.

En consecuencia, la confesión en el proceso penal es la *declaración del imputado sobre hechos propios, en los que de manera total o parcial acepta los hechos en que se funda el acusador (causa petendi)*.

31.3 PROCEDIMIENTO

Por lo que hace al mecanismo tendiente a producir la declaración del imputado, desafortunadamente no está regulado en nuestras leyes, a pesar de que la confesión es el principal medio probatorio en torno al cual gira el enjuiciamiento penal en México.

No se encuentra regulado lo relativo al ofrecimiento ni a la recepción. En lo que concierne a la preparación, el declarante sólo ha de ser exhortado, mas no protestado o juramentado.

Un interesante precedente judicial sustentado por la Suprema Corte de Justicia, rememorado por Franco Sodi, establece que con base en el derecho constitucional de que al procesado no se le puede obligar a declarar en su contra, no le asiste a la autoridad ningún derecho para obligarlo a que se presente a declarar y menos a confesar un delito.³

Sin lugar a dudas, en la fase preparatoria destaca, la prohibición de emplear el tormento para obtener declaración. Diversas leyes de jerarquía constitucional e internacional han prohibido el empleo del tormento para obtener confesión. Desgraciadamente tales prácticas inhumanas aún persistían hasta 1990, especialmente entre las corporaciones policíacas, e incluso para septiembre de 1991, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos aceptó que en México aún se practicaban tormentos.

Reiterando lo que hemos expuesto, en nuestro sistema se establece la *libertad de declarar*, que implica la correlativa obligación de las autoridades de no poder exigir declaración del imputado.

Llegados al momento del desahogo, una de las principales garantías constitucionales en favor del imputado es el derecho de éste a abstenerse a declarar

² Prieto-Castro, Leonarda, *Cuestiones de derecho procesal*, pág. 138.

³ Franco Sodi, Carlos, *Código de procedimientos penales*, pág. 123. Se refiere al t. XLV, pág. 2303 f al t. XXXVIII, pág. 468.

en cualquier causa que se siga en su contra; por tanto, al no estar obligado a declarar —y menos a confesar— ninguna autoridad puede forzarlo a ello.

Al amparo de esta norma constitucional (libertad de declarar), algunos estudiosos han llegado a afirmar que el imputado tiene el derecho a mentir.⁴

Este supuesto derecho a mentir lo consideramos falso, porque una cosa es la libertad de declarar y otra la libertad de mentir. Si nuestra Constitución establece que el imputado no debe ser compelido a declarar, dispone la libertad de declarar, lo que significa que puede declarar o abstenerse (derecho a callar). Pero si en un caso el interrogado desea declarar, nuestra Constitución en ninguna parte indica que se le otorga permiso para mentir (ni prohíbe a la autoridad sancionar al falsario). Esto es, no se establece en la Constitución el derecho a mentir, aunque acerca de esto nuestras leyes secundarias y tribunales han sido tolerantes.

La declaración puede ser espontánea o provocada. Es espontánea cuando de manera llana, sencilla, sin aparente dirección o compulsión, el declarante produce su declaración.

Según nuestras leyes, tal declaración puede ser oral e inclusive el declarante puede dictar su versión (art. 307 en relación con el 255 del CPPP).

En la declaración provocada sólo son permisibles los interrogatorios y no los medios compedores a declarar, como el tormento, por ejemplo. Pueden interrogar tanto el Ministerio Público como el defensor.

Por fortuna, la técnica para formular el interrogatorio ha mejorado, pues si bien antes se admitieron las posiciones, actualmente esto no es posible en lo penal.

La declaración del imputado es o debe ser un acto personalísimo, sin posibilidad de que se pueda verificar mediante representante.

Tocó al tribunal Colegiado del Tercer Circuito resolver el caso donde un defensor compareció al proceso (violando el secreto profesional) y declaró que su oliente le había confesado haber cometido el delito que se le imputaba. En este caso, el Tribunal resolvió que esa declaración no era confesión.⁵

Una regla desconocida en el enjuiciamiento mexicano es la que consignan las leyes de España (art. 393 LECE) y Argentina (art. 244 Cod P), según la cual se establece que "cuando el examen del procesado se prolongue mucho tiempo, o el número de preguntas que se le hayan hecho sea tan considerable que hubiese perdido la serenidad de juicio necesaria para contestar a las demás que debe preguntárselle, se le suspenderá el examen, concediéndole al procesado el tiempo necesario para descansar y recuperar la calma".

⁴ Casos de González Bustamante, Juan José (*Principios de derecho procesal penal*, pág. 155) y Ferrera Piñero, Jesús (*Garantías y proceso penal*, págs. 60 y 61).

⁵ Cfr. AD 1257, tomado de Mayo Ediciones, *Tribunales Colegiados de Circuito*, t. 1, Penal, pág. 128, tomo 218.

Nuestra ley establece que esta declaración ha de ser recibida por el tribunal (principio de inmediación), pero se permite que también la reciba el MP.

31.4 VALORACIÓN Y EFICACIA

En torno al valor y eficacia de la declaración del imputado, nuestras leyes y precedentes judiciales han partido de una clasificación de la declaración que se relaciona con el perjuicio o beneficio que pueda acarrear.

De esta manera, si la declaración es *contra reus*, produce resultados diversos a la declaración *favor reus*.

Una importantísima condición para la eficacia de la declaración del imputado consiste en que durante el momento de la declaración debe estar presente el defensor, a grado tal que en el caso de una confesión en la que no esté presente el defensor, tal confesión estará sancionada con nulidad (arts. 20 fracc. II constitucional, 127 Bis, 287 fracc. II CFFP y 9 de la Ley Federal para Prevenir la Tortura).

Por esta razón consideramos inconstitucional el último párrafo del artículo 287 del CFFP que le da a esta declaración "valor de testimonio", aun cuando en la misma disposición se asiente que no se le podrá considerar como confesión. A este respecto, la Constitución es muy clara: "carecerá de todo valor probatorio".

La otra condición referente a una ausencia de detención prolongada, que ya enunciáramos, también conduce —cuando se prolonga— a la nulidad de la declaración (art. 134 CFFP).

En caso de confesión obtenida mediante tortura, ésta será nula (art. 8 Ley Federal para Prevenir la Tortura).

También se sancionará con nulidad la confesión, cuando hubiese faltado intérprete (art. 9 Ley federal para Prevenir la Tortura).

Por fortuna, quedó derogado el viejo artículo 174 del CFFP que le daba valor trascendente a la confesión por robo.

A. DECLARACIÓN CONTRA REUS

La declaración *contra reus* —casi siempre emparentada con la confesión— en ocasiones se ha considerado como acto de disponibilidad de los actos procesales, que exime de materia por probar y que vincula al tribunal.

Esta declaración en contra, más emparentada con el allanamiento que con la confesión (con el allanamiento que es medio autocompositivo), ha llevado a

transformar el enjuiciamiento ordinario en sumario, con lo cual aligera las formas procesales (art. 156 CFPF).

De triste memoria es el caso que recuerda Carranca y Rivas: "un 10 de Junio de 1487 prendieron a un negro o 'lobo' asesino, se le tomó declaración y se le dieron tormentos toda la noche, con orden del Virrey de que tan pronto confesara lo ahorcasen". Lo que significa que si confesaba muerta, y si se abstenia (frenia del proceso) continuaría siendo atormentado.⁶

Considerada en antaño como la reina de las pruebas, hasta antes de la reforma de 1990-91 perduraban vestigios de la declaración *in contra* cuando se trataba de delitos patrimoniales, en los cuales el legislador le asignaba valor probatorio pleno.

En algunas ocasiones los tribunales han aceptado que la confesión vincula al juez y en otras, que no lo vincula.

Desgraciadamente, la confesión no siempre representa o confirma la verdad histórica. Alcalá-Zamora nos recuerda un hecho de la vida real. En Granada, España, Carmen y Custodio se encontraban unidos en matrimonio. La primera sostenía relaciones extraconyugales con Amador (todos los nombres son ficticios). Custodio, a su vez, era estador en la prisión de Granada, donde trabajaba por las noches. Y era precisamente durante la noche cuando Amador y Carmen se veían en la casa de esta última.

Un día Carmen amaneció muerta a consecuencia de fatal golpe en la cabeza. Tras la investigación policíaca, Amador confesó que había peleado con Carmen, y que por ello le pegó en la cabeza. Ésta fue suficiente para condenar a Amador, quien así fue ejecutado; para ello se tuvo en cuenta, a la vez, que algunos vecinos habían visto a Amador salir de la casa y también oído una discusión y un grito.

Muchos años después, los magistrados que dictaron sentencia recibieron una carta proveniente de Custodio, que más o menos decía así: "próximo a morir, quiero descargar mi conciencia del peso del recordamiento. Quien mató a Carmen no fue Amador, si no yo, Custodio, el marido. ¿Cómo? devorado por los celos. La noche del crimen abandoné la guardia de la cárcel en horas de la madrugada, sin que nadie se diese cuenta; llegué a mi casa cuando yo los vecinos se habían retirado a dormir; en el momento de penetrar en la aldea, Carmen, que no estaba muerta sino sólo desvanecida, comenzó a recibir el conocimiento y pronunciaba palabras de amor y perdón dirigidas a su amante. Eran la confirmación de mi desgracia, y con el mismo instrumento con que Amador le asestó el primer golpe, y en el mismo lugar de la cabeza, le apliqué el segundo y definitivo. Me reintegré a la prisión, sin que ni a la salida ni a la vuelta nadie se topase conmigo, y a la mañana regresé como si nada supiera del asunto y denuncié como ajeno el crimen por mí realizado".⁷

⁶ Carranca y Rivas, Raúl, *Derecho penitenciario*, pág. 67.

⁷ Alcalá-Zamora y Castillo, Niéto, *Estampas procesales de la literatura española*, págs. 147 y 148.

Lamentablemente aún encontramos jueces y magistrados que olvidan su profesión y descuidan su actividad en aras de la reconstrucción histórica. Anulan la valoración probatoria frente a una simple e intrascendente contradicción en las declaraciones del proceso o de los coprocesados lo que constituye un festín para la prensa amarillista y los ignorantes investigadores, y en esos hay en que sin tener trascendencia tal contradicción, condenan por mera "conciencia" más que por verdadera reconstrucción histórica. Carraneta y Rivas, al recordar a Manuel Payne (el autor de *Los Bandidos de Rio Frío*), nos lo trae a colación cuando dice, refiriéndose a él, que "conocían de memoria esas cosas; jueces que ante la contradicción de las declaraciones no hacían el menor esfuerzo por pensar y deducir como se debe, y se quedaban a mitad del camino arguyendo por lo menos complicidad".⁹

Hasta 1990 fue común que la detención de una persona durante la averiguación excediera del plazo establecido en el viejo artículo 167 fracción XVIII constitucional. Esta ilícita prolongación de la detención hizo presumir en algunas decisiones de la Suprema Corte la incommunicación del detenido, sancionándose con nulidad tal declaración. A partir de la reforma 1990-91, esta idea quedó plasmada en la letra de la ley (art. 134 CFFP).

B. DECLARACIÓN PRESUNTA

En lo que hace a la que en otros procesos se conoce como confesión ficta o presunta, por fortuna es desconocida en el enjuiciamiento penal.

Dejar de contestar a una interrogante o un hecho no puede ser sancionado como aceptación del mismo, como con frecuencia ocurre en lo civil.

En relación con la confesión presunta, Julio Acero recuerda que "tocó tan lamentable originalidad al Código de Jalisco de 1933, que en sus artículos 397 a 400, cuyos precedentes y motivos se ignoran, transplantando de plano al procedimiento penal de juicio, la ficción legal de la confesión presunta y sustituyó la amplitud del examen oral limitado, de arbitrio del juez, al formalismo estrecho de las posiciones planteadas por escrito por las partes".

"... pero todavía más; en la carrera del desquiciamiento, hubo de llegarse hasta prever el caso de la articulación de posiciones del reo al propio agente del Ministerio Público, a quien si no respondía el cuestionario por oficio, se le había de tener por confeso."¹⁰

⁹ Carraneta y Rivas, *Estad. Derecho penitenciario*, pág. 74.

¹⁰ Acero, *Julio. Procedimiento penal*, págs. 377 y 378.

C. DECLARACIÓN *IN FAVOR REUS*

Aunque la declaración en contra ha sido generalmente desgraciada en su eficacia, la declaración *in favor* se ha visto más con temor y duda. Prueba de ello es lo que ocurre con la declaración calificada del procesado.

Citada por los criminalistas más con el nombre de confesión calificada —en realidad sería declaración mixta: *in contra e in favor*—, se presenta en los casos cotidianos en los que el imputado además de aceptar hechos desfavorables (por ejemplo, haber privado de la vida a otro), añade hechos que lo benefician (como el caso del que mató en legítima defensa o en riña).

Entre los estudiosos se han dividido las opiniones en torno a si el juez ha de tener en cuenta únicamente lo que perjudica y rechazar lo que beneficia, o si debe considerar a ambos apartados.

Los que sostienen el primer criterio le llamarían declaración calificada divisible (dividir o separar, para asignar valor y eficacia a cada apartado), en tanto que los segundos le llamarían declaración calificada indivisible (impidiendo la escisión en la declaración para asignarle valor y eficacia única).

EJEMPLO: Florián nos recuerda a Próspero Farinaccio "en su célebre defensa de Beatrice Cenci (1598), quien sostenía que la inculpada, después de su confesión cualificada debía ser absuelta, pues aunque hubiese confesado que había matado a su padre, seguidamente explicaba que tal atroz acto había sido realizado para defender su virginidad de un contacto inmundo a que el interfecto quería llevarla. El trabajo del defensor fue inútil y la muchacha fue decapitada con el dolor de toda Roma".¹⁰

En México, quien más parece haber captado el valor y eficacia de la declaración calificada ha sido Rivera Silva, quien sostiene que si la versión en beneficio no está contrariada por otro medio probatorio, la declaración debe ser indivisible, pero si se demuestra lo contrario a lo favorable, la declaración debe ser divisible.

D. RETRACTACIÓN Y RECHAZO

Con frecuencia, los procesados alegan ante el juez que cierta declaración que aparece como propia (generalmente una confesión) no fue vertida por ellos. Ésto es, la retractación.

Este fenómeno de rechazo se presenta cuando en las audiencias los enjuiciados niegan que sea propia la que aparece en el expediente como una declar-

¹⁰ Cfr. Florián, Eugenio, *Elementos de derecho procesal penal*, págs. 326 y 327.

ción del imputado. Niegan no sólo haber expresado lo ahí contenido, sino también su firma.

En cambio, los casos de retractación van orientados a demostrar que hubo un error o vicios en lo que se expresó.

En el fondo la retractación a una supuesta confesión obedece a la afirmación de que fue expuesta sin *animus confitentis*, especialmente cuando esa supuesta declaración afirma fue arrancada por medio de la violencia.

Aunque este tipo de declaraciones que tratan de ser nullificadas (a fin de lograr su ineficacia) están generalmente firmadas por los imputados, éstos alegan que fueron objeto de tortura y presión por parte de las autoridades policíacas. Aunque si bien es cierto que esto ocurre con gran frecuencia, nuestros tribunales han sostenido que mientras no se demuestre la tortura o la presión, tales declaraciones deben tomarse como propias del imputado, lo que significa una desgracia para el propio enjuiciado, pues se ve obligado a demostrar —mejor dicho, tiene la carga de la prueba— algo que resulta extremadamente difícil, sobre todo cuando se presume la buena fe de las autoridades policíacas.

Para diferenciar la retractación del rechazo, advirtamos que la primera supone aceptar que hizo la declaración, pero sin *animus confitentis* (generalmente debido a presiones), mientras que en el rechazo no se acepta ninguna declaración que se impute al declarante.

En suma, de la mera posibilidad de admitir la retractación o el rechazo, podemos afirmar que en general la confesión en lo penal no vincula ni implica disposición de las formas procesales.

El código de Venezuela, por ejemplo, establece que "al procesado podrá admitírsele prueba contra su propia confesión *rectius*, supuesta confesión) y, siendo plena, la destruirá", y el Código del Uruguay dispone que para que una retractación o anulación se declare válida o legítima "es indispensable que el inculpado ofrezca prueba sobre hechos decisivos que justifiquen haberse producido la confesión oprimido por medios violentos o amenazas; que tiene por causa un error evidente o que el delito confesado es físicamente imposible".¹¹

¹¹ Parra Quijano, Jaime, *Tratado de la prueba*, t. II, págs. 114 y 115.

CAPÍTULO
32

**DECLARACIÓN DE TESTIGOS
(testimonio)**

SUMARIO

32.1 CONCEPTO

A. TESTIMONIO

B. CLASIFICACIÓN

32.2 TESTIGO

32.3 TESTIGO TÉCNICO

32.4 PROCEDIMIENTO

32.5 VALORACIÓN Y EFICACIA

32.6 MOMENTO OPERACIONAL

32.7 DECLARACIÓN DEL PRESUNTO OFENDIDO

32.1 CONCEPTO

A. TESTIMONIO

En el más amplio sentido de la palabra, testimonio significa simplemente *declarar*. En este amplio sentido suelen utilizarse los vocablos *testimonio* o *atestiguar*, como cuando se dice que el ofendido *atestigua*, o que el acusado *atestigua*.

El término *testimonio*, al igual que *testigo*, proviene de *testar*, *testari*, *testata*, que significa *proveer*, *disponer*. Según Caravantes, deriva de *testando*, que significa *declarar* o *explicar*; según Colin Sánchez, de *testibus*, que significa *dar fe en favor de otro*; y según Devis Echandía, tanto de *testibus* (dar fe como de *estado* (narrar o referir).

En este amplio sentido, *testimonio* —o *atestado*, como también se le conoce— evoca cualquier declaración de persona (en sentido carmelutiano).

Nos referimos al testimonio en el sentido más estricto, esto es, no como cualquier declaración, sino sólo a la que produce el tercero extraño que adelante precisaremos.

El medio de prueba que al lado de la declaración del imputado predomina en el proceso penal, es el testimonio, a grado tal que hubo quien se percatara que entre el proceso civil y el penal, la documental predomina en el civil, en tanto que en el penal lo hace el testimonio.

El testimonio, al igual que lo expuesto por el imputado, coinciden en ser *declaraciones* y *medios de prueba personales*; no obstante, difieren en cuanto al sujeto que produce la declaración, el interés en el fallo final y el nexo con el litigio (además, uno posee y el otro carece de legitimación procesal).

El testimonio se caracteriza por referir hechos que se perciben mediante los sentidos. Es así como se conocen los testigos de vistas, de oídas, de tacto, de olfato y de gusto.

En el testimonio no importan tanto los sentimientos del declarante, como importan en la declaración del imputado.

El testimonio se caracteriza porque los hechos son conocidos directa y no indirectamente por medio de los sentidos.

Aunque el testimonio penal ha de remitirse a los hechos objeto del proceso, no escapa que en algunos casos también pueda aludir a usos y costumbres de importancia.

En el caso del testigo, los hechos son ajenos al declarante; es decir, no aluden a hechos propios, sino sólo a los que normalmente ha percibido por medio de los sentidos. De esto puede llegarse al caso en que ciertas declaraciones del imputado han de ser tratadas como testimonio.

EJEMPLO: cuando al declarar el imputado, independientemente de que acepte o rechace los hechos que se le imputan, vincula en los mismos a un litisconsorte (otro coacusado).

No obstante, ha de advertirse que según Parra Quijano, la declaración del coacusado que involucre al otro litisconsorte —es decir, referente a hechos ajenos, no propios— no es confesión, y tampoco testimonio de tercero, sino una declaración especial, *sui generis*.¹

Por tanto, el testimonio es la declaración de tercero ajeno a la contienda y al proceso, referente a hechos percibidos a través de los sentidos y relacionados principalmente con los hechos objeto del proceso (causa pretendi).

B. CLASIFICACIÓN

Varias son las especies que pueden encontrarse en torno al testimonio; en nuestro caso, presentamos la expuesta por Parra Quijano.

Las declaraciones pueden ser únicas, singulares o contestes. Son únicas cuando en torno al hecho sólo hay una declaración, son singulares, cuando a pesar de existir varias declaraciones, no son contestes —es decir, no declaran lo mismo—; y son contestes o acordes cuando existe acuerdo en torno al hecho declarado.

A su vez, las declaraciones singulares (varias declaraciones que no se refieren a lo mismo) se subclasifican en contradictorias, diversificativas y acensuativas.

Son adversativas, obstativas o contradictorias las declaraciones incompatibles entre sí. Son diversificativas cuando las diversas declaraciones existentes no guardan conexión, ni oposición entre sí. Son acensuativas o admisión

¹ Parra Quijano, Jaime, *Tratado de la prueba*, t. II págs. 163 y 164.

lucius cuando las diversas declaraciones particularizadas producen al armonizarse, la reconstrucción íntegra del hecho.¹

Agreguemos a esta clasificación otra muy socorrida en nuestros tribunales: declaraciones de cargo y de descargo. Son de cargo aquellas que apoyan el hecho u hechos en que se funda la pretensión del acusador, y de descargo, las que apoyan los hechos en que se funda la defensa, o que contrarían a los de la acusación.

32.2 TESTIGO

En un sentido amplio, el término testigo evoca a cualquier persona que declara ante la autoridad. Sin embargo, en esta ocasión nos referimos al sentido estricto del vocablo testigo.

Trátase de una persona física (no moral) que es extraña o ajena a la pretensión procesal, es decir, es distinta de las partes. Distinta de la parte formal y, en nuestro concepto, también distinta de la parte material.

Quiénes consideran que el testigo puede ser una parte material han tenido que afirmar que el ofendido es un testigo, lo cual es falso, como veremos.

Es el testigo, a la vez, quien afirma conocer un dato o hecho que es el objeto del proceso, y que lo conoce o ha percibido a través de los sentidos (de acuerdo con la afirmación general).

Devis Echandía afirma que puede ser testigo aun cuando afirme que no lo haya obtenido a través de los sentidos, porque lo que narra y no ha sido obtenido por los sentidos, en todo caso afecta la eficacia de la declaración, mas no la naturaleza de ésta.

Según se afirma, el conocimiento que del hecho tiene el testigo es esencialmente subjetivo, puesto que se basa en la mera observación del fenómeno. No se le exige un conocimiento acabado y científico, pues este último sólo le es exigible al perito. Sin embargo, tenemos el caso de los llamados testigos técnicos.

Sin embargo, las definiciones que se han dado acerca del testigo acogen de alguna manera las características que hemos expuesto. Así, para Goldsmid, es "toda persona distinta de las partes y de sus representantes legales, que dispone sobre percepciones sensoriales concretas, relativas a hechos o circunstancias pretéritas".²

¹ Véase págs. 29 y 30.

² Goldsmid, J., *Derecho procesal civil*, pág. 272.

De acuerdo con Prieto-Castro, es "la persona ajena al proceso, que aporta al mismo noticias sobre hechos que ha visto u oído, pero hemos de agregar que esta aportación lo es de conocimientos subjetivos, es decir, no en calidad de técnico".¹

Según Oderigo, el testigo "aparece, así, como persona distinta del juez y de las partes, como sujeto desinteresado que declara ante aquél, sobre modificaciones ocurridas en el mundo exterior y advertidas por medio de cualquiera de sus sentidos, siendo ésta la idea fundamental que se mantiene en la doctrina".²

Aunque refiriéndose al testimonio, Devís Echandía asegura que "es un acto procesal, por el cual una persona informa a un juez sobre lo que sabe de ciertos hechos; está dirigido siempre al juez y forma parte del proceso o diligencias procesales previas (lo último cuando se reclaman antes del juicio o para futura memoria . . .) sin que para ello sea inconveniente que provenga de personas que no son parte en el juicio donde debe producir sus efectos probatorios . . .".³

Aunque actualmente casi todas las personas pueden ser testigos, en la antigüedad la ley establecía causas de *incapacidad e incompatibilidad*.

Según un conocido autor del siglo pasado, no podían ser testigos el que fuere conocido de mala fama, el perjuro, el falsificador, los ladrones, homicidas, herejes, los muy pobres, el moro o el judío contra cristiano, etc.⁴ Manziñi nos recuerda igualmente a las meretrices, los luchadores y los monjes, etcétera.⁵

En la actualidad, se conocen ciertas incompatibilidades; así, no pueden ser testigos el juez, los defensores, y los intérpretes.

Podría creerse que ciertos funcionarios diplomáticos están liberados de la obligación de atestiguar, no obstante, diversas convenciones internacionales han establecido que los funcionarios o empleados consulares sí pueden ser requeridos a declarar, en algunos casos en sus domicilios u oficinas, pero no sobre hechos relativos a sus funciones.⁶

Es esencialmente la obligación general de todo ser humano a declarar, o que impide en lo penal oponer tachas a los testigos, pero no a sus testimonios.

¹ Prieto-Castro, Leonardo, *Cuestiones de derecho procesal*, pág. 112.

² Oderigo, Mario, *Lecciones de derecho penal y procesal*, pág. 194.

³ Devís Echandía, Hernando, "Notaralera y concretaciones del testimonio de personas", pág. 262.

⁴ Carriá Sáiz de Medinilla, pág. 495.

⁵ Manziñi, Vicente, *Tratado de derecho procesal penal*, t. III, págs. 266 y 267.

⁶ Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, DD 11 de septiembre de 1963.



32.3 TESTIGO TÉCNICO

Con cierta frecuencia se confunde al *testigo técnico* —es decir, al testigo que hace declaraciones o juicios técnicos— con el *perito*.

En general, las afirmaciones relativas a juicios técnicos corresponden al *testimonio* y no a la *pericial*.

Como ejemplos de testimonios técnicos se nos citan casos tales como la exposición del médico o del psiquiatra, que dicen haber examinado tiempo atrás a una persona, la que por aquel entonces padecía alguna anomalía mental; o el caso de la declaración del ingeniero, que afirma haber observado desde hace tiempo que cierto edificio presentaba determinadas fracturas, no observables fácilmente por el ignorante de la ingeniería.

"El testimonio técnico no es solamente posible, sino en muchas ocasiones conveniente o indispensable para probar por ese medio un hecho determinado,

sin necesidad de recurrir al dictamen de peritos, como las causas de la muerte de una persona que fueron conocidas por la observación directa de un médico o la clase de enfermedad que padeció, y la calidad de grave para efectos de excusar el incumplimiento de una citación a absolver posiciones o para pedir una restitución de términos. En el último caso, es conveniente utilizar la prueba de testigos médicos.¹⁸

32.4 PROCEDIMIENTO

En cuanto al ofrecimiento y recepción no existe regulación especial. En la fase preparación se encuentran las disposiciones internacionales que *prohíben el tormento como medio de obtener declaración*.

Cuando se trata de varios testigos que han de declarar, deberán ser separados a fin de que el que va a declarar no se entere o comunique con el que está declarando o ya declaró (arts. 153 y 257 CFFP).

A fin de que declaren, como medio preparatorio puede imponerse el arresto al testigo (art. 210 CFFP).

Como condición para el desahogo de la declaración (deposición) no se establece obligación de presentar previamente *interrogatorios*, como ocurre en otro tipo de enjuiciamientos. Sin embargo, ha de recordarse que la práctica y la costumbre han indicado que si ha de desahogarse una testimonial fuera del lugar del juicio—usando el exhorto—, deben presentarse los interrogatorios para que, previa aprobación, se pida la colaboración de otro tribunal.

En la fase del desahogo o audición encontramos la regla general que obliga a todo el mundo a declarar (obligación de deponer). Acaso hay algunas excepciones cuando se trata de secretos profesionales, oficiales, militares, industriales, de sufragio y, en algunos lugares, secretos de confesionario.

Se establecen, a la vez, ciertas *dispensas* a parientes del imputado para declarar; obviamente, la finalidad es preservar el núcleo familiar.

Art. 243 CFFP. "No se obligará a declarar al tutor, curador, papilo o cónyuge del inculcado ni a sus parientes por consanguinidad o afinidad en la línea recta ascendente o descendente, sin limitación de grados, y en la colateral hasta el cuarto grado inclusive, ni a los que estén ligados con el inculcado por amor, respeto, cariño o estrecha amistad; pero si estas personas tuvieran voluntad de declarar, se hará constatar esta circunstancia y se recibirá su declaración."

En nuestras leyes secundarias es permisible tanto la *inmediatitud* como

¹⁸ Davis Echeandía, Hernando, "Naturaleza y características del testimonio de terceros," pág. 285.

la inmediatidad procesales. Así, con fines precautorios o preparatorios se permite al encargado de la averiguación previa, recibir testimonios (arts. 123 y 124 CFPP), pero es fundamentalmente el juez quien ha de oírlo.

En el sistema de examen del testigo son conocidos aquél donde el juez es el único que interroga (sistema francés), el que permite a las partes el examen cruzado (Estados Unidos), y uno mixto, donde el tribunal y partes interrogan. La ley mexicana se inclina por este último.

Generalmente, el testigo ha de ser escuchado en la sede del tribunal —al amparo del deber de comparecer—, pero en los casos en que esté imposibilitado, puede examinarse en el lugar donde se encuentre (casa, centro hospitalario).

En el viejo derecho italiano (código de 1913) se consagró la institución del *surcoconducto*. Así, cuando estaba pendiente una orden de aprehensión contra un testigo, el tribunal que lo requería como testigo podía suspender la orden de captura, para lograr con ello la comparecencia y declaración del testigo. Esta institución es ahora inexistente.

Por desgracia, en lo que toca al deber de comparecer nuestra ley no establece lo relativo a los gastos que ha de efectuar el testigo para trasladarse, y tampoco el de indemnizarlo por el salario que deja de percibir en su trabajo, como en otros tiempos y lugares se ha acostumbrado.

Si los testigos son altos funcionarios, pueden ser examinados en sus oficinas o escuchárseles mediante oficio.

Salvo en el caso de que a los testigos se les escuche mediante oficio, donde falta la inmediatidad, éstos declararán "de viva voz, sin que les sea permitido leer las respuestas que tengan escritas; pero podrán consultar algunas notas o documentos que lleven consigo, cuando sea pertinente según la naturaleza del asunto a juicio de quien practique las diligencias" (art. 249 CFPP).

Cuando la declaración se refiera a un hecho "que hubiere dejado vestigios en algún lugar, el testigo podrá ser conducido a él para que haga la explicación conveniente" (art. 252 CFPP).

La declaración o exposición que hace el testigo corresponde —o por lo menos afirma que corresponde— a una "reproducción o reconstrucción (de un hecho no presente) que [sic] se obtiene gracias a la memoria del testigo, que guarda o conserva percepción y permite recordarla posteriormente".¹²

Un elemento importante es el *ánimus testimoniosandi*, el cual faltará cuando se ejerza presión o fuerza sobre el testigo para que declare, viciando —obviamente— el acto procesal al nulificar tal *ánimus*.

Algunas leyes procesales exigen además del testigo, la razón de ciencia de su dicho (por éipsis: razón del dicho) es decir, por qué le consta lo aseverado.

Dada la obligación de documentar los actos procesales, se establece que

¹² *Ibid.*, pág. 271.

una vez redactados el documento o acta, se le dé lectura, para que enseguida se puedan hacer las correcciones o aclaraciones pertinentes.

32.5 VALORACIÓN Y EFICACIA

Por fortuna, en la Ley Distrital ya no existe el número de testigos que se consignaba en el derogado artículo 267 del CPPDF. La ley federal por su parte pone atención a la calidad de las versiones y no en el número (art. 289 CFFP):

"Napoleón se lamentaba de que el testimonio de un hombre honrado no sirviera para condenar a un bribón, mientras que el de dos bribones podía determinar la condena de un hombre honrado."¹²

Este adagio de "testis unus, testis nullus" es tan antiguo o más que el viejo derecho hebreo. En el Deuteronomio bíblico se asentó, por ejemplo, que "un solo testigo no vale contra un hombre acusado de cualquier delito o pecado...".

Como medio de convicción que es, el testimonio no demuestra eficientemente la verdad histórica; sólo convence.

Una anécdota relativa a un suceso ocurrido en la vida forense obliga a no confiar demasiado en los testigos. Se cuenta que en un proceso, 24 testigos comparecieron ante el tribunal; doce de ellos decían que las ventanas de una torre estaban cerradas, y otros doce que estaban abiertas. El tribunal se inclinó por los primeros. Luego de esto, el abogado le comentó a una persona: —Necesariamente debía haber habido 12 testigos falsos. —¿Doce? —dijo aquella persona; en verdad fueron veinticuatro. La torre nunca tuvo ventanas.¹³

Estévez señala "que el grado de credibilidad está ligado estrechamente un conjunto de condiciones subjetivas. No basta con que la persona esté dispuesta a ser sincera, para la fidedignidad de sus manifestaciones es necesario que sus facultades de observación y de rememoración aseguren contra una deformación involuntaria de los hechos".¹⁴

Sobre el particular, García Ramírez y Victoria Adato apuntan que "el valor del dicho de un testigo —el sujeto que reproduce sus percepciones sensoriales, directas o indirectas, acerca de los hechos en que consistió el delito, o en torno a las personas y a las circunstancias—, al igual que el de la confesión, han sido seriamente cuestionadas por la psicología —en este caso, la psicología

¹² *Ibid.*, pág. 121.

¹³ Massimo Cora, Silvestre, *Tratado de las pruebas judiciales*, pág. 363.

¹⁴ Briceño Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, t. IV, pág. 593.

gía del testimonio¹—, cuyos hallazgos han reducido la eficacia de este medio probatorio.²

“Cabe advertir —indica Gómez Lara— que el juzgador debe ser un psicólogo en relación con ella, porque suele suceder que el testigo profesional, que es un verdadero actor dramático frente al tribunal, tiene tales mañas y tamaño aplomo, que puede impresionar a un juez inexperto o mal psicólogo y, por otra parte, es frecuente que el testigo verdadero, pero que nunca ha estado en un tribunal, por sus actitudes y nerviosismo dé la apariencia de estar mintiendo, cuando quizá sea en rigor un testigo verdadero; por ello, reiteramos que la apreciación del testimonio debe hacerla el juez con mucho cuidado y como un buen psicólogo.”³

En el testigo importa tener en cuenta la atención que haya puesto en el hecho. El hecho penal se le presenta generalmente al testigo como algo imprevisto, a diferencia de lo que normalmente ocurre en un testigo de asunto civil, donde casi siempre existe cierta llamada de atención al acto que se va a realizar.

Samuel S. Leibowitz, quien fuera juez en los Estados Unidos de América e inmortalizado por la pluma de Quentin Reynolds en la famosa *Sala de Jurados*, en uno de los episodios pone a prueba a los abogados que le acompañaban en una sala.

“Por eso —concluyó el juez Leibowitz—, por lo que yo no siempre creo en los ojos de un testigo. Los testigos pueden estar viendo algo sin contemplarlo. El cuento de Edgar Allan Poe *La carta robada* ilustra lo que quiero decir. Ahora bien, ustedes, siendo abogados, es probable que sean buenos observadores, permitid que os pregunte: ¿cuántos de vosotros fumáis cigarrillos Camel?”

“Cerca de la cuarta parte de las personas levantaron la mano. El orador que había presentado al juez era uno de ellos. Leibowitz le pidió a él y a otros cuatro fumadores de ‘Camel’ que se levantasen. Preguntó al maestro de ceremonias qué tanto fumaba.

“—Fumo dos cajetillas por día, y las he estado fumando durante 30 años contesté sonriendo.

“—Entonces usted fuma cerca de 700 cajetillas por año, —dijo el juez Leibowitz—. En 30 años usted ha fumado cerca de 14 mil cajetillas de Camel. Cada vez que saca usted un cigarrillo ve usted la cajetilla de Camel en sus manos por lo menos medio millón de veces en los últimos 30 años.

“Voy a hacerlos a vosotros cinco, una pregunta acerca del camello, dije tomando la cartilla del menú y partiéndola en cinco pedazos. —Tomad un cartoncito cada uno y escribid la contestación a mi pregunta. ¿Listos? En la ilustración de la cajetilla: ¿va el hombre delante del camello o va sentado sobre su lomo?”

¹ Gisela Ramírez, Sergio y Adela Victoria, *Psicología del proceso penal en México*, pág. 354.

² Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, pág. 278.

"Escribieron los abogados y el juez, después de leer las respuestas dijo:

"— Dos dicen que el hombre va delante del camello; dos dicen que va sobre la espalda del camello y uno dice que no hay tal hombre. Caballeros, sacad por favor vuestras cajetillas de Camel y ved quién está en lo cierto.

"Hubo una mirada de asombro un poco avergonzado en cuatro de los presentes.

"— Comprobaréis que cuatro han contestado erróneamente, y sólo uno contestó con acierto. No hay tal hombre en la ilustración —rió el juez Leibowitz—. Cuatro hombres, fijos bien, entrenados en la jurisprudencia sentados aquí libres de cualquier tensión o presión, estaban equivocados acerca de lo que hay dibujado sobre la cajetilla de cigarros que maneja todos los días. Sin embargo, en los salas de jurados aceptamos identificaciones hechas por testigos mal entrenados, tal vez prejuiciados, tal vez confusos."

Contra lo que estamos afirmando, la Suprema Corte y los tribunales de amparo aún le dan cabida al número de testigos: la aplicación del aforismo *testis unus, testis nullus* (consignado en la *Partida III*), lo demuestra.

Esta regla es de Constantino, y como enseña Floris Margadant, no era conocida en la fase formularia. "No estaba obligado el *index* a ponerse del lado de la mayoría de los testigos; debía pesar, no contar. Adriano recomendaba fijarse más en el testigo, que en el testimonio."¹⁷

32.6 MOMENTO OPERACIONAL

El procedimiento de esta prueba puede practicarse, según nuestra ley, *antes del proceso*, es decir, durante la averiguación previa (art. 124 CFFP), *en el proceso* (preliminar especialmente), *en el juicio* ante jurados (art. 323 CFFP), e *incluso en la segunda instancia* (art. 378 CFFP).

A nuestro parecer, siempre resulta aconsejable que el testigo que declaró en la averiguación previa vuelva a declarar en la instrucción judicial y en especial en el juicio, y que no sólo ratifique lo inicialmente asentado, como se acostumbra. Porque aun cuando pueda aducirse la duplicidad del trabajo y, por ende, menor economía procesal, en favor se tiene la posibilidad de que la contraparte del oferente pueda conocer directamente lo dicho, pero por sobre todo, se garantiza la *inmediatez judicial*. Agrégase que el desahogo resulta más democrático, y para efectos de valoración, la posibilidad de confrontar una y otra vez lo dicho da lugar a que lo atestiguado merezca mayor o menor confianza.

Entre que los jueces trabajen menos y que se tenga una mayor posibilidad de lograr justicia que ... trabajen los jueces.

¹⁷ Floris Margadant, Guillermo, *Derecho romano*, págs. 479 y 480.

Así, dice Carnelutti, "tal posibilidad plantea el problema de la confrontación entre los resultados de los diversos exámenes, a cuyo fin sirve la lectura del debate de los procesos verbales (actas) de los exámenes precedentes (cfr. art. 462) y de las relaciones, con las cuales la policía judicial da noticia de ellos. Esta lectura ofrece ciertamente elementos útiles para la crítica del testimonio, pero es también muy peligrosa por la tentación, a la cual el juez difícilmente se sustrae, de creer que las modificaciones de las deposiciones obtenidas en el procedimiento preliminar se deban a presiones o, en general, a factores que hayan alterado su carácter genuino: las lecturas se presentan, así, a un control a la inversa; en cuanto el examen preliminar, se presenta indudablemente menores garantías en comparación con el examen definitivo; es aquel que, nueve veces de cada diez, termina por prevalecer sobre el examen definitivo".¹⁸

32.7 DECLARACIÓN DEL PRESUNTO OFENDIDO

La declaración del que se dice ofendido o presunta parte lesionada suscita algunas dudas. Si se afirma de él que es parte (material), su declaración en algunos casos podría llegar a tratarse como confesión; pero si se le considera sujeto ajeno a las partes formales, cae de cierta forma en la naturaleza del testigo.

En la idea de Devis Echandía, "para ser testigo basta no tener la calidad procesal de parte en el proceso" independientemente de que sea o no parte material, lo que significa que según Echandía, la declaración del presunto ofendido sí es un testimonio (obviamente, en aquellas legislaciones en que no es parte procesal).¹⁹

Pero independientemente del sujeto que produce la declaración (imputado, testigo *stricto sensu* y presunto ofendido), la declaración del que se afirma ofendido coincide con los demás tipos de declaración en que es declaración que, por tanto, no demuestra o verifica el hecho histórico, sino sólo convence.

En cuanto a la naturaleza jurídica de su declaración, hay una fuerte tendencia a compararlo con el testigo (Manzini o Devis Echandía, por ejemplo), en tanto que otros autores consideran que no debería equipararse (Floriani).

Podría aducirse que la parcialidad del presunto ofendido difiere de la del testigo; sin embargo, esto resulta un tanto aparente, porque como ciertamente lo explicó Carnelutti, "un testimonio verdaderamente desinteresado es tan raro como una mosca blanca".²⁰

¹⁸ Carnelutti, Francesco, *Principios del proceso penal*, pág. 315.

¹⁹ Devis Echandía, Hernando, "Naturaleza y características del testimonio de terceros", pág. 282.

²⁰ Carnelutti, Francesco, *Cómo se hace un proceso*, pág. 126.

Puestos no ya en la eficacia o efecto que pudiera producir, sino en su esencia misma, podríamos pensar más lógicamente, que mientras el presunto ofendido sólo expone o postula el dato, el testigo trata de confirmarlo.

Pero la realidad ha llevado a legisladores y juzgadores a tomar la declaración del presunto ofendido no sólo como mera postulación o expresión del dato, sino también como medio probatorio, al que, incluso, se le asigna cierto valor, en ocasiones preponderante por sobre la del imputado.

La práctica también ha conducido a legisladores y juzgadores penales a tomar la declaración del testigo no sólo como mera confirmación del dato, sino como la exposición y verificación del dato mismo.

En el estado actual de los estudios no hemos encontrado respuesta cabal y satisfactoria a la naturaleza de la declaración del presunto ofendido. Por su parte, las leyes mexicanas nada nos indican sobre el particular, en tanto que, los precedentes judiciales resultan confusos. En algunos casos se le ha tenido como "simple indicio",²¹ y en otros como testimonio.²²

²¹ Tesis 194, tomado de Sergio García Ramírez, *Curso de derecho procesal penal*, pág. 304.

²² *Informe* 1969, A.D. 7419/68.

CAPÍTULO 33

COMPLEJO DE DECLARACIONES (careo probatorio)

SUMARIO

33.1 CONCEPTO

A. CAREO CONSTITUCIONAL

B. CAREO PROBATORIO

C. CAREO FICTO O SUPLETORIO

33.2 NATURALIZA DE LAS DECLARACIONES

33.3 PROCEDIMIENTO

33.4 VALOR Y EFICACIA

33.5 OPORTUNIDAD PROCESAL

33.1 CONCEPTO

El careo, como medio probatorio, es confundido con frecuencia (especialmente por los legisladores, tribunales y algunos estudiosos mexicanos) con otras instituciones procesales, por lo que resulta conveniente delimitar su concepto.

En los textos relativos a la materia es frecuente que se considere o clasifique al careo en tres tipos: careo constitucional, probatorio y supletorio. Veamos cada uno de éstos.

A. CAREO CONSTITUCIONAL

Nuestro legislador constituyente, en especial del siglo pasado, estableció como un derecho indisponible de todo penalmente enjuiciado, el derecho no sólo de saber quién declaraba en su contra, sino también el de que física y materialmente le pudiera conocer e inclusive someter a interrogatorio.

Para garantizar este derecho se estableció la correlativa obligación del tribunal de presentarle o mostrarle al imputado a la persona que declara en su contra; es decir, el instructor quedó obligado a personar a todo aquel que declaraba en contra del imputado, mostrándole a éste y relacionándolo, para que en caso de que el imputado así lo deseara, sometiera a interrogatorio al declarante de cargo. En nuestra Constitución, a este plausible deseo del legislador se le llamó careo, confundiendo lo que en su estricto sentido es un verdadero careo.

Como se advierte, en lo que en México se dio en llamar careo constitucional o careo garantizado, se estableció un medio de defensa, no un medio de prueba. En el careo constitucional, quien tenía que declarar era el declarante del cargo (no el imputado) y tenía que practicarse existiera o no contradicción en las declaraciones.

Actualmente, en atención a la reforma constitucional de 1993, el careo entre el imputado y quienes depongan en su contra ya no es una obligación, sino un derecho del imputado, el cual podrá solicitar tal careo que deberá llevarse frente al juez.

Como apuntó Rivera Silva, "el careo constitucional no posee ninguna de las raíces del careo procesal. Es decir, no tiene compromisos con el testimonio, ni con ningún medio probatorio. Más que un medio probatorio, es un derecho concedido al inculpado para que, como dice la Suprema Corte, 'el reo vea y conozca las personas que declaren en su contra para que no se puedan formar artificialmente testimonios en su perjuicio, y para darle ocasión de hacerles las preguntas que estime pertinentes a su defensa'".¹

B. CAREO PROBATORIO

El verdadero careo es el que en México se conoce como *careo procesal* (real o dramático le llama Collín Sánchez).

El sustantivo *careo* proviene de la palabra *cara* y del verbo *carear*, que significa estar "cara a cara". Colocados cara a cara los carantes, discutiendo o aclarando sus previas versiones y de manera dialéctica están en posibilidad de llegar a una versión más depurada y tal vez más apegada al hecho histórico.

Esta nueva y mejorada versión, suma de variadas y múltiples declaraciones, constituye un *conjunto de declaraciones* y es un verdadero medio de prueba.

El *carear* (confrontar cara a cara) no es una prueba, sino el resultado o conjunto de declaraciones a que se arriba, que sí es prueba. El *carear* sólo es el procedimiento o medio de prueba.

La acción de *carear*, que va en busca del medio de prueba, lleva como supuesto la existencia de versiones contradictorias —característica que le es extraña al careo constitucional—, y tiene como fin el que se aclaren o desvanezcan las contradicciones, acercándose al hecho histórico, y descubriendo al falsario o equivocado.

"El careo —apunta Sentis Melendo— nunca debe tener por objeto adquirir noticias, sino enfrentar las ya adquiridas y, por tanto, es una diligencia que responde al principio dispositivo y que lo respeta, siempre que no se desvirtúe al practicarle; el careo no es nunca averiguar sino verificar."²

El careo procesal o probatorio, es un medio, un método o una guía que mediante la discusión de versiones contradictorias (contrastación de declaraciones), está encaminado a descubrir o afinar la versión correcta, en la que el juez tendrá a la vez la posibilidad de convencerse del o de los datos declarados.

A través del careo, decía Florián, "el juez indaga la actitud, el comportamiento, la expresión y la depresión de todos ellos, tarea que deberá realizar, no ya

¹ Rivera Silva, Manuel, *El procedimiento penal*, pág. 258.

² Sentis Melendo, Santiago, "Naturaleza de la prueba", pág. 82.

con espíritu policíaco, sino con inteligencia de magistrado y con agudeza de observador para deducir elementos psicológicos de imparcial, honrada y sincera convicción".²

En este sentido, desde el siglo pasado Escriche definió al careo como "la confrontación de los testigos o acusados que se contradicen en sus declaraciones para averiguar mejor la verdad, oyéndolos en sus debates para que con sus mutuas reconvencciones aclaran los hechos".

Ya en nuestro siglo, Fenech lo consideró como "el acto procesal consistente en la confrontación de dos o más personas ya examinadas como sujetos de la práctica de pruebas, encaminado a obtener el convencimiento del titular del órgano jurisdiccional sobre la verdad de algún hecho en el que sus declaraciones como imputado o testigos estuvieren discordes".³

C. CAREO FICTO O SUPLETORIO

El legislador federal mexicano, al pretender extremar el careo constitucional que existió hasta antes de las reformas de 1983, y en una rara mezcla con el probatorio (fue más "papista que el papa"), creó el generalmente llamado *careo supletorio*, bautizado como *careo ficto* por Briseño Sierra, y conocido en otros lugares como *medio careo*.

A partir del supuesto de declaraciones contradictorias, pero ante la imposibilidad física de confrontar cara a cara a los careados, se llegó a la fórmula de enfrentar físicamente a un declarante contra la versión de un ausente.

Cuando, por cualquier motivo —expresa nuestra ley federal—, no pudiera obtenerse la comparecencia de alguno de los que deban ser careados, se practicará careo supletorio, leyéndose al presente la declaración del otro y haciéndole notar las contradicciones que hubiere entre aquella y lo declarado por él.

Si los que deban carearse estuvieren fuera de la jurisdicción del tribunal, se librará el exhorto correspondiente (art. 268 CFFP).

Prácticamente, esta fórmula nos la presenta Briseño Sierra diciendo que un *careante va contra el documento*, "lo que es absurdo o se fuerza a que el reo renuncie al supuesto beneficio del careo, para que pueda hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa".⁴

² Florián, Eugenio, *De las pruebas penales*, t. II, pág. 530.

³ García Ramírez, Sergio y Adolfo Victoria, *Prontuario del proceso penal mexicano*, pág. 366.

⁴ Briseño Sierra, Humberto, "Reflexiones sobre las llamadas garantías individuales", t. 2, pág. 477.

En el fondo —y ya lo indicó Rafael de Pina—, el llamado *careo supletorio*, no es un verdadero careo; falta la confrontación física "cara a cara" y ello hace imposible la dialéctica entre las dos versiones.⁶

A mayor abundamiento, en un examen que realizaron jueces de Distrito y magistrados, expresaron que "no es dable que en su lugar se practique el careo supletorio; pues en atención a su misma naturaleza jurídica, es obvio que al inculcado o procesado no se le puede dar a conocer de manera supletoria, ni siquiera por medio de fotografías, a las personas que lo acusan."⁷

Por último, cabe reconocer que el legislador para el Distrito Federal derogó el artículo 229 del CPPDF que establecía el careo supletorio, cosa que por desgracia no hizo el legislador federal.

33.2 NATURALEZA DE LAS DECLARACIONES

Es conveniente llamar la atención acerca de ese complejo de declaraciones obtenidas mediante el procedimiento del *careo probatorio*.

Podría pensarse que se trata de otra declaración del imputado, otra declaración del testigo u otra declaración del ofendido, dividiendo ese complejo de declaraciones en tantas como originalmente se presentaron; o bien considerar que estamos ante un nuevo tipo o naturaleza de prueba, la que se ha obtenido mediante la dialéctica al conjugar varias versiones.

Durante el careo, el tribunal está en aptitud de comparar —como expresa Díaz de León— "reacciones y gestos que manifiestan los careados por virtud de la especial situación de psiquis en que se encuentran al desahogar las diligencias".⁸

La Suprema Corte, ha dicho respecto a la diligencia de careo, que "cuando es presenciada por el juez, le entrega enseñanzas psicológicas insuperables, por que al colocar frente a frente a dos personas, a quienes se les indican las contradicciones de sus versiones, de hecho se les invita a que uno de ellos desenmascare al falsario, y el resultado obtenido es de especial importancia para descubrir la verdad histórica, objetivo fundamental de todo proceso".⁹

La Suprema Corte, ha sostenido asimismo, que si los careos tienden a zanjar discrepancias, hacer aclaraciones, etc., "ya va implícita . . . la eventualidad y con ella, la legitimidad de que alguien abalique de su primitiva postura, adoptando otra, aceptando y reparando cualquier error cometido . . . por tanto, si

⁶ De Pina, Rafael, *Código de Procedimientos penales*, págs. 105 y 106.

⁷ *Interpretación judicial de las reformas constitucionales en materia penal. Documento de trabajo*, pág. 29.

⁸ Díaz de León, Marco, "Careo", en *Diccionario de derecho procesal penal*.

⁹ AD 450055, Primera Sala, *Informe* 1955, pág. 30.

los policías con cuya información originaria se integraron los elementos condenatorios, convinieron con los procesados en que no juzgaban, y que si dijeron lo contrario, fue obedeciendo consignas de su comandante para infamar a los quejosos, desaparece toda base del procedimiento...".¹¹

De lo expuesto resulta que en el careo se obtiene no sólo un debate entre declaraciones, sino también importantísimas experiencias psicológicas que llevan o no al convencimiento del juez acerca del hecho, e inclusive la posibilidad (reconocida por la ley) de que se revoque la primitiva versión.

Todo esto hace del complejo de declaraciones (resultado del careo) algo diverso de la singular declaración que fue supuesto del careo y tiene, por tanto, naturaleza jurídica distinta de la primitiva declaración.

33.3 PROCEDIMIENTO

En torno al careo probatorio no encontramos reglas especiales que reglamenten su ofrecimiento y recepción. Acaso lo más destacado es que se establece como diligencia que se realiza a instancia de parte.

En la preparación, es decir, antes de entrar al debate, el tribunal debe estimular la discusión. Algunas leyes, como la mexicana (art. 267 CFFP) establecen que para ello ha de darse lectura a las declaraciones, llamando la atención sobre las contradicciones, en tanto que en las leyes de otros lugares (la colombiana, por ejemplo) no se les da lectura a las declaraciones, sino que el juez "hará que los careantes declaren de nuevo en presencia uno del otro... en el entendido de que el juez hace repetir la declaración... pero en la parte donde se presenta el desacuerdo...".¹²

Desde luego, este último sistema obliga al tribunal a estudiar previamente el contenido de cada versión y no tratar de conocerlo o hacerlo rutinario, como a menudo ocurre en México.

Nuestra ley, establece que la diligencia de careo sólo ha de practicarse entre dos personas (art. 266 CFFP), pero como indica Díaz de León, "en el fondo no hay una fundamentación técnica para reducir el careo a dos personas, pero acaso esta medida en la práctica resulta conveniente para obtener un mejor orden del procedimiento y de las constancias en que se documenta. Sin embar-

¹¹ AD 484252, Primera Sala, Informe 1955, pág. 20.

¹² Parra Quijano, Jairo, Tratado de las pruebas, pág. 155.

go, como lo señala Clara Olmedo, 'la mayoría de los códigos modernos no son estrictos en este sentido y el de San Juan (art. 280), expresamente determina la posibilidad de su verificación entre dos o más personas'¹³

Como el careo probatorio sólo es factible cuando los careados *viven en el lugar del juicio* (no se confunda con la sede del tribunal), no es posible cuando los careados vivan en diversos lugares (en dos ciudades, por ejemplo).

Como ya decíamos, para remediarlo el legislador inventó los careos supletorios o fictos, cuya eficacia no ha sido probada.

De nuestra parte, aconsejaríamos que si los careados viven en lugares diversos al del juicio (y si las posibilidades tecnológicas del lugar lo permiten), que el careo pudiera practicarse por la vía telefónica o a través de circuito cerrado de televisión.

33.4 VALOR Y EFICACIA

Como medio de convicción que es, la utilidad del careo se ha planteado desde dos perspectivas: por un lado se le considera ineficaz, "pues es el medio que da la victoria al más sereno, astuto o descarado sobre el tímido, inexperto o inadvertido", o que es tan eficaz porque el más reposado será opacado por el inocente.¹⁴

Desgraciadamente, hasta la fecha no conocemos ninguna investigación de campo o experimental que dé respuesta a nuestro problema: ¿es eficaz el careo? y, en su caso, ¿hasta qué punto?

33.5 OPORTUNIDAD PROCESAL

Por lo que hace al momento en que debe verificarse, el careo, puede realizarse en cualquier etapa del proceso; y en el estado actual de nuestro procedimiento penal, nada impide que se practique en la averiguación previa.

Es aconsejable que se realice tan luego como se practique la declaración preparatoria (preinstrucción) (art. 154 CFPP), y que sea obligatorio en el juicio ante el jurado (art. 324 CFPP); inclusive, es una de las raras diligencias que se sugiere ser repetidas (art. 265 CFPP).

La práctica del careo, resulta tan obligatoria que su omisión da lugar a la nulidad de todo lo actuado (art. 388 frac. IV CFPP).

¹³ Díaz de León, Marco, *Tratado sobre las pruebas penales*, pág. 162.

¹⁴ Escriche, Joaquín, "Careo", en *Diccionario razonado*.

CAPÍTULO
34

**RECONOCIMIENTO
PROBATORIO**

SUMARIO

- 34.1 CONCEPTO
- 34.2 ESPECIES
- 34.3 RECONOCIMIENTO DE LUGARES
- 34.4 RECONOCIMIENTO DE COSAS
- 34.5 RECONOCIMIENTO DE PERSONAS (confrontación)
- 34.6 RECONOCIMIENTO JUDICIAL (inspección judicial)
- 34.7 RECONOCIMIENTO ADMINISTRATIVO

34.1 CONCEPTO

Al lado de las declaraciones que sólo tienden a evocar o reseñar el fenómeno, el reconocimiento implica una relación directa (física) entre el sujeto que explica y el dato por explicar. No es lo mismo basarse en el mero recuerdo para explicar o describir una cosa, que estar frente a la cosa —frente a frente— e ir describiéndola.

Al referirse al reconocimiento, Florián señaló que "consiste en la identificación física de una persona o de una cosa".¹

Según Leone, "el reconocimiento consiste en reconocer a una persona (reconocimiento personal) o una cosa (reconocimiento real); cuando alguien, suscitando el propio recuerdo, debe proceder a tal reconocimiento, la ley ofrece un conjunto de reglas orientadas a evitar falsedades o errores, producto estos últimos, frecuentemente, de la sugestión".²

En el reconocimiento hay una percepción directa del objeto de conocimiento, en el momento mismo de describirlo o identificarlo. No sólo se describe el objeto, sino que se está frente a él.

De cierta forma, ésta es la idea por la cual Carnelutti lo consideró naturaleza jurídica diversa.³

¹ Florián, Eugenio, *Elementos de derecho procesal penal*, pág. 380. Del mismo autor: *De las penas penales*, t. II, pág. 486.

² García Ramírez, Sergio y Adolfo Victoria, *Procedimiento del proceso penal mexicano*, pág. 373.

³ Carnelutti, Francesco, *Principios del proceso penal*, pág. 213.

34.2 ESPECIES

Varias son las especies de reconocimiento probatorio. Así, en cuanto a los sujetos que lo realizan, pueden ser los imputados o testigos por un lado, o el tribunal o instructor por el otro.

En lo que concierne al objeto que ha de reconocerse, pueden ser lugares, cosas o personas. El reconocimiento de cada uno de estos objetos puede hacerse por imputados, testigos o aún terceros, o por el instructor.

La ley, de manera dispersa, sin sistema, ha abordado los diversos tipos de reconocimiento, sin darle un tratamiento único.

Veamos primeramente el reconocimiento que de estos objetos hacen los sujetos diversos del instructor.

34.3 RECONOCIMIENTO DE LUGARES

El artículo 210 (CFPP), similar al 252 del CFPF, al aludir a la declaración del testigo, establece que "si la declaración se refiere a un hecho que hubiese dejado vestigios permanentes en algún lugar, el testigo podrá ser conducido a él para que haga las explicaciones convenientes".

Aunque la ley se refiere al testigo, nada impide que tal reconocimiento pueda hacerlo cualquier otro declarante (por ejemplo, presunto ofendido, imputado).

Nuestra ley sólo establece la posibilidad de practicar el reconocimiento del lugar, pero sin establecer ninguna norma especial que lo regule.

34.4 RECONOCIMIENTO DE COSAS

"El reconocimiento de cosas —apunta Florián— es el acto procesal por medio del cual el juez procede a establecer la identidad de una cosa mediante la identificación que de ella hacen algunas personas."⁴

Aunque disperso en la codificación, este tipo de reconocimiento se establece como factible por imputados, testigos, e incluso terceros.

Respecto a las cosas que han de reconocerse, figuran las que pudieron servir como instrumento u objeto del delito, o las firmas en documentos.

⁴ Florián, Eugenio, *De las pruebas penales*, t. II, pág. 500.

Así, por ejemplo, al inculpado "se le mostrarán los objetos recogidos para que reconozca y ponga en ellos su firma o rúbrica, si fuesen susceptibles de ello" (art. 70 CFFP).

Tratándose del testigo, cuando éste se refiera a algún objeto (depositado) "se le pondrán a la vista para que lo reconozca y firme sobre él, si fuese posible" (arts. 251 CFFP y 209 CPPDF).

Cuando se trate de documentos privados o correspondencia, se les "mostrarán los originales y se les dejará ver todo el documento", a fin de que se reconozcan (art. 272 CFFP).

Jorge Cardozo, al estudiar el tema del reconocimiento de documentos en la ley colombiana, asienta que tal reconocimiento puede ser: 1. expreso, 2. ficto, 3. tácito 4. implícito, 5. por inscripción, y 6. por atestación.

El expreso puede ser a la vez provocado o espontáneo. El ficto aparece cuando la persona no se presenta a reconocer el documento; en el tácito, se presenta cuando la contraparte del oferente no lo objeta, a sabiendas de su existencia en el expediente; el implícito, cuando la parte lo ofrece, sin alegar falsedad —es decir, sin desconocerlo—; el reconocimiento por descripción resulta cuando luego de firmado, el documento se hace inscribir en algún Registro Público. Finalmente el reconocimiento por atestación es el que se reconoce ante el juez o el notario.²

En el reconocimiento de firmas, el tratamiento ha sido diverso en la ley argentina, donde se establece que reconocida una firma, se tendrá también por reconocido el contenido del documento; pero para lo penal, el reconocimiento de una firma sólo eso implica: reconocer la firma y no el contenido del documento. La razón que al respecto ha dado la jurisprudencia argentina consiste en que en el ámbito criminal "se trata de esclarecer la verdad objetiva por encima de la que traduzca el texto de un documento privado reconocido solamente en su firma".³

34.5 RECONOCIMIENTO DE PERSONAS (confrontación)

En la ley mexicana el reconocimiento de personas se cita más comúnmente con el nombre de confrontación. Es el único tipo de reconocimiento al que se asigna un capítulo especial en la ley.

Cuando un declarante "no puede dar noticia exacta de la persona a quien se refiera, pero que exprese que podrá reconocerla si se le presentare, el tribunal procederá a la confrontación. . . lo mismo se hará cuando el que declare

² Cardozo, Jorge, *Pruebas judiciales*, págs. 329 a 337.

³ Seresio Meléndez, Santiago, *La prueba*, pág. 27.

asegure conocer a una persona y haya motivos para sospechar que no la conoce" (art. 259 CFFP).

En ésta, también llamada *rueda de presos*, de varias personas semejantes ha de identificarse a una. Tal diligencia resulta un tanto espectacular, puesto que la ley presta atención a la coreografía y escenografía.

34.6 RECONOCIMIENTO JUDICIAL (inspección judicial)

El reconocimiento judicial, más conocido en México con el nombre de *inspección*, consiste en la descripción que el tribunal hace de personas lugares o cosas que en lo personal ha aprehendido a través de sus sentidos, y que están relacionadas con el objeto de la prueba.

Según Manzini, la inspección es la observación. En nuestro criterio, la observación es sólo la vía que se emplea para el reconocimiento.⁷

La observación queda en el procedimiento probatorio, en tanto que la descripción o reconocimiento define al resultado probatorio.

Resulta interesante destacar que la observación o, mejor dicho, el conocimiento que el juez hace de las fuentes de prueba, ocurre luego de planteado oficialmente el asunto, y no antes. Vale decir, el conocimiento personal del juez no es el que ha adquirido en privado (como en el caso en que pueda haber sido testigo del hecho debatido), sino el que después le es propuesto para ser confirmado.

Para que la inspección cumpla su fin se requiere la inmediación procesal, esto es, que sea el juez, precisamente el juez, quien haga la observación. Que el juez contacte con la fuente de conocimiento, que exista una percepción inmediata de ésta.

"Es materia (*rectius*, fuente) de la inspección todo aquello que pueda ser directamente apreciado (*rectius*, percibido) por la autoridad que conoce del asunto" (art. 208 CFFP).

"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" (art. 209 CFFP).

La inspección es un medio que en varios casos no requiere de ofrecimiento de parte, al resultar oficiosa. Así, por ejemplo, se establece como indispensable la inspección en los casos de lesiones externas o internas, homicidio, ataques a las vías de comunicación, instrumentos, cosas, efectos o huellas del delito, etc. (arts. 124, 169, 170, 171, 185, 179, 181, CFFP).

⁷ Manzini, *Victimas*, *Tratado de derecho procesal penal*, t. III, pág. 234.

Nuestra ley, al utilizar el sistema de tarifa, le otorga valor de prueba plena (art. 284 CFPF).

34.7 RECONOCIMIENTO ADMINISTRATIVO

Al lado de la *inspección judicial*, nuestra ley establece la posibilidad de que sea el Ministerio Público quien, en la averiguación previa policial, practique el reconocimiento (art. 124).

En el fondo, este tipo de reconocimiento, al que en la práctica algunos le denominan "fe", no puede equipararse con la que el tribunal realiza. Si éste carece del contacto directo con el objeto, falta la *inmediación procesal*.

Pese a ello, nuestra ley y jurisprudencia han seguido considerando que esa "fe" dada por el Ministerio Público, es equiparable a una *inspección judicial*, vinculando inclusive al tribunal.

Adviértase: en nuestro concepto se trata de una *mera equiparación* que da el legislador con la verdadera inspección. Y lo equiparable no es similar.

CAPÍTULO 35

PERITAJE

SUMARIO

35.1 CONCEPTO

35.2 PERITAJE Y PERICIA

35.3 OBJETO

35.4 PERITACIÓN Y EXPERIMENTACIÓN

35.5 PROCEDIMIENTO

35.6 VALOR Y EFICACIA

35.1 CONCEPTO

Coexistente con los reconocimientos y las declaraciones de personas (imputado, testigos, presuntos ofendidos) encontramos las declaraciones de los expertos en un campo del saber.

En idioma francés son conocidos con el nombre de *expert* (de *expertus*, *experiri*); es decir, que tienen gran experiencia. En nuestra lengua se les conoce como peritos.

Cuando en un proceso se recurre a este tipo de expertos o peritos, se reclaman revelaciones, expresiones o dictámenes especializados. Tal vez por esto Carnelutti decidió denominarles *consultores técnicos*, en lugar de peritos.¹

Al recurrirse a estas declaraciones de expertos en el proceso, se parte de la existencia de un vacío de conocimiento o datos especializados; vale decir, de la insuficiencia de datos técnicos o científicos en torno a un objeto propio o conexo a la pretensión procesal.

Algunos autores han considerado a estas declaraciones o dictámenes de expertos, como un *testimonio de calidad*.

En 1209, recuerda Díaz de León "un decreto de Inocencio III, a propósito de un caso en que era necesario comprobar si de un golpe se había derivado la muerte, declaró que el asunto se debía dejar al dictamen de los peritos".²

Es precisamente esa declaración o dictamen de los expertos, lo que conocemos como peritaje. En pocas palabras, *el peritaje consiste en el informe o declaración de experto en una rama del saber, en el que previa aplicación del método científico, expresa su juicio, opinión o resultado en torno a una cuestión específica (científica, técnica o artística) que se le ha planteado.*

¹ Carnelutti, Francesco, *Principios del Proceso penal*, pág. 222.

² Díaz de León, Marco, *Tratado sobre las pruebas penales*, pías. 197 y 198.

Así el peritaje implica una expresión de conocimiento especializado, que es necesario y conexo al litigio y que supone a la vez (en ocasiones) la experimentación científica, o por lo menos razonamiento técnico.

El confrontar el peritaje con otros medios probatorios nos servirá para aclarar su naturaleza. Si lo comparamos con el testimonio, difieren en que el peritaje implica un conocimiento técnico, científico o artístico especializado, dato que es innecesario en el testimonio. Además, el testimonio conlleva una versión o exposición de datos, en tanto que el peritaje un juicio sobre esos datos o parte de ellos.

Si comparamos al peritaje con la interpretación (intérprete de idiomas o mímicas), advertiremos que esta última consiste en un mecanismo de comunicación entre el sujeto que aporta una prueba (un testigo, por ejemplo) y el destinatario de la prueba (el juez, por ejemplo), mientras que el peritaje no es medio de enlace entre sujetos procesales, sino expresión de conocimientos especializados. La interpretación no implica enjuiciamiento alguno, lo que sí ocurre en el peritaje.

Al mismo tiempo, el peritaje puede diferenciarse de la consulta técnica y del testimonio, pues mientras el primero exige experimentación, la consulta o el testimonio técnico no lo requieren.

Un ejemplo de consulta técnica y que malamente nuestra ley designa como peritaje, es el caso de los informes en torno al contexto cultural a que pertenece el inculpado (art. 229 Bis CFPF).

Cabe recordar que ha habido y aún existen autores —incluso de merecido reconocimiento científico— que niegan al peritaje la categoría de prueba. No son pruebas, decía Couture, “son tan sólo uno de los muchos elementos integrantes de ese conjunto de operaciones intelectuales que es menester realizar para dictar sentencia”;² “más bien que un elemento de prueba (apuntaba Manzini), la pericia representa un elemento subsidiario para la valoración de una prueba, o para la resolución de una duda”;³ y en México, González Bustamante afirmaba que “no es prueba en sí, sino el reconocimiento de un hecho o circunstancia ya existente”.⁴

Contra la negación de la prueba, se manifiestan la legislación mexicana y connotados estudiosos. De cierta manera, al negarse la categoría de prueba se parte de la falacia de confundir al medio con la fuente de prueba.

Además, ha de recordarse que prueba es precisamente verificación, y el peritaje consiste también en una verificación. He ahí, por ejemplo, que cuando el perito examina un cadáver verifica la muerte por envenenamiento, asfixia, traumatismo, etc.; que cuando el químico somete a experimento una mancha, niega o verifica que es de sangre, pintura, aceite, etcétera.

² Couture, Eduardo, *Fundamentos de derecho procesal civil*, pág. 266.

³ Manzini, Vicenzo, *Tratado de derecho procesal penal*, t. III, pág. 379.

⁴ González Bustamante, Juan José, *Principios de derecho procesal penal*, pág. 354.

35.2 PERITO Y PERICIA

En el peritaje, el elemento subjetivo resulta de suma importancia: es únicamente el experto o perito quien puede dictaminar.

Colin Sánchez llama la atención acerca de la diferencia conceptual entre perito, pericia, peritación y peritaje. "Perito —dice—, es toda persona a quien se atribuye capacidad técnico-científica, o práctica, en una ciencia o arte. Pericia es la capacidad técnico-científica o práctica que acerca de una ciencia o arte posee el sujeto llamado perito. Peritación es el procedimiento empleado por el perito para realizar sus fines. Peritaje es la operación del especialista traducida en puntos concretos".²

En lo que atañe a capacidad, nuestra ley exige conocimientos especiales (art. 229 CFPP) y oficiales (art. 225 CFPP). Salvo el nombramiento de peritos hechos por las partes, los del juez y Ministerio Público, cuando "no hubiere peritos oficiales titulados, se nombrarán de entre las personas que desempeñen el profesorado del ramo correspondiente en las escuelas nacionales, o bien de entre los funcionarios o empleados de carácter técnico en establecimientos o corporaciones dependientes del gobierno" (art. 225 CFPP).

En los casos de lesiones y muerte, los médicos del hospital en que se encuentre el lesionado o donde hubiese fallecido, se tendrán como peritos; pero en los casos de necropsia, serán los médicos legistas oficiales (arts. 229, 230 y 231 CFPP).

En suma, los peritos son, personas capacitadas en una ciencia o técnica que llegan o son llamados al proceso para rendir un dictamen o peritaje. Con esto queremos decir que el perito debe ser competente. Idealmente también debería satisfacer el requisito de imparcialidad, condición que por desgracia no es acogida por nuestras leyes, como veremos al estudiar la valoración.

Del análisis de nuestra ley procesal surge que los peritos pueden clasificarse en cuatro grupos:

- a) peritos de parte o peritos oficiales, según sean particulares u oficiales,
- b) peritos titulares o prácticos, según posean o no título académico en la rama del saber en que dictaminan,
- c) peritos científicos y no científicos, según el dictamen suponga conocimientos científicos o no (artísticos, por ejemplo), y
- d) peritos colegiados o individuales, según dictaminen en conjunto o separadamente.

A menudo se diferencia al perito del testigo en que el primero es permutable en el proceso, lo que no ocurre con el testigo; el perito es designado, en tanto que el testigo surge de las circunstancias; el perito aporta datos científicos, técnicos o artísticos, lo que no sucede con el testigo.

² Colin Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos procesales*, t. II, pág. 89.

35.3 OBJETO

"Siempre que para el examen de personas, hechos u objetos —ordena el artículo 210 CFPP— se requieren conocimientos especiales, se procederá con intervención de peritos."

La verdad es que en esta declaración legal no aparece claro el *thema probandum*. En la casuística legal advertimos que los peritos serán llamados a dictaminar en los casos de lesiones internas y externas (arts. 169 y 170 CFPP); causas de la muerte (art. 171 CFPP); de envenenamiento y sustancias (presumiblemente venenosas) (art. 186 CFPP); cotejo de documentos (art. 239 CFPP); determinar estado mental (art. 495 CFPP), etcétera.

Actuando conjuntamente con otros medios probatorios, también se dictaminará en torno a objetos inspeccionados (arts. 208 y 211 CFPP); y en cuanto a la versión más apegada a la verdad en la reconstrucción de los hechos (art. 219 CFPP).

En lo que concierne al objeto de prueba, Franco Sodi se quejaba de los peritos en ocasiones penetraban en campos propios de la función jurisdiccional, y valoraban así pruebas o hacían afirmaciones sobre responsabilidad.⁷

Igualmente, en jurisprudencia definida se ha limitado el objeto de examen pericial, de manera que los peritos no deben dictaminar sobre "culpabilidad".⁸

En la precisión del objeto de la prueba pericial ha de tenerse en cuenta que ésta debe circunscribirse a la comprobación o disprobación de hipótesis o afirmaciones que entrañen un conocimiento científico, técnico o artístico.

EJEMPLO: si alguien afirma que cierta sustancia es un veneno, el objeto de la prueba consistirá en verificar o desmentir esa hipótesis o afirmación, para lo cual se tendrán en cuenta los conocimientos científicos.

Precisamente en consideración al objeto de prueba de expertos o pericial, no estimamos que la interpretación y traducción de signos e idiomas se asimile al dictamen pericial. Ya hemos llamado la atención a sus diferencias, pero no obstante, nuestra ley federal continúa confundiendo *peritaje* con traducción (art. 278 CFPP), aunque paradójicamente admite que el traductor ha de traducir al perito (art. 28 CFPP).

En el caso del *cotejo* o *comparación* de documentos, también reconocida por nuestras leyes (arts. 25 y 280 CFPP), estimamos que tampoco éste es asimilable a la prueba pericial, pues como se infiere de nuestra propia ley, trátase tan sólo de una actividad consistente en comparar, actividad que recae en el secretario.

⁷ Franco Sodi, Carlos, *Código de procedimientos penales*, págs. 99 y 100.

⁸ *Apeándice 1917-1985*, jurisprudencia definida número 186, 1ra. Sala, pág. 408.

No ocurre lo mismo en el caso del artículo 280 (CFPP), donde nuestra ley, al utilizar el vocablo *cotejo* realmente se está refiriendo a una pericial documental o caligráfica. De ahí que exija la intervención de peritos, pues mediante su técnica de observación estará en posibilidad de dictaminar si un documento o una firma son falsos.

"La palabra *cotejo* —apartó Alcalá-Zamora— tiene respecto de la prueba documental dos significados distintos: con arreglo al primero, trátase de una diligencia de *confrontación de los documentos públicos con sus originales, registros o matrices, que se lleva a cabo por el secretario o por el propio juez, constituyéndose para ello en el local en que los últimos se guarden; con arreglo al segundo, implica una prueba caligráfica para cuando se impugne la autenticidad de un documento privado o la de un documento público que carezca de matriz y no pueda ser reconocido por el funcionario que lo hubiese copiado.*"¹⁹

Singular curiosidad despierta la posibilidad de asimilar o no a la prueba pericial, los conocidos como *dictámenes jurídicos*. ¿Puede o no el juez recurrir al juicio de los *expertos en derecho*?, y si es así, ¿cuál es la naturaleza de tales dictámenes?

Ha de advertirse que dado lo complejo de la vida jurídica, es imposible que exista una sola persona que domine todo el campo del saber jurídico. Ante ello, ha sido aceptado, incluso por nuestro antiguo Pallares, la posibilidad de *aservanamiento jurídico al juez*.²⁰

La Convención sobre Prueba de Derecho Extranjero, de la que México es parte, admite la posibilidad de este tipo de dictámenes.

Como dato curioso en el objeto de la prueba pericial, recordemos con Rodríguez Manzanera que "los médicos de las prisiones hasta el siglo XIX tuvieron como misión, entre otras, examinar la salud de los sujetos para comprobar su resistencia al tormento y evitar así que el reo que estaba siendo interrogado se muriera y no se pudiera continuar el juicio. También curaban a los sujetos que habían sido torturados, para poder ajusticiarlos después, o para continuar la tortura hasta la confesión. . ."²¹

"Multitud de ejemplos podríamos dar de esto, pero basta otro el médico de Hernán Cortés, Cristóbal de Ojeda, con toda naturalidad presencié el tormento de Cuauhtémoc y de los otros señores para suspenderlo si había peligro de que perdiese la vida. Observó tranquilamente cómo el fuego iba consumiendo los pies de los héroes que se negaron a revelar el lugar donde se escondía el tesoro de la nación azteca."

¹⁹ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Adiciones sobre doctrina y legislación española a la obra de Javier Gómez", pág. 271. Asimismo en "Cuestiones de terminología procesal", pág. 188.

²⁰ Pallares, Eduardo, "Prueba pericial", en *Diccionario de derecho procesal, asimismo Derecho procesal* págs. 403 y 404.

²¹ Rodríguez Manzanera, Luis, *Criminología*, pág. 213.

Entre otros datos suministrados al tribunal, en la judicatura es frecuente confundir los informes con el peritaje. El informe que, por ejemplo, dan los agentes de tránsito vial, relativos a las calles, circulación, semáforos, tipos de vehículos, etc., no pueden asimilarse al peritaje puesto que falta la peritación. Lo mismo puede decirse de los informes expedidos por los policías aprehensores.

35.4 PERITACIÓN Y EXPERIMENTACIÓN

Nuestra ley ordena que "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 dictamen (arts. 234 CFPF y 174 CPPDF).

La peritación ordenada se refiere a la experimentación que en la investigación aplicada ha de realizar el perito, según las reglas técnicas y científicas propias de la rama del saber en que incide el objeto que ha de dictaminarse.

Como se advierte, nuestra ley remite a las reglas técnicas y científicas propias del campo del saber, para regular las operaciones y experimentos necesarios. Así, téngase en cuenta que nuestra ley procesal no pretende regular directamente la experimentación.

No obstante que el funcionario que ordena la diligencia (juez o Ministerio Público, está facultado para asistir a las operaciones del perito, e inclusive para "hacer a los peritos todas las preguntas que crea oportunas; les dará . . . pero sin sugestión alguna, los datos que tuviere" (arts. 232 y 233 CFPF).

Florián le llama derecho de libertad en la investigación científica, que no debe confundirse con la que el mismo autor denomina libertad procesal.¹²

Igualmente, cuando el experimento recaiga sobre objetos que se consuman al ser analizados (cocaína, por ejemplo), "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" (art. 237 CFPF).

En la casuística se establece que "siempre que se deba explorar físicamente a personas del sexo femenino, la atención correspondiente deberá ser proporcionada, a petición de la interesada, por médicos mujeres, salvo que no las haya en el momento y sitio que deba efectuarse la exploración, en cuyo supuesto la propia interesada podrá proponer quien la atienda" (art.188 CFPF).

Otro tipo de disposiciones tratan de atenuar los terribles efectos de la experimentación en seres humanos. Así, "el artículo 7 (del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 1960) desplaza —apunta García Ramírez— las torturas y las penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, norma ya contenida en el artículo 5 de la Declaración Universal, pero que ahora se entienda que no sólo con la posibilidad de valor jurídico, sino también con un agregado

¹² Florián Eugenio, *De las pruebas penales*, t. II, pág. 421.

do interesante que parece tomar motivo en prácticas vituperables ocurridas durante la segunda guerra: 'en particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos' ".¹²

Estas bases jurídicas de suprema entidad impiden, a la vez, que contra la voluntad de las personas se experimente sobre ellas.

En este sentido, los descubrimientos en la química, la psiquiatría o la electrónica, con aportaciones tan importantes y cuestionables como los sueros de la verdad o narcoanálisis, la hipnosis y aun el polígrafo o detector de mentiras, no pueden ser aplicados *ad libitum* por el perito, contra la voluntad de la persona.

No parece que esta idea que estamos explicando sea acogida por Garmabella y tal vez por el licenciado Alfonso Quiroz Cuarón, quienes (como peritos) en el conocido caso de Goyo Cárdenas, le aplicaron el pentóstat, a pesar de que, según indica el primero, durante esos días (1948) aún estaba vivo el célebre caso Cens en Francia.

En este sentido, Garmabella opina que la disposición legal que establece que los peritos harán todos los experimentos que su ciencia o arte les sugiera, no tiene límites.¹³

Queda entonces establecido que para el peritaje se requiere de operaciones y experimentos que la ciencia correspondiente aconseje. Por tanto, cuando el resultado proporcionado no va acompañado de los procedimientos científicos recomendados por el método específico de la ciencia, no puede considerarse peritaje, sino opinión o para el caso de mayor elaboración, informe.

Hay casos de informes en nuestra ley que se confunden con peritajes. Por ejemplo, para conocer la personalidad y cultura de una persona que pertenezca a alguno de los grupos étnicos del país, deberá el tribunal allegarse de los informes correspondientes (art. 320 Bis CFFP).

35.5 PROCEDIMIENTO

El nombramiento o designación de peritos no sólo corre a cargo del instructor, sino también de las partes. Así, tanto la defensa como el Ministerio Público tendrán derecho a nombrar a dos peritos para que dictaminen en torno a una cuestión.

Tratándose de delitos consistentes en el uso de estampillas, marbetes, calcomanías, formas valoradas, placas o tarjetones falsificados, el artículo 70 del Código Fiscal establece que "para la comprobación de los delitos previstos en los artículos 67 y 68, se deberá recabar en la averiguación previa dictamen de peritos designados por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público", es decir, que no es el instructor, en este caso específico, quien designa.

Una vez aceptado el nombramiento de peritos por el juez, éste deberá ho-

¹²García Ramírez, Sergio, *Derechos Humanos*, pág. 74.

¹³Garmabella, Dr. Alfonso Quiroz Cuarón, pág. 385.

carles saber tal designación para que manifiesten si aceptan o no el cargo que se les confiere.

En la preparación de la prueba se le recibirá a los peritos la *protesta legal* (juramento de desempeño). Cuando se trata de peritos oficiales, no están obligados a protestar para cada caso; no debe olvidarse que rindieron su protesta desde el momento en que asumieron el cargo de funcionarios.

De forma análoga, en la preparación, el instructor debe suministrarles a los peritos todos los datos necesarios para que dictaminen, a la vez que les fija el plazo necesario para que rinda su informe.

Una vez que los peritos han practicado las operaciones requeridas y llegan a una conclusión, deben presentarse al instructor para rendir su dictamen.

Un mecanismo que se propuso en la iniciativa de reformas 1887-1888 establecía que el dictamen debería llegar al tribunal a través del oferente de la prueba, y no directamente del perito;afortunadamente, esta propuesta no fue aceptada por el Congreso, pues de lo contrario, quedaría a voluntad del oferente el presentar o no el dictamen, según que le haya sido o no favorable. Si le era desfavorable, bastaría que se desistiera de la prueba, sin presentar el resultado.

El desahogo de la prueba judicial culmina con la presentación del dictamen y no en la experimentación.

Luego de presentado el peritaje, las partes pueden (en el caso del jurado) someter a *interrogatorios a los peritos* (art. 328 CFFP), a fin de que éstos fijen o esclarezcan sus afirmaciones (art. 308 CFFP).

Por desgracia, la posibilidad de las partes para designar peritos (e inclusive ser las que los paguen en el caso de los particulares), ha llevado en la práctica a los peritos a *dictaminar en favor de quien paga*, con lo cual se impide su *imparcialidad*.

Este fenómeno ha originado discrepancias en los dictámenes. Así, los peritos designados por el actor concluyen en un sentido, en tanto que los peritos del penalmente demandado lo hacen en el sentido opuesto.

Para resolver este problema —que la misma ley provoca al permitir que las partes designen peritos— se establece que cuando los dictámenes sean discordes, se citará a los peritos a una junta “en la que discutirán los puntos de diferencia”. Se le conoce como “*junta de peritos*”.

Como por lo general no hay acuerdo (páense que en la mayoría de los casos son peritos interesados), nuestra ley dispone que se nombre a un perito “*tercero en discordia*”.

El perito “tercero en discordia” no puede ni debe considerarse árbitro de los peritos en desacuerdo; es un perito como cualquier otro y merece la misma confianza. Su peritaje debe realizarse sobre el mismo punto requerido.

Aunque podría pensarse que el tercero en discordia *media para sanjar las discrepancias*, esto no significa que necesariamente tenga que apearse a al-

guno de los dictámenes en oposición, pues el tercero, libre para dictaminar, puede incluso llegar a un resultado diverso de los otros dos.

EJEMPLO: en el caso de robo, los peritos valuadores del Ministerio Público establecieron el valor de "x" a las cosas, en tanto que los peritos del penalmente demandado le fijaron un valor de "z". Al no haber acuerdo en la junta, el tercero puede llegar a asignar un valor de "y" a los bienes.

El caso de lesiones reviste singular importancia, porque se habrá de dictaminar en dos ocasiones. Anteriormente había que esperar hasta que el lesionado sanara, para que el perito pudiera afirmar si la lesión tardó más o menos de 15 días en sanar, o si dejó o no alguna consecuencia (cicatriz o pérdida de algún miembro, por ejemplo).

Murillo Martínez señala, que fue el doctor Luis Hidalgo y Carpio quien en 1867 —en su calidad de miembro de la Comisión encargada de formular el anteproyecto de Código Penal de 1871— logró que "no se exigiese desde el principio la clasificación definitiva de la lesión, sino que se diera de momento una provisional y cuando sanara o muriera el individuo, se diera la definitiva".¹²

La primera pericial o pericial previa sólo alude a probabilidades (por ejemplo, que tarde más de 15 días en sanar y que posiblemente deje alguna cicatriz); en el fondo, este dictamen previo (*certificado médico previo*, le llaman en la jerga diaria), no va destinado a la resolución de fondo, sino a ciertas resoluciones procesales (por ejemplo, conceder o negar la libertad bajo caución).

La pericial definitiva, debe ceñirse a todas las reglas generales de procedimiento a que nos hemos referido.

35.6 VALOR Y EFICACIA

Según reza nuestra ley, "los tribunales apreciarán los dictámenes periciales, aun los de los peritos científicos, según las circunstancias del caso" (art. 288 CFPPI), declaración que por sí sola no da pauta para el valor y eficacia.

Al recordar el fenómeno que se presenta al posibilitar a las partes la designación del perito, y que éstos normalmente dictaminan en favor del que paga, nos vemos conducidos a *negar en el plano fáctico la imparcialidad del dictamen*. De ahí que el tribunal, en los diversos precedentes conocidos, haya afirmado que el dictamen es sólo una mera opinión.¹³

En verdad, es falso que el dictamen se reduzca a un simple opinión. Opinión (de opinión, opiniosis) significa afirmación carente de certeza; implica una actitud frente a un fenómeno que no puede demostrarse o probarse eficientemente. Y esto no es el dictamen pericial.

¹² Murillo Martínez, Salvador, *Medicina legal*, pág. 2.

¹³ Apéndice 1817-1965, pág. 440, Apéndice 1817-1965, jurisprudencia definida núm. 187, Ira. Sala, Pág. 438.

El dictamen pericial, cuando va precedido de toda la mecánica científica, el prueba y no se queda en una mera opinión. Cuando los químicos afirman que cierta sustancia es amoníaco y para ello han realizado toda la experimentación necesaria, no sólo opinaron, sino que verificaron que era amoníaco. Algo similar ocurre con el médico que afirma que una persona está muerta. Su dictamen no se queda en la mera "opinión" de que murió, sino que lo demuestra.

Resulta ilógico e incongruente afirmar que mientras el dictamen es sólo una opinión, la declaración del imputado (cuando confiesa) es una verificación. En realidad, lo que ocurre es que nuestros tribunales, más que *desconfiar del dictamen*, *desconfían del perito*, pero en especial de su imparcialidad.

El estado actual del valor del dictamen pericial revela que tales dictámenes son vistos en ocasiones con *menor calidad que el propio testimonio*. El descrédito, hay que entenderlo, no está en la pericial misma, ni en los mecanismos que el perito emplea para llegar a la conclusión, que en el fondo debe estar precedida de cientificidad. *El descrédito está en los peritos y en su falta de honorabilidad*, quienes por ser pagados por una u otra parte, falsean el dictamen pericial o realizan incorrectamente el procedimiento, a fin de llegar a los resultados queridos por el que paga. En suma, el descrédito está en la parcialidad.

En el fondo, el dictamen es un verdadero juicio, técnico o científico, pero juicio y no opinión.

"El perito —decía Carnelutti— está sujeto al juicio del juez; esta superioridad en derecho del juez sobre el perito es indiscutible; pero es igualmente verdad, de hecho, que para juzgar el consejo del perito, el juez debería saber aquello que no sólo no sabe sino que con el llamamiento del perito *confiesa no saber*."¹⁷

La vinculatoriedad del dictamen para con el juez —discutido en multitud de ocasiones— ha de depender no sólo del valor que el dictamen pueda tener (su valor científico), sino también de la eficacia que en la resolución del asunto pueda haber.

Se ha sostenido reiteradamente, que los peritos no deben dictaminar sobre culpabilidad;¹⁸ o que no deben dictaminar sobre temas propios de otro dictamen. Es decir, un perito médico no puede dictaminar sobre el calibre de un arma, porque esto es materia de pericial balística.¹⁹ Son precisamente algunas de estas cuestiones las que impiden la vinculatoriedad total del dictamen.

En fin, dice Denti, "*no se puede pedir al juzgador que posea una ciencia superior a la del perito, que le permita por tanto, rehacer por su cuenta la valoración efectuada por el mismo; pero se le debe pedir que controle el grado de aceptabilidad, conforme al conocimiento común, de los nuevos métodos científicos, o bien, la racionalidad del procedimiento seguido por el perito. Tres son en realidad, los modos de control que posee la opinión pública frente a la labor*"

¹⁷ Carnelutti, Francesco, *Principios del proceso penal*, págs. 223 y 224.

¹⁸ AD 1144/59 1a. Sala, 6a. época, Vol. XXXII, 3da. parte, pág. 78.

¹⁹ AD 1188/62 1a. Sala, 6a. época, Vol. LX, 3da. parte, pág. 37.

del experto: a) la valoración de su autoridad científica; b) la incorporación al patrimonio científico comúnmente aceptado de los métodos por él empleados; c) la coherencia lógica de su argumentación. Estos mismos métodos de control deben ser aplicados por el juzgador, y sólo con este significado puede calificarse, *peritis peritorum*²⁰.

²⁰ Dentí Vittorio, "Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador", págs. 19 y 20.

CAPÍTULO
36

**CONSTATACIÓN DE DATOS
MEDIANTE SU
REPRODUCCIÓN
(reconstrucción de los
hechos)**

SUMARIO

36.1 MARCO TEÓRICO

36.2 CONCEPTO

36.3 NATURALEZA

36.4 PROCEDIMIENTO

36.5 OPORTUNIDAD PROCESAL

36.1 MARCO TEÓRICO

Antes de abordar el estudio del medio probatorio consistente en la comprobación de datos mediante su reproducción, es necesario recordar que en la investigación científica podemos aislar un fenómeno para estudiarlo y conocerlo.

Si, por ejemplo, se afirma que cierto objeto voluminoso fue trasladado en brazos por una persona desde un punto a otro, y que atravesó el umbral de cierta puerta, el elemento "cruce en ciertas condiciones" (variable independiente, en el lenguaje científico) es el que explica de qué modo se cruzó el umbral de la puerta. Se relaciona así el cruce del umbral de la puerta (elemento explicado) y la forma en que se verificó (elemento que lo explica).

Como se advierte, en este tipo de estudios la investigación histórica —en la cual no es posible manipular variables— pasa a segundo plano, al producirse una verdadera investigación experimental (con control y manipulación de variables), es decir, al escenificarse o representarse tanto las variables o elementos que explican como las explicadas.

La declaración de que es posible cruzar el umbral de la puerta en ciertas condiciones (hipótesis, en el lenguaje científico), es precisamente lo que trata de probarse o verificarse mediante la reproducción.

Si acaso el objeto es voluminoso y el marco de la puerta es estrecho, resultará que al no poder cruzar el umbral, la afirmación (hipótesis) se disprobará; en cambio, si el objeto logra franquear la puerta, la afirmación se confirmará.

Si la persona había afirmado que el objeto, en posición horizontal, cruzó el marco de la puerta, y al reproducirse se advierte que esto no es posible, la afirmación queda rechazada.

La reproducción de los elementos que explican (variable independiente) y de los explicados (variable dependiente), que parece sencilla, en el orden fáctico no lo resulta tanto.

Téngase en cuenta que pueden concurrir otros elementos o datos (variables secundarias o laterales) que impidan la comprobación. Imagínese, por ejem-

ple, lo que ocurriría si al momento de querer reproducir la escena, se advierte que la puerta está clausurada y no es posible abrirla.

Tres son los tipos de problemas susceptibles de ser conocidos en la investigación:

- a) *Problemas explicativos*, donde se conoce el efecto, pero se desconoce la causa o no se tiene certeza de ella.

EJEMPLO: se sabe que una persona resultó lesionada por un proyectil de arma de fuego, pero hay controversia acerca del lugar de donde partieron los disparos. La reproducción o reconstrucción del hecho puede verificar la afirmación de un testigo (hipótesis), en el sentido de que los proyectiles surgieron de cierto punto geográfico.

- b) *Problemas exploratorios*, en los que se conoce la causa, pero no el efecto, o no se está seguro de éste.

EJEMPLO: sólo se sabe que una persona estaba en un momento determinado en cierto lugar, pero se afirma (hipótesis) que salió de ese lugar y se trasladó a otro, en determinado tiempo. La reproducción tenderá a confirmar si es cierto o falso que en el lapso indicado esa persona pudo trasladarse (experimentación cronométrica).

- c) *Problemas con relación*, donde se conoce tanto la causa como el efecto, pero se desconoce o no se tiene seguridad de la magnitud de la relación entre la causa y el efecto.

EJEMPLO: se sabe que una persona golpeó a otra (causa) y la lesionó (efecto), pero se cuestiona la magnitud de la causa de las lesiones, pues el acusado sólo admite haber dado un golpe en cierta región corporal, negando las restantes, pues su posición física lo impedía. La reconstrucción tenderá a confirmar o rechazar la afirmación o hipótesis.

36.2 CONCEPTO

Trasladado el marco teórico y conceptual de la investigación científica al campo judicial, tenemos entonces en nuestras leyes establecido el mecanismo para experimentar o reconstruir los datos, hechos o porción de éstos, expuestos por algún sujeto procesal.

Nuestra ley la regula bajo el nombre de *reconstrucción de los hechos* y en Italia, Manzini la designó *experimento judicial*.

En México se le ha considerado como la *reproducción de la forma, modo y circunstancias en que ocurrió cierto hecho* (Colin Sánchez),¹ *reproducción de*

¹ Colin Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, t. II, págs. 128.

situaciones en sus trazos medulares y circunstanciales o datos secundarios (García Ramírez),² reproducción o repetición artificial del delito o parte de él (Franco Sodi),³ etcétera.

En la opinión de Manzini, el experimento judicial consiste "en el ensayo experimental, mediante reproducción, del modo como, según la descripción del imputado o de otros, o según la suposición del magistrado, ocurrió un hecho...".⁴

En fin, en la idea medular de la reconstrucción subyace que su objeto (no se confunda con su objetivo) consiste en reproducir, escenificar o representar los hechos expuestos en las declaraciones recogidas en el proceso, o los hechos según la forma en que los concibe el tribunal; es decir, las hipótesis de cómo se dice ocurrió cierto fenómeno fáctico, inherente o conexo a la causa pretendida.

En cuanto al fin, expone Prieto-Castro, esta diligencia "tiende a ayudar al juez a representarse de una manera plástica la forma y circunstancias de realización de los hechos perseguidos, mediante la reproducción ficticia de los mismos".⁵

El fin u objetivo de este experimento judicial o reconstrucción de los hechos, por lo general se ha dicho que se orienta a "apreciar" o "confirmar" declaraciones. Alcalá-Zamora, e incluso nuestras leyes (arts. 144 CPPDF y 214 CFPPI), agregan que también se lleva a cabo para comprobar dictámenes emitidos.⁶

En realidad, el fin no sólo se orienta a la corroboración o reafirmación de las hipótesis expuestas, sino también a la disprobación o rechazo de lo afirmado.

Sobre el particular, Florián expuso que el fin, de la reconstrucción consiste en percatarse de la verosimilitud o inverosimilitud de algunos extremos narrados,⁷ esto es, para "comprobar si un hecho ocurrió o puede ocurrir de determinada manera".⁸

En suma: la reconstrucción consiste en: a) la reproducción o escenificación de una conducta; y b) que se afirma así ha ocurrido. La afirmación de que así sucedió (hipótesis) proviene de la declaración de algún sujeto procesal (juez, testigo, ofendido, imputado, perito), y se orienta a la confirmación o disprobación de lo afirmado.

² García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, pág. 317.

³ Franco Sodi, Carlos, *Código de procedimientos penales*, págs. 89 y 90.

⁴ Manzini, Vincenzo, *Tratado de derecho procesal penal*, t. III, pág. 243.

⁵ Prieto-Castro, Leonardo, *Derecho procesal penal*, pág. 176.

⁶ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Sistema de derecho procesal*, pág. 589.

⁷ Florián, Eugenio, *Elementos de derecho procesal penal*, pág. 384.

⁸ Florián, Eugenio, *De las pruebas penales*, t. II pág. 8-18.

36.3 NATURALEZA

Comencemos por recordar que el fenómeno del *experimento judicial* o *reconstrucción de los hechos* o *conducta* no ha sido hasta la fecha lo suficientemente explicado, y que al respecto sólo existen ideas aisladas. No obstante, se debe reconocer que se trata de un medio técnico complejo.

En un párrafo de su obra, González Bustamante, afirmó que la reconstrucción no es una prueba autónoma, sino la *confirmación de pruebas* ya existentes,⁹ criterio al que se adhirió Arilla Bas.¹⁰

Según el método científico, la mera declaración de que una conducta se realizó en determinado sentido no es una prueba, sino mera hipótesis, que requiere ser confirmada o rechazada.

La ley mexicana regula la construcción en el capítulo de la inspección; y afirma que la inspección puede tener el carácter de reconstrucción de hechos (arts. 144 CPPDF y 214 CFFP). Algo similar ocurre en el Código de Procedimientos Civiles italiano de 1940, pues luego de referirse a la inspección, en el segundo párrafo del artículo 261 se establece que "igualmente, a fin de comprobar si un hecho se ha verificado o pudo haberse verificado de un determinado modo, puede ordenar el juez que se proceda a su reconstrucción, y eventualmente hacer que se lleve a cabo su reproducción fotográfica o cinematográfica."¹¹

Basta con los datos anteriores para advertir cierto cuestionamiento en torno a si es o no una prueba, y si se trata de una especie de la inspección o es diversa de ésta.

Es necesario precisar que la reconstrucción es el procedimiento utilizado para la obtención del dato o prueba. Es decir, la prueba no es la reconstrucción (esto es, el procedimiento), sino la constatación o el resultado obtenido mediante el procedimiento: la *verificación*, *comprobación* o *constatación del dato* o *declaración de la prueba*.

Respecto a si es una especie de inspección, podemos adoptar dos posiciones: sostener que se trata de una inspección, o de algo diverso.

Aunque nuestras leyes parecen indicar que se trata de una inspección, no está por demás recordar que los tribunales italianos en 1932 establecieron que la inspección podía tener dos categorías: ser una "*inspección estática*" (propriadamente inspección) o ser "*inspección dinámica*" (conocida como experimento judicial). En el primer caso no se ponen en movimiento cosas o personas, como ocurre en el segundo, pues el acto es dinámico.¹²

⁹ González Bustamante, Juan José, *Principios de derecho procesal penal*, pág. 362.

¹⁰ Arilla Bas, Fernando, *El procedimiento penal*, pág. 161.

¹¹ Rodotà, Enrico, *Derecho procesal civil*, t. III.

¹² Resolución del tribunal de Casación de 8 de julio de 1932. Tomado de Maximal, Vincenzo, *Tratado de derecho procesal penal*, t. III, pág. 243.

En sentido opuesto, creemos que la reconstrucción de hechos o experimento judicial no es una inspección, sino un procedimiento diverso.

Ciertamente, tanto la inspección —a la que en otro lugar denominamos reconocimiento judicial o administrativo— como la constatación resultante de la reconstrucción coinciden en ser procedimientos probatorios, pues en ambas se obtienen datos. No obstante, difieren no sólo en el procedimiento (estático o dinámico, como ya lo dejaba entrever el tribunal de casación italiano), sino también en su esencia.

En cuanto al procedimiento, en la inspección sólo hay observación, en tanto que en la reconstrucción se da la reproducción o experimentación; y en su esencia, mientras que el reconocimiento o inspección consiste en una mera descripción, en la constatación resultante de la reconstrucción se *verifica o comprueba el dato afirmado como posible*.

Constatar es un verbo transitivo de origen francés (galicismo) que significa comprobar un dato, percatarse de la veracidad de una afirmación. El medio de prueba a que nos estamos refiriendo consiste en el procedimiento de constatación, en tanto que la reconstrucción o experimento es el procedimiento.

36.4 PROCEDIMIENTO

En cuanto al ofrecimiento o proposición de la constatación judicial —que puede ser anunciado por cualquiera de las partes en el proceso—, apuntamos que en el procedimiento italiano también los peritos pueden pedirla.

Al ser ofrecida la reconstrucción de la conducta, se debe precisar “cuáles son los hechos y circunstancias que se deben esclarecer” (arts. 181 CPPDF y 217 CPPP); esto es, se debe precisar todas y cada una de las hipótesis (declaraciones o peritajes) que se desea sean confirmadas o rechazadas.

En cuanto a la recepción, el instructor podrá rechazar la diligencia, por varias causas. Nuestra ley no las enumera, pero si recurrimos a la interpretación sistemática de nuestro orden jurídico en labor de integración, ayudados por Manzini, tenemos los siguientes:

4) Rechazar por la imposibilidad de controlar y manipular variables que entran en el juego en la hipótesis.

EJEMPLO: en un caso resuelto en Italia en 1928, un testigo dijo haber visto en la noche al responsable a la luz del resplandor de un relámpago. Pedida la reconstrucción, ésta se rechazó porque no había control del tribunal sobre el relámpago (variable independiente). ¿Cómo podía hacer el juzgado para reproducir el relámpago?

5) Rechazar porque se ofensa el sentimiento nacional.

EJEMPLO: exponer los símbolos patrios del Estado al ridículo, como utilizar el libro patrio para lustrar zapatos o como calcancillos.

- c) Rechazar porque se ofende el sentimiento religioso,

EJEMPLO: profanar lugares destinados al culto religioso, como convertir el altar de un templo en casino de juego.

- d) Rechazar por ofender el sentimiento de piedad hacia los difuntos.

EJEMPLO: lanzar un cadáver desde un sexto piso para conocer su posición al caer.

- e) Rechazar por ofender la moralidad del público,

EJEMPLO: reproducir un delito contra las buenas costumbres, como escenificar actos sexuales y pornográficos frente a un grupo de menores.

- f) Rechazar por poner en peligro el orden público.

EJEMPLO: reproducir escenas que puedan provocar alarmas, como avisar a quienes se encuentran en el interior de una sala de espectáculos que va a estallar una bomba.¹²

Una vez aceptada la diligencia ofrecida, se inicia la fase de preparación de la reproducción.

En la preparación, el tribunal debe ordenar sean citados los sujetos procesales que hubieren de intervenir en la reconstrucción, así como a los que de manera obligatoria deban estar presentes (arts. 148 y 149 CPPDF).

En algunos casos, como en el homicidio o cuando desaparecen los testigos, se debe ordenar la sustitución de esas personas para que intervengan en la escenificación, y tales sustitutos pueden ser los empleados del tribunal (arts. 150 CPPDF y 218 CFPP).

A lo que no le vemos razón es a la obligación de recibir la protesta de los sustitutos. Si el sustituto no es sujeto de prueba, ni declara, ¿cuál es la razón para que tenga que rendir protesta?

Para la fijación del lugar y momento en que debe llevarse a cabo el experimento judicial, el instructor tendrá en cuenta si estas variables (lugar y tiempo) influyen en el dato que se pretende confirmar, pues de ser así, deben considerarse (arts. 145 CPPDF y 215 CFPP).

Llegado el momento de la escenificación, la escenificación consistirá en reproducir una a una las variables a observar. Recuérdese que al momento de ofrecerse la diligencia se prepare uno a uno los fenómenos o hipótesis que se desee reproducir.

Si en la relación con alguna de esas hipótesis o versiones que se reprodu-

¹² Manzini, Vincenzo III, op. cit. s. III, págs. 244 y 245.

cen, existe alguna otra donde se cambien o alteren las variables —es decir, versiones distintas acerca de la forma en que ocurrió el hecho que se reconstruye—, de ser posible la reconstrucción se hará teniendo en cuenta también la versión diversa (art. 219 CFPF).

Adviértase que no se trata de una obra teatral o cinematográfica en la que tenga que escenificarse toda la secuencia a que se refiere la causa (*causa peritosa*), sino que sólo se trata de confirmar ciertas hipótesis o afirmaciones que son o forman parte de la *causa peritosa*.

Aunque nuestra ley no establece la posibilidad de que los peritos sugieran los procedimientos necesarios para controlar y manipular las variables, esta posibilidad nos parece oportuna, al igual que al final de la reproducción, o de cada una de las reproducciones, los peritos idóneos dictaminan acerca de cuál de las reproducciones es la correcta, circunstancia esta última que es acogida por nuestra ley (art. 219 CFPF).

36.5 OPORTUNIDAD PROCESAL

Debido a que la reconstrucción tiene como supuesto las declaraciones de sujetos procesales, e incluso la inspección del lugar (arts. 146 CPPDF y 216 CFPF) o la existencia de un peritaje, ello nos puede llevar a pensar que se trata de la *afirma acusación probatoria*, lo cual no es cierto.

La reconstrucción puede diligenciarse en cualquier momento de la instrucción judicial; basta tan sólo como supuesto la declaración de una persona que exprese una forma de cómo ocurrió un hecho.

Aunque no está prohibida en la llamada *averiguación previa*, también sería factible en ella su desahogo. Pero, lo que aquí faltaría sería la *inmediater procesal*, es decir, no podría el juez presenciar directamente la constatación.

Esta diligencia puede repetirse tantas veces como se estime necesario (arts. 217 CFPF y 147 CPPDF).

SEXTA
PARTE

INCIDENTES

SUMARIO

CAPITULO 37 LA CUESTIÓN INCIDENTAL

CAPITULO 38 CUESTIONES DE COMPETENCIA Y CAPACIDAD

CAPITULO 39 CUESTIONES DE ACUMULACIÓN Y ESCISIÓN

CAPITULO 40 CUESTIONES QUE PARALIZAN EL PROCESO

OBJETIVOS

Al terminar esta sexta parte, el alumno deberá ser capaz de:

- Identificar la cuestión incidental, diferenciándola de la principal.
- Clasificar las cuestiones incidentales penales.
- Describir el procedimiento incidental en sus reglas generales.
- Identificar las cuestiones de competencia.
- Describir los procedimientos de inhibitoria y declinatoria.
- Describir los procedimientos de excusa y recusación.
- Identificar las cuestiones de acumulación y escisión procesal.
- Describir los procedimientos de acumulación y escisión procesal.
- Identificar las cuestiones que paralizan el procedimiento.
- Diferenciar interrupción de suspensión del procedimiento.
- Describir los diversos casos de interrupción y suspensión del procedimiento.
- Explicar la reanudación del procedimiento.
- Describir los diversos casos de paralización definitiva del proceso.

CAPÍTULO
37

LA CUESTIÓN INCIDENTAL

SUMARIO

37.1 CONCEPTO

37.2 PROCEDIMIENTO O CUESTIÓN

37.3 CUESTIONES PRINCIPAL E INCIDENTAL

37.4 DELIMITACIONES

37.5 ESPECIES

37.6 REGLAS GENERALES

37.1 CONCEPTO

“Es propio de todo incidente —sostiene Carnelutti— que quien lo plantea se oponga a la prosecución del procedimiento, pero ésta es una nota secundaria del fenómeno, cuya verdadera importancia consiste en el obstáculo que la oposición, esto es, el disentimiento, crea al proceder de la instrucción.”¹

En realidad, el tema de los incidentes penales en México ha sido poco explorado. Por el momento, podemos afirmar que el incidente consiste en una cuestión que se plantea durante el curso de un proceso y que está relacionada con la marcha normal de éste; es decir, con la validez de los actos procesales. En otras palabras, sobreviene cuando se cuestiona la normalidad o presenta normalidad al tratar el objeto básico o principal del proceso, procurando evitar una crisis procesal.

Casi siempre requiere de un procedimiento, al final del cual se declare la estimación o desestimación de la cuestión planteada, y en su caso, se ordene el remedio que enmiende el error cometido. Al tener en cuenta únicamente a este procedimiento, algunos han llegado a afirmar que el incidente es un proceso dentro de otro proceso.

En su origen etimológico, a la vez incidente —dice Piña y Palacios, a quien sigue García Ramírez— posee una doble acepción: por un lado proviene de *incidere*, que significa cortar, interrumpir, suspender, y por el otro de *in* y *cadere* o *caedere*, que significa caer, sobrevenir. Según Reus, proviene de *incido*, *incidens*: lo que sobreviene accesoriamente en un asunto o negocio. Es un acontecer, agrega de Piña. Transplantado al proceso, quiere significar la cuestión que surge al margen de la cuestión principal, y que inclusive puede llegar a obstaculizar indefinidamente la continuación del asunto principal.

¹ Carnelutti, *Procedimientos. Derecho y proceso*, págs. 394 y 395.

37.2 PROCEDIMIENTO O CUESTIÓN

Algunas definiciones de los incidentes parten de la perspectiva de un procedimiento. Así, por ejemplo, Becerra Bautista lo define como los "procedimientos que tienden a resolver controversias de carácter adjetivo relacionadas inmediata y directamente con el asunto principal".²

"Son, dice el mismo Becerra Bautista, pequeños juicios que tienden a resolver controversias de carácter adjetivo..."³

Aun en el instrumento metodológico de teoría general del proceso, de la División de Universidad Abierta de la Facultad de Derecho de la UNAM, desarrollado por Héctor Molina González, se define al incidente como "procedimiento para resolver cualquier cuestión que con independencia de la principal, surja en el proceso".⁴

Al enfocarlo como cuestión —no como procedimiento— encontramos a la casi totalidad de los estudiosos. "Por eso —afirma Carnelutti— se llaman cuestiones incidentes o también simplemente incidentes en cuanto *incidenti*, caen en el proceso e impiden su prosecución..."⁵

El incidente es "una cuestión que surge durante la pendency de un proceso", afirma Guasp,⁶ y de la Plaza reitera: es "una cuestión anormal que surge durante el planteamiento de un proceso..."⁷

En suma, el incidente evoca básicamente una cuestión aunque para resolverla se requiere casi siempre de un "proceder"; es decir, de un procedimiento. Pero no es posible definir al incidente desde la perspectiva de un procedimiento, y que aquellos que carecen del mismo (los que se resuelven "de plano"), se negarían a sí mismo como incidentes. Es entonces el incidente esa *incidenti*; es decir, esa cuestión que se plantea durante el proceso.

37.3 CUESTIONES PRINCIPAL E INCIDENTAL

El proceso está normado por diversas disposiciones que establecen la regulación de los actos procesales. Como hemos visto, el proceso tiene un objeto propio cuya cuestión consiste en saber si existió o no delito, o si tal persona fue

² Becerra Bautista, José. "Incidentes, en *Diccionario jurídico mexicano*.

³ Becerra Bautista, José. *El proceso civil en México*, pág. 282.

⁴ *Opus. cit.*, pág. 7.

⁵ Carnelutti, Francesco. *Derecho y proceso*, pág. 228.

⁶ Manual de la Plaza. *Derecho general civil*, t. II, pág. 241.

⁷ *Ibidem*, pág. 241.

o no responsable. Ésta es la cuestión principal de un proceso. No obstante, durante su desarrollo pueden plantearse otro tipo de cuestiones, que no están básicamente orientadas a solucionar la cuestión principal o sustancial del proceso, sino que se encaminan a llevarlo en buena marcha.

Así, las cuestiones que se plantean durante el proceso son dos:

a) *Cuestiones referentes a la litis*, como les llama Carnelutti; esto es, las cuestiones decisorias o cuestiones de fondo o mérito. Son las cuestiones propias del negocio central o principal. "Son las cuestiones concernientes a la existencia y valoración jurídica de los hechos —prosigue Carnelutti—, que constituyen la *res iudicanda*."⁸

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

Las cuestiones incidentales deben resolverse *interlocutoriamente* (es decir, dentro del proceso), en tanto que las cuestiones que afectan al fondo deben ser resueltas en la sentencia, salvo que por razones de política procesal se resuelvan antes. Pero en todo caso serían *sentencias anticipadas* (sentencias parciales, según de la Plaza, que afirma así le llaman en Italia), sentencias que tendrán la misma naturaleza que una de fondo.⁹

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

37.4 DELIMITACIONES

El mayor problema para conceptualizar al incidente lo constituye la manía del legislador de denominar incidente a lo que no lo es. Así, por ignorancia llama incidente a verdaderas medidas cautelares, a ciertos procedimientos probatorios, a cuestiones prejudiciales, a las excepciones, etcétera.

De manera que si para conceptualizarlo partimos de lo que el legislador denomina incidente sólo encontraremos un desquiciamiento en las ideas que nos imposibilita la sistematización del concepto. De aquí que nuestro enfoque metodológico de conocimiento no sea el meramente exegético o positivista.

Comencemos entonces por delinear esas cuestiones o *incidentes* que se plan-

⁸ Carnelutti, Francesco, *Derecho y proceso*, pág. 219.

⁹ De la Plaza, Manuel, *Derecho procesal civil*, t. II, pág. 245.

tean en el proceso. Para tratar el concepto de incidente, nada mejor que contrastarlo con otras instituciones con las que frecuentemente se le ha confundido.

Así, debe diferenciarse al incidente de las medidas cautelares, pues mientras que éstas son provisionales, las resoluciones que ponen fin al incidente son principalmente definitivas. Las medidas cautelares no implican necesariamente una cuestión, lo que sí ocurre en los incidentes. Las medidas cautelares son sólo medidas, en tanto los incidentes son cuestiones que surgen (no son resoluciones). Las medidas cautelares son asegurativas, lo que no ocurre con los incidentes. Es precisamente todo esto lo que ignoró nuestro legislador, al colocar como incidentes a verdaderas medidas de cautela, como la libertad provisional.

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

Los incidentes se diferencian de los medios impugnativos, en que éstos implican una revisión a una actuación procesal, en tanto que los incidentes no implican necesariamente revisiones, y tampoco pueden definirse como procedimientos, sino simplemente como cuestiones propias del proceso.

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

37.5 ESPECIES

La prolífica gama de incidentes se han clasificado desde diversas perspectivas y partiendo de matices.

- a) *En atención al ritual.* Los incidentes son generales o específicos. Generales, cuando el procedimiento es común, y específicos cuando el procedimiento está especialmente establecido para solucionar determinadas cuestiones. El caso de los generales o no especificados se justifica en atención a que con ellos el legislador deja abierta la puerta para cualquier incidente o cuestión no prevista, o que es peculiar o diferente en cuanto a su tratamiento.
- b) *Por el efecto que produce su planteamiento.* Los incidentes son de previo y especial pronunciamiento, en el caso de que representen un obstáculo para la continuación del proceso principal —es decir, detienen la marcha del

proceso principal—, o simplemente, son de simultánea tramitación, al tramitarse simultánea o paralelamente al proceso principal; vale decir, que su tramitación no obstaculiza la marcha del proceso principal.

c) *Por el momento en que se plantea.* Se dice que los incidentes son previos al proceso principal, concomitantes al proceso principal, o posteriores al proceso principal. A estos últimos también se los llama de ejecución. En realidad, los verdaderos incidentes son los segundos. A los primeros, Alcalá-Zamora los considera procesos preliminares, y a los terceros Piña y Palacios los llama incidencias, para diferenciarlos de los incidentes.

Manzini y Prieto-Castro sostienen la existencia de los incidentes de ejecución, y entre los ejemplos que mencionan podrían acoplarse al campo mexicano los de reducción de penas, extinción del delito o pena, conversión de penas, rehabilitación, etcétera.¹⁰

d) *Por la forma de resolverse.* Los incidentes pueden requerir de un procedimiento o carecer del mismo. En este último caso estamos en presencia de los que se resuelven "de plano", como el establecido en el artículo 478 del CFPP.

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

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

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

h) *Por el objeto de la cuestión,* existen los siguientes incidentes:

1. *Los referentes a cuestiones de capacidad y competencia.* Aquí incluiremos las cuestiones de competencia objetiva (propiamente competencia) y subjetiva (capacidad propiamente dicha). En las de competencia objetiva veremos a la inhibitoria, así como la declinatoria; y en las de capacidad mencionaremos la excusa y la recusación.

2. *Los referentes a la articulación de las pretensiones,* entre los cuales nos referiremos a los de acumulación y a los de escisión procesal.

3. *Los referentes a la paralización del proceso,* entre los cuales encontraremos la paralización temporal (incidentes de suspensión y de interrupción), y la paralización definitiva (incidentes de sobreesamiento).

¹⁰ Prieto Castro, Leonardo, *Derecho procesal penal*, pág. 432.

37.6 REGLAS GENERALES

Salvo regla específica, la tramitación de un incidente no regulado expresamente podrá ser resuelta sin procedimiento previo ("de plano"), o mediante procedimiento incidental.

Para ser resueltas "de plano", las cuestiones incidentales requieren, además, que no sean de las catalogadas como artículos de previo y especial pronunciamiento, y que a juicio del tribunal así deba ser resuelto.

Por lo que hace a las cuestiones que requieren el previo procedimiento, éste se reduce a la presentación de un escrito (demanda incidental), notificación a la contraparte para contestación. El emplazamiento es de tres días. Postulada la cuestión, se abre un periodo probatorio no mayor de cinco días. Continúa el periodo conclusivo, en el cual se lleva a cabo una audiencia, y concluye con resolución, a la cual la doctrina le ha denominado interlocutoria (art. 494 CFFP).

Con gran frecuencia en la praxis, las partes recurren a los incidentes con la finalidad de entorpecer la marcha normal del proceso. Aunque este tipo de actitudes es más frecuente en el enjuiciamiento civil que en el penal, la ley otorga facultades al tribunal para que mediante un saneamiento procesal rechace para su trámite toda cuestión incidental planteada, que a juicio del juzgador sea "trivial o improcedente" (art. 41 CFFP).

Conforme a la regulación del CFFP, además de las cuestiones no previstas por el legislador, adoptarán el procedimiento general (no especificado, como también se le llama la nulidad de actuaciones (art. 37 bis), en la que podrían incluirse aquellos incidentes que tienden a demostrar la nulidad de declaraciones, para "justificar los motivos de retractación o rechazo de un imputado, testigo u ofendido"; el sobresumimiento, cuando sea a petición de parte; y, aunque no se trata de un verdadero incidente, sino de una medida de cautela, el procedimiento cautelar para obtener la libertad bajo protesta adoptará la forma de un incidente no especificado (art. 418).

Otro incidente regulado por las reglas generales es el de reposición de expediente perdido. Tal reposición puede ser total o parcial, dependiendo de si fue la totalidad o sólo parte lo perdido o destruido. En el caso de la reposición parcial, la ley la designa como "reposición de constancias", diferenciando así a la reposición total, a la que denomina "reposición de expediente" (art. 24 CFFP). Obsérvese que para resolver este incidente no se establece que su tramitación sea como artículo de previo y especial pronunciamiento, lo que significa que sin suspenderse el curso del proceso principal, podrá seguirse el procedimiento incidental. . . . ¿Y sobre qué base actuará el tribunal?

Resulta en mucho criticable que el legislador hubiese enviado al último capítulo de los incidentes, el relativo a las reglas generales, cuando debió quedar al principio. A este respecto, el Código de Justicia Militar, es digno de recordo

PROCEDIMIENTO INCIDENTAL (Reglas generales)



cimiento, ya que en él se hace una correcta colocación de las reglas generales (arts. 718 y sigts. del CJM).

Es igualmente criticable la paupérrima o inexistente regulación de cuestiones incidentales de vital importancia. He aquí, por ejemplo, que no se encuentran reguladas las cuestiones de litispendencia, de cosa juzgada, de falta de capacidad (aunque cabe mencionar que sí se menciona sólo el caso de enfermos mentales, cuya enfermedad sobreviene durante el curso del proceso); falta de capacidad de postulación o de *ius postulandi* (tanto del que se ostenta como agente del Ministerio Público, como del que se dice defensor), por vicios relativos a la postulación (esto es, porque se ha actuado sin la previa existencia o asistencia de defensor). Actualmente, como causal de la reposición del procedimiento, sólo se alude a la ausencia de defensor requiriendo una previa sentencia definitiva. Lo que falta es la regulación para hacer factible la nulidad de lo actuado, precisamente por vicios en la postulación, por improcedencia de la vía (esto es, que sea factible tramitar un incidente porque se siguió la vía ordinaria, la ordinaria o la del jurado popular, cuando debía ser otra).

CAPÍTULO 38

CUESTIONES DE COMPETENCIA Y CAPACIDAD

SUMARIO

38.1 CUESTIONES DE COMPETENCIA

- A. INHIBITORIA
- B. DECLINATORIA

38.2 CUESTIONES DE CAPACIDAD

- A. EXCUSA
- B. RECUSACIÓN

En lo referente a la competencia, tema que ya hemos visto, ésta suele clasificarse en objetiva (competencia propiamente) y en subjetiva, más conocida como capacidad. Competencia objetiva, que sería la referente al órgano mismo —es decir “al oficio”—, y subjetiva, que sería la referente al “oficial”; esto es, a la capacidad del sujeto encargado de dirigir y juzgar en el proceso.

Así, las cuestiones “objetivas” de competencia que se planteen pueden dar lugar a los procedimientos incidentales de inhibitoria o al de declinatoria, en tanto que las cuestiones atinentes al sujeto juzgador que sean planteadas, pueden dar lugar a los procedimientos de excusa o de recusación.

Cualquiera de estas cuestiones debe ser resuelta previamente al litigio o cuestión penal principal, de ahí que hayan sido consideradas como cuestiones previas y que una mayoría de autores las llegaran a considerar como presupuestos del proceso, aunque en nuestro concepto, más bien serían supuestos (claramente resueltos).

38.1 CUESTIONES DE COMPETENCIA

La característica de la especialización de los tribunales o división del trabajo entre los mismos consiste en que cada uno de ellos posee un ámbito competencial específico. El cuestionamiento de este ámbito corresponde a lo que estamos llamando cuestiones de competencia.

“Las cuestiones de competencia —apunta Alcalá-Zamora— son contiendas que surgen, en el ámbito de la competencia relativa, cuando dos o más tribunales de un mismo orden jurisdiccional pretenden conocer de un determinado litigio o causa; o por el contrario, abstenerse de entender en el mismo.”¹

Estas cuestiones de competencia (objetiva, por supuesto) surgen cuando

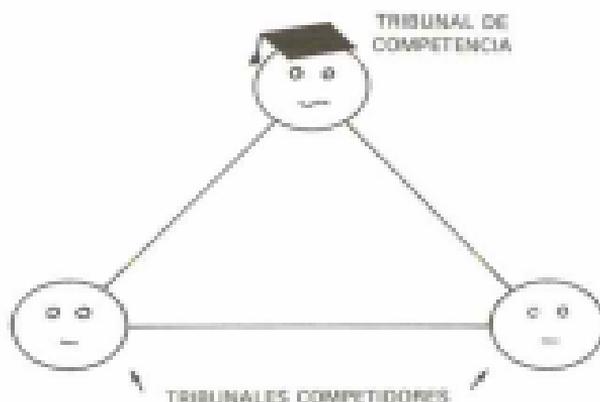
¹ García Ramírez, Sergio y Adato, Victoria, *Previsorio de derecho procesal penal*, pág. 87.

dos o más tribunales afirman o niegan ser los competentes para conocer acerca de determinado asunto penal. Si en la contienda los tribunales competidores afirman ser los competentes, surge la llamada *contienda positiva*; pero si niegan ser competentes, surge la *contienda negativa*.

EJEMPLO: en el caso de rapto ocurrido en Cárdenas, Tabasco, la raptada es llevada a Paraíso, Tabasco. El tribunal de Paraíso sostiene ser competente porque como delito continuo que es, éste aún persiste, en tanto que el de Cárdenas también sostiene ser competente cuando ahí se inició el delito (competencia positiva).

En el caso de injurias proferidas vía teléfono desde San Pedro de las Colonias, Coahuila hasta Saltillo, Coahuila, el tribunal de Saltillo sostiene no ser competente porque las palabras injuriosas se dijeron en San Pedro, y el de San Pedro también se niega a conocer, porque afirma que las injurias surtieron efecto en Saltillo (competencia negativa).

El resolver la cuestión de competencia nos puede llevar al desarrollo de un verdadero proceso, donde las partes en contienda son los tribunales en conflicto (los dos que niegan ser competentes, o los dos que afirman serlo), y desde la solución a su conflicto provendrá de un tercero extraño a la contienda, el cual es conocido como "*tribunal de competencia*". Surge así la triliteralidad procesal.



Al concluir el proceso que dirime la controversia competencial, se resuelve cuál es el tribunal competente, y éste se aboca al conocimiento por *forum com-misuriam*.

Este proceso puede ser obviado en la medida en que los tribunales lleguen a una autosolución.

EJEMPLO: si un tribunal dice ser competente y le pide a otro que deje de conocer y éste acepta, no habrá necesidad de que intervenga el "tribunal de competencia".

El hecho de que no se recurra a un proceso (donde intervenga el "tribunal de competencia") no significa la ausencia de la cuestión de competencia; significa solamente que la cuestión se soluciona antes de tener que recurrir a una heterosolución.

Cuestión de importancia representa la posibilidad de un conflicto competencial entre tribunales de competencia. Aquí el problema sería: ¿es posible cuestionar la competencia del tribunal de competencia? Competencia sobre competencia.

Al referirse a la ley italiana anterior a su época, Chiovenda sostiene que tal ley prohibía cuestionar la competencia del tribunal de competencia, pero que a raíz de la ley de 17 de agosto de 1907 (arts. 39-638 y 639; art. 15), se admitió la competencia sobre la competencia.²

Por lo que atañe a la vía o forma procedimental para plantear, tramitar y solucionar una cuestión de competencia, tradicionalmente se conocen dos técnicas o procedimientos: la inhibitoria y la declinatoria.

A decir de Alcalá-Zamora, en España son más frecuentes las inhibitorias, porque el que plantea la cuestión sabe que el juzgador del tribunal que está conociendo se arraiga en la idea de ser el competente. De manera que si se plantea ante otro tribunal (el que no está conociendo), pensando que éste afirmará ser competente, ocurre ante éste. Este soporte real, por desgracia, no es el que conocemos en México, donde los juzgadores penales —en su mayoría, y debido al recargo de trabajo— generalmente buscan medios para deshacerse de los procesos que se les encomiendan; prueba de ello es que la casi totalidad de las resoluciones pronunciadas por los tribunales de competencia surgen a consecuencia de declinatorias, y en multitud de ocasiones, promovidas *ex officio*.³

En realidad, no encontramos verdaderas razones de política procesal como para establecer las dos vías. No obstante ello, y en el entendido de que el inicio de una u otra puede desembocar en verdaderos procesos, surge la cuestión de saber si es factible que también se plantee la litispendencia a propósito de las cuestiones de competencia. Vale decir, ¿podrán iniciarse y tramitarse simultáneamente cuestiones de competencia, tanto ante el tribunal que el de-

² Chiovenda, José, *Derecho procesal*, t. 1, pág. 465.

³ Alcalá-Zamora, Nicolás, "Los conceptos de jurisdicción y competencia en el pensamiento de Luciano", págs. 104 y 105.

nunciante cree competente (inhibitoria), como ante el tribunal que afirma no es competente (declinatoria)?

El artículo 427 del CFPP da pauta para evitar esta litispendencia, declarando excluyentes las vías en base al principio de *incompatibilidad de los contrarios*.

De cualquier manera, nuestra ley no da solución al problema que surge cuando un litisconsorte plantea la inhibitoria y otro la declinatoria. ¿Procederá acumular los procedimientos? ¿Habrá litispendencia competencial? A nuestro parecer, el procedimiento verídico en un segundo momento debe declararse nulo al precluir para la parte la oportunidad procesal para elegir la segunda vía.

A. INHIBITORIA

La inhibitoria es la *técnica o procedimiento que ha de seguirse (surgido de planteada la cuestión de competencia) ante el tribunal que el promovente inicial cree o sostiene ser el competente*. En tal caso, el promovente pretende que sea este tribunal el que se declare competente y continúe conociendo de un asunto previamente planteado ante otro tribunal. En este sentido, la inhibitoria no es la cuestión, sino el procedimiento que ha de seguirse para resolverla.

Conviene precisar que aunque en los diferentes tipos de procedimientos regulados en México (civil, penal) es conocida la inhibitoria, en los tribunales y leyes laborales (Ley Federal del Trabajo) es desconocida.

El procedimiento incidental resulta ser un tanto complejo; en él pueden señalarse las siguientes fases:

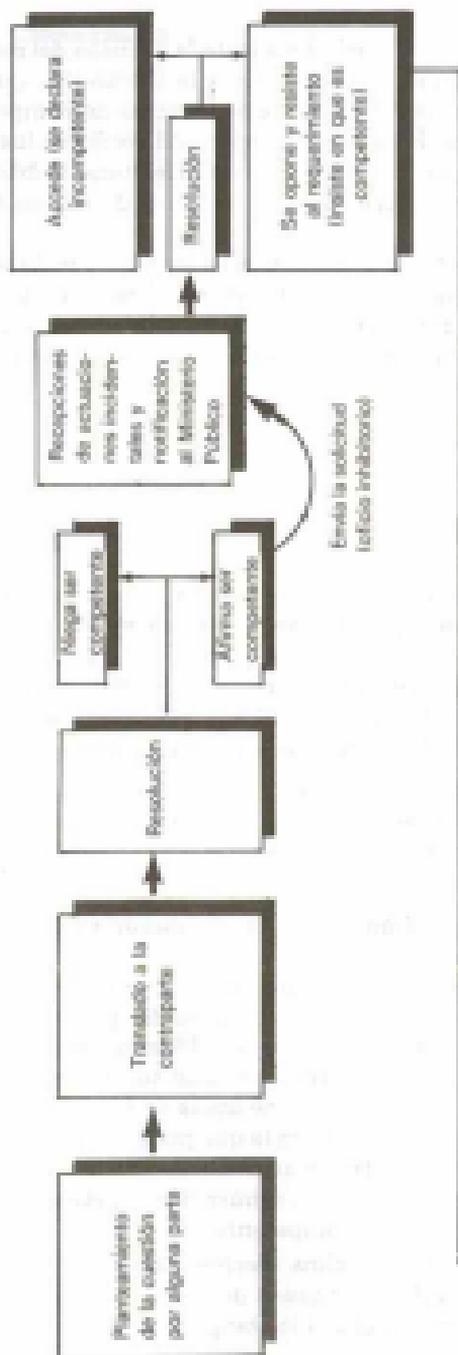
- a) *Primera fase*. Se inicia con el planteamiento de la cuestión por alguna de las partes del proceso principal, con la cual se le corre traslado a la contraparte, y luego se dicta la resolución. Ésta puede llegar a una doble vertiente: que el tribunal declare que él es el competente o que niegue ser el competente (art. 436 CFPP). Si niega ser el competente, el conflicto entre tribunales no llega a plantearse jurisdiccionalmente, pero si afirma ser el competente, debe notificarlo al tribunal que previamente ha venido conociendo (enviando el llamado "oficio inhibitorio"), requiriéndole el asunto.
- b) *Segunda fase*. Al recibir el tribunal (que viene conociendo del asunto) el "oficio inhibitorio", le notificará al Ministerio Público y señalará fecha para una audiencia, tras la cual debe pronunciar resolución, como respuesta a lo pedido por el tribunal requirente. En esta resolución se puede acceder a enviar el proceso al tribunal que se declaró competente, en cuyo caso, por auto-solución se pone fin a la cuestión.

Pero si el tribunal se niega u opone a lo declarado por el requirente, surge entonces un verdadero conflicto de carácter positivo entre órganos jurisdiccionales, pues ambos estarán afirmando ser los competentes para conocer y resolver un asunto en particular.

INHIBITORIA

RECORRENTE

RECORRIDO



Antes tribunales costarricenses ante el tribunal de competencia



- c) *Tercera fase.* Al recibir el tribunal requiriente la decisión del requerido, donde le informa la respuesta a no acceder a la inhibición, quedan ambos autoemplazados para presentarse ante el tribunal de competencia.

Se inicia aquí la fase de heterocomposición. Al recibirse las actuaciones formadas por cada parte y previa notificación al Ministerio Público, se dictará la resolución en la cual se resuelva en definitiva cuál de ambos tribunales es el competente.

Adviértase que en este conflicto competencial las partes no lo son el Ministerio Público y el acusado, sino los tribunales en contienda. Y que si interviene el Ministerio Público, esta intervención no es en calidad de parte, sino como *órgano de opinión o consulta*, en consecuencia, sus instancias no vinculan al tribunal.

B. DECLINATORIA

La declinatoria es la otra técnica por seguir, y como contrapartida a la inhibitoria se inicia ante el tribunal que el promovente afirma no es el competente; puede llegar a desembocar en un conflicto negativo de competencias. Bajo este procedimiento, el promovente inicial pretende que el tribunal que ya está conociendo se declare incompetente y envíe el asunto a otro tribunal. Cabe advertir que dicho procedimiento también se puede iniciar *ex officio*.

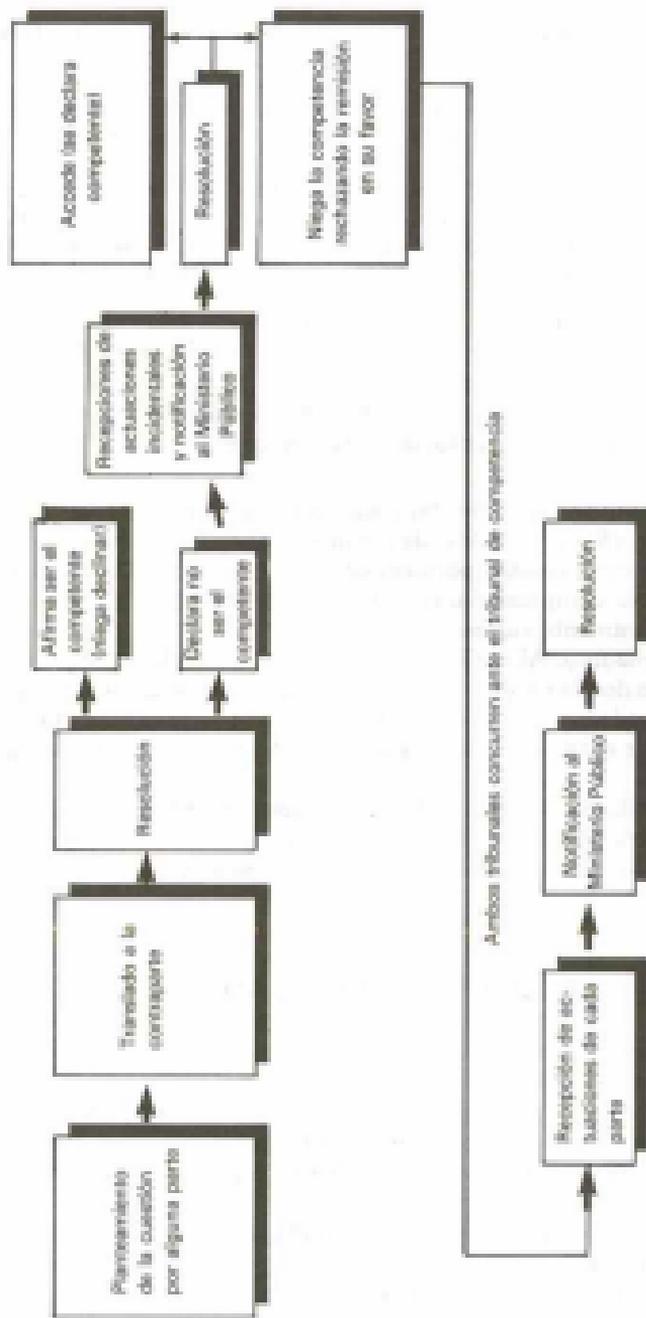
Este trámite oficioso del tribunal que tiende a declararse incompetente obedece a que, siendo la competencia un presupuesto procesal —es decir, que es necesario ser competente para darle validez al proceso—, es el tribunal el primero que debe cuidar de esto.

De cierta forma, el procedimiento en la declinatoria también resulta ser complejo y con varias fases.

- a) *Primera fase.* Se inicia ante el tribunal que viene conociendo del asunto principal, a instancia de alguna de las partes del proceso principal, o *ex officio*. Si se trata del primer caso —que en el fondo constituye una denuncia de incompetencia—, se le cubrirá traslado con la petición o denuncia a la contraparte, o a ambas partes si se inicia de forma oficiosa. Seguidamente se pronuncia una resolución en la que puede afirmarse la competencia, o bien declararse que el tribunal no es el competente. Si el tribunal afirma no ser el competente (esto es, rehúsa la competencia), debe además indicar quién es a su juicio el competente.

Nótase, que el tribunal sólo declina (*declino, declinare*), es decir, rehúsa la competencia, y no entra a decretar quién de manera definitiva es el competente. El tribunal que rehúsa o rechaza la competencia, sólo la remite a quien

DECLINATORIA



Ambos tribunales concurren ante el tribunal de competencia

creo que es el competente, y éste en su momento (siguiente fase) dirá si lo es o no.

Un tribunal que niega ser competente no puede decretar quién es el competente. A lo sumo, en el nivel interno (dentro del país), únicamente puede indicar quién cree que es el competente para resolver.

En el nivel internacional, sólo se estila negar la competencia, pero sin agregar la suposición de quién es el competente. Algunos estudios del nivel internacional continúan pensando que si un tribunal rehusa conocer y decreta la competencia de otro, está efectuando una invasión de soberanía.

- b) *Segunda fase.* El tribunal a cuyo favor se remite la competencia, al saber de la resolución del que viene conociendo el asunto principal, da aviso al Ministerio Público (en su calidad de órgano de consulta) y pronuncia resolución, en la cual debe decidir si es o no competente. Si decide que es competente, acepta la remisión que se hace en su favor (art. 433 CFPPL).

Si niega ser competente, rechaza la remisión que en su favor se hace, y surge el conflicto negativo de competencia, pues ambos tribunales están negando ser competentes para conocer de un asunto. El tribunal en cuyo favor se remitió la competencia, debe también informar de su resolución al tribunal que primeramente rehusó.

- c) *Tercera fase.* Al recibir el tribunal que ha declinado la competencia, el informe donde se le da a conocer la respuesta de no aceptar ser el competente, quedarán ambos órganos obligados y autoemplazados para presentarse ante el tribunal de competencia. Aquí se inicia la fase de heterocomposición.

Al recibirse las actuaciones formadas por cada parte y previa notificación al Ministerio Público, se dictará la resolución, en la cual se resuelva en definitiva cuál de ambos tribunales es el competente.

38.2 CUESTIONES DE CAPACIDAD

Además de la competencia del órgano para conocer de un asunto, es necesaria la existencia de la "competencia" del sujeto que encarna al órgano, y a la que más certeramente se le ha denominado *capacidad subjetiva* o simplemente *capacidad*.

Dejamos asentado que la capacidad subjetiva puede enfocarse en su sentido abstracto y en su sentido concreto (cap. 6.9). Así, recordamos que por capacidad subjetiva en abstracto debe entenderse el conjunto de requisitos neceso-

rias para ser titular de un órgano (capacidad personal de adquisición del puesto), así como su legal constitución; en tanto que con capacidad subjetiva en concreto, aludimos a la capacidad personal para ejercer su función en un caso concreto, ante la ausencia de impedimentos (aptitud para ejercer la representación del tribunal en determinado proceso). De manera que no debe existir motivo de inhabilidad o de sospecha de parcialidad por parte del sujeto encargado de juzgar.

Visto de otra manera, no debe existir limitación alguna a la capacidad del juzgador en lo personal, de manera que cuando se cuestione la ausencia de algún requisito de capacidad subjetiva (tanto en abstracto como en concreto), tal cuestión deberá ser resuelta con anterioridad a la resolución de fondo, ya que está cuestionándose un presupuesto procesal.

Por lo que atañe a la forma de resolver las cuestiones que surgen por ausencia de los requisitos de capacidad subjetiva en abstracto (tales como ciudadanía, edad, profesión, arraigo, número de miembros en juzgadores colegiados, etc.), nuestras leyes se encuentran totalmente en "blanco".

Rivera Silva llega a afirmar que existen dos tesis: una que pregona la nulidad de lo actuado, y otra que afirma su validez, sujetando sólo a sanciones al actor. La verdad es que en otros textos de seriedad académica no pudimos confirmar ninguna de las dos tendencias.⁴

Según algunos profesores de derecho constitucional que consultamos, en México priva la opinión de Vallarta, según la cual no es posible cuestionar la llamada competencia de origen. Pero por lo que hace a la constitución del tribunal, se establece que de no constituirse conforme a la ley, los actos serán nulos. Pero, repetimos, no se establece el mecanismo que ha de seguirse, ya que puede pensarse en los recursos: por ejemplo, el de reposición del procedimiento, ya que en sus supuestos también se mencionan casos de ausencia de requisitos de constitución del órgano. No obstante, no se regula el procedimiento incidental que ha de seguirse.

En lo que concierne a las cuestiones atinentes a la ausencia de los requisitos de capacidad subjetiva en concreto (cuando se afirma la existencia de impedimentos), tradicionalmente se han regulado dos vías: la excusa y la recusación.

En la excusa, la cuestión es planteada por el impedido, quien se autoexcluye en el conocimiento, en tanto que en la recusación la cuestión es planteada por persona diversa de la del impedido. La primera se reduce a una completa autodescalificación.

Estas vías no son susceptibles de tramitarse simultáneamente, sino que sólo podrá iniciarse la recusación, si en el caso concreto el juzgador (que se dice está impedido) omitió plantear la cuestión a través de la excusa.

⁴ Rivera Silva, Manuel, *El procedimiento penal en México*, pág. 88, véase cap. 6.10.

A. EXCUSA

A decir de Soberanes Fernández, excusa es una palabra compuesta que proviene de los vocablos latinos *ex*, fuera, y *causae*, causa, proceso,³ esto es, autoexcluirse de un proceso.

La excusa no es la razón o motivo que se hace valer, sino el acto de auto-descalificación, fundada en el impedimento. Así, no se confunda el impedimento con el acto de decisión que hace valer tal impedimento, como por desgracia ocurre con algunos escritores.

La excusa (abstención, le llamé Florián) no sólo es la mera manifestación de autoexcluirse, sino que también comprende como efecto la sustitución del impedido.

Cabe advertir que la excusa puede ser planteada por el juzgador y también por los secretarios, oficiales, peritos, traductores, etc., cuando el impedimento impida a éstos auxiliar en el proceso. En este último caso, la excusa no llega hasta el sustituir al órgano, como si ocurre cuando quien se excusa es el juzgador.

La excusa es el acto mediante el cual, luego de autoplanteadas por el impedido la ausencia de capacidad subjetiva en concreto, se provoca la sustitución de tal persona, e inclusive puede llegarse a sustituir al propio órgano a que pertenece, especialmente cuando se trata del tribunal monoecárquico o unipersonal.

B. RECUSACIÓN

El término recusación proviene de *recusa*, *recusare*, que significa objetar; en nuestro caso se trata de objetar a una persona a la que se le cuestiona su capacidad subjetiva en concreto.

La recusación consiste en el acto de parte a través del cual se cuestiona la capacidad subjetiva en concreto del juzgador (o de algún otro auxiliar), exigiéndose su exclusión y sustitución. Vale decir, es el acto en que se afirma que una persona (normalmente el juzgador) está impedido para conocer.

Por lo que hace a la recusación dirigida contra el juzgador, puede solucionarse en vía autocompositiva, y en defecto de ésta por heterocomposición, observando las siguientes fases procedimentales del procedimiento recusatorio:

- a) Fase autocompositiva. En el momento autocompositivo, el recusante

³ Soberanes Fernández, José, "Excusa", en *Diccionario jurídico mexicano*.

cuestiona directamente al juzgador recusado, quien de aceptar el impedimento, soluciona la cuestión.

En el caso de que el recusado niegue el hecho en que se funda la recusación, emplaza al recusante para que ambos comparezcan ante un tribunal heterosolucionador, donde se atraviesa por diferentes etapas o fases.

- b) *Fase heterocompositiva.* En la heterocomposición, recusante y recusado concurren ante un juzgador que dé solución al cuestionamiento de la capacidad, que pasa por diversas subfases o momentos:

Primer momento. En esta subfase el recusante se presenta ante el superior del recusado. Por su parte, el recusado debe enviar un "informe" al superior en el que exprese si son o no ciertos los hechos en que se funda la recusación, así como las razones que tuvo para no declarar el impedimento. Este momento corresponde a una postulación de los hechos. El escrito de recusación tendrá como naturaleza jurídica la de una verdadera demanda, en tanto que el llamado "informe del recusado" equivaldrá a una verdadera contestación a la demanda.

Segundo momento. Recibido el "informe", el tribunal superior (tribunal de decisión) debe decidir si los hechos en que se basa el impedimento expuesto en la demanda de recusación, encuadran (califican) o no dentro de los supuestos de impedimento que al respecto señala la ley.

De inmediato, independientemente de si están o no demostrados esos hechos, lo que importa en la calificación es sólo resolver si los hechos expuestos se califican o no como impedimento. En este sentido, un penalista podría decir que el hecho planteado se "tipifica" dentro de uno de los supuestos establecidos como causa de impedimento.

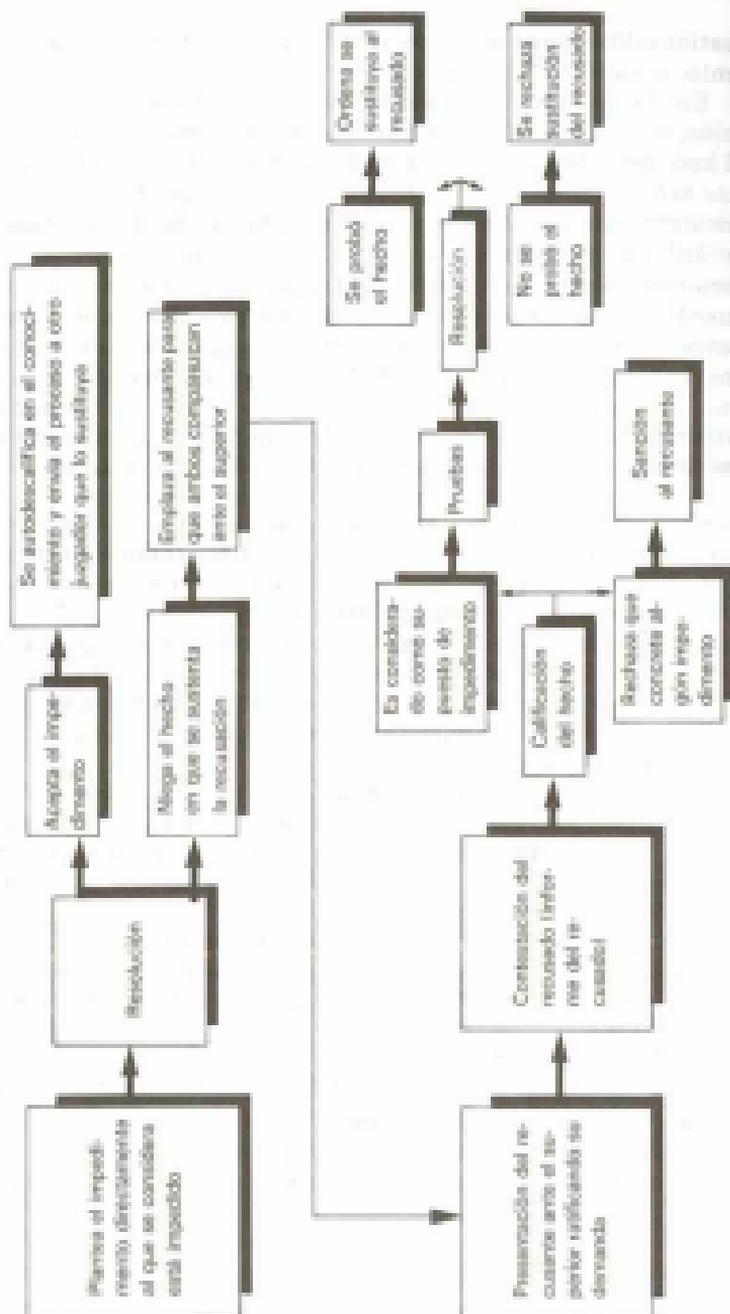
Aquí realmente se obliga al tribunal de decisión a revisar la regularidad del procedimiento recusacional, y en caso dado, también se lo obliga a sancionarlo, lo que en última instancia significa darlo por terminado, si el hecho o dato en que se apoya (aun cuando se llegue a probar) no constituye supuesto legal de impedimento.

Si el tribunal superior o heterosolucionador resuelve que los hechos planteados no son susceptibles de encuadrar en alguno de los impedimentos enumerados en la ley, así lo declarará. En este caso, el legislador considera que se debe sancionar con multa al recusante, para prevenir posteriores recusaciones infundadas, y así lo hace.

Tercer momento. Si la resolución del heterosolucionador califica los hechos fundatorios del impedimento como encuadrables en alguno de los supuestos de impedimento previstos por la ley, ordenará se abra el periodo probatorio correspondiente. Durante esta tercera fase instruccional se trata de confirmar o disprobar los hechos expuestos por cada parte en su demanda y contestación (informe del recusado según la ley).

Cuarto momento. Concluida la subfase instructoria o probatoria, continúa la resolutive. En este periodo resolutive, el heterosolucionador debe declarar si

RECUSACIÓN



se demostró o no el hecho o hechos en que se apoyó el impedimento esgrimido en la recusación.

Si se declara no comprobado el hecho, deberá rechazarse la sustitución del recusado. En cambio, si se declara probado el hecho, deberá además como efecto, ordenarse la sustitución del recusado.

Como se advierte, se trata de un verdadero proceso donde las partes son el recusante y el recusado, sin que tenga posibilidad de intervenir la parte que en el proceso principal no recusó.

También resulta pertinente puntualizar que en todo procedimiento heterocompositivo se manifiesta una actividad jurisdiccional, actividad que no se concretiza ni en la excusa, ni en la fase autocompositiva de la recusación.

CAPÍTULO
39

**CUESTIONES DE
ACUMULACIÓN Y ESCISIÓN**

SUMARIO

39.1 ACUMULACIÓN

- A. TIPOS DE ACUMULACIÓN
- B. SUPUESTOS
- C. EXCEPCIONES
- D. RITUAL

39.2 ESCISIÓN PROCESAL

- A. SUPUESTOS
- B. RITUAL

Es común que dentro de un proceso coincidan varias pretensiones. El sujeto activo del proceso pretende, por ejemplo, que se declare la existencia de un delito, que se declare que cierta persona fue la responsable, que se declare que ésta es de mediana o grave peligrosidad social, que se declare la existencia de un daño, que se condene al pago del mismo, que se le condene a cierto tiempo de reclusión, que se le amoneste, etcétera.

Así como se presentan varias pretensiones en un mismo proceso, en ocasiones se presenta un fenómeno en el cual las pretensiones se tramitan en procedimientos por separado, y convenga unirlos; o que se tramiten en un mismo procedimiento y convenga escindir el cúmulo de pretensiones para su tratamiento.

Cuando la cuestión plantea la necesidad de unir en un mismo procedimiento varias pretensiones, estamos ante la llamada *acumulación de pretensiones* o "acumulación de procesos". Cuando las pretensiones se han venido siguiendo en un mismo proceso y se pretende su escisión, se trata de la llamada *separación o escisión de "procesos" o pretensiones*.

La articulación de las pretensiones puede dirigirse entonces en direcciones contrarias; o convergen o divergen.



39.1 ACUMULACIÓN

El término acumular proviene de *ad, a, accumulo accumulare*, que significa amontonar, cargar. La acumulación de procesos parte del supuesto de que existen dos o más procesos que se tramitan por separado. En este caso se cuestiona esa separación, y se pretende que deben ir acumulados, de aquí el nombre con el que conocemos a este incidente.

Ante la dispersión de las pretensiones, la acumulación procura lograr una *unidad de dirección del proceso, una unidad procedimental, una economía procesal, una unidad de criterio al resolver, un ahorro de actividad jurisdiccional*. Se trata también de evitar la repetición de actuaciones, así como los juzgamientos contradictorios.

Como se advierte, con la acumulación se procura evitar trastornos no sólo en los procesos, sino también en la decisión final. No obstante, afirma Alcalá-Zamora, la acumulación no destruye la pluralidad de relaciones jurídico-procesales iniciales.¹

A. TIPOS DE ACUMULACIÓN

La acumulación a que nos referimos frecuentemente ha sido confundida con otro tipo o especie de acumulación, respecto a los cuales sólo existe sinonimia.

Así, entre los penalistas es común confundir la acumulación de procesos con la *acumulación de delitos o de sanciones*. Colín Sánchez, por ejemplo, al confundir ambos tipos de acumulación, plantea la definición.

Tampoco se trata de mera *acumulación de expedientes*, o "autos", pues la simple reunión a un expediente, de otro (administrativo o incidental, documentado "por cuerda separada", por ejemplo), no hace referencia a la idea de acumulación a que nos estamos refiriendo.

Cabe aquí recordar que la doctrina considera una diferencia entre la llamada *acumulación de pretensiones* (malamente llamada *acumulación de acciones*) y la *acumulación de autos* (también denominada *acumulación de expedientes o legajos*). En tanto la primera está referida al contenido, la segunda alude a la apariencia, a lo formal. A pesar de que casi siempre concurren, tal concurrencia no es la regla.

¹ Alcalá-Zamora, Niceto, "Examen crítico del código de procedimientos civiles de Chile", pág. 249.

Nos interesa en primer término la acumulación o escisión de pretensiones (acumulación de acciones, como antiguamente se le llamó a la primera), ya que al final la de autos sólo es circunstancial, puesto que en un proceso pueden estar acumuladas las pretensiones, y no obstante, llevarse a cabo dos o más expedientes (por ejemplo, los de apelación o algunos "por cuerda separada"). Así, resulta factible que a pesar de la acumulación de pretensiones en un proceso, algunos de los procedimientos que integran el proceso tengan su propio expediente.

Existe otro tipo de acumulación, como es la de sujetos o de partes, y donde cabe el litisconsorcio activo o pasivo. Tampoco nos estamos refiriendo a este tipo de acumulación.

La acumulación que es supuesto del incidente en estudio, implica la diversidad de pretensiones. Son precisamente las pretensiones las que se trata de acumular.

"La acumulación —apunta Briseño Sierra— que parece más natural es la de pretensiones. Si por pretensión se ha venido entendiendo el acto de afirmación de un título y la exigencia de pronunciamiento favorable, ahí donde sean varios los títulos, o diversas las resoluciones, se tendrá una acumulación de pretensiones."⁷

B. SUPUESTOS

En general, el supuesto o cuestión que plantea la necesidad de acumular es la conexidad. El término conexidad proviene de *conexus*, *connexus*, *conseram*, *conectare*, que significa atar, unir, combinar, enlazar.

De acuerdo con un criterio sistemático, existe conexidad, como supuesto para acumular pretensiones, en los siguientes casos:

a) *Por identidad de las personas.* Vale decir, que se trata del mismo sujeto penalmente enjuiciado (*eodem personae*), aun cuando sean diversos los demás elementos del objeto procesal, o sea aun cuando no exista identidad en la causa, ni en la pretensión.

Si se tienen en consideración el sujeto activo y el pasivo del proceso, en México sólo es factible la acumulación de carácter pasivo. Esto es, una acumulación subjetiva pasiva.

EJEMPLO: si el señor "X" es procesado por robo en el juzgado tercero penal, y al mismo señor "X" se le procesa por lesiones en el cuarto penal, existe identidad en la persona.

⁷ Briseño Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, t. IV, pág. 152.

b) *Por identidad en la causa petendi*, a lo que el Código llama delitos conexos, malamente regulados y aun repetidos en los artículos 475 fracciones I y II, y 473 fracciones IV y V del CFPP. Se trata aquí de una identidad del objeto procesal en lo que atañe a la causa; es decir, se está ante el mismo hecho delictuoso (*eadem causa petendi*), a pesar de que se trate de diversas personas, ya sea que en el mismo delito todos trabajaron unidos, o que trabajaron en diversos delitos según concierto previo, mediante división del trabajo.

Por identidad de la causa entendemos "la relación jurídica sustancial invocada por el actor para formular su pretensión".²

EJEMPLO: en el asalto a una negociación participan 6 personas. En el juzgado primero se abre el proceso contra tres de esas personas, y en el juzgado segundo contra otras tres. Por tratarse de la misma causa, procede la acumulación.

c) *Por relación causal de causas*. Se supone la existencia de varios procesos con diversidad de causas, pero se afirma que cada una de esas causas (cada uno de los delitos imputados) funcionaron como medios para ejecutar o consumir otros o para asegurar impunidad (delitos que funcionan como medios para la realización de otros).

En el caso de conexidad, la competencia se asigna al tribunal que posee el asunto que tiene la característica de la *atractividad*, dándose el llamado *fuero de atracción* en favor del tribunal cuyo asunto sea de *mayor entidad* o del tribunal de *mayor jerarquía*, como hemos visto al aludir a la competencia del órgano según el criterio de *atractividad* (cap. 6.7).

EJEMPLO: para robar un banco, una persona se encargó de derrumbar una pared para penetrar (daño en propiedad ajena), otra de eliminar a un guardia (homicidio) y otra de apoderarse del dinero (robo). Se abren tres procesos, uno por cada delito. Puesto que aquí hay *conexión de causas*, deben acumularse.

C. EXCEPCIONES

Como excepción a los supuestos anteriores, no procede la acumulación:

a) Cuando las pretensiones que se desea acumular son propias (en cuanto a competencia objetiva) de tribunales diversos (de diverso fuero); mejor dicho, de diverso sistema judicial, salvo el caso de *atracción de procesos* (art. 474 CFPP).

EJEMPLO: que se trate de delito federal por un lado y de delito de la

² Ovalle Favila, José, *Derecho procesal civil*, pág. 78.

competencia de los tribunales locales por el otro, o que algún delito sea de la competencia de los tribunales militares, aun cuando existe perfecta identidad en la persona penalmente enjuiciada (arts. 474 CFFP, 504 CPPDF y 780 CJM).

- b) Cuando los procesos que se trate de acumular se encuentren en diverso estadio procedimental.

EJEMPLO: que un procedimiento se encuentre en instrucción, y otro en el periodo de juicio. La acumulación sólo es operante si ambos procesos se encuentran dentro del periodo de instrucción (arts. 476 CFFP y 488 CPPDF).

- c) Cuando, conforme al juicio razonado del juzgador, estime éste que de llevarse a cabo la acumulación, la investigación se dificulta. Esta excepción sólo es operante en la legislación federal (art. 478 CFFP).

EJEMPLO: han ocurrido varios robos en diversas ciudades de la república. En el juzgado de cada ciudad se ha abierto un proceso contra el mismo ladrón. En cada ciudad viven los propios testigos de cada hecho. Mientras no hayan declarado todos los testigos en cada proceso, no se haya practicado cada una de las inspecciones judiciales y no se efectúen los avales correspondientes, podrá negarse la acumulación, pues de accederse a ella, el proceso seguido en un mismo lugar saldría más dificultoso que en cada uno de los lugares. Por lo pronto no es posible acumular, aunque posteriormente, desahogadas las pruebas, si será factible.

Adviértase en estos casos de excepción —es decir, los casos en que no procede acumular—, que nuestra ley procesal penal no alude a las de pretensiones contradictorias, o excluyentes, lo que significa que en penal sí pueden ir acumuladas, pero esto sólo hasta un momento en que el juez pide se subsane la demanda, mediante el mecanismo de enviar al Procurador las conclusiones contradictorias (art. 294 CFFP). Subsanción que, por cierto, se encuentra deficientemente regulada.

D. RITUAL

Para explicar el ritual del incidente de acumulación de procesos conviene diferenciar dos supuestos: que ambos procesos se encuentren en el mismo juzgado, o que cada proceso se encuentre en diverso juzgado.

Si se encuentran en el mismo juzgado, el trámite o ritual resulta sencillo: oficiosamente o a instancia de parte. La cuestión se resuelve *ex officio*, sin ser necesario previa sustanciación, puesto que puede resolverse "de plano" (art. 478 CFFP). Si la cuestión se plantea a instancia de parte, previa audiencia que se celebre dentro de los siguientes tres días, el tribunal dictará la interlocutoria correspondiente.

Si los procesos se encuentran en diversos juzgados, el ritual del incidente resulta más complejo. La ley federal hace un remisión al procedimiento de la inhibitoria (porque en el fondo puede llegar a suscitar una cuestión de competencia), que podemos explicar en sus diversas fases.

- a) *Primera fase.* Ante el juzgado que se considera competente, al que la ley llama *requirente*, se plantea la cuestión o supuesto de la acumulación. El tribunal, tras una audiencia, califica la existencia o inexistencia de la cuestión.
- b) *Segunda fase.* En el caso de que se declare la procedencia de acumulación de pretensiones, el propio tribunal afirma ser competente para conocer de aquellas que otro tribunal viene conociendo, motivo por el cual, a través de la inhibitoria, solicita al otro órgano judicial que posee el proceso, que se lo envíe. El tribunal que recibe la solicitud —al que la ley llama *requerido*—, previa audiencia, también calificará, según la idea de la competencia esgrimida, la procedencia o improcedencia de la acumulación. Si estima que hay motivo para dejar de conocer, enviará el expediente y el procesado al tribunal *requirente*.
- c) *Tercera fase.* En el caso de que el tribunal "*requerido*" estime que no hay motivo para dejar de conocer, así lo hará saber al "*requirente*", quedando desde ese momento ambos tribunales obligados a concurrir ante un tribunal de competencia.
- d) *Cuarta fase.* Cuando el tribunal heteroresolucionador reciba de ambos tribunales las actuaciones formadas con motivo del incidente, deberá declarar en definitiva sobre la competencia y, en su caso, la acumulación.

39.2 ESCISIÓN PROCESAL

La escisión procesal, que nuestras leyes llaman *separación de procesos* o malamente de *autos*, es la figura opuesta a la acumulación de pretensiones. En la escisión (de *scissio*, cortadura) se parte del supuesto de que dos o más pretensiones se encuentran acumuladas (indebida o perjudicialmente), pero a raíz de la necesidad legal, o por conveniencia en la administración de justicia, ciertas pretensiones se escinden o segregan de las otras, para que continúen conociéndose en un procedimiento autónomo, y tal vez ante otro tribunal.

En la escisión va de por medio el riesgo de sentencias contradictorias, atinadas a la división de la contienda de la causa y la unidad del juicio.

Mediante la escisión procesal se persigue, dice Briceño Sierra, "apartar de un juicio lo que no le es pertinente, lo que constituye un problema que ha de ser juzgado en sede diferente o en condiciones distintas".⁴

⁴ Briceño Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, t. IV pág. 116.

ACUMULACIÓN
(tribunales diversos)

RECURRENTE

Planteamiento de la cuestión por el recurrente

Traslado a la Contraloría

Resolución

Declara la MD acumulación

Declara que preside la acumulación la firma que es competente para conocer de lo que ya conoce otro tribunal

Envía expediente

Recepción de la solicitud y notificar al Ministerio Público

Audiencia y resolución

Se declara incompetente

Envía en su caso al competente

ambos tribunales concurren ante el tribunal superior

Recepción de actuaciones de cada parte

Notificación al Ministerio Público

Resolución

REQUERIDO

A. SUPUESTOS

Aunque en nuestras leyes no existe sistematización, el planteamiento de la cuestión que da lugar a la escisión de procesos puede fundarse en alguna de las siguientes hipótesis:

- a) *Diversidad de procedimientos o vías*; esto es, que ciertas pretensiones sólo puedan tratarse según un ritual y otras de conformidad con otro ritual. Se trata de una incompatibilidad de procedimientos.

EJEMPLO: procede la separación cuando un proceso debe seguir el ritual o vía sumaria, ordinaria, o por la del jurado popular.

- b) *Diversidad de competencias en razón de "fuero"*, que surge cuando ciertas pretensiones sólo pueden ser conocidas por un órgano diverso del que debe conocer de las otras. Así, los tribunales federales, los locales o los militares tienen su específica atribución de competencia. Igual ocurre cuando por razón del territorio, los competentes son tribunales diversos. Se trata de una incompatibilidad de competencias.

EJEMPLO: el tribunal de Yucatán sólo es competente para ciertas pretensiones y no para otras, que le pudieran corresponder al tribunal de Sonora o al de Tamaulipas.

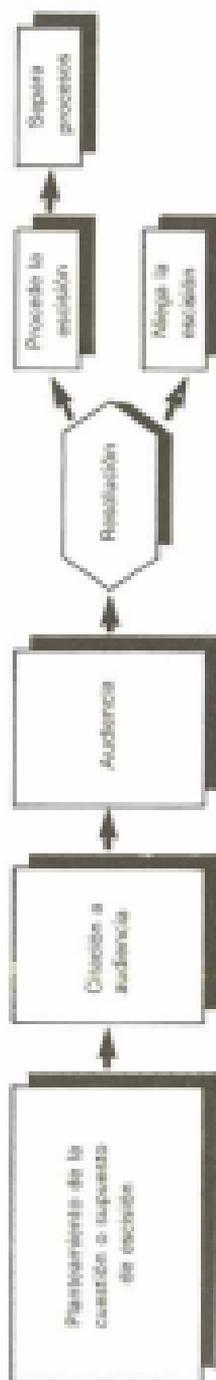
- c) *Cuando no haya procedido la acumulación, pero de hecho las causas estén acumuladas.*

EJEMPLO: por error, al documentarse la averiguación previa quedan bajo un mismo expediente dos cuestiones totalmente diferentes. Por un lado, robo y su imputado, y por el otro, un estupro y su imputado. Por cuanto no existe identidad en la persona, causa, ni conexidad, procede la escisión.

- d) *Porque no exista identidad en la causa petendi (delitos diversos o conexos, dice la ley), aunque exista identidad en las personas, y que además el tribunal estime que de persistir la acumulación, la investigación se demoraría o dificultaría.*

EJEMPLO: de una sola denuncia cuyos hechos fueron llevados al juzgado se advierte que se trata de dos causas diversas (delitos diversos) sin la relación entre uno y otro, pero aunque se trata del mismo imputado, uno de los asuntos resulta tan complejo y tardado —a diferencia del otro, donde la pena resulta atenuada—, que, si se continuara la acumulación, se retardaría el proceso con pena leveísima y no complicado.

ESCISIÓN DE PROCESOS



e) *Porque exista diversidad en los procedimientos.*

EJEMPLO: El proceso seguido contra varias personas, una de ellas pide se continúe por la vía sumaria en tanto que otras optan por la vía ordinaria. En este caso se separará a partir del cierre de la instrucción, al cual se han opuesto unas personas, para seguir en un caso a la fase de juicio (art. 483 CFPP).

B. RITUAL

Este incidente se tramita por "cuerda separada", sin que pueda considerarse el artículo de previo y especial pronunciamiento. Planteada la cuestión incidental, las partes deberán ser citadas a una audiencia, que se realizará dentro de los siguientes 3 días a partir de la solicitud, dictándose la interlocutoria correspondiente.

Si se declara la escisión, cada proceso será autónomo en su procedimiento y quedará sujeto a las reglas de competencia.

Si acaso se desegara la escisión, la interlocutoria tendrá la característica de un original *inter locus*; es decir, no alcanzará la autoridad de cosa juzgada, por lo que más tarde podrá ser planteada la misma cuestión.

CAPÍTULO
40

**CUESTIONES QUE
PARALIZAN EL PROCESO**

SUMARIO

- 40.1 PARALIZACIÓN TEMPORAL DEL PROCEDIMIENTO
 - 40.1.1 Interrupción del procedimiento
 - A. CASO DE LOS INCAPACITADOS MENTALES
 - B. DESVANECIMIENTO DE PRUEBAS SOBRE RESPONSABILIDAD
 - 40.1.1 Suspensión del procedimiento
 - 40.1.2 Reanudación del procedimiento
 - 40.1.3 Ritual
- 40.2 PARALIZACIÓN DEFINITIVA DEL PROCESO
 - 40.2.1 Formas de terminación del proceso
 - 40.2.2 Casos de sobreseimiento
 - A. ABANDONO DE LA ACUSACIÓN
 - B. LITISPENDENCIA
 - C. COSA JUZGADA
 - D. DESISTIMIENTO DEL DERECHO, DE LA PRETENSIÓN O DE LA ACCIÓN
 - E. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO
 - F. TRANSACCIÓN
 - G. NO CALIFICACIÓN DE DELICTUOSIDAD
 - H. MUERTE DEL INCULPADO
 - I. INVOLABILIDAD O IMPUNIDAD
 - J. PAGO DEL DAÑO
 - K. OTROS CASOS
 - 40.2.3 Ritual
 - 40.2.4 Efectos

Durante la sustanciación de un proceso suelen presentarse ciertos obstáculos procesales, que pueden llegar a paralizar de manera temporal o definitiva el proceso principal.

Respecto a los obstáculos procesales, se ha dicho que son "situaciones fijadas por la ley, que impiden la continuación de la secuela procesal iniciada por un tribunal".¹ Esto es, se trata de cuestiones que pueden llegar a paralizar el proceso.

Esta característica de llegar a paralizar el proceso principal puede hacer confundir las cuestiones que paralizan el proceso con los llamados artículos de previo y especial pronunciamiento. En realidad, se trata de dos aspectos diferentes, pues aunque en ambos se paraliza el proceso, el momento y las razones son diversas.

En los artículos de previo y especial pronunciamiento se suspende la sustanciación del proceso principal, desde el momento mismo en que se inicia el procedimiento surgido con motivo de la cuestión; mientras que en los incidentes que paralizan al proceso, la suspensión o la interrupción (de llegar a declararse) se efectúa a partir del momento en que se resuelve la cuestión u obstáculo procesal planteado. Vale decir, uno paraliza el proceso por la mera tramitación del artículo de previo y especial pronunciamiento, en tanto que el otro, hasta que se resuelva que existe un obstáculo que hace imposible continuar con el proceso.

Un incidente de paralización del proceso puede a su vez ser considerado como un artículo de previo y especial pronunciamiento. En otras palabras, puede ocurrir que mientras se resuelven ciertas cuestiones que paralizan el proceso, se tramitan como artículo de previo y especial pronunciamiento.

¹ Jaime Subiela, Víctor Manuel, "Requisitos de procedibilidad de la acción penal en materia de estafas", pág. 159.

SUMARIO

- 40.1 PARALIZACIÓN TEMPORAL DEL PROCEDIMIENTO
 - 40.1.1 Interrupción del procedimiento
 - A. CASO DE LOS INCAPACITADOS MENTALES
 - B. DESVANECIMIENTO DE PRUEBAS SOBRE RESPONSABILIDAD
 - 40.1.1 Suspensión del procedimiento
 - 40.1.2 Reanudación del procedimiento
 - 40.1.3 Ritual
- 40.2 PARALIZACIÓN DEFINITIVA DEL PROCESO
 - 40.2.1 Formas de terminación del proceso
 - 40.2.2 Casos de sobreseimiento
 - A. ABANDONO DE LA ACUSACIÓN
 - B. LITISPENDENCIA
 - C. COSA JUZGADA
 - D. DESISTIMIENTO DEL DERECHO, DE LA PRETENSIÓN O DE LA ACCIÓN
 - E. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO
 - F. TRANSACCIÓN
 - G. NO CALIFICACIÓN DE DELICTUOSIDAD
 - H. MUERTE DEL INculpADO
 - I. INVOLABILIDAD O IMPUNIDAD
 - J. PAGO DEL DAÑO
 - K. OTROS CASOS
 - 40.2.3 Ritual
 - 40.2.4 Efectos

Elvira
 María
 María
 José
 María
 José
 María
 José
 María
 José
 María
 José

Durante la sustanciación de un proceso suelen presentarse ciertos obstáculos procesales, que pueden llegar a paralizar de manera temporal o definitiva el proceso principal.

Respecto a los obstáculos procesales, se ha dicho que son "situaciones fijadas por la ley, que impiden la continuación de la secuela procesal iniciada por un tribunal".¹ Esto es, se trata de cuestiones que pueden llegar a paralizar el proceso.

Esta característica de llegar a paralizar el proceso principal puede hacer confundir las cuestiones que paralizan el proceso con los llamados artículos de previo y especial pronunciamiento. En realidad, se trata de dos aspectos diferentes, pues aunque en ambos se paraliza el proceso, el momento y las razones son diversas.

En los artículos de previo y especial pronunciamiento se suspende la sustanciación del proceso principal, desde el momento mismo en que se inicia el procedimiento surgido con motivo de la cuestión; mientras que en los incidentes que paralizan al proceso, la suspensión o la interrupción (de llegar a declararse) se efectúa a partir del momento en que se resuelve la cuestión u obstáculo procesal planteado. Vale decir, uno paraliza el proceso por la mera tramitación del artículo de previo y especial pronunciamiento, en tanto que el otro, hasta que se resuelva que existe un obstáculo que hace imposible continuar con el proceso.

Un incidente de paralización del proceso puede a su vez ser considerado como un artículo de previo y especial pronunciamiento. En otras palabras, puede ocurrir que mientras se resuelven ciertas cuestiones que paralicen el proceso, se tramiten como artículo de previo y especial pronunciamiento.

¹ Jaime Sablades, Víctor Manuel. "Requisitos de procedibilidad de la acción penal en materia de violencia", pág. 158.

Estos incidentes de paralización del proceso se clasifican en dos grandes áreas, dependiendo de la magnitud de la cuestión en que se apoya dicha paralización o estancamiento. De esta manera, la suspensión del proceso puede ser *temporal* o *definitiva*.

En otras legislaciones, la paralización temporal tiene estrecho parentesco con el llamado *sobreseimiento provisional*, en tanto que la suspensión definitiva, con el que se denomina *sobreseimiento definitivo*. En México, en el caso de la suspensión temporal, se le llama simplemente incidente de suspensión (es el de interrupción y de paralización temporal a que nos referiremos más adelante), y en el caso de suspensión definitiva, se le conoce como *sobreseimiento*.



40.1 PARALIZACIÓN TEMPORAL DEL PROCEDIMIENTO

En un sentido amplio, se trata del *estancamiento temporal del proceso*, debido a la existencia de alguna cuestión u obstáculo que impide su continuación. Su reanudación está sujeta a la condición de que desaparezca el motivo u obstáculo que dio lugar o motivo a la paralización.

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

No ocurre lo mismo en el caso de paralización definitiva, donde no sólo se extingue el enjuiciamiento, sino también el proceso.

Si examinamos con detenimiento los supuestos u obstáculos que dan lugar a la paralización, encontramos que se presentan dentro de un proceso

cuando en la seriación hay algo anormal. Aunque puede ser propuesto por las partes, es recomendable que sea el propio instructor judicial quien preste atención a este obstáculo o supuesto.

— Salvar tales obstáculos significa sanear el proceso. "Precisar aquellos (defectos) que sean remediables —dice Jorge Antonio Zepeda— conduce a la factibilidad de un proceso regular y válido en tanto se produzca la corrección."²

El Código Federal de Procedimientos Civiles ha introducido una diferencia entre lo que por un lado llama *interrupción* y por el otro *suspensión* del procedimiento. Desde luego, tal diferenciación ha sido apoyada por la opinión de la doctrina. Tal parece que la aludida división proviene de la doctrina italiana y ha llegado, inclusive, a matizarse en el Código de Procedimientos Civiles de Sonora. En este sentido, la paralización temporal del proceso se clasifica en suspensión (*stricto sensu*) y en interrupción.

Esta manifestación de la paralización temporal del proceso no debe ser desdeñada, sino acogida y trasladada al campo del derecho procesal penal para la explicación de algunos supuestos de paralización.

De acuerdo con este marco teórico, *hay interrupción del proceso penal cuando la paralización se debe, según Liebman a la "necesidad de asegurar la efectividad del contradictorio"*.³

Excepto ese caso, todos los demás establecidos por la ley que impidan la marcha del proceso, pero sin fulminarlo, quedan comprendidos en la llamada suspensión *stricto sensu*.

Entre los casos de *interrupción* pueden mencionarse la muerte o el cambio del defensor, la huida del penalmente enjuiciado, la falta de capacidad mental en el penalmente enjuiciado, la ausencia del agente del Ministerio Público, etcétera.

En estos casos, la interrupción del proceso obedece a la idea de evitar que se presente algún estado de indefensión.

Como casos de *suspensión* pueden mencionarse las cuestiones prejudiciales, las situaciones que dan lugar a la sustanciación de los incidentes de previo y especial pronunciamiento, la falta o ausencia de algún requisito de procedibilidad, o la presunción de ausencia de peligrosidad social en el penalmente demandado.

De los casos mencionados, algunos son considerados por nuestra ley procesal penal, en tanto que a otros se les omite. Esta laguna o descuido en su tratamiento no es extraña, ya que inclusive cuando el legislador considera las cuestiones que dan lugar a la paralización temporal del proceso, se advierte un caos total en la sistematización.

² Zepeda, Jorge Antonio, "El saneamiento del proceso y la audiencia preliminar", pág. 177.

³ Ovalle Fasola, José, *Derecho procesal civil*, pág. 151.

40.1.1 Interrupción del procedimiento

Prácticamente son verdaderos casos de interrupción a los que se refiere nuestro código, al abordar los supuestos de paralización en el capítulo denominado "suspensión del procedimiento".

- a) En los casos de interrupción se suelen mencionar casos conocidos en otras legislaciones, como cuando *muerre el defensor o se cambia de defensor*. Estos casos son desconocidos en nuestro sistema procesal penal, aunque no en el civil (art. 365 CFPCL) y regularmente se emplean en tribunales de otros países, como en Estados Unidos de América.
- b) La *huida del penalmente enjuiciado* —esto es, el sujeto pasivo del proceso—, impide que en el terreno de los hechos se concrete la relación jurídica procesal. Este caso se acoge en la legislación mexicana (art. 468 fracción I del CFPPL). La huida debe entenderse como la no presencia física en los actos del proceso, y puede suscitarse porque en los casos en que se debería aplicar una medida cautelar consistente en la detención, ésta no se ejecute; o porque gozando el procesado de la libertad cautelar, bajo protesta o arraigo, no se presente a los actos procesales; o porque simplemente escape de la cárcel preventiva donde se encontraba.

En México, como en la mayoría de los países, no es posible sustanciar procesos en ausencia del sujeto pasivo del proceso. No pueden existir, entonces, fallos en rebeldía o contumacia total.

Es interesante destacar que contra nuestra interpretación sistemática del proceso, se ha dado alguna opinión, aduciendo interpretación literal, en el sentido de que el artículo 468 del CFPPL sólo "*faculta*" al instructor a paralizar el proceso, mas no lo "*obliga*".

Así, se afirma que "es evidente que el legislador mexicano no determinó que forzosa y necesariamente el procedimiento se suspenda (interrumpa, bajo los marcos conceptuales ya explicados), sino que podrá suspenderse; esto quiere decir que es potestativo del tribunal hacerlo o no, obviamente que al decidir ha de tener presente las características del sistema y justicia penal integral, democrática, racional, consistente y benéfica para el pueblo. Dentro de este contexto la suspensión procederá cuando sea racionalmente necesario, consistente y benéfica para el pueblo".²

- c) El caso de *ausencia de capacidad del sujeto pasivo del proceso*, constituye otra de las causas de interrupción. Dentro de ésta, entran la anomalía mental, esto es, la pérdida de la capacidad intelectual y es al único a que alude nuestra ley. Acerca de este particular, volveremos más adelante.

² Durán Gómez, Ignacio, *Código federal de procedimientos penales unificado*, comentario al artículo 468.

- d) Otro supuesto de interrupción consiste en ignorar la identidad del sujeto pasivo del proceso, y en el que sería más adecuado decir, que no exista sujeto pasivo del proceso. O sea, se trata del caso, en que se ignora quién es la persona que presuntamente ejecutó o consumó el delito objeto del proceso. Este supuesto se presenta cuando el tribunal deniega el procesamiento provisional o definitivo, negando en consecuencia las medidas cautelares que pudieran llegarse a aplicar, como la orden de aprehensión o el auto de formal prisión o reclusión preventiva. Se encuentra igualmente cuando se declare el desvanecimiento de los datos que sirvieron para demostrar la probable responsabilidad. Respecto al desvanecimiento aludido, volveremos más adelante.
- e) La ausencia del agente del Ministerio Público o del defensor a las audiencias también da origen a la interrupción, aunque no precisamente del proceso o de todos sus procedimientos, sino sólo de la diligencia a la que tenían que asistir. Debiendo el tribunal —según nuestra ley— sancionar con multa a los inasistentes, en especial al defensor y en su caso, "diferir" la audiencia para otra fecha (arts. 87 y 88 del CFPF).

A. CASO DE LOS INCAPACITADOS MENTALES

Ya con anterioridad nos referimos a ciertos *incapacitados mentales*. Dejamos aclarado que la incapacidad mental del sujeto pasivo del proceso puede dar lugar al *procedimiento especial* para el caso de que la incapacidad sea padecida durante el momento en que se afirma ocurrieron los hechos que la ley define como delito, o que, si la incapacidad mental es sobrevenida, esto es, surgida después de tales hechos delictuosos, el proceso sólo se interrumpe.

El caso a que aludimos ahora es el que da lugar a la interrupción. "El procedimiento especial empleado con los incapacitados por insanía mental —explica González Bustamante—, no rige con aquellos que hubiesen delinquido teniendo discernimiento de sus actos y durante el curso del procedimiento ordinario enloquezcan."⁵

El motivo —dice González Blanco— "está en que el acusado que sufre esas anomalías no se encuentra capacitado para ejercer sus derechos y garantías procesales, por lo que de continuarse el procedimiento quedaría en condiciones de indefensión".⁶

Respecto a los carentes de capacidad intelectual, debe advertirse que no se trata de los mismos sujetos que en el derecho penal se llaman *inimputables*,

⁵ González Bustamante, José, *Principios de derecho procesal penal*, pág. 107.

⁶ González Blanco, Alberto, *El procedimiento penal mexicano*, pág. 219.

pues mientras éstos son *incapaces al momento de ejecutar o consumir el delito* (lo que puede dar lugar a que se les aplique una medida de seguridad o se declare la no existencia del delito), en el caso de los sujetos a que nos referimos, su incapacidad es ajena al hecho delictuoso y *sobreviene antes o durante el proceso* (y no se pierde la posibilidad de que más tarde sean declarados responsables de un delito, sancionándoseles penalmente).

El artículo 468 del CFPD establece que el procedimiento sólo podrá interrumpirse en el caso de que "*enloquezca el procesado*", hipótesis que puede llegar a ser confundida con la establecida en el artículo 15 del Código Penal, cuando éste dispone que es circunstancia excluyente de responsabilidad penal, "*padecer el inculpa-do, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender...*"

Como se advierte, la primera disposición se refiere al "*procesado*", en tanto que la segunda alude al "*inculpa-do al momento de ejecutar o consumir su delito*".

En relación con la cuestión de la inconsciencia, es una de las hipótesis que en la praxis se han presentado y que en los textos legales no tiene resolución clara. Nos referimos al caso de las personas que al cometer el delito quedan privadas de su conciencia, y en contra de los cuales se ejercita la acción penal, consignándoseles ante el juez. Se trata de quienes cometen el hecho con motivo del tránsito vial y, a consecuencia del accidente, quedan privados de la conciencia, durante tres días o más.

En torno de este problema, González Bustamante se cuestiona: "*¿Qué sucedería cuando un juez reciba con carácter de detenido a un lesionado que por el estado de coma en que se encuentra no esté en condiciones de que rinda su declaración preparatoria dentro del término (trecías, plazo) constitucional? Ya lo hemos dicho que estos términos no pueden suspenderse y que cuentan de momento a momento. Ni el Código de Procedimientos para el Distrito y Territorios de la Federación, ni el Código de Justicia Militar resuelven esta cuestión, sólo prevista en el Código Federal de Procedimientos Penales... precisamente lo que se trata de evitar es que el inculpa-do, por no estar en condiciones de enterarse de los cargos existentes en su contra, no puede contestarlos con conocimiento de causa*".⁷

B. DESVANECIMIENTO DE PRUEBAS SOBRE RESPONSABILIDAD

Entre los casos de interrupción, ya mencionamos el referente a ignorar la identidad del sujeto pasivo del proceso, y dentro de este caso anotamos uno

⁷ González Bustamante, José, *op. cit.* pág. 287.

que, de manera inmediata, da lugar a la *declaratoria de desvanecimiento o disipación de datos*, y de manera mediata, a la suspensión.

Todo proceso —y aquí recordamos lo expuesto con anterioridad— tiene un tema o una causa sobre la cual ha de guiarse. Existe igualmente un momento en que se fija o concreta con claridad tal tema; mejor dicho, los hechos en que se soporta la pretensión del *ius puniendi*.

Cuando por algún motivo, el tema fijado para que continúe el proceso se *desvanece o disipa*, falta entonces uno de los *elementos del objeto del proceso* y, por ende, el proceso y sus procedimientos, sin tema fijo o sin posibilidad de podersele imputar a alguna persona, no podrá continuar.

Este incidente tiene como supuesto al *auto de formal procesamiento* o, mejor dicho, al de *procesamiento definitivo* (con formal prisión o de simple sujeción a proceso). Si no existe *declaratoria de procesamiento*, no puede darse el caso de *desvanecimiento de datos*.

El *desvanecimiento de datos* deja sin efecto la *resolución de procesamiento definitivo*. De acuerdo con nuestra ley, esta revocación se puede fincar en cualquiera de los siguientes supuestos:

1. Que se disipen —es decir, que se *desvanezcan*— las pruebas que sirvieron para demostrar el tipo delictivo o que
2. Sólo se disipen las pruebas que hicieron creer que el sujeto pasivo del proceso fue el responsable del delito por el que se originó el proceso.

a) Si se trata del primer caso, se produce el *sobresamiento*, esto es, la paralización definitiva del proceso (art. 426 CFFP), en tanto que en el segundo caso se producen la *interrupción del proceso* y sus procedimientos, al ignorarse quién deba ser el sujeto pasivo del proceso (art. 468 CFFP).

El segundo supuesto —según nuestra ley— es el que importa para el tema de la *interrupción del proceso*, que constituye una *paralización temporal*, pues el primero de los supuestos conduce a la *paralización definitiva*.

En los casos de *desvanecimiento de datos*, para regularlos el legislador abrió un capítulo especial en la ley, cual si se tratara de cuestiones autónomas, cuando sólo se trata de una mera cuestión que puede dar lugar a la paralización del proceso. En el primero de los casos, de *paralización total*; en el segundo, de *paralización temporal*.

Además, el legislador pretende encajillar estas cuestiones en lo que denomina "incidente de libertad por *desvanecimiento de datos*". En realidad, no se trata de un incidente de "libertad", ya que no necesariamente ha de producir la libertad, pues la *declaratoria de disipación o desvanecimiento de datos* no lleva como supuesto a alguna medida cautelar.

Si acaso puede producirse la libertad, ocurre de manera mediata, a consecuencia de la *declaratoria de no continuar el proceso*.

- b) Existen casos —que el propio legislador regula— en los que sólo se declara la *disipación de los datos* del proceso, sin que se produzca libertad alguna, como cuando un simple *procesamiento* (que no *apareja* la formal prisión)

es revocado por pruebas posteriores. Dicho de otro modo, la detención o la prisión preventiva no son supuestos de la declaratoria de desvanecimiento.

En el fondo, la declaratoria de desvanecimiento o disipación de los datos o, mejor dicho, de pruebas que sirvieron para ordenar el procesamiento definitivo, consiste en una *revocación del procesamiento definitivo basado en pruebas posteriores a tal procesamiento, que anulan o aniquilan las anteriores.*

Sirve, además, para evitar continuar con *pérvanos carentes de base firme* en que pueda sustentarse, una ilusoria pretensión de *ius punitivi*, y aunque actualmente sólo procede a instancia de parte, sería recomendable instituir la *revisión ex officio* en el momento de cerrar la instrucción, cuyo efecto sería el sobreesamiento. Vale decir, que dicha revisión *ex officio* tenga como *ratio essendi* lograr el saneamiento procesal.

No obstante, tal como está regulado actualmente, sólo puede intentarse dentro de la instrucción, produciendo, en su caso, únicamente la interrupción, si las pruebas desvanecidas son las que en su momento sirvieron para hacer creer una probable responsabilidad.

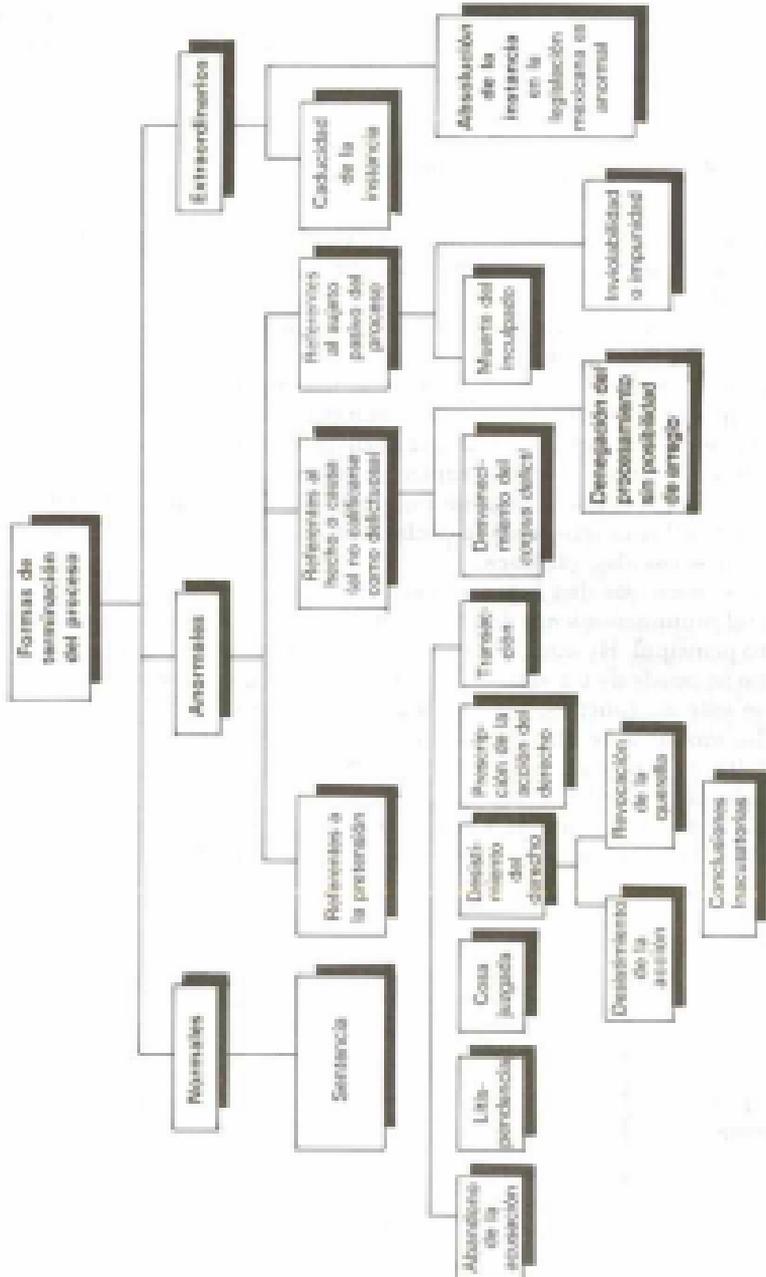
Debe advertirse que uno de los efectos que habrá de producir este desvanecimiento será el de *hacer cesar la legitimación pasiva* del que hasta entonces se consideró probable responsable de un delito. Por desgracia, es precisamente este tipo de efecto (la paralización temporal) el que hace emparentar al *desvanecimiento de datos* con la llamada *absolución de la instancia*, prohibida en nuestra Constitución.

Por lo que toca al ritual que ha de seguirse en el desvanecimiento, en sustancia es el mismo que se sigue en cualquier incidente de paralización y al que adelante nos referiremos. Sin embargo, cabe advertir que tal ritual se encuentra doblemente regulado, así en el capítulo del desvanecimiento, como en el de suspensión del proceso.

- c) La fuerza mayor es uno de esos casos. Por ejemplo, un terremoto, una guerra, una revolución, la toma del edificio donde se encuentra la sede del tribunal, impiden la continuación del procedimiento y dan lugar a una interrupción.

Un caso abordado por nuestra legislación a este respecto, lo constituye el establecido en el artículo 15 de la Ley Reglamentaria de la fracción V del artículo 76 de la Constitución General de la República. Dicha ley apareció en 1978, y dispone que cuando el Senado declare la *desaparición de poderes* en una entidad federativa (gobernador, Supremo Tribunal y Congreso Local), donde inclusive los jueces existentes dejarán de tener tal función hasta que sean designados nuevos o ratificados los anteriores, serán los secretarios de los juzgados quienes provisionalmente asumirán el cargo de "jueces", únicamente para llevar a cabo la declaración preparatoria, conceder o negar la libertad cautelar y dictar el auto de procesamiento o denegarlo.

En este caso, el procedimiento de hecho queda interrumpido —no hay pe-



sibilidad de aportar y desahogar pruebas ni actos procesales, ni de parte, ni de tribunal— y no se da siquiera la posibilidad de dictar resolución que declare paralizado el procedimiento, a pesar del hecho real.

40.1.2 Suspensión del procedimiento

Además de los casos de interrupción del proceso y sus procedimientos hay otros que paralizan los procedimientos: son los llamados propiamente casos de suspensión.

- La sustanciación de las *cuestiones prejudiciales* es las que ya nos referimos importa en muchos casos la suspensión del procedimiento principal. Como ejemplos, podemos mencionar los casos en que se debe esperar hasta que se dé la autorización administrativa para proceder contra ciertos funcionarios; esperar hasta que se dicte la sentencia que anule el matrimonio, en los casos de que el raptor se case con la raptada; esperar hasta que se resuelva el juicio calumnioso, para poder continuar con el de calumnia; esperar hasta que se dé la declaratoria de perjuicio, en el caso de ciertos delitos fiscales, etcétera.
- Los casos que dan lugar a la sustanciación de artículos de *previo y especial pronunciamiento* dan también lugar a la suspensión del procedimiento principal. He aquí, por ejemplo, que mientras se tramita la declinatoria no se puede dictar sentencia (art. 429 CFPP), y tampoco en el caso en que se esté sustanciando la recusación (art. 448 CFPP).
- La ausencia de algún requisito de procedibilidad, como acontece con la falta de la querrela o la falta de la excitativa, también produce la suspensión del procedimiento.

En este caso, Díaz de León se opone a la mera suspensión del procedimiento. "Si la querrela es incorrecta, la pretensión punitiva no es válida por

PARALIZACIÓN INDEFINIDA	}	Interrupción	}	Muerte del defensor
		Suspensión stricto sensu		}
				Falta de capacidad mental del enjuicado
				Se ignora la identidad del potencial enjuicado
				Ausencia del Ministerio Público a la audiencia
				Ausencia del defensor a la audiencia
				Fuerza mayor
				Cuestiones prejudiciales
				Artículo de previo y especial pronunciamiento
				Falta de requisito de procedibilidad
				Casos de mínima peligrosidad

no tratarse de delitos perseguibles de oficio; en estos casos, el proceso penal se debe dar por terminado . . . si la querrela no existe, tampoco podrá haber pretensión punitiva, y sin ésta, menos proceso".⁶ Dicho en otras palabras —según la idea de Díaz de León—, si el enjuiciamiento no se ha iniciado, no hay nada que suspender, y lo que existe debe darse por concluido.

En nuestra opinión, no debe darse por concluido. Si así fuera (sobresesimiento, por ejemplo) ocurriría que con base en la regla que equipara el sobresesimiento, a una sentencia, la cosa juzgada impediría la reapertura de ese enjuiciamiento, con injusticia para el titular de *ius possidendi* y para el verdadero querellante, a cuya instancia no sería posible abrir el proceso. Creemos que, en todo caso, debe *validarse absolutamente todo lo actuado*, simplemente porque todos los actos están afectados de nulidad. En otras palabras, la sanción no debe ser el sobresesimiento que *presume la validez del proceso*, sino la ineficacia, dado la *validad de origen* con que se afectaron los actos procesales.

e) La ausencia de *peligrosidad social* o de mínima peligrosidad social del penalmente demandado puede dar lugar a la suspensión del procedimiento. Tal acontece en ciertos juicios penales en Estados Unidos, donde se suspende el procedimiento a condición de que el acusado observe buena conducta social. Dentro de similar esquema se encuentra el código de Coahuila, bajo el nombre de "suspensión a prueba del proceso".

Resulta interesante esta innovación que introduce el Código de Coahuila, que no sólo suspende la ejecución de la pena (condena condicional), sino también el proceso mismo, cuando entre otros supuestos se esté ante mínima temibilidad (no sentencia, ni proceso previo, no temor de "reincidencia") y perdón del ofendido.

f) El no haberse recibido por el juez de primera instancia la resolución de segunda instancia decidiendo acerca de alguna resolución impugnada en apelación, caso previsto solamente en el Código de Justicia Militar (art. 766 frac. III).

40.1.3 Reanudación del procedimiento

Precisamente porque se trata de una paralización indefinida del enjuiciamiento, éste puede reanudarse cuando se cumple cierta condición. Y aquí la condición consistirá en eliminar el obstáculo que dio lugar a la paralización; esto es, en sanear el proceso.

⁶ Díaz de León, Marcos Antonio, *Tratado de la acción penal*, pág. 236.

La condición es diversa en cada caso de paralización. Así, por ejemplo, la detención del que anda huyendo es la condición para reanudar el procedimiento cuando fue interrumpido por huida; la vuelta a la normalidad mental o recuperación de la razón del enjuiciado es otra condición para reanudar, en el caso de que tal interrupción se hubiese fundado en ese tipo de enfermedad mental; etcétera.

Especial consideración merece el caso en que está interrumpido un procedimiento con base en que se denegó el procesamiento definitivo debido a que se ignoraba la identidad del probable responsable. En este caso, si se descubre quién es el probable responsable (si es persona diversa de aquella contra la que originalmente se inició el proceso), el enjuiciamiento *no se reanuda*, sino que se reinitia desde la declaración preparatoria.

En este caso vemos, un equivalente al rechazo de la demanda (no de la acción), conocida también con el nombre de *absolución ad instanciam*.

“El sobreseimiento provisional (muy emparentado con la paralización) —dice Prieto-Castro— no produce efecto de cosa juzgada material. Su efecto principal es la suspensión indefinida (paralización, hemos dicho) de la causa, concretamente hasta que haya suficientes elementos de juicio para despejar la duda que lo motivó. Aparecidos nuevos datos, se puede reabrir la misma.”

“El archivo temporal del proceso —continúa Prieto-Castro—, la devolución de las piezas de convicción cuyo dueño sea conocido, y la cancelación de fianzas y embargos son también efectos del sobreseimiento provisional.”³

Nuestras leyes imponen apenas algunas restricciones. Así, es posible ejecutar embargos en bienes del supuesto responsable o continuar actuaciones urgentes.

40.1.4 Ritual

Hemos señalado que la cuestión que dé lugar a la paralización puede ser planteada por cada una de las partes. Lo que aquí resulta sorprendente es que también el Ministerio Público puede solicitar se declare la suspensión.

La petición del Ministerio Público en este sentido no debe confundirse con el *desistimiento de la acción* (es decir, con la renuncia al ius puniendi), como bien lo reitera el artículo 424 del CFPD que, aunque referido al desvanecimiento de datos, resulta aplicable en su esencia a toda paralización conforme una correcta interpretación y aplicación de los principios del proceso.

Sin embargo, no se trata de un desistimiento de la acción —porque pedir

³ Prieto-Castro, Leonardo, *Derecho procesal*, pág. 312.

una suspensión o paralización indefinida del enjuiciamiento no es lo mismo que renunciar al *ius puniendi*— ni a la pretensión de ejercitarlo. En todo caso, tal petición, cuando proviene del Ministerio Público, se emparenta mejor con el desistimiento de la demanda o el desistimiento de la instancia, de la que sólo difiere en que no termina la instancia.

Al mismo tiempo, debe advertirse que la solicitud del Ministerio Público no vincula a la decisión del tribunal, de manera que éste libremente puede decidir si es o no de suspenderse o interrumpirse el enjuiciamiento.

Por lo que hace al ritual que ha de seguirse, no se regula de manera específica en el código procesal penal, motivo por el cual debe recurrirse a las reglas generales de todo incidente (véase la sección 37.6).

En la reanudación, el ritual correspondiente tampoco se encuentra regulado.

40.2 PARALIZACIÓN DEFINITIVA DEL PROCESO

En el caso de la paralización definitiva del proceso, a diferencia de la indefinida, el obstáculo o defecto que impide la continuación resulta ser insalvable y produce una desegatio actiois.

Dado el supuesto que da lugar a una paralización definitiva del proceso, no hay posibilidad de que vuelva a reanudarse. El proceso cesa definitivamente.

“Detectar oportunamente los defectos insubsanables —apunta Jorge Antonio Zepeda— se traduce en la posibilidad de impedir el curso de una actividad inútil.”¹⁰

El sobreesimimiento, es una de las formas de terminar en definitiva un proceso. Como veremos, al lado de éste existen otras.

El sobreesimimiento definitivo —en México, simplemente sobreesimimiento— es un medio anormal de terminación o extinción del proceso, fundado en supuestos que hacen imposible continuarlo, y cuyos efectos en lo penal se equiparan con la sentencia absolutoria, por lo cual afectan el fondo del asunto.

El vocablo sobreesimimiento proviene del latín *saper*; sobre, encima, y *sedere*, *sedere*, sentarse, y simbólicamente significa que al sentarse sobre el expediente que registra al proceso, éste se termina. Equivale a lo que en México la jerga identifica como “darle carpetazo a un asunto”; vale decir, impedir su continuación.

“Ya Jacobo de las Leyes o Jácome Ruiz, como también se le denomina

¹⁰ Zepeda, Jorge Antonio, “El saneamiento del proceso y la audiencia preliminar”, pág. 177.

—recuerda Briseño Sierra—, decía que el juez debía dar la sentencia en público y en lugar conveniente, y no en lugar torpe ni oculto, y debe dar sentencia *seyendo* (sentado) y no estando *nos andando*. (Aquí comienza la *summa* del maestro Jacobo). De donde se sigue que sobreeser es reforzar el aplastamiento del proceso; prácticamente vendría a ser señalar o clausurarle, impidiendo se dictara sentencia.¹¹

El sobreesimiento en lo penal no sólo hace concluir la instancia, sino también la pretensión de los *pusiendi*. Además, la resolución de sobreesimiento no decide el litigio principal, sino que, en todo caso, lo afecta al no poderse resolver. Así, da por terminado el proceso, mediante una fórmula casi emparentada con el *non liquet*.

Decimos que emparentada con el *non liquet* porque debido a la disposición constitucional de que en todo juicio del orden penal debe condenarse o absolverse, prohibiéndose a la vez la absolución de la instancia (art. 23), nuestro legislador optó por equiparar los efectos del sobreesimiento a los de una sentencia absolutoria no sólo de la instancia, sino también del cargo. Independientemente de los citados efectos, el sobreesimiento ni condena, ni absuelve.

El sobreesimiento penal no decide sobre el fondo o cuestión principal del proceso. Vale decir, no resuelve si existió o no delito, o si el enjuiciado fue o no responsable. El sobreesimiento sólo termina el proceso, pero debido a efectos prácticos de carácter legal, procura escapar de la absolución de la instancia extinguiendo o rematando el *ius pusiendi* que funde los mismos hechos que fueron materia del proceso sobreesido. Esta equiparación en los efectos es lo que diferencia al sobreesimiento penal del establecido en otros enjuiciamientos (por ejemplo, civil o amparo, donde el sobreesimiento no afecta al fondo, ni la resolución se equipara con una sentencia absolutoria).

En México se ha construido un "sobreesimiento administrativo", al lado del judicial y al que la ley denomina resolución de archivo. Esta resolución es decretada por el Ministerio Público en la averiguación previa, y con ella se trata de hacer entrar en el marco constitucional a los efectos que produce esa resolución que es pronunciada dentro de una dudosa facultad resolutoria atribuida al Ministerio Público.

Cabe también precisar que el sobreesimiento puede ser parcial o total, en la medida en que sean sólo unos cuantos hechos —calificados como delitos o supuestos delitos— por los cuales se sobreesee, o la totalidad de los acumulados en un mismo juicio; o también, que sean sólo unos cuantos los sujetos pasivos del proceso en cuyo favor se pronuncia, o la totalidad de los penalmente enjuiciados en los casos de litisconsorcio pasivo. Si el sobreesimiento, sea parcial o total, se refiere a los hechos (a los que se cree delictuosos), éste será *objetivo*; si se basa en los sujetos, será *subjetivo*.

¹¹ Briseño Sierra, Humberto, *El enjuiciamiento penal*, pág. 197.

40.2.1 Formas de terminación del proceso

Según una clasificación sistemática de los supuestos que hacen cesar o *terminar el proceso* de manera definitiva (y que no deben confundirse con los medios de *resolver el litigio*), pueden reducirse a tres medios:

- a) *Medios normales de terminación.* En este caso se encuentra únicamente la sentencia definitiva, esto es, la que pone fin a la instancia resolviendo el fondo controvertido; mejor dicho, el proceso concluye mediante un pronunciamiento en torno al litigio.
- b) *Medios anormales de terminación.* Aquí se incluyen los casos de sobreesimiento del proceso penal a los que aludiremos con más detenimiento. Es decir, se trata de casos en que no hay posibilidad de reiniciar el proceso, pues no existe posibilidad de pronunciamiento sobre el litigio.
- c) *Medios extraordinarios de terminación.* En este grupo señalamos el caso de caducidad de la instancia, es decir, un caso en que se permite volver a reiniciar el proceso.

La diferencia entre los medios anormales y los extraordinarios consiste en que en los primeros el proceso termina sin posibilidad de reiniciarlo, en tanto que en los medios extraordinarios el proceso se puede volver a comenzar. Así, si caduca la instancia, eso no significa que el derecho sustancial o de fondo también se extinga. Mientras no prescriba, se puede ejercitar nuevamente.

Por lo que hace a la caducidad de la instancia en el proceso penal en México, esta forma no se encuentra regulada. García Ramírez ha sostenido que se debe a los especiales intereses sobre los que versa el proceso penal.¹² Nosotros creemos que éstas no son razones de carácter procesal, sino ante todo de política criminal. Es decir, que cuestión tan importante como es el reprimir los delitos, no debe quedar a la mera inactividad de las partes.

Emparentado con la caducidad se encuentra el llamado abandono de la querrela, concebido por la ley española o la argentina, mas no conocida en México.

Respecto a la absolución de la instancia (que es un medio de terminación del proceso) queda por determinar si es medio anormal o extraordinario. En sí misma, la absolución de la instancia —pero no como está regulada en nuestra ley procesal penal— es un verdadero sobreesimiento y, por lo tanto, es medio extraordinario de terminación del proceso. He ahí, por ejemplo, en el enjuiciamiento civil o en el de amparo, que el sobreesimiento deja la posibilidad de poder reiniciar el proceso.

Pero en el enjuiciamiento penal, debido a la prohibición constitucional de absolver de la instancia al tratar de acotar tal disposición, nuestro legislador

¹² García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, pág. 266.

secundario estableció que el efecto del sobreseimiento no quedaría sólo en el fin de la instancia, sino también en el remate del derecho y la pretensión que a él confluía. Con este rodeo que hizo el legislador procesal penal mexicano, la *absolución de la instancia penal quedó como medio anormal de terminación del proceso*.

En suma, téngase en cuenta que los supuestos anormales y extraordinarios a que nos hemos referido no terminan el proceso por sí solos, sino que son supuestos que, ya concretados, *requieren ser reconocidos; es decir, homologados por el tribunal. Una vez que el supuesto se homologa, el proceso termina.*

40.2.2 Casos de sobreseimiento

Entre las formas anormales de terminación del proceso hemos dejado a los supuestos del sobreseimiento penal (es especial por el efecto que en lo penal acarrea el sobreseimiento). Los diferentes casos de sobreseimiento conocidos en el proceso penal pueden reducirse a tres:

- a) *Los referentes a la pretensión*, donde encajan la litispendencia, la cosa juzgada, el desistimiento de la acción o pretensión, la prescripción de la "acción" o derecho, y la transacción.
- b) *Los referentes al hecho o causa petendi*, que incluyen aquéllos supuestos donde los hechos o causa en que se soporta la pretensión, no son calificados como delitos.
- c) *Los referentes al sujeto pasivo del proceso*, como en los casos de muerte de éste, o algunos de inviolabilidad o impunidad.
- d) *Los referentes al pago del daño*, que consisten en haber pagado el daño patrimonial causado.

Nuestras leyes acogen algunas de estas causas, en tanto que otras son olvidadas o, desgraciadamente, mal orientadas.

A. ABANDONO DE LA ACUSACIÓN

En el caso de que el agente del Ministerio Público adscrito no presente conclusiones, el tribunal denunciará tal omisión al Procurador, a cuyo cargo queda presentar la correspondiente acusación. No obstante, si dentro del plazo correspondiente el Procurador no presenta conclusiones, procederá el sobreseimiento (arts. 291 CFPP y 315 CPPDF). En este caso de sobreseimiento hay un abandono de la acusación.

B. LITISPENDENCIA

"La indagación sobre el significado —dice Flores García— que el vocablo tiene en sus raíces latinas nos proporciona estos datos: *litigium*, *litigatus*: querrela, pleito, riña, disputa; *litigio*, *es, are*: disputar, pleitar, litigar. Por otro lado, *pendeo*, *es, ere*: estar atento, pendiente, estar indeciso, estar sujeto a. De lo anterior se desprende que etimológicamente litispendencia significa la existencia de un pleito que todavía no se resuelve."

"Para la doctrina procesal —continúa Flores García— la litispendencia supone que un litigio está en acto o en vida, *esté pendiente*, circunstancia que cesará en el momento en que pase procesalmente a cosa juzgada (Redenti)."¹³

Entre los tratadistas y las diversas leyes es común que cuando se presenta el fenómeno de la litispendencia, el segundo proceso debe terminar, para continuar únicamente con el primero.

En el fondo, la litispendencia es una causa que debe dar lugar al *sobreseimiento del proceso*. Así, en el segundo proceso resulta conveniente hacer valer la instancia de parte u oficiosamente la *exceptio litis ingressam impediens*.

En México, La Suprema Corte de Justicia, con plena ignorancia de una idea tan universal como es esta y en jurisprudencia definida, aceptó que puede promoverse la acción penal más de un vez y que inclusive puede dictarse sentencia en el segundo proceso, a pesar de la *pendencia* del primero.¹⁴

Aunque desconocemos la existencia de alguna resolución que hubiese dejado sin efecto la citada jurisprudencia definida, el caso es que en el último Apéndice de fallos publicado (1917-1965), no aparece tal criterio.

C. COSA JUZGADA

Ante la *pendencia* de un litigio, no es dable abrir otro, cuando el litigio ya fue resuelto. En este sentido la cosa juzgada, especialmente la material, significa que es *indiscutible lo que ya fue resuelto*. En realidad, porque ya fue resuelto el litigio.

A consecuencia de lo anterior, no es dable abrir un segundo proceso. El *non bis in idem* en este sentido se concreta en nuestra Constitución y, por desgracia, se encuentra olvidado en nuestra ley secundaria. No obstante, presentado el caso, el juez debe decidirse por el sobreseimiento. Vale decir, que si ya fue resuelto previamente el asunto, lo más lógico (en el caso de que el segun-

¹³ Flores García, Fernando, "Litispendencia", en *Diccionario jurídico mexicano*.

¹⁴ Jurisprudencia n.º. 23 del Apéndice de Jurisprudencia 1917-1965, vol. 1 1ra. Sala, pág. 76, Sec. 1.

do proceso se hubiese iniciado) es darlo por terminado, saneando así el proceso. La cosa juzgada, al igual que la litispendencia, constituye una excepción *litis ingressum impeditente*.

D. DESISTIMIENTO DEL DERECHO, DE LA PRETENSIÓN O DE LA ACCIÓN

El desistimiento de la pretensión, conocido con la denominación de desistimiento del derecho (es el fondo renuncia del derecho), o también como desistimiento de la acción, no debe confundirse con el desistimiento de la demanda o de la instancia, pues éstas últimas no implican fenecimiento del derecho; y tampoco con la renuncia del derecho, que sí es característico del desistimiento del derecho, más conocido, como desistimiento de la acción.

Este desistimiento se localiza en la ley procesal. Así, en el artículo 325 del CFPP, el Ministerio Público se desistirá de la acción en el caso de que se descubra que "el inculcado tiene hábito o la necesidad de consumir el estupefaciente o psicotrópico y la cantidad sea necesaria para su propio consumo".

Asimismo, ha lugar al sobreseimiento cuando se formulen conclusiones inacusatorias; esto es, que no se plantea pretensión punitiva (arts. 298 frac. I CFPP y 333 del CPPDF). La renuncia a la pretensión punitiva implica desistimiento de la pretensión.

En el caso de que se reveque la querrela, que implica un desistimiento en la pretensión del ofendido, también procede el sobreseimiento (arts. 298 frac. III CFPP y 6 del CPPDF).

Cabe agregar que por lo que atañe al desistimiento de la acción *rectius* del derecho, Juventino Castro sostuvo que "el Ministerio Público no tiene ninguna facultad —ni constitucional ni doctrinaria—, para decidir sobre el delito y la responsabilidad, y debe en todo caso motivar una decisión jurisdiccional, pues es el juez —el más alto sujeto procesal—, al que corresponde en forma exclusiva la facultad decisoria, como función de soberanía del poder judicial de la nación, función que no tiene, que no debe ni puede tener el Ministerio Público".¹⁸

En el fondo, sostener la procedencia del desistimiento de la acción —en realidad renuncia al *ius puniendi*— supone la no aceptación del llamado "principio de irrevocabilidad, irretroactividad o indisponibilidad de la acción penal", o la aceptación de este principio, para cuando se niega la posibilidad de tal desistimiento.

¹⁸ Castro, *Juventino, Ministerio Público, funciones y disfunciones*, págs. 155 y 156.

La posibilidad establecida en nuestra ley de "desistirse de la acción", de presentar "conclusiones inacusatorias" (no presentar demanda) o de revocar la querrela, son causas que caen en la "revocación de la acción". Motivo por el cual, el principio enunciado (irrevocabilidad de la acción) no es acogido en la ley mexicana.

A este respecto, Ovalle Favela expone que cuando el Ministerio Público dispone de la acción penal "usurpa la función de decidir la controversia, que debe corresponder exclusivamente al juzgado".¹⁸

E. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO

La prescripción de la "acción" o más exactamente del *ius puniendi* constituye otra hipótesis de sobreseimiento (arts. 298 CFPF y 6 CPPDF). Significa que por el mero transcurso del tiempo se pierde el derecho (*ius puniendi*).

F. TRANSACCIÓN

Aunque no reconocida en México esta forma de solución de los conflictos penales, por lo cual no es causa generadora del sobreseimiento, sí se conoce en otros países. Por ejemplo, en los Estados Unidos es común el *plea bargain*, que es el convenio entre el acusador y el defensor en el cual se conviene una pena reducida, o simplemente impunidad con base en "servicios dados a la administración de justicia" por el que era procesado.

G. NO CALIFICACIÓN DE DELICTUOSIDAD

Cuando los hechos en que se soporte la pretensión no puedan ser calificados como delito, ha lugar al sobreseimiento. Inclusive, el propio Ministerio Público debe así promoverlo (art. 138 CFPF).

Encuadra en este caso el supuesto en que se declare el desuaseamiento de datos, específicamente, cuando los datos desvanecidos o disipados sean los que sirvieron para demostrar el *corpus delicti* (arts. 298 frac. V CPPDF y 794 CJM). Se encuentra en el mismo caso el supuesto en que se hubiese negado el procesamiento, sea provisional o definitivo, y no se hubiere presentado prueba que dé lugar a la reanudación (art. 6 CPPDF).

En el caso del rapto, cuando el proceso se encuentre suspendido en atención al matrimonio entre raptor y raptada, y cuando tal matrimonio se halla convalidado por el consentimiento de los padres de la menor, el proceso no debe quedar suspendido indefinidamente, sino ser sobreseído, al no poder

¹⁸ Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, pág. 18.

ser calificado posteriormente como delito (art. 298 frac. III CFPP). Similar tratamiento recibe el caso en que esté declarado en el proceso la eximente de responsabilidad (art. 298 frac. IV CFPP).

Sería no sólo ilógico, sino injusto, e incluso antieconómico, tener que seguir un proceso en torno a hechos —que aun cuando se demuestren plenamente— no sean base del derecho y de la pretensión esgrimida. Si el dato propuesto como "delito" no se califica como tal, el remedio es sanear el proceso, dándolo por concluido.

H. MUERTE DEL INculpADO

Estando prohibidas por nuestra Constitución las penas trascendentales —esto es, que las sanciones son personalísimas—, en el caso de que fallezca el penalmente enjuiciado no hay razón para seguir un proceso y, por lo tanto, éste debe ser sobresido.

En el fondo, el caso de muerte hace cesar la contienda, pues la pretensión punitiva es hoy personalísima.

De esta manera, si tenemos en cuenta que una condición de la acción es el interés jurídico, faltaría esa condición cuando falta el interés, de manera que aun cuando "se protesta" por el demandante una sanción, ésta no sería posible, debido a que no resultaría factible aplicarla, a pesar de que se dictara sentencia estimatoria.

Particular interés reviste un caso que Manzini plantea. Expresa, que si se sobreesce un proceso bajo la creencia de que murió el imputado, el "art. 89, ult. parágr. del Cód. de proc. pen., resolviendo la duda a que daba lugar la legislación anterior (la italiana), y acogiendo nuestras conclusiones, establece expresamente: Si más tarde se comprueba que la muerte fue declarada erróneamente, la sentencia de sobreesimiento, no sujeta ya a impugnación, se considera como no pronunciada. Tal sentencia no impide la acción penal por el mismo hecho y contra la misma persona, salvo que haya sobrevenido una cosa extintiva del delito o por la cual no se pueda proceder".¹³

I. INVOLABILIDAD O IMPUNIDAD

Respecto a aquellas personas que no podrán jamás ser enjuiciadas, en el hipotético caso de que les abriera un proceso, debe éste ser sobresido. En algu-

¹³ Manzini, *Vicenza, Tratado de derecho procesal penal*, t. II, pág. 401.

nos lugares se consagra que los actos de ciertos altos dignatarios son impunes, por ejemplo, el Papa o algún jefe de Estado o en México, los diputados o senadores por sus opiniones durante su encargo.

Se insertarían en este supuesto la amnistía (art. 298 fracs. III del CFPP y 6 CPPDF), así como la retractación pública hecha por el delincuente o *palinodia*, actualmente desconocida en la mayoría de los países.

La *palinodia* se establecía en el Fuero Real, el Ordenamiento de Montalvo, la Nueva Recopilación, la Novísima Recopilación y, a decir de Alcalá-Zamora, todavía en 1961 existía en Argentina, cuando el artículo 117 del Código penal establecía que "el culpable de injuria o calumnia contra un particular, quedará exento de pena, si se retractare públicamente, antes de contestar la querrela o en el acto de hacerla".

J. PAGO DEL DAÑO

A partir de las reformas y adiciones de 1993, se introdujo una nueva causal de sobreseimiento. Ésta consiste en pagar el daño causado, tratándose de delitos culposos.

K. OTROS CASOS

En otros casos, no contemplados en nuestra legislación, el proceso terminaría anormalmente por *conciliación*, por *transacción*, por *confesión* (conjugada con allanamiento a las pretensiones y con reconocimiento del *ius puniendi*), o por *deserción de la instancia*.

40.2.3 Ritual

La cuestión incidental; es decir, el supuesto que da lugar al sobreseimiento, puede ser planteado por las partes o aun *ex officio*.

Cuando es planteado de oficio, no existe procedimiento por seguir, pues el tribunal debe resolver "de plano".

En el caso de que sea planteado por el acusador o por la defensa, el ritual no se encuentra regulado específicamente, por lo que a este respecto resultan aplicables las reglas generales de todo incidente (art. 301 CFPP).

Adviértase que esta resolución no se califica como *sentencia*, pues no define el fondo controvertido. Se trata, en todo caso, de una resolución que homologa o reconoce un supuesto que da por concluido el proceso.

Por lo tanto, con la petición se le correrá traslado a la contraparte, se celebrará una audiencia, y posteriormente se resolverá lo correspondiente.

Cabe agregar que el planteamiento del incidente sólo se podrá hacer durante la instrucción, salvo en los casos de desistimiento del derecho, muerte del inculcado, amnistía y revocación de la querrela (en el caso de adulterio).

Debe llamarse la atención al hecho de que si el planteamiento proviene del Ministerio Público, no existe disposición que vincule su pretensión con la resolución del tribunal, el que en todo caso puede denegarla.

Como caso raro en los anales legislativos, el artículo 43 del Código Fiscal establece que "los procesos por delitos fiscales a que se refiere el párrafo segundo de este artículo, serán sobresesidos si la Secretaría de Hacienda y Crédito Público lo solicita antes de que el Ministerio Público Federal formule conclusiones. Dicha Secretaría sólo podrá pedir el sobresesimiento si el procesado paga las prestaciones fiscales originadas por el hecho imputado, o si a juicio de la propia Secretaría ha quedado garantizado el interés del Erario Federal". Como se advierte, aún más allá del cerramiento de la instrucción se podrá pedir el sobresesimiento. Se advierte también que la petición surge de un ente ajeno al acusador.

En realidad, esta solicitud de sobresesimiento no se equipara a la revocación de la querrela, sino a una verdadera renuncia al *ius puniendi* (desistimiento de la acción o del derecho), donde no sólo está legitimado el Ministerio Público, sino también la Secretaría de Hacienda.

40.2.4 Efectos

Por lo que hace a los efectos que produce la resolución de sobresesimiento penal, entre otros podemos considerar los siguientes:

- a) *Terminación del proceso.*
- b) *Equiparación de los efectos, con los de la sentencia absolutoria, cuyo efecto principal es el non bis in idem.*
- c) *Cancelación de todo tipo de medidas cautelares, tales como fianzas, embargos, arraigos, etcétera.*
- d) *Terminación de todos los medios impugnativos interpuestos contra resoluciones anteriores.*
- e) *Reintegración de los derechos políticos de los procesados, que se encontraban suspendidos.*
- f) *La devolución de las piezas de convicción aportadas por las partes y aun por terceros.*

Es interesante saber que en el caso de que, con posterioridad al sobresesimiento, se pueda descubrir la falsedad de la hipótesis que dio lugar a la terminación, tal resolución se puede nulificar. Así, el Código de Coahuila (art. 396) establece que *cesa el efecto del sobresesimiento y debe reanudarse el proceso*. Como se advierte, tratéase del mismo caso — aunque más general — que el referido por Manzini en el artículo 89 de la ley italiana, a que líneas arriba hemos aludido.

SÉPTIMA
PARTE

**PROCESO CIVIL
RESARCITORIO DEL
DAÑO PROVENIENTE
DEL DELITO**

SUMARIO

CAPITULO 41 INTRODUCCIÓN AL PROCESO RESARCITORIO

CAPITULO 42 SUJETOS DEL LITIGIO Y DEL PROCESO

CAPITULO 43 ENJUICIAMIENTO

**CAPITULO 44 MEDIOS IMPUGNATIVOS, MEDIDAS CAUTELARES
E INCIDENTES**

OBJETIVOS

Al terminar esta séptima parte, el alumno deberá ser capaz de:

- Diferenciar el conflicto civil proveniente del delito del propiamente penal.
- Explicar los medios de solución de los conflictos civiles resarcitorios del daño.
- Identificar las relaciones entre pretensiones penales y civiles.
- Identificar a los sujetos del proceso civil resarcitorio del daño.
- Precisar la capacidad y legitimación de los sujetos del proceso civil resarcitorio.
- Precisar la naturaleza jurídica del "coadyuvante penal".
- Precisar la naturaleza jurídica del procedimiento civil resarcitorio del daño.
- Describir el procedimiento privatizado o civilizado de resarcimiento del daño.
- Describir el procedimiento penalizado de resarcimiento del daño.
- Identificar el efecto de la cosa juzgada del procedimiento resarcitorio.
- Describir la ejecución de sentencia civil resarcitoria.
- Explicar cada uno de los medios impugnativos resultantes del proceso civil resarcitorio.
- Explicar cada una de las medidas cautelares resultantes del proceso civil resarcitorio.
- Explicar cada uno de los incidentes resultantes del proceso civil resarcitorio.

CAPÍTULO
41

**INTRODUCCIÓN AL PROCESO
RESARCITORIO**

SUMARIO

- 41.1 EL CONFLICTO COMO SUPUESTO Y SU SOLUCIÓN
 - A. RELACIÓN MATERIAL SUSTANCIAL
 - B. SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS
 - C. NECESIDAD DEL PROCESO
- 41.2 ACCIÓN Y PRETENSIÓN
- 41.3 CONFUSIÓN DE PRETENSIONES (civiles y penales)
- 41.4 DESLINDE
- 41.5 INTERRELACIONES
- 41.6 CONEXIDAD
 - A. RELACIÓN ACCESORIO-PRINCIPAL
 - B. IDENTIDAD EN LA CAUSA
- 41.7 ACUMULACIÓN
- 41.8 COMPETENCIA JUDICIAL
 - A. ATRACCIÓN
 - B. REGULACIÓN NORMATIVA
 - C. COMPETENCIA CONCURRENTE
- 41.9 REGLAMENTACIÓN DEL ENJUICIAMIENTO
- 41.10 ESTUDIOS EN MÉXICO
 - A. FERNANDO ARILLA BAS
 - B. JUAN JOSÉ GONZÁLEZ BUSTAMANTE
 - C. GUILLERMO COLÍN SÁNCHEZ
 - D. ALBERTO GONZÁLEZ BLANCO
 - E. MANUEL RIVERA SILVA
 - F. JAVIER PIÑA Y PALACIOS
 - G. GUILLERMO BORJA OSORNO
 - H. SERGIO GARCÍA RAMÍREZ
 - I. HUMBERTO BRISEÑO SIERRA
 - J. HÉCTOR FIX ZAMUDIO

41.1 EL CONFLICTO COMO SUPUESTO Y SU SOLUCIÓN

A. RELACIÓN MATERIAL SUSTANCIAL

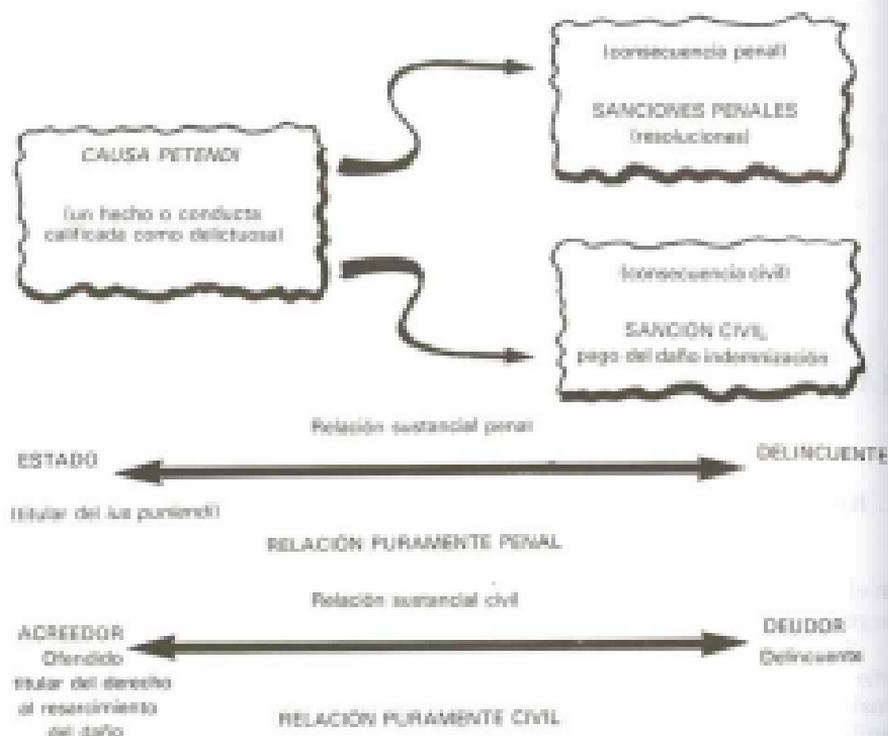
En el área de estudio que estamos examinando, los pretensores normalmente aseguran estar bajo la tutela de una norma de carácter sustancial.

Si el Ministerio Público pretende que al penalmente demandado se le condene a determinada pena de reclusión, de manera usual afirmará que su pretensión se funda en el *ius puniendi*; es decir, en una norma sustancial. Algo similar ocurre con el que se dice titular o representante del titular del derecho civil al resarcimiento del daño que se ocasionó con motivo del delito, quien también apoyará su pretensión en una norma material sustancial.

Aunque el estudio de la norma sustancial no corresponde al estudio del derecho procesal, el interesado en esta última rama no ha de perder de vista que el dato fáctico (*causa petendi*) en que se apoya la pretensión puede engendrar no sólo consecuencias meramente penales, sino también civiles en su estricto sentido y aun de otro tipo (por ejemplo, familiares, laborales, agrarias, fiscales, etcétera).

Las relaciones jurídico materiales también son diferentes. No es lo mismo que el Estado figure como acreedor en la relación Estado-delincuente, a que sea el ofendido, el titular o acreedor del derecho a que se le pague el daño. En un caso, la relación es puramente penal, en tanto que en el otro es meramente civil.

En el caso de la relación civil sustancial encontramos al acreedor y al deudor como sujetos de la relación. Nuestras leyes ofrecen alguna variedad de este tipo de normas esencialmente patrimoniales. Así, por ejemplo, nuestra ley penal establece que la reparación del daño comprende la restitución de la cosa obtenida por el delito, y si no fuere posible, el precio de la misma; también la indem-



ización del daño (tanto material como moral), así como de los perjuicios ocasionados (art. 30 CP).

Más específicos resultan otras disposiciones. Así, por ejemplo, en la Ley Federal Para Prevenir y Sancionar la Tortura, deberá cubrir "los gastos de asesoría legal", médicos, funerarios, de rehabilitación o de cualquier otra índole en que hayan incurrido la víctima o sus familiares, como consecuencia del delito" (art. 10).

Se establece a la vez que cuando a consecuencia de ciertos delitos sexuales resulten hijos, la reparación del daño comprenderá el pago de los alimentos para éstos y para la madre, en los términos que fije la ley civil (art. 276 bis CP).

Anteriormente —en especial bajo la vigencia de las leyes canónicas—, en los casos de estupro, el estuproder debía casarse con la estuprada o detarla, regla que el Código Penal de 1870 prohibió.

B. SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS

Al afirmar una persona que es titular de algún derecho subjetivo material y encontrándose con la resistencia de quien se afirma que es el deudor, surge el

litigio, entendido éste como el conflicto de intereses jurídicamente trascendente, calificado por la pretensión de uno de los interesados y la resistencia del otro.

Recuérdese que el conflicto de intereses no surge con el proceso, sino que es supuesto de éste, y como tal el conflicto es metaprocesal, y el proceso, sólo uno de tantos medios de solución.

Siguiendo el conocidísimo estudio que hiciera Alcalá Zamora sobre los medios de solución de los conflictos, la conflictiva puede ser resuelta por los sujetos mismos o por un tercero extraño a la contienda.

Si son las partes las que imponen la solución, ésta puede ser egoísta (autotutela o autodefensa) o altruista (autocomposición).

Mencionemos como ejemplo de autodefensa el derecho del dueño del hotel para tomar las cosas del huésped, y garantizar lo que éste le debe (art. 2669 CC); o los casos de renuncia, reconocimiento o transacción como figuras autocompositivas, las cuales pueden darse dentro o fuera del proceso.

En realidad, estas figuras autocompositivas resultan más aceptables cuando al particular ofendido se le otorga mayor disposición sobre el proceso —como es el caso de los delitos de querrela—, que cuando se le niega.

EJEMPLO: la persona dañada en accidente vial (daño en propiedad ajena) puede renunciar su derecho a que se le pague el daño sufrido. Igualmente, el ofendido en el abuso de confianza puede celebrar convenio con el deudor, para que éste le pague poco a poco y tal vez menos, la cantidad de que dispone.

En la medida en que en el proceso se niega la disponibilidad, en esa medida también se niega la posibilidad de solucionar los conflictos por vía autocompositiva. En nuestro sistema vigente, esto suele ocurrir con aquellos delitos que se persiguen *oficiosamente* y no a instancia de parte.

Nuestro sistema legal, a diferencia de otros, al confundir pago del daño con pena, confunde las características y peculiaridades de una y otra norma sustancial, así como uno y otro proceso.

Esta confusión entre pena y resarcimiento del daño ha impedido (excepto en los casos de delitos de querrela) que la solución se logre vía convenio.

A nuestro parecer, los convenios deberían estimularse no sólo por la economía procesal, sino por ser más rápida y quizá justiciara la solución de necesidades.

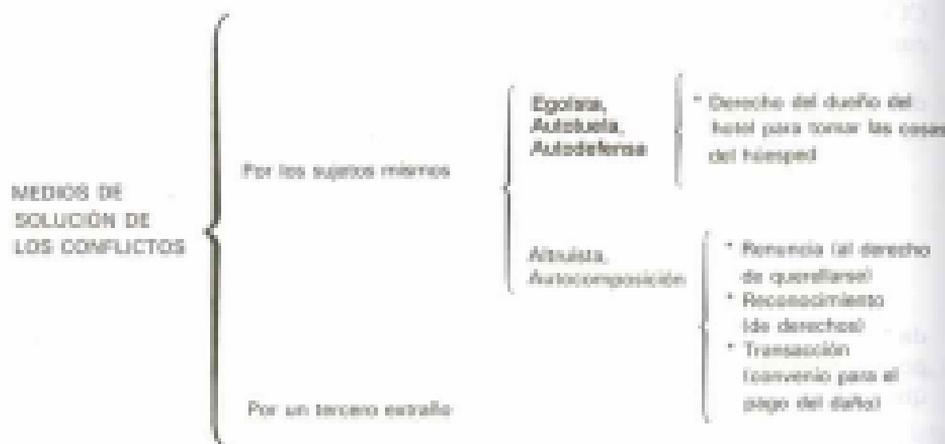
Si acaso se piensa que mediante el convenio se darán facilidades a la audacia e inteligencia del deudor en menoscabo de los derechos del torpe y desafortunado acreedor, pues entonces que se exija la homologación judicial del convenio, similar a lo que ocurre con los convenios de divorcio voluntario.

Hay países —incluyendo al nuestro, en los viejos códigos—, donde aun cuando el delito se persigue *oficiosamente*, no se establece que la reparación civil tenga el carácter de "acción pública", sino que se le deja al acreedor civil la posibilidad o potestad de promover o no la "acción civil derivada del delito";

es decir, de *disponer de lo mismo*. En consecuencia, si se propicia la disponibilidad, el acreedor podrá solucionar el conflicto por la vía autocompositiva.

Comentario especial merecen aquellos códigos que como el penal para el Distrito Federal (art. 35) establecen que cuando el acreedor "renuncie" a la reparación, el importe se aplicará al Estado, sobre todo porque en este caso no se soluciona el conflicto, ni se libera al deudor de la obligación, pues sólo se sustituye al acreedor. Vale decir, no se trata de verdadera renuncia (solucionadora de conflicto), sino de *cesión de derechos*, según disposición de la ley.

Como quiera que sea, este precepto lleva al máximo la penalización del pago del daño, pues aun cuando se renuncia al pago, tal renuncia no produce el efecto de liberar al deudor del pago, puesto que el único efecto es la sustitución del acreedor.



C. NECESIDAD DEL PROCESO

Hemos visto que los conflictos se solucionan por las partes mismas o por tercero extraño. Este tercero extraño puede ser un árbitro o un juez.

Aunque en otra parte hemos dicho que en México la solución de los conflictos meramente penales sólo admite el proceso y no al arbitraje, no podemos afirmar lo mismo a propósito de los conflictos civiles surgidos con motivo de un delito. De manera que no opondríamos reparo a la ley secundaria que lo permitiera, ya que actualmente, según la ley vigente, esto no parece posible cuando el deudor es el imputado penal.

En cuanto al proceso, ya es sabido que es un medio de solución de conflictos, y en nuestra opinión, el más importante de los medios de heterosolución.

Un punto importante, es saber si para resolver el conflicto civil derivado del delito opera el *principio de necesidad del proceso*. Esto es, ¿es el proceso el único medio que establece nuestro sistema para solucionar los conflictos civiles derivados del delito?

Ligado íntimamente a este cuestionamiento se encuentra el decidir si la promoción de la acción es obligatoria o potestativa, caso en que la acción (a la manera carcelutiana) se considerará como un *poder-deber* o como un *poder-derecho*.

En el campo penal existe el consenso según el cual los conflictos de naturaleza penal, sólo pueden ser solucionados mediante el proceso, no así tratándose de los derivados de la responsabilidad civil originada con motivo del delito.

En el código penal de 1870 (art. 313) se facultó a los jueces para que procuraran que el monto y términos de pago se fijarían por convenio *interpartes*. Es decir, se estableció el principio contrario a la necesidad del proceso, pudiendo entonces las partes recurrir a medios autocompositivos.

La ley vigente no contempla esa disposición del código de 1870, y para resolver la duda sólo queda la interpretación sistemática o la integración.

Hemos encontrado que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha sido la que en dos posiciones ha resuelto sobre el particular, de manera contradictoria, pero por "unanimidad", cada uno de esos casos.

En un primer caso o posición, sostuvo que en atención al convenio habido entre partes (acusado y Seguro Social) "borra las características de la reparación del daño", es decir, que no se puede condenar.¹

En el segundo caso o posición, resolvió que las cuestiones correspondientes al pago del daño son indisponibles y, por lo tanto, son *sólos los convenios entre ofendido y acusado, y debe condenársele*.²

En realidad, entre los argumentos contradictorios de la Suprema Corte de Justicia, no encontramos alguno que al menos haga referencia a los medios de solución de los conflictos, al principio de necesidad del proceso, o algún otro argumento lógico.

En realidad, este tipo de decisiones de nuestra Suprema Corte son más producto de la intuición, que de estudio razonado.

A ello se suma, que debido al desconocimiento que nuestra judicatura tiene de la sociología del derecho, en la solución de los conflictos se presta más atención a la interpretación de la ley, que a la interpretación del litigio mismo.

A nuestro parecer, constitucionalmente no existe prohibición alguna para que este tipo de conflictos puedan ser solucionados por las partes mismas o por un tercero; es decir, no existe la obligación de recurrir en exclusiva al pro-

¹ AD 88736, 1a. Sala, febrero 1964, pág. 78.

² AD 372962, 1a. Sala, febrero 1964, pág. 46

ceso jurisdiccional, como medio de solución de conflictos diversos del estrictamente penal.

Es más, después de la Constitución de 1917, aún hasta el año 1932 (15 años) en que apareció el código que asimiló el pago del daño con pena, las cuestiones patrimoniales derivadas del delito se podían solucionar sin necesidad del proceso.

Por nuestra parte, a título de recomendación sostenemos la viabilidad de instituir la conciliación desde el inicio del enjuiciamiento, con la finalidad de lograr un convenio interpartes en lo civil. Resuelta o disminuida la pretensión civil delictual, sólo queda (en su caso) la pretensión penal.

Si acaso se logran introducir los convenios intraprocesales, teniendo al juez como mediador, éste dejaría de ser un sujeto que exclusivamente diga quién tiene razón, para adoptar una posición de conciliador y, por tanto, solucionador de la conflictiva social.

En lo que hace a las leyes secundarias, éstas no dan una respuesta cabal a nuestro problema. No obstante, debido a la disparatada declaración que dispone que "la reparación del daño es una pena pública", equiparando así una sanción meramente penal con una civil, parece de cierto modo establecerse el principio de *necesidad del proceso*.

Pese a ello, seguimos pensando que en la medida en que al presunto ofendido se le dé la posibilidad para disponer del ejercicio de la acción (a través de la querrela), en esa medida también habrá posibilidad para solucionar los conflictos por medios diversos al meramente procesal.

Obsérvese que en los llamados delitos de querrela, la promoción de la acción depende de la querrela del presunto ofendido, y que incluso si se promueve la acción, el presunto ofendido puede dar por terminado el proceso, al revoocar la querrela, impidiendo que continúe ejercitándose la acción.

Pero además, dejar que a partir de la sentencia se solucione un conflicto, implica retrasar la satisfacción de los acreedores quienes, si fuesen acreedores alimenticios, tendrían que morirse o, si corren con suerte, esperar hasta que se pronuncie sentencia.

A nuestro parecer, la idea original del legislador secundario fue introducir mecanismos de solución de conflictos diversos de los meramente procesales. Así, por ejemplo, el malogrado artículo 31 del Código Penal facultó al Ejecutivo para reglamentar el pago del daño causado con motivo de los delitos "por imprudencia"; es decir, de solucionar el conflicto sin necesidad de recurrir al proceso jurisdiccional.

Con fundamento en este artículo, el encargado del poder ejecutivo emitió el Reglamento del Artículo 31 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales, publicado en el *Diario Oficial* de 29 de agosto de 1934, para entrar en vigor 60 días después de su publicación. En el Reglamento se estableció que los vehículos sólo podrían circular si poseían "póliza de seguro que garantice la reparación de los daños causados a las personas por imprudencia de sus ma-

nejadores". Por desgracia, este reglamento abortó al tomar como pretexto las afirmaciones de diversos sectores, en el sentido de que era inconstitucional. Por ello, el 27 de octubre de 1934 en el *Diario Oficial* se publicó el Decreto por el cual se aplaza la vigencia del Reglamento del Artículo 21 del Código Penal "por el tiempo necesario para que el Ejecutivo, por conducto de la Secretaría de Gobernación, proceda a estudiar las objeciones a dicho Reglamento y a formular las modificaciones esenciales y de forma que se requieran, para la mayor eficacia del mismo". Pero el caso es que hasta la fecha (más de 60 años después)... ¡aún no se ha terminado el estudio...!

41.2 ACCIÓN Y PRETENSIÓN

Con frecuencia, en el foro —e inclusive lo hacen muchos escritores—, se confunde a la acción con la pretensión.

En realidad, no existe la "acción civil" o la "acción penal". La acción es un concepto procesal puro, desligado de contenido contaminante.

En todo caso, si al concepto de acción se le suma un contenido para poner de relieve el tipo de conflicto que se pretende resolver, con ello no variamos el concepto de acción, sino que sólo tratamos de simplificar un amplio juego de palabras.

Si queremos destacar que se promueve la acción procesal a fin de que se nos resuelva un conflicto de naturaleza civil o de naturaleza penal, podemos simplificar diciendo "acción civil" o "acción penal". Pero que quede claro que el agregado no califica a la acción, sino a la pretensión. Así, si se pretende el resarcimiento del daño, a través de la acción se pretenderá tal resarcimiento, o "acción de resarcimiento del daño", más ampliamente "acción civil".

Abadimos a lo anterior porque multitud de escritores abren sendos párrafos intitulados acción civil proveniente del delito, e inclusive le asignan caracteres especiales a esa "acción", cuando en realidad los caracteres no son de la acción, sino de la pretensión.

González Blanco, por ejemplo, plantea la diferencia entre lo que llama acción civil y acción penal. La acción civil tiene como características el ser privada, patrimonial, contingente, accesoría e indivisible.³

En realidad, esos caracteres corresponden más bien a la pretensión que a la acción. Cuando aborda el tema, Mac Lean Estensó, así parece entenderlo, asignándole a tal pretensión los caracteres de patrimonial, contingente y privada.⁴

³ González Blanco, Alberto, *El procedimiento penal mexicano*, pág. 56.

⁴ Mac Lean Estensó, Percy, *El proceso penal en el derecho comparado*, pág. 240.

Aceptada en este marco conceptual la acción civil, que en nuestro caso sería la acción civil resarcitoria, sigamos adelante.

Gráficamente, la acción es el medio o vía a través del cual se lleva al conocimiento del tribunal la pretensión resarcitoria (es decir, el conflicto), excitándolo tantas veces como sea necesario para que lo resuelva.

Los intereses en la pretensión resarcitoria tienen más carácter patrimonial y consisten principalmente en la restitución de la cosa obtenida ilícitamente, o en el pago de la misma; en el pago de los daños materiales y morales ocasionados, así como en el pago de los perjuicios.

Lo relativo al carácter patrimonial "quiere decir —apuntó Florián— que representa un derecho patrimonial aun en los casos en que el daño sea puramente moral o el resarcimiento tenga lugar de modo que no consista en el pago de una suma de dinero; pues la acción civil (veritas, pretensión civil), en verdad, se refleja siempre sobre el patrimonio".⁵

41.3 CONFUSIÓN DE PRETENSIONES (civiles y penales)

En la evolución histórica del derecho procesal encontramos que en un primer momento no es posible, ni se atina a percibir una diferencia en el actuar y en las sanciones. La misma sanción se podía imponer al delincuente y al deudor.

Al parecer, es en el antiguo derecho francés donde se logró diferenciar la pena del resarcimiento del daño; y esto ha sido sostenido en la actualidad por la doctrina.

El actual artículo 34 del Código Penal, rechazando esa ya muy antigua idea, sostiene anacrónica y desdichadamente que la reparación del daño tiene el carácter de pena pública, lo cual ha provocado justificada reacción entre los estudiosos.

García Ramírez ha apuntado que la evolución de las instituciones ha diferenciado la reparación del daño de la pena, y en referencia al artículo 34 llegó a proponer en el Segundo Congreso Mexicano de Derecho Procesal (1966) que se suprima el carácter de pena pública, "sin perjuicio de que se conceda acción principal, para el mismo efecto, al ofendido y a sus causahabientes". En sus diversas obras ha afirmado igualmente que en México se ha marchado "del deslinde a la confusión", y eso "no significa progreso, sino regresión en el desarrollo de las instituciones jurídicas".⁶

⁵ Florián, Eugenio, *Elementos de derecho procesal penal*, pág. 207.

⁶ García Ramírez, Sergio, *La pretensión*, págs. 157 a 158, y *Curso de derecho procesal penal*, págs. 185 a 189.

En México, sólo cabe recordar que la legislación zacatecana no concibe ni equipara la reparación del daño como pena pública.

Pero si esta confusión se produce en México, no ocurre lo mismo en otras codificaciones. Citemos, por ejemplo, el Código del Ecuador de 1938,⁷ o el Propio Código de Justicia Militar en México.

41.4 DESLINDE

En nuestro medio no es difícil observar que un mismo dato fáctico pueda servir de base o apoyo a pretensiones y aun a procedimientos diversos.

He ahí, por ejemplo, el contrabando, que sirve de base no sólo al proceso penal, sino también al fiscal; a la tala de bosques, que igualmente da lugar al proceso penal o al administrativo; al adulterio, que sirve de base para un proceso penal o a uno familiar de divorcio; y vemos ahora también que un hecho delictivo puede asimismo ser aducido como apoyo para instaurar procesos con contenidos penales o civiles resarcitorios.

Reflexiónese a este particular que la calificación de "penal" no está en la conducta o fenómeno mismo, sino en la sanción. Esto es, no en el *aspecto de la norma*, sino en la *consecuencia*.

El adulterio, por ejemplo, en tanto conducta no puede calificarse como penal o civil, sino sólo por la sanción que se impondrá, que puede ser penal (reclusión) o civil (divorcio).

Aunque si bien es cierto que el dato fáctico en que se sustenta la pretensión puede ser el mismo, las pretensiones son diversas. No es lo mismo pretender la reclusión que el pago al fisco; el divorcio o el resarcimiento del daño.

Igualmente, si enfocamos el estudio al campo del derecho sustancial, encontraremos que cualquiera que sea el fin que se le desea dar a la pena (retributivo, expiacionista, ejemplificativo o correctivo), en ninguno de ellos entronca el fin de la reparación del daño, pues no puede considerarse venganza legalizada, dignificación del deudor, ejemplificativa ni transformadora.

La ilógica confusión de nuestro legislador ha provocado algunas incongruencias. Adviértase, así, que mientras que se establece que la reparación del daño es pena pública y que las penas son intrascendentes por otro lado se dispone que el proceso penal termina (se sobreesce) por muerte del imputado, no así "la acción civil" (rectius, derecho subjetivo al resarcimiento). Luego entonces, adviértase la diferencia entre pena y resarcimiento.

⁷ Mac Lean Estenós, Percy, *El proceso penal en el derecho comparado*, pág. 246.

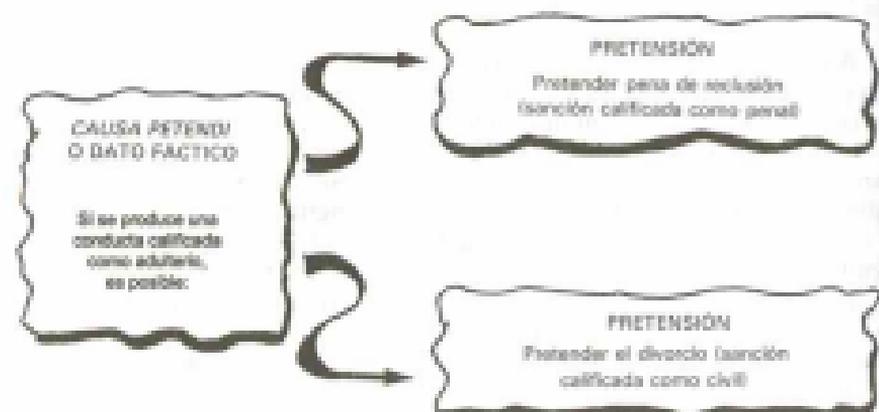
La Suprema Corte también se vio envuelta en problemas en el caso de delitos fiscales, y declaró que en el proceso penal no se debe condenar por el daño, ya que el daño (omisión fiscal) debe ser objeto del procedimiento fiscal.⁸

Aunque no se menciona en la ejecutoria de la Suprema Corte, el artículo 6 de la Ley Penal de Defraudación Impositiva en Materia Federal establece que en los delitos ahí tipificados "no habrá lugar a la reparación del daño; las autoridades administrativas, con arreglo a las leyes fiscales, harán efectivos los impuestos eludidos y las sanciones administrativas correspondientes".

El código militar sí atinó a diferenciar a la pretensión penal de la civil resarcitoria, a grado tal que esta última ni la considera pena (enhorabuena), ni la regula.

La especial competencia atribuida a los tribunales militares en el artículo 13 constitucional se refiere en exclusividad a los delitos. Un problema de interpretación consiste en saber si ese artículo 13 sólo se refiere a los delitos penales, o también comprende a los civiles. Pues si acaso se comprenden estos últimos, el tribunal militar también será competente para conocer de pretensiones civiles resarcitorias provenientes de delitos militares.

En franca corrección a los errores cometidos por la judicatura penal, la Suprema Corte ha tenido igualmente que sostener forzosamente que "la absolución del inculpado no perjudica al ofendido; pues éste tiene otras vías distintas del amparo para reclamar su derecho ante la autoridad competente".⁹ Pues... ¿no que era pena pública?...



⁸ AD 626098 I a. Sala, Informe 1993, pág. 60.

⁹ AD 136156 I a. Sala, Boletín 1995, pág. 799. Otro: AD 104356, I a. Sala, Boletín 1987, pág. 78.

En suma, tres son los sistemas conocidos en el tratamiento de la pretensión resarcitoria:

- a) de confusión entre pena y resarcimiento, abriendo un mismo procedimiento (enjuiciamiento único);
- b) de diferenciación entre pena y resarcimiento, tratando las pretensiones en enjuiciamientos separados y tribunales diversos (enjuiciamientos diversos y sede diversa), y
- c) de diferenciación entre pena y resarcimiento, tratando en enjuiciamientos separados, pero ante un mismo tribunal, dada la acumulación de pretensiones (enjuiciamientos diversos y misma sede).

A nuestro parecer, el tercero de los sistemas es el más aconsejable, pero la realidad legislativa mexicana todavía parece aferrarse a la primera; no está por demás recordar que los códigos mexicanos anteriores al vigente, en este aspecto resultaron superiores.

Alcalá-Zamora se preocupó por establecer las diferencias entre las cuestiones o intereses propiamente penales y las civiles resarcitorias. Así afirma, entre otras, las siguientes:

- a) que existe una diferencia en cuanto a los titulares activos y pasivos de la responsabilidad, por tratarse de relaciones jurídico materiales diversas,
- b) que se extinguen de diferente modo,
- c) que la responsabilidad civil es transmisible, no así la penal,
- d) la penal sólo puede ser ejercitable contra el presunto responsable del delito, en tanto que la otra permite que se proponga contra terceras personas.²⁰

41.5 INTERRELACIONES

Conviene hacer una pausa para precisar que entre las pretensiones tanto penales como civiles resarcitorias existe una interrelación, algunas veces estrechamente paralela y otras sucesiva.

Las normas sustantivas civiles o penales se entrecruzan en multitud de ocasiones.

EJEMPLO: el valor o extensión del daño es nota que ha de influir en el quantum de la pena. Por ejemplo, el tribunal tendrá en cuenta la magnitud del daño causado (art. 52 fracc. I CP); se considerará igualmente el valor del daño para la imposición de la pena (arts. 370, 382, 388, CP). Esto significa que ha de resolverse previamente en torno al daño causado, y luego sobre la pena.

²⁰ Alcalá-Zamora, Niceto. "Problemas procesales surgidos en causa penal por estafa, falsedad y abandono", págs. 169 y 170.

Resulta así que la resolución sobre el quantum del daño es un supuesto del quantum de la pena.

En estas interconexiones entre lo civil y lo penal podemos detectar algunas variantes:

- a) que la resolución judicial que declara tipificado el delito es supuesto de la responsabilidad civil proveniente del delito. Se afirma, así, que si no hay delito (concretamente conducta delictuosa), no hay responsabilidad civil;
- b) que la responsabilidad penal no es supuesto de la responsabilidad civil. De esta suerte, puede ocurrir que no existe declaración de responsabilidad penal, pero sí declaración de responsabilidad civil (por ejemplo, cuando fallece el penalmente responsable o es amnistiado);
- c) que la declaración judicial en torno al quantum del daño sea el supuesto para establecer el quantum de la pena (por ejemplo, en los delitos patrimoniales, el tiempo de reclusión depende del valor de lo dañado), o que del quantum del daño dependa o no la concesión de una medida de contragarantía penal (por ejemplo, libertad mediante caución) o que, incluso, del quantum del daño dependa si se aplica o no sanción penal (recuérdese, el caso del robo de familiar).

En los vínculos entre la materia propiamente procesal penal y la procesal civil encontramos los siguientes:

- a) que un enjuiciamiento civil pueda llegar a ser suspendido hasta que sea resuelta una pretensión penal,
- b) que un enjuiciamiento penal pueda llegar a ser suspendido o interrumpido hasta que se resuelva la pretensión civil o familiar, o
- c) que el mismo objeto u hecho (*causa petendi*), sea tratado tanto en el enjuiciamiento civil como en el penal, para fundar la pretensión debatida en cada uno de los procesos.

El estudio de los primeros dos casos, supone el conocimiento de las cuestiones prejudiciales y previas del proceso, en tanto que el tercero va directamente al proceso civil resarcitorio.

41.6 CONEXIDAD

Deslindados los derechos y pretensiones civiles resarcitorias respecto de las puramente penales, resulta indudable que entre ambas existe cierto enlace, que en el campo procesal se conoce como *conexión* o *coconexión*.

De las diversas hipótesis que tratan de explicarnos el porqué de la conexión (esto es, de razones o supuestos por los que ha de acumularse), podemos imaginar las siguientes:

- a) que sean comunes o idénticos los sujetos (identidad en las personas),

CONSECUENCIAS



SUPUESTOS



- b) que sean comunes o idénticas las pretensiones (identidad en las pretensiones).
- c) que la vinculación se encadene a un negocio principal (vinculación accesorio-principal), y
- d) que sean comunes o idénticos los hechos o datos fácticos en que se apoya la pretensión (identidad en la causa petendi).

Los dos primeros tipos de hipótesis (*eodem personae* y *eodem res*) deben desestimarse en la explicación de la conexión entre asuntos penales y resarcitorios. El primero porque en la relación material sustancial y en la procesal los sujetos resultan diversos (Estado-imputado por un lado, y titular del resarcimiento-deudor del mismo, por el otro). En el segundo porque las pretensiones son totalmente diversas: en un caso se pretende una pena, en otro el resarcimiento civil del daño.

Examinaremos más detenidamente las últimas dos hipótesis.



A. RELACIÓN ACCESORIO-PRINCIPAL

Esta relación o vinculación resulta más conocida en enjuiciamientos netamente civiles, como en el caso de demanda principal por el pago de una suma de dinero, más la demanda accesoria por el pago de los intereses devengados.

Si por *accesorio* entendemos al asunto que depende de otro que se llama principal, esta hipótesis de conexión no es la que explica el por qué la íntima conexión entre el asunto puramente penal y el resarcitorio.

No obstante, debe advertirse que algunos estudiosos consideran a la cuestión civil resarcitoria como accesoria a la penal, de aquí la importancia de referirnos a este punto.

Según Florián, "el objeto accesorio puede comprender la relación jurídica patrimonial de resarcimiento del daño (en sentido lato) derivada del delito".¹¹

En México, González Blanco llegó a apuntar que "la acción civil derivada del delito, no puede funcionar sino en correlación con la acción penal, y de ahí que por su naturaleza privada se le considere por algunos tratadistas, entre ellos Leone y Garrand, citado por Riquelme, y por este último, el carácter de *accesorio de aquéllo*".¹²

A nuestro parecer esto es falso. La "acción resarcitoria" (a la que sería más conveniente llamar pretensión civil resarcitoria) no es accesorio de la penal. Veamos, por ejemplo, que aun cuando termine o no se dé la cuestión penal (ya sea por desistimiento del Ministerio Público, indulto, amnistía, no ejercicio de la acción penal, etc.), ello no impide la apertura del proceso civil resarcitorio (independientemente de quién sea el competente, sin necesidad de que se abra trámite o resuelva el asunto penal; resulta, por consecuencia, que el proceso resarcitorio no es accesorio, sino principal.

B. IDENTIDAD EN LA CAUSA

Como hemos asentado, el hecho generador o fuente de la pena y de la obligación de resarcir corresponde al mismo hecho o causa, tanto en el proceso penal como en el resarcitorio.

La afirmación de que se concreta cierto delito (causa petendi) genera así pretensiones diversas: la pena y el resarcimiento. Es precisamente esta causa petendi la que explica la íntima y estrecha conexión entre ambos procesos.

EJEMPLO: el adulterio o el abandono de menores pueden ser supuestos tanto para la aplicación de sanciones civiles (resarcimiento del daño) o penales (reclusión). No obstante, a pesar de que se trata de diversas sanciones, lo que coincide es la causa. Hay identidad en la causa (*idem causa petendi*).

En algunas leyes (la argentina, por ejemplo), para determinados "delitos" se le da al presunto ofendido el derecho de accionar, no sólo pretendiendo la imposición de la sanción penal, sino también la civil (en la misma sede penal). Tal es el caso del delito de adulterio, cuyos procedimientos no sólo se encaminan a la represión penal, sino también al divorcio, o, en el caso de bigamia, que no sólo va hacia la imposición de la sanción penal, sino también a la declaración de la nulidad del segundo o ulterior matrimonio.

¹¹ Florián, Eugenio, *Elementos de derecho procesal penal*, pág. 53.

¹² González Blanco, Alberto, *El procedimiento penal mexicano*, pág. 55.

41.7 ACUMULACIÓN

Aunque existen varios tipos de acumulación, nos interesa especialmente el de *procesos y pretensiones*, más que el de *expedientes o autos*.

Ya es sabido que uno de los supuestos de la acumulación es la *conexidad*; por tanto, no hay más que decir respecto a la posibilidad de acumular el proceso penal y el resarcitorio.

La acumulación, sostiene Carnelutti, se hace necesaria porque:

- a) se trata del mismo hecho objeto del proceso (la conducta que se dice delictuosa), pues si se tratara este hecho por separado, puede acarrear la apreciación diversa y contradictoria (principio de coherencia), y
- b) se da la *economía procesal*, pues de otra manera habría que trabajar doblemente (principio de economía).¹²

Aunque acepta estas ventajas, Prieto-Castro también formuló inconvenientes, como "la posible dilación del proceso penal por la adición del tema civil y el riesgo de que favorezca o se perjudique al interesado por la causa de la mayor celeridad con que se lleva la actuación en el orden penal".¹³

En nuestro medio, la Suprema Corte de Justicia en el caso de pretensiones civiles y penales, se ha inclinado por la *acumulación forzosa*.¹⁴

A pesar de que el legislador establezca la acumulación forzosa entre pretensiones penales y civiles resarcitorias, el mismo indica algunas excepciones o hipótesis legales que impiden tal acumulación.

En el sistema jurídico mexicano, nuestro legislador establece que a pesar de la identidad en la causa petendi (que es el supuesto para acumular), no procederá la acumulación en los siguientes casos:

- a) en el caso de los delitos fiscales, según decisión de la Suprema Corte y la Ley Penal de Defraudación Impositiva (art. 6);
- b) en el caso de delitos militares, si no estar previsto en tal ley el resarcimiento del daño, e incluso por precepto expreso de la misma;
- c) cuando la pretensión de resarcimiento se enderece contra el mismo imputado penal, cuyo proceso penal termine por sobreseimiento (art. 34 CP);
- d) cuando la pretensión de resarcimiento se enderece contra persona diversa de la del imputado penal, y éste haya sido sentenciado (art. 489 CFPPT); y
- e) cuando la pretensión resarcitoria se enderece contra persona diversa del

¹² Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, t. I, pág. 146.

¹³ Prieto-Castro, Leonardo, *Derecho procesal penal*, pág. 141.

¹⁴ AD 297083, 1a. Sala, *Informe 1869*, pág. 46. Igualmente *Apéndice 1917-1965*, 6a. época pág. 514, Sec. I. Jurisprudencia 232.

imputado, siempre que el proceso penal hubiese terminado por vía anormal (art. 489 CPPPL).

41.8 COMPETENCIA JUDICIAL

Dada la regla general según la cual opera la acumulación por conexidad, queda resolver cuál es el tribunal competente.

A. ATRACCIÓN

No cabe duda que por razón de la materia, originalmente el asunto penal corresponde al *tribunal penal*, en tanto que el civil, al *tribunal civil*; pero dadas la conexidad y la obligación de acumular las pretensiones penales y civiles resarcitorias, sólo a uno de esos tribunales le puede asistir el *principio de atracción o atracción*.

A través de la atracción, un litigio se desplaza de su sede natural hacia otro para ser resuelto.

El problema de cuál de los tribunales (penal o civil) será el que atraiga el asunto, que por naturaleza no le corresponde, ha sido resuelto en favor del *tribunal penal*.

Se ha llegado a sostener que el tribunal civil está incapacitado para conocer de la *actio civile ex delicto*, porque si lo hiciera, tendría forzosamente que entrar a "calificar la concreción de un delito", lo que supuestamente "va contra toda norma jurídica".

Sin la menor duda, este razonamiento es falso, porque el tribunal civil, familiar o penal, puede ser capaz de resolver uno u otro tipo de litigio, pues sólo basta que se le asigne competencia. Véase, por ejemplo, que en nuestro medio, el tribunal familiar puede resolver sobre la concreción de delitos en casos de divorcio, cuando tiene que examinar las causales previstas en las fracciones IV, XIV, XVI del artículo 267 del Código Civil, sin necesidad de que un tribunal penal conozca.

Nos inclinamos por la competencia del *tribunal penal*, pero por la razón de que en los dos procesos acumulados, el penal ofrece socialmente mayor importancia, que el individual resarcitorio, y no porque uno u otro tribunal sea incapaz o no pueda ser competente para juzgar actos que normalmente no le corresponderían. Es decir, la razón no está en el tribunal o su competencia, sino en la trascendencia del asunto.

B. REGULACIÓN NORMATIVA

En lo que toca a los órganos jurisdiccionales penales en México, el artículo 59 fracción I de la LOPJF da competencia a los juzgados de Distrito en materia penal para conocer de los delitos del orden federal e igualmente, de acuerdo con su fracción IV, para conocer en amparo de las cuestiones civiles resarcitorias del daño proveniente de delito, mientras que el artículo 71 de la LOPJDF sólo establece que los juzgados penales tendrán la "competencia que les confieran las leyes".

Un poco más explícito es el artículo 46 bis 1 de la LOPJDF, que le asigna competencia a la Sala Penal del Tribunal Superior, para conocer de los asuntos derivados del juzgado penal, "excluyendo los incidentes civiles".

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia llegó a establecer que la Sala Penal es la competente para conocer del proceso civil resarcitorio, y no la Sala Civil.

Una excepción a lo expresado la puntualiza la SCJ en el siguiente caso: "si la responsabilidad civil exigible a terceros se apoya en la teoría del riesgo creado, con total abstracción de su origen, que pudo ser o no delictivo, obliga a que la Primera Sala (penal) pronuncie declaración de incompetencia, toda vez que la acción, juicio, sentencia, preceptos sustantivos y adjetivos aplicados y la propia autoridad que dictó resolución definitiva pertenecen al orden civil."¹⁰

Si bien esto sólo demuestra negligencia en la reglamentación, en parte se salva debido a los efectos que produce la descastada declaración de que la reparación de daño es una pena pública.

C. COMPETENCIA CONCURRENTE

Por último, debemos cuestionarnos acerca de si opera o no la competencia concurrente.

Aunque en principio parece que en exclusividad le corresponde conocer al tribunal penal (salvo en las excepciones previstas) ocurre que, por ejemplo, de acuerdo con las leyes comerciales, el libramiento de cheque que no sea pagado por el librado, da pauta a abrir dos procesos diversos: uno penal (fraude) y otro mercantil (para el pago). ¿Será éste un caso de competencia concurrente?

La verdad es que sobre la competencia concurrente a propósito de la pre-

¹⁰ AD 5100/87, 1a. Sala, *Boletín* 1988, pág. 129.

tensita resarcitoria no hemos llegado a una posición definitiva, pero todo parece indicarnos que no es posible.

Rojina Villegas se preguntaba si el damnificado puede ocurrir via sede civil a reclamar la responsabilidad extracontractual. Su respuesta le negó competencia al tribunal civil, y se la afirmó al penal, ya que el asunto tenía como causa un delito y sólo el Ministerio Público podía iniciar el "incidente", denominado de reparación del daño, fundando su posición en el artículo 489 de CFP.¹²

41.9 REGLAMENTACIÓN DEL ENJUICIAMIENTO

En el nivel constitucional, sólo algunas disposiciones generales sirven de marco referencial y apoyo al proceso civil resarcitorio. Mencionemos, por ejemplo, los artículos 14 y 16, y al lado de éstos, el artículo 20 fracción I, cuando establece que la caución está conectada con la reparación del daño; y fracción X, que prohíbe prolongar la prisión por cualquier prestación en dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo así como el derecho de la víctima a recibir asesoría jurídica y a "coadyuvar" con el MP; y el artículo 23, al establecer que no se considerará confiscación la aplicación de los bienes de una persona al pago de la responsabilidad civil.

Las leyes secundarias abren para el procedimiento un capítulo especial, para tratar las pretensiones civiles resarcitorias enderezadas contra personas diversas de la del imputado, pero carecen de un capítulo similar para aquellos casos en que el penalmente demandado sea el civilmente demandado.

Por lo que hace a la penúltima legislación, desde el legislador de 1871, se optó por regular estas cuestiones en el Código de Procedimientos Penales y no en el Código de Procedimientos Civiles. Y conste, que fue la Comisión de los civilistas encargados de elaborar tales leyes, la que le propuso a la de los penalistas acoger esta reglamentación.

Los redactores de 1871 dejaron a la posteridad los siguientes datos de interés: "La Comisión hubiera querido comparar la mayor parte de las legislaciones extranjeras sobre responsabilidad civil, porque esto le habría servido de mucho auxilio; pero por desgracia no ha podido tener a la vista sino el código último de Veracruz, que se insertó literalmente lo que sobre esta materia trae la ley de 5 de enero de 1867, los pocos artículos que se leen en el Código francés de procedimientos criminales, los del Código penal español, y lo que prescribe el Código civil de Portugal, que es el que trata este punto con mayor extensión. Mas notando algunos vacíos se han procurado llenar siguiendo los

¹² Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, C.V. Obligaciones, vol. II, págs. 93 y 94.

doctrinas de autores franceses muy respetables y las ejecutorias de los tribunales de Francia, que son la guía principal que hemos tenido para formar el libro 2o.¹⁸

A nuestro parecer, con el paso del tiempo, en lugar de mejorarse la legislación en este tema en particular, se ha degenerado para provocar multitud de confusiones; así se han tenido que forzar interpretaciones y a menudo se ha llegado a la integración contradictoria.

"Aunque es verdad que existen lagunas en la legislación vigente —apunta Briseño Sierra— como la regulación de la reforma y términos de tramitar la acción de reparación en casos de muerte del acusado, amnistía, indulto, prescripción penal que anteceda a la civil, eficacia de la responsabilidad del Estado, capacidad procesal (por ahora la remisión a las leyes civiles es indispensable), intereses en accionar, constitución de la parte civil, medios de impugnación que le corresponden, efectos de la cosa juzgada y a la preclusión penal, cuestiones de ejecución, etc., también lo es que a través de la jurisprudencia se han ido afinando y aclarando diversas situaciones y que muchas más pueden ser sistematizadas..."¹⁹

Al lado de las pretensiones y resoluciones meramente patrimoniales no existe la posibilidad jurídica, aunque sí la razón como para que se pueda legislar atribuyéndole competencia al tribunal penal, a fin de que éste pueda declarar la nulidad de matrimonio en casos de bigamia, la nulidad o inexistencia de un contrato o testamento surgido con motivo de fraude o coacción; designar tutor para el caso de menores incapacitados, y para declarar inclusive el divorcio donde la causal sea un delito.

Concurrente a la competencia judicial, nos surge el cuestionamiento de la competencia legislativa. ¿Quién es el que ha de legislar en torno al proceso civil resarcitorio?

Constitucionalmente, sólo las entidades federativas son las encargadas de legislar, salvo el caso que, de manera expresa, tal facultad le corresponda a la federación.

Si analizamos el artículo 73 fracción XXI, al Congreso Federal, sólo se le asigna facultad para "definir los delitos y faltas contra la federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse", pero no se le asignaron facultades (ni siquiera implícitas) para legislar en torno a la responsabilidad civil proveniente de delito y en torno al procedimiento que ha de seguirse.

De cualquier manera, dejemos la cuestión a un avezado constitucionalista.

¹⁸ Medina y Omashecha, Antonio, Código penal, págs. 213 y 214, y Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, t. I, pág. 399.

¹⁹ Briseño Sierra, Humberto, "Acción privada y acción pública en el proceso penal de los países americanos", t. I, pág. 198.

41.10 ESTUDIOS EN MÉXICO

En el momento actual, los estudios sobre el proceso resarcitorio en México resultan demasiado exigüos. Mientras los civilistas se dedican al estudio del aspecto material (en su aspecto civil resarcitorio), no ocurre lo mismo con los procesalistas civiles, quienes con descuido del tema (el del proceso resarcitorio) lo abandonan a los procesalistas penales; por desgracia, sucede que a estos últimos parece no gustarles el tema.

Si bien bajo la vigencia de los códigos del siglo pasado se le dedicaron algunos ensayos (como lo demuestra la obra de Ricardo Rodríguez), no ocurrió lo mismo bajo la vigencia de la actual codificación, que prácticamente fundió el procedimiento civil resarcitorio con el penal puro.

Entre los trabajos de penalistas metidos a procesalistas, y de procesalistas, apenas si encontramos lo siguiente:

A. FERNANDO ARILLA BAS

Este autor incluye un capítulo denominado "La acción de reparación del daño, donde deslinda la pretensión punible de la reparadora, según la vieja codificación, para exponer en qué consiste la reparación del daño, e indicar la posibilidad legal de "coadyuvar".

B. JUAN JOSÉ GONZÁLEZ BUSTAMANTE

Abre un pequeño párrafo para referirse a la cuestión de si el ofendido puede promover la acción penal (en el caso de delitos privados), pero sin referirse a la pretensión civil resarcitoria. No tiene capítulo especial para los sujetos procesales, salvo para el Ministerio Público, al que le dedica 2 capítulos, sin enfocar su actividad a lo resarcitorio.

C. GUILLERMO COLÍN SÁNCHEZ

Incluye un capítulo que titula sujeto pasivo del delito (el ofendido), donde examina elementos de derecho sustantivo. Lo considera sujeto procesal, y expre-

sa que puede realizar actos encaminados a lograr "la culpabilidad del sujeto" (penalmente demandado). Es parte, cuando demanda al tercero obligado, pasando sólo a repetir que es "conducyante".

D. ALBERTO GÓNZALEZ BLANCO

Abre un apartado especial dentro del capítulo de la acción penal, para referirse a la "acción civil", donde la considera accesorio de la "penal", que se ejercita simultáneamente a la penal y es patrimonial, conexa a lo penal. Define al responsable civil y apunta que la acción civil —salvo en ciertos casos— se extingue con la penal.

E. MANUEL RIVERA SILVA

No abre capítulo o apartado para examinar a los sujetos procesales, y menos para el actor o demandado civil. En el capítulo que denomina "incidentes de competencia, de suspensión y no especificados", se refiere al proceso resarcitorio, y se contrae a transcribir el artículo 539 del CPPDF, sin proporcionar explicaciones.

F. JAVIER PIÑA Y PALACIOS

En su obra se encuentra un capítulo que denomina "Algunos aspectos en relación a la reparación del daño causado por el delito", donde comienza por afirmar que el ofendido está interesado en que se le repare su patrimonio y en que se aplique la pena. Penetra con elementos casuistas a la capacidad y legitimación. Le dedica varias páginas a la obligación de identificar al querrelante. Al llegar al punto relativo a la constitución de parte ofendida, se pregunta primeramente si es parte, pero como parte lo es sólo aquel al que se le permite ofrecer pruebas, y esto se le niega al ofendido, luego concluye que no es parte. Pero además, si se le diera tal calidad, se iría contra el artículo 21 constitucional. La constitución de parte sólo significa manifestar interés en la reparación del daño. En fin, a pesar de minimizar a uno de los sujetos, en su trabajo se percibe una mixtura con elementos puramente penales, civiles sustantivos, y bien pocos procesales resarcitorios.

G. GUILLERMO BORJA OSORNO

Como la mayoría de los anteriores, Borja Osorno se aboca al estudio sustancial de la reparación del daño (característica del penalista y no del procesalista). Afirma que para tramitarse en sede civil, debe existir sentencia penal que declare el delito y la responsabilidad, "o bien alguna causa que haga desaparecer el delito, pero no el hecho susceptible de ser reparado en su caso". Opina que debe dársele al ofendido participación en el proceso (legitimario procesalmente).

H. SERGIO GARCÍA RAMÍREZ

En su libro de texto, dentro del capítulo que denomina "Otros participantes procesales", dedica algunos párrafos a examinar al ofendido, su protección y la parte civil.

Es, no obstante, en otros trabajos donde le confiere mayor importancia al tema.

En el ensayo "La acción en el procedimiento penal" (1967), estima que debido al hecho de que la reparación del daño se considera pena pública, el "examen procesal, debe subordinarse, en cuanto forma, al penal". No obstante, el hecho de que sea considerada pena pública lo lleva a plantear las siguientes ideas: 1. eso no es progreso, sino regresión, 2. olvida la verdadera naturaleza del deber, 3. en la práctica, ha fracasado la reclamación que hace el Ministerio Público, 4. disminuye el papel del ofendido y desalienta su intervención (que es útil para el éxito del proceso), 5. la efectiva reparación debe ser alentada por otros medios, 6. el limitar el papel del ofendido favorece la venganza privada, 7. constituye una pena trascendental.

Sugiere que se adopte en lo procesal un sistema similar al español, para que la reparación la reclame el Ministerio Público, sin perjuicio de que la acción civil principal sea del ofendido, o que éste se oponga eficazmente a la reclamación.

En ensayo posterior (La intervención del ofendido en el procedimiento penal, 1968) aborda el examen del presunto ofendido al amparo de la ley positiva y las que le procedieron. Afirma que con el tiempo, la dirección del ofendido se ha reducido, con un avance en la intervención pública.

A nuestro juicio, de todos aquellos que en México han abordado el proceso civil resarcitorio (al menos bajo el régimen actual), el que más ha abundado es Sergio García Ramírez.

I. HUMBERTO BRISEÑO SIERRA

Aunque en su *Esquematismo penal mexicano* no alude al tema, salvo en el caso de la pretensión ejercitable contra terceros, es un trabajo especializado y monográfico donde llama más la atención (*Acción privada y acción pública en el proceso penal de los países americanos*). Aunque por el título parece referirse a varios países, la verdad es que sólo se reduce, bajo una metodología exegética, a la legislación mexicana. En nuestra opinión, constituye un esfuerzo por analizar y sintetizar parte del proceso civil resarcitorio.

J. HÉCTOR FIX ZAMUDIO

En su tesis de licenciatura (enfocada al proceso de amparo), dio algunos lineamientos importantes para nuestra temática.

Apunta que se trata de un verdadero proceso civil (diverso del penal) que, por tanto, es dispositivo, se sigue paralelamente al criminal, con recíprocas repercusiones pero conservando su independencia.

Observa que hay casos en que se puede condenar a resarcir los daños civiles, aun cuando no se imponga pena alguna, concluyendo que la reglamentación debe estar en lo civil y no en lo penal.

CAPÍTULO
42

**SUJETOS DEL LITIGIO
Y DEL PROCESO**

SUMARIO

42.1 PARTES

42.2 SUJETO ACTOR

A. ACTOR MATERIAL

B. ACTOR FORMAL

C. ACTOR CIVIL

D. ACTOR POPULAR

E. ACTOR PÚBLICO

a) Funciones del actor público

b) Naturaleza del Ministerio Público como actor civil

42.3 SUJETO DEMANDADO

A. RESPONSABLE CIVIL

B. EL DEMANDADO

42.4 CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN

42.5 LITISCONSORCIO

42.6 COADYUVANCIA Y REPRESENTACIÓN

42.1 PARTES

Elemento de fundamental importancia en el proceso es el de los *sujetos procesales*. "Son sujetos procesales —apunta Barrios de Angelis quienes lo hacen y aquellos para quienes se hace."¹

Sólo algunos de estos sujetos son *indispensables*, en tanto que otros son *accesorios* u *ocasionales*. Entre los indispensables encontramos al sujeto del juicio (juzgador, principalmente) y a los sujetos de la acción (*demandante* y *demandado*).

En un sentido *material*, las partes en la relación civil resarcitoria serían: el que tiene derecho al resarcimiento del daño y el obligado a cubrirla.

En el sentido *formal* o parte de la acción procesal en el proceso resarcitorio, es aquel que frente al juez afirma y reclama (para sí o para otro) que tiene derecho a que se le repare un daño que dice en su contra se cometió (sujeto activo del proceso), así como aquél atraído al proceso, al afirmarse de él que es el deudor (sujeto pasivo del proceso).

En este sentido, Alcalá-Zamora, consideró a las partes como los sujetos que reclaman una decisión judicial respecto a la pretensión que en el proceso de debate.²

Mientras que en los estudios del derecho procesal penal se discute si posee o no partes y, en su caso, si posee una o dos partes, este problema no parece ser controvertido en el proceso civil resarcitorio, donde se afirma la *dualidad de partes*.

Mario Oderigo, en un capítulo que denomina "Funciones y funcionarios procesales", menciona a varios sujetos, algunos de los cuales interesan a nuestro estudio. De ahí que con mínimos ajustes, pasemos a recordarlos según la exposición del propio Oderigo.

¹ Barrios de Angelis, Dante, *Teoría del proceso*, pág. 115.

² Briceño Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, t. IV, pág. 56.

- a) Agente o ministerio fiscal. Originalmente surgido para comparecer en defensa del fisco (fiscus), en la actualidad comparece en procuración de intereses generales.
- b) Ministerio de incapacitados. Procura la defensa de los menores y personas que están incapacitadas.
- c) Acusador particular. Sujeto privado que tiene la facultad de ejercitar la acción penal pública.
- d) Acusador privado. Sujeto privado al que se le confiere la titularidad de la acción penal en el caso de los delitos de acción privada (de querrela mínima).
- e) Responsable civil. Persona contra la que se dirige la "acción civil".
- f) Simple damnificado. Aquel que sólo aparece en el proceso para que se haga constar la propiedad de la cosa (pero no para instar).
- g) Actor. Persona de derecho privado que en el proceso civil pide a propio nombre la actuación de la ley civil, en favor suyo o de otra persona a la que necesariamente representa por ministerio de ley.
- h) Demandado. Contrafigura del actor.³

De la lista anterior nos interesan, para el proceso resarcitorio, los sujetos que Oderigo llama actor y demandado. Cada uno de éstos debe ser diferenciado del denunciante, del apoderado, y del imputado, sujetos que Oderigo también enumera.

42.2 SUJETO ACTOR

Actor, dice Medina Lima, es el que "ejercita acción procesal mediante la interposición de una demanda ante un órgano jurisdiccional o aquel a cuyo nombre se interpone".⁴ Hay dos tipos de actores: uno en sentido sustancial material y otro en sentido formal.

En sentido sustancial o material encontramos al sujeto de la pretensión de fondo; es decir, uno de los sujetos del litigio; en tanto que en sentido formal encontramos al que promueve la demanda, a un sujeto de la acción.

Aunque en muchas ocasiones coinciden el actor material con el de la acción, esto no siempre ocurre. Por ejemplo, un menor de edad puede ser actor material, pero no de la acción.

En el proceso civil resarcitorio es indudable que posee la calidad de actor material la persona (física o moral) que pretende se le debe reparar un daño, aun cuando nunca comparezca a juicio demandando.

³ Oderigo, Mario, *Lecciones de derecho procesal*, págs. 131 a 207.

⁴ Medina Lima, Ignacio, "Actor", en *Diccionario jurídico mexicano*.

A. ACTOR MATERIAL

No se confunda al actor material con la parte material. El primero es sólo el que pretende el resarcimiento; el segundo el que posee el derecho a tal resarcimiento, es decir, el acreedor.

Pueden coincidir la parte material con el actor material, pero también puede ocurrir que una persona, sin tener derecho, sólo pretenda se le pague un daño. Tal sucede cuando creyendo que existe un delito, cree tener derecho (aunque no lo tenga) y pretende se le cubra.

Con frecuencia se confunde al actor material con el denunciante o con el ofendido, lo cual es erróneo. No se corresponde con el denunciante porque éste, además de ser figura del proceso penal y no del resarcitorio, ocurre que no es indispensable que el denunciante pretenda se le cubra algún pago.

Respecto al ofendido, es decir, la persona que ha recibido una ofensa (*offendo, offendere, offensus*), es considerado como sujeto pasivo del delito.

En el proceso civil resarcitorio no es indispensable que el actor material sea sujeto pasivo del delito. No, porque con frecuencia se observa que durante el proceso no existen ofendidos (en todo caso, serían probables o presuntos ofendidos), de la manera misma como en el proceso penal no existen delincuentes (en la práctica se les conoce sólo como probables o presuntos responsables).

Para ser actor material en el proceso resarcitorio no se requiere como supuesto que se le hubiese declarado ofendido.

"Desde luego que la calidad de ofendido por el delito —apunta Oderigo— sólo se requiere de manera hipotética (para el proceso penal), puesto que exigir la demostración de su realidad equivaldría a exigir, para la iniciación y prosecución del proceso, la demostración de la realidad del delito, que es, precisamente, lo que se trata de demostrar."²

Pero además, para ser actor material en el proceso resarcitorio tampoco se requiere ser un probable ofendido. Hay casos en que los causahabientes, herederos, descendientes, etc., pueden pretender se resarza un daño a pesar de no haber sido ellos ofendidos, ni probables ofendidos. En derecho penal, la etiqueta de nuestro sujeto más se acomoda a los damnificados o probables damnificados. Víctimas les llama el CFPP.

B. ACTOR FORMAL

En cuanto a la presentación de la demanda y la continuación del juicio, nuestra ley emplea dos sistemas: uno amplio, asignando carácter de actor completo y parte formal, siempre que éste demande a un tercero ajeno al hecho delictivo-

² Oderigo, Mario, *Lecciones de derecho procesal*, pág. 168, t. 2.

so. El otro sistema es *restringido*, prácticamente negativo del actuar, y operante, cuando la demanda civil resarcitoria se dirija contra el autor del delito.

En el sistema *amplio, libre o normal*, nuestra ley establece (arts. 489 CFTP y 533 CPPDF) que el derecho para exigir la reparación del daño a personas distintas del inculcado, debe promoverse por quien tenga derecho a ello (*sic*, será por quien afirme tener derecho) ante el tribunal que conozca del asunto penal. Al procedimiento judicial que se genera lo llamamos *juicio privatizado*.

Respecto al segundo sistema —es decir, el *restringido*—, nuestra ley y jurisprudencia le niegan al actor material el derecho a proponer la demanda. Aquí se presenta lo que adelante llamaremos *juicio penalizado*.

Es precisamente este segundo sistema tan peculiar, *inesitado* y *paradójico* el que provoca algunos problemas, y que expondremos sucintamente.

El último sistema se funda en la declaración legal, según la cual "la persona ofendida por el delito no es parte en el proceso penal".

Examinando rigurosamente esta declaración, resulta que es cierta, por dos razones: primero, porque en el proceso penal no hay ofendido (en todo caso serían probables ofendidos), y segundo, porque se hace alusión al proceso estrictamente penal (y nos estamos refiriendo al civil resarcitorio del daño).

No obstante, esta declaración del legislador se suele interpretar en el sentido de que el actor material no tiene la calidad de parte formal.

Franco Sodi apuntó que una "torpe y viciosa práctica judicial lo considera como un 'madre' en el proceso"; Pita y Palacios llega a señalar que "para la ley procesal penal federal es madre"⁴; y García Ramírez también le niega la calidad de parte formal.⁵

No obstante, dice Franco Sodi, "al facultar al ofendido para que desarrolle una actividad dentro del procedimiento, automáticamente le da la categoría de 'sujeto procesal'; en consecuencia, el ofendido es alguien en el proceso".⁶

A pesar de todo, el principal problema para determinar si el que se considera damnificado es o no parte en el proceso resarcitorio, no reside en la mera declaración de la ley, sino en saber primeramente *qué es una parte*.

En gran medida, la confusión surge al confundirse la legitimación procesal con la parte —es decir, al afirmar que el presunto damnificado carece de legitimación procesal—, ya que con ello se le niega la calidad de parte.

Esto es falso. Hay casos donde existen partes que carecen de legitimación procesal; basta recordar a los menores de edad o a los sujetos a interdicción, que a pesar de ser partes, carecen de legitimación procesal.

El mismo Pita y Palacios, que le negó la categoría de parte al ofendido,

⁴ Franco Sodi, Carlos, *Código de procedimientos penales*, pág. 16.

⁵ Pita y Palacios, Javier, *Derecho procesal penal*, pág. 315.

⁶ García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, pág. 263.

⁷ Franco Sodi, Carlos, *Código de procedimientos penales*, pág. 16.

llega a estimarlo como una "parte sui generis", pero parte al fin.¹⁰

No es posible pensar que el damnificado, siendo el titular del derecho civil vulnerado, se encuentre en el proceso como aquel multimillonario que no tenía el derecho a gastar en nada y tenía que andar rogando para que se le permitiera gastar algo.

En gran medida, el negarle la categoría de parte al presunto damnificado se debe a una inercia desatada desde la codificación de este siglo. No obstante, como afirma Colín Sánchez, "restar oportunidad al ofendido por el delito, sólo significa una impertinente tendencia a seguir viéndolo bajo el influjo de una ideología radical que el adelanto científico se ha encargado de postergar".¹¹

Resulta casi risible que al damnificado se le siga negando la categoría de parte cuando reclama al autor del daño, y que a la vez se le reconozca tal calidad de parte cuando reclama el daño a un tercero ajeno al autor.

García Ramírez es uno de los estudiosos que niega al presunto damnificado la calidad de parte. Sostiene que para que se pueda lograr, se requiere una previa reforma al artículo 21 constitucional.¹² En nuestro concepto, dicha reforma no es necesaria. En todo caso, sólo bastaría con que se modifique la ley ordinaria y deje de concebirse la reparación del daño como pena pública.

De cualquier manera, a pesar de que nuestra ley comienza por negarle la calidad de parte, a lo largo de la ley se le asignan facultades propias de una parte. Precisamente por la razón de que el presunto damnificado posee algunas facultades de parte, lo consideramos parte formal (aunque con facultades demasiado restringidas, pero en absoluto nulas).

En la lista de esas facultades (existente en la ley mexicana), si bien no encontramos la principal —que sería la de presentar directamente la demanda—, hallamos, entre otras, las siguientes:

- a) Presentar la querrela mutua, que como requisito de procedibilidad, es un supuesto de la acción que promueve el Ministerio Público.

"La acción —dice García Ramírez— depende de la instancia del ofendido (verius, presunto ofendido), pero no es éste, más tarde, quien la ejercerá, por más que pueda paralizarla y acarrear la conclusión del proceso por sobreseimiento, a través del perdón".¹³

- b) Proporcionar al Ministerio Público o directamente al tribunal todas las fuentes de prueba que tenga y que estén orientadas a comprobar la procedencia y monto de los daños y perjuicios (arts. 141 CFFP y 9 CPPDF).

¹⁰ Pita y Palacios, Javier, *Derecho procesal penal*, pág. 216.

¹¹ Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, t. 1, pág. 186.

¹² García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, pág. 188.

¹³ García Ramírez, Sergio, "La intervención del ofendido en el procedimiento penal", pág. 280.

- c) *Comparecer en las audiencias y alegar "lo que a su derecho convenga, en las mismas condiciones que los defensores", derecho a alegar que se reitera ante el jurado popular (arts. 70, 360 y 379 CPPDF).*
- d) *Pedir que a su costa el tribunal ordene se publique la sentencia (art. 48 CP).*
- e) *Interponer el recurso de apelación "cuando coadyuve en la acción reparadora" (arts. 417 CPPDF y 365 CFPF).*
- f) *Pedir se le aseguren sus derechos o restríjase en el goce de estos (art. 38 CFPF y 28 CPPDF).*
- g) *Pedir la acumulación de procesos (art. 467 CPPDF).*
- h) *Recibir asesoría jurídica (art. 141 CFPF).*
- i) *Se le preste la atención médica de urgencia y psicológica cuando lo requiera (art. 141 CFPF).*
- j) *Actuar como verdadera parte en el juicio de amparo y en el amparo casacional (3a. instancia), ya sea que actúe como recurrente o como recurrido (3ra. perjudicado) (arts. 5 fracción III, inciso b y 10 de la Ley de Amparo).*

Recordando estas características, Briseño Sierra apunta que refuerzan la afirmación de que este sujeto es "titular de un accionar procesal", e inclusive este "mal llamado coadyuvante puede proseguir su pretensión aunque el actor (Ministerio Público) se desista de accionar o renuncie a la pretensión de condena en las conclusiones no acusatorias",¹⁴

C. ACTOR CIVIL

"Por parte civil —apunta Carnelutti— ha de entenderse la parte lesionada (es decir, no tanto el damnificado por el delito, o en términos más correctos, el sujeto pasivo o paciente del mismo, como la persona que afirma ser) que ejercita la acción civil en el proceso penal, o dicho de otro modo: que propone al juez penal la demanda de restitución o de resarcimiento del daño."¹⁵

En la desaparecida URSS, el artículo 25 de los Fundamentos del Procedimiento Judicial Penal estableció: "La persona a la que el delito ha causado un perjuicio económico tiene derecho, simultáneamente a la instrucción del sumario, a presentar demanda civil contra el acusado o las personas sobre las que recae responsabilidad material por las acciones de aquí. La demanda civil es examinada por el tribunal conjuntamente con la causa.

¹⁴ Briseño Sierra, Humberto, "Acción privada y acción pública en el proceso penal de los países americanos", pág. 106.

¹⁵ Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, t. I, págs. 167 y 168.

"El demandante civil o su representante tienen derecho a: aportar pruebas; formular peticiones; participar en la vista de la causa; pedir al órgano de encuesta, al instructor y al tribunal que adopten medidas para asegurar la satisfacción de la demanda presentada por él; sostener la demanda civil; conocer los documentos del sumario desde el momento de la terminación de la instrucción previa; presentar recusaciones; elevar recursos contra las actuaciones de la persona encargada de la encuesta, el fiscal y el tribunal, y apelar contra la sentencia o el auto del tribunal en la parte concerniente a la demanda civil".

En México, aunque sin reconocerle expresamente ese nombre, puede considerársele parte civil, al que comparezca como actor formal en juicio civil reparatorio.

Cuando la exigencia de reparación va dirigida contra el autor del delito, podría pensarse en negarle la calidad de parte civil, si de manera amplia le negáramos al presunto damnificado la calidad de parte.

No obstante, como ya hemos visto, aunque sus facultades en éste último apartado son mínimas, ello no autoriza a negarle la calidad de parte, y tampoco la de parte civil. Así, el que la ley denomina *coadyuvante* es una verdadera parte civil, aunque con facultades muy deterioradas.

Incluso, el Código de Procedimientos Penales de Coahuila (art. 41) establece como reconocimiento a la existencia de la parte civil, que "el ofendido solamente podrá constituirse en parte civil, por sí o por su representante para rendir prueba sobre la situación económica del inculcado y demostrar los daños y perjuicios que le haya causado con el delito, a fin de justificar el monto de la reparación a que tiene derecho".

La titularidad para constituirse en parte civil le corresponde a quien se autoconsidera damnificado por el hecho delictuoso, y no sólo lo puede ser el presunto ofendido, sino también los herederos y los causahabientes.

Objeto de estudio e investigación merece el determinar si procede la sustitución del actor, puesto que de una de las resoluciones de nuestro más alto tribunal se desprende que instituciones tales como Seguro Social, ISSSTE, Pensiones del Estado, o incluso empresas aseguradoras, no pueden reclamar el pago de los daños ocasionados a los beneficiados.¹⁶

"La parte lesionada —apunta Carnelutti— se convierte en parte civil cuando en el juicio penal se introduce la pretensión civil a la responsabilidad civil del imputado, y tiene lugar un fenómeno de 'comixión' del proceso penal con el proceso civil."¹⁷

¹⁶ Apéndice 1917-1985, Sala Penal, tesis relacionada núm. 223, págs. 497 y 498.

¹⁷ García Ramírez, Sergio, *Proceso del proceso penal mexicano*, pág. 343.

Al igual que en muchas otras legislaciones, en México la parte civil es *contingente*; esto es, que puede constituirse o no con independencia del proceso penal.

Problemas aún no resueltos sobre la constitución de la parte civil, son el saber si procede la llamada "acción oblicua", e incluso los efectos de la posible sentencia que se pronuncie luego de una "acción de jactancia".

Conforme a la acción oblicua, el que se considera acreedor de otro acreedor (VG. el damnificado) puede ejercitar el derecho de acción de su deudor contra los deudores secundarios del último. El artículo 29 del CPC exige que el crédito del deudor debe constar en título ejecutivo. El Código de Napoleón, más amplio, establece: "Los acreedores pueden ejercer los derechos y acciones de su deudor, con excepción de aquellos que están exclusivamente vinculados a la persona."

D. ACTOR POPULAR

Aunque todavía no acogido en nuestra ley, cualquier persona, *sin* *sin* legitimación en la causa, podría promover la acción civil resarcitoria del daño.

En el IX Congreso Mexicano de derecho procesal, Enrique Vascovi presentó una ponencia para regular los llamados *intereses difusos*, donde la acción (*class action*) podría quedar a cargo de interesados que garanticen el interés comprometido.

El anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo establece, a la vez, que: "en el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos y, en general, que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas, estarán legitimados indistintamente para promover el proceso pertinente, el Ministerio Público, cualquier interesado y las instituciones o asociaciones de interés social que a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido".

E. ACTOR PÚBLICO

La intromisión del Ministerio Público en el proceso resarcitorio, surge al operar un tránsito de la acción privada a la acción estatal y del acusador privado al acusador público.

En el ámbito privado, el derecho civil o familiar, el Ministerio Público surgió sólo como un oficial suplementario o complementario de la actividad de las partes. Posición que en gran medida todavía es atendida. Pero en el proceso civil resarcitorio, esa actividad macro funcional vino a desterrar a la verdadera parte, es decir, a la que realmente posee una legitimación en la causa.

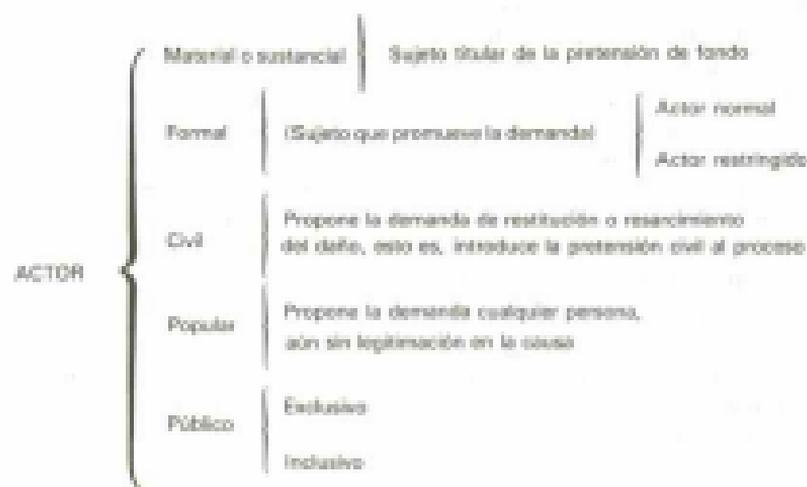
El acusador público, que en algún momento funcionó para la defensa de ciertos intereses sociales, fue penetrando al campo privado en procuración de jus-

ticia, a grado tal que, por un crecimiento monstruoso, llegó al extremo opuesto al desconocer el derecho de accionar del titular del derecho.

Esta circunstancia llevó a Alcalá-Zamora a afirmar que el Estado "puede disponer del derecho de penar que le corresponde, y anular o reducir sus repercusiones expiatorias, pero no el derecho a la indemnización, a menos de hacer víctima al damnificado de una *expropiación sin indemnización*".¹⁸

En el caso del Ministerio Público como actor público, pueden detectarse dos tendencias: que se establezca como actor público *exclusivo* (monopolizador del sujeto actor), o como actor público *inclusivo* (en que es uno de los actores, pero no el único).

En la legislación mexicana se presentan ambas tendencias: *demandante exclusivo* (según la ley secundaria), para cuando el demandado es el imputado; y *demandante inclusivo*, para cuando el demandado es una persona diversa del imputado penal.



a) Funciones del actor público

De las múltiples funciones del Ministerio Público mexicano, a nuestro examen importan las siguientes:

- a) *Función instructora*, es decir, que tiene la posibilidad de autoinstruccionarse, especialmente en la fase penal de averiguación previa, recogiendo pruebas, asentando inspecciones de lesiones, recibiendo peritajes sobre averlíos, etcétera.

¹⁸ Briseño Sierra, Humberto, *Curso procesal*, t. IV, pág. 216.

- b) *Función accionante y requirente*, donde instando al tribunal desde su primera comparecencia, puede ir pidiendo y exigiendo el desahogo de pruebas tendientes a demostrar el daño causado y su responsable.
- c) *Función de vigilancia o fiscalización*, según la cual, en el periodo de ejecución de sentencia, vigila su cumplimiento.
- d) *Función de representación*, donde no sólo se encarga de representar a personas ausentes, incapaces o "causas públicas", sino también a los presuntos damnificados.

Dentro de la regulación resarcitoria civil, creemos que en este campo resulta o puede resultar operante para el acusador público la conocida *class action* o *social action*; es decir de defensa de intereses de terceros, o "intereses difusos" generales. Casos en que la legitimación colectiva se pone en verdadero juego intelectual.

Ha de advertirse que las señaladas funciones, si bien no se nulifican, sí se restringen cuando el demandado es un tercero extraño a la contienda penal.

De cualquier manera y a pesar de tales funciones asignadas al Ministerio Público, éste en su actuación no ha probado su eficacia.

Aun cuando al Ministerio Público se le dio la posibilidad de aportar pruebas y demandar el pago de los daños y perjuicios, la verdad es que en el terreno de los hechos los agentes sólo esperan pacientemente (no activamente, como sería su función) a que los presuntos damnificados les acerquen las fuentes de prueba, sin hacer otra cosa por ir en busca de ellas y proporcionarlas al tribunal. En la realidad, su interés se centra más en los resultados del proceso penal, que en los del civil resarcitorio.

"El abandono y la ignorancia de la víctima —recuerda García Ramírez— han llevado inclusive a depositar en mano del órgano público el ejercicio de la acción reparadora, régimen que ha suscitado diversas censuras técnicas. En todo caso, los resultados han sido modestísimos: el hecho es que se tropieza contra la insolvencia del obligado o contra el ocultamiento de los bienes."¹²

b) Naturaleza del Ministerio Público como actor civil

El caso del Ministerio Público en el proceso civil resarcitorio reviste especial interés para los estudiosos: no es parte material, no pide el consentimiento del titular del derecho presuntamente vulnerado, actúa de *motu proprio*, etcétera.

Para precisar su naturaleza podríamos cuestionarnos si es representante, asistente, sustituto o sucesor.

Por lo pronto, debe descartarse la posibilidad de que obra como titular del interés resarcitorio, porque simplemente no es el damnificado. Es una parte ficticia, en la terminología de Carnelutti.

¹² García Ramírez, Sergio, *La prisión*, pág. 96.

Hay en el caso *representación*, en la medida que su actividad repercutirá en los intereses del representado. En todo caso, el problema de la representación está en que el Ministerio Público mexicano obra tan "libremente" que ni requiere conocer al representado, ni que éste le dé la representación, o que conozca que está siendo representado, y tampoco el representado puede imponer su decisión sobre el "representante".

En el caso de la asistencia que sería actividad de complementación derivada de carencias, si bien es cierto que pueden operar ciertas carencias, la verdad es que el Ministerio Público no tiene mera actividad complementaria.

Por lo que hace a la *sustitución*, no creemos que así funcione el Ministerio Público, porque al no subrogarse éste en los derechos del titular al resarcimiento, ocurre que el Ministerio Público tampoco promueve la acción en nombre propio con base en el derecho del damnificado, ni con base en un propio derecho.

En lo que toca la cuestión de si se parte *sucesiva* —aunque en general no lo es—, hay cierta particularidad legal que estimula la duda. Así, cuando el damnificado "renuncia" a la reparación del daño, tal renuncia no libera al deudor, sino que surte efecto de cesión en favor del Estado. De esta manera, si el Estado se subroga, el Ministerio Público continúa como representante, ya no del damnificado, sino del Estado.

Adviértase una diferencia entre la sustitución y la sucesión, pues mientras que en la primera sólo hay un cambio de personalidad del titular del derecho, en la sucesión se da una continuación de la personalidad del causante, según lo hace notar Echeíta Sierra.²⁰

Dentro del patrocinio caemos, por último, al caso de la procuración. Aunque con reglas peculiares, el Ministerio Público *es un procurador más que abogado* y es a la vez un representante.

"No se trata —apunta Manzini— de *asistencia procesal*, sino de *mera representación*, en los casos en que el Ministerio Público ejerce la acción civil en el proceso penal en interés del damnificado, cuando éste es incapaz, por enfermedad mental o por minoría de edad, de hacer valer sus propios derechos y no hay quien los represente."²¹

En suma, en el procedimiento civil resarcitorio el Ministerio Público promueve la acción pública civil, de la misma manera como lo hace ante el tribunal civil, cuando promueve la acción para pedir la nulidad de matrimonio, el aseguramiento de alimentos, para nulificar actos simulados, etcétera.

²⁰ Echeíta Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, t. IV, pág. 90.

²¹ Manzini, Vicenzo, *Tratado de derecho procesal penal*, t. I, pág. 9.

42.3 SUJETO DEMANDADO

A. RESPONSABLE CIVIL

El estudio de quién es el responsable civil del daño o deudor es tema que no corresponde precisamente al derecho procesal, sino al sustancial.

"Responsable civil —en la idea de Leone— es aquel que está obligado a la restitución o al resarcimiento del daño por el hecho del imputado."²²

Contra lo que se pudiera pensar, responsable civil del daño no lo es en exclusiva el delincuente, sino que por diversas razones la ley sustantiva también obliga otras personas que no han participado en la comisión del hecho delictuoso a responder por los daños causados.

En su momento, este concepto no pareció ser del agrado de Demetrio Sodi, quien no aceptó que la responsabilidad se pudiera hacer extensiva a terceras personas, porque esto "es desnaturalizar la esencia de la responsabilidad civil en materia criminal, romper con la tradición jurídica, hacer ilusoria la justicia y abrir mucha puerta a toda clase de atentados, de despojos y de expoliaciones".²³

De cualquier manera, actualmente se aceptan dos tipos de responsables: *directos* y *subsidiarios*.

En el responsable directo encajan no sólo el autor del hecho delictuoso, sino todos aquellos que encaran de forma inmediata la responsabilidad, en tanto que el subsidiario cumple sólo cuando incumple el directo.

La responsabilidad subsidiaria, apunta Gutiérrez y González, "es la que se presenta a cargo de una persona que debe responder por las conductas de otra, pero sólo a partir del límite en que ésta es impotente para cubrir el todo o parte de las prestaciones que debe".²⁴

Además de considerar al delincuente como responsable directo del daño causado, la ley enumera a personas diversas del autor del hecho delictuoso, pero que de alguna manera están conectadas con el autor de la conducta (independientemente de que sea o no imputable penalmente). Dichas personas son las siguientes:

- a) "Los ascendientes, por los delitos cometidos por sus descendientes bajo su patria potestad.

²² García Ramírez, Sergio, *Procedimiento del proceso penal mexicano*, pág. 361.

²³ Sodi, Demetrio, *Nuestra ley penal*, t. IV, pág. 444.

²⁴ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, pág. 633.

- b) "Los tutores y custodios, por los delitos cometidos por los incapacitados y que se hallen bajo su autoridad.
- c) "Los directores de internados o talleres, que reciban en su establecimiento discípulos o aprendices menores de 16 años, por los delitos que ejecutan éstos durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado de aquéllos.
- d) "Los dueños, empresarios o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquiera especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo y en el desempeño de su servicio.
- e) "Las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios o gerentes directores, en los mismos términos en que, conforme a las leyes, sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan" (art. 32 CP).

De manera subsidiaria, si los deudores directos, no cubren el daño (total o parcial), se establece como deudor solidario al Estado, por sus funcionarios o empleados (art. 32 frac. VI CP y 10 de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura).

En otros países, a algunos de los que hemos enlistado como responsables directos, se los cataloga como subsidiarios (lo que no debe confundirse con la obligación solidaria).

B. EL DEMANDADO

El demandado, que es la persona contra la que se dirige la pretensión civil resarcitoria, debe diferenciarse del responsable civil; es decir, del deudor.

Para ser demandado no se requiere demostrar que es el deudor, por el contrario, la demanda sólo se endereza contra aquel que se afirma es deudor (aun cuando no lo sea).

Si se exigiera —desde el momento en que se plantea la demanda— que el demandado fuera un verdadero deudor, esto es, el responsable civil, caería de raíz el enjuiciamiento. Si desde el principio se demostrara que el demandado es el responsable, no habría necesidad de juicio, pues ¿para qué tratar de demostrar que es o no responsable, si ya se le exige que lo sea?

En todo caso, lo único que se exige del demandado es que se encuentre legitimado pasivamente; esto es, que exista la razonable posibilidad de que sea responsable civil, pero no que necesariamente lo tenga que ser.

"Responsable civil en el proceso penal —decía Carrasutti—, no lo es tanto quien haya de responder del daño causado por el delito ajeno, como aquel contra quien se haya propuesto en el procedimiento penal la correspondiente demanda."²⁰

²⁰ Carrasutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, t. I, pág. 168.

42.4 CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN

En la exposición de este tema seguiremos el planteamiento que en torno a las cualidades de las partes hace Barrios de Angelis.

"Como la doctrina hace notar —apunta Barrios de Angelis al abordar el tema de la capacidad y legitimación—, las capacidades son cualidades intrínsecas del sujeto; en tanto que las legitimaciones constituyen cualidades extrínsecas."²⁶

Aunque Barrios de Angelis se refiere a lo que denomina legitimación sustancial (como otro tipo de legitimación), sólo estudiaremos las siguientes:

- a) *Capacidad para ser parte*, que en la opinión de Flores García va con la "aptitud para ser actor y demandado, que corresponde a la capacidad jurídica de goce".²⁷ Por esta razón, en el proceso resarcitorio toda persona (física o jurídica) tiene esta capacidad, desde el momento mismo en que desconocemos la esclavitud o la muerte civil.
- b) *Capacidad procesal o personalidad*, es decir, la capacidad para estar en juicio, tomar parte en el mismo, o capacidad de obrar procesalmente. Como ya veremos más adelante, se trata de una cualidad amplia o general, y no concreta.
- c) *Capacidad de postulación o personería*, que consiste en "la aptitud para desempeñar las profesiones legales como la abogacía o la procuración".²⁸

Ya sea que se realicen la función de abogacía, la procuración o ambas —como suele ocurrir—, las reglas serían las siguientes:

Tratándose del abogado y procurador del actor, deberá poseer título de licenciado en derecho, pues no se establece regla en contrario a la especificada en la Ley de Profesiones.

Si se trata del abogado y procurador del demandado, cuando éste sea el imputado, la práctica ha hecho una interpretación extensiva al equipararlo con el defensor penal y al fundarlo en la regla según la cual el imputado puede designar a cualquier persona, bastando que sea de "su confianza" (aunque no sea titulado). Pero si se trata del abogado o procurador de persona diversa de la del imputado, éste también deberá poseer título de licenciado en derecho, pues no existe regla especial que derogue la establecida en la ley de profesiones.

Por lo que hace a la asistencia forense, nada dice nuestra ley, y sólo en el caso del demandado que sea el imputado se acostumbra hacer interpretación extensiva para que obligatoriamente sea patrocinado.

En lo que toca a la asistencia gratuita, tampoco nada hay regulado, aunque a los defensores de oficio que actúan en el proceso penal, la práctica los

²⁶ Barrios de Angelis, Dante, *Tratado del proceso*, pág. 123.

²⁷ Flores García, Fernando, *La teoría general del proceso y el comparecimiento*, págs. 96 y 97.

²⁸ Barrios de Angelis, Dante, *Tratado general del proceso*, pág. 136.

ha llevado al proceso resarcitorio en el caso del imputado, no así en el caso de otro tipo de demandados o de actores.

Adviértase que al procurador de la parte presuntamente damnificada, nuestra ley le denomina "representante" (art. 16 CFPF).

Por lo que hace al Ministerio Público, actúa en juicio como verdadero representante y con plena capacidad de postulación. No obstante, extraña que siendo representante, no esté obligado a promover la acción cuando le es exigida por su "representado".

De cualquier manera, el Ministerio Público funciona para la parte civil (cuando la pretensión va dirigida contra el imputado penal) de forma equivalente a lo que sería el patrocinio forzoso y aun gratuito.

d) *Legitimación causal*, la cual consiste en "la razonable posibilidad de que quienes se atribuyen o a quienes se atribuye, la implicación en los intereses específicos del objeto sean sus efectivos titulares".²⁹

En otras palabras, que en el caso del presunto damnificado exista la hipótesis creíble o razonable, de que él es un damnificado, es decir, de que es una parte material, de la relación. De esta manera, no puede estar legitimado en la causa aquella persona que, diciéndose lesionada por un delito, éste sea de los que no producen daño patrimonial a las personas.

Algo semejante ocurre en el caso del demandado. Al afirmar que está legitimado en la causa, se quiere decir que existe la razonable creencia de que es el deudor.

e) *Legitimación procesal* "es la aptitud que permite el ejercicio de las funciones correspondientes a los estatutos de parte y de tercero". "... difiere de la capacidad procesal en que ésta es una aptitud genérica, para todo proceso; en tanto que la legitimación procesal, como toda legitimación, es para uno o más procesos determinados".³⁰

En el caso del presunto damnificado, tiene una capacidad procesal restringidísima, ya lo hemos visto, pero cuando actúa contra un tercero su legitimación, en ese caso concreto, es vivida.

42.5 LITISCONSORCIO

Al fenómeno de pluralidad de sujetos, sea de la parte actora o demandada, se le conoce como litisconsorcio. Éste puede ser activo, pasivo o mixto, según que

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*, pág. 133.

sean varios los actores y un demandado; o un actor y varios demandados; o varios actores y varios demandados.

En el caso del proceso resarcitorio no queda la menor duda, de que cuando los demandados son varios se concreta el *litisconsorcio pasivo*. Esto surge debido al fenómeno de la *codelincuencia* y, por consiguiente, de los *codeudores*.

Al campo del derecho sustancial le queda determinar, en caso de condena, si la obligación se divide entre los sujetos (*cuotas*), si es *subsidiaria* o si es *mancomunada*.

Respecto al *litisconsorcio activo*, es posible encontrar abogados, con reducida mentalidad de postulante, que nieguen su posibilidad en México. No obstante, en nuestra opinión si existen varios probables *dañificados* (factores materiales, ya lo hablamos dicho), lo cual da la característica de un *litisconsorcio activo*. Es más, aun nuestra propia ley jerarquiza a los *litisconsortes activos* con preferencias, para el caso de pago (arts. 33 y 35 CP).

42.6 COADYUVANCIA Y REPRESENTACIÓN

El artículo 20 fracción X constitucional, al igual que el 34 del Código Penal, establecen que por lo que hace a la satisfacción del daño podrán *coadyuvar* el ofendido o la víctima.

Igualmente, el artículo 141 del CFFP establece que la persona víctima o la persona ofendida (*sic*: *presunta ofendida*) podrán *coadyuvar* con el Ministerio Público.

El artículo 9 del CPPDF le da la misma facultad al presunto *dañificado*, pero no utiliza el vocablo *coadyuvancia*.

De estas disposiciones se ha derivado hacia los usos y costumbres judiciales e incluso jurisprudencial, el término *coadyuvancia*. Pero ahora nos cuestionamos si lo establecido en los citados preceptos legales corresponde a una verdadera *coadyuvancia* o es otra institución a la que el legislador y la inercia del uso han bautizado con esa voz.

Para responder a esta interrogante, recordemos en qué consiste la figura de la *coadyuvancia*.

En el campo del derecho procesal, al abordarse el estudio de la pluralidad de sujetos y de partes, tradicionalmente se mencionan dos tipos de *tercerías*: las *excluyentes* (sea de dominio o de preferencia) y las *coadyuvantes*.

Las *excluyentes*, no queda la menor duda, son verdaderas *tercerías*, pero no ocurre lo mismo con las *coadyuvantes*, punto éste en que la doctrina actual ha cuestionado seriamente la tradición.

En la "tercería coadyuvante", mejor conocida como *intervención adhesiva*, se presenta un sujeto que anteriormente no formaba parte de la relación procesal; y se presenta a juicio ajeno para apoyar la o las pretensiones de uno de los sujetos (actor o demandado).

El litigio que se debate en el juicio al que penetra el coadyuvante es un litigio ajeno al propio. Se trata de un litigio ajeno a los intereses del coadyuvante. No obstante, a pesar de que ese litigio le es ajeno, el triunfo del interés de uno de los litigantes podrá a su vez ser base para defender el interés propio.

Presupone la *intervención por coadyuvancia*, apunta Devís Echandía: a) que el proceso esté pendiente, b) que el interviniente no esté actuando ya en el proceso, y c) que el interviniente tenga un interés personal en el éxito de la pretensión o de la defensa de una de las partes principales y, por tanto, en el negocio.²⁰

Por lo que hace a los efectos procesales que produce la intervención del coadyuvante, Devís Echandía los enumera indicando que: a) el interviniente ingresa al proceso una vez que su solicitud es aceptada, b) el coadyuvante es parte en el proceso, de condición secundaria o accesoria, c) el coadyuvante toma el proceso en la situación en que se encuentre, d) no puede modificar ni ampliar la "tísis contestatario" o el objeto del litigio, e) no puede actuar en el proceso en contradicción con la parte coadyuvada, f) no puede interponer recursos que el coadyuvado no desee o en disconformidad con éste, g) puede ejecutar todos los actos procesales propios de las partes, h) no puede ser testigo ni perito, i) puede desistirse libremente de su intervención, j) la sentencia lo vincula, k) goza de autonomía en cuanto a capacidad y representación, l) en nada afecta la competencia, y m) debe sufrir la condena.²¹

En la coadyuvancia hay dos sujetos: el coadyuvante y el coadyuvado. Las pretensiones de ambos coinciden, pero la del coadyuvado es principal, en tanto que la del coadyuvante es accesoria, a grado tal que a este último Alcalá-Zamora lo consideró subparte,²² e igualmente asociado con la parte principal.²³ Algunos autores agregan que la actuación del tercerista es subordinada a la actuación del principal.

"La *tercería coadyuvante* —dice Gómez Lara— se da cuando un sujeto inicialmente extraño al proceso se encuentra legitimado y tiene un interés propio, para acudir a ese proceso preexistente, con el fin de ayudar, de coadyuvar o colaborar en la posición que alguna de las dos partes iniciales adopte en el desenvolvimiento de ese proceso."²⁴

²⁰ Devís Echandía, Bernarda, *Manuales generales de derecho procesal civil*, pág. 422.

²¹ *Ibidem*, págs. 427 a 443.

²² Alcalá-Zamora y Castillo Nicota, "*Examen crítico del código de procedimientos civiles de Colombia*", pág. 252. "El antagonismo juez-parte: situaciones intermedias y dualistas", pág. 226.

²³ Alcalá-Zamora y Castillo, Nicota, "*Síntesis de derecho procesal*", pág. 468.

²⁴ Gómez Lara, Cipriano, *Derecho procesal civil*, págs. 200 y 201. *Teoría general del proceso*, pág. 212.

La *tercería coadyuvante* o *intervención adhesiva* también recibe el nombre de *adhesión procesal*. Una característica importante en la *coadyuvante* o *adherente* consiste en que no *introduce una nueva pretensión, ni una nueva relación procesal*, pues sólo se *adhiere a la de uno de los sujetos de la relación procesal*.

De los ejemplos de *intervención adhesiva* expuestos por Alsina, recordamos los siguientes: a) el acreedor que viene a secundar la acción de su deudor para prevenir su negligencia o mala fe; b) el notario en la acción de *falsedad civil* de un acto en el que interviene como tal; c) el fiador que interviene en el juicio entre el acreedor y el deudor sobre la existencia y validez de la obligación principal.²⁶

Como se advierte, lo que se ha dado en llamar *tercería coadyuvante* o *adhesión procesal* se emparenta como especie con el *litisconsorcio voluntario*.

En el *litisconsorcio voluntario*, una persona de *motu proprio* se introduce en el proceso, y juntamente con los demás sujetos-parte pretende una decisión similar. La *tercería coadyuvante* posee alguna de estas características y, por tanto, tiene una semejanza con el *litisconsorcio voluntario*.

Cabe precisar que no se requiere que el *coadyuvado* esté de acuerdo en que otra persona (el *coadyuvante*) le auxilie o *coadyuve* con él. Por ejemplo, en el proceso *colusorio* que recuerda Costare, tenemos que A demanda a B el pago de cierta cantidad, en el entendimiento de que B deberá perder para disminuir su patrimonio y en fraude a sus acreedores. C, que nada tiene que ver entre A y B, se introduce al proceso *coadyuvando* con B, con la finalidad de que B triunfe. Si B triunfa, tendrá patrimonio, entonces C lo podrá demandar.²⁷

Recordamos a la *tercería coadyuvante* porque el Código de 1929 aludió al "*tercer coadyuvante*", y el actual simplifica a "*coadyuvante*". Además, *coadyuvancia* deriva de *co, cum*, que significa *con*; y *adjuvare*, que es *ayudar*.

Algo en lo que no queda la menor duda es que cuando existen varios presuntos *damnificados constituidos como parte civil*, hay un claro *litisconsorcio activo*.

El problema reside en saber si el Ministerio Público es un *litisconsorte* con respecto a los demás presuntos *damnificados*.

Si hemos sostenido que el Ministerio Público es *representante del damnificado*, resulta entonces que entre *representante* y *representado* no se da el *litisconsorcio*, sino la *representación*.

Luego, si el presunto *damnificado* y el Ministerio Público no integran un *litisconsorcio activo*, género que implica a la llamada *tercería coadyuvante*, tampoco puede haber, en puridad científica, verdadera *coadyuvancia*.

²⁶ Alsina, Hugo, *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, pág. 358.

²⁷ Costare, Eduardo J. "Legitimación procesal del tercer coadyuvante", pág. 323.

De otra manera ¿cómo explicarnos que el representado (el presunto ofendido) coadyuva con el representante (el MP), como si el primero fuese algo accesorio al segundo?, ¿será acaso principal el representante y accesorio el representado? Además, ¿cómo explicar que uno está representado en la causa y el otro no? Porque hay que recordar que en la *tercería coadyuvante*, tanto el principal como el secundario están legitimados en la causa.

A nuestro juicio, no se trata de verdadera coadyuvancia, sino de una relación de representación: mejor dicho, de actividad de representación. Veamos, algunas diferencias entre lo que es la verdadera coadyuvancia y la institución regulada por nuestra ley.

Contrastando al sujeto principal o coadyuvado con el Ministerio Público como representante, tenemos que un real coadyuvado posee legitimación *ad causam*, y el Ministerio Público carece de ella; el coadyuvado (siguiendo la idea de Alcalá-Zamora) es un "sumando" más en el litisconsorcio, en tanto que el Ministerio Público no es sumando; el coadyuvado es actor material, y el Ministerio Público no; al coadyuvado se le reputa asociado con el coadyuvante, mientras que el Ministerio Público no es asociado del presunto damnificado, sino se representa.

Comparando a la vez a un real coadyuvante con el representado (presunto damnificado) vemos que el coadyuvante tiene una intervención accesorio, y el representado una intervención principal; la actividad del coadyuvante está subordinada a la actividad del coadyuvado, mientras que la actividad de la representación no necesariamente —recuérdese que en ciertos casos el representado puede intervenir directamente ante el tribunal, sin necesidad de pedirle permiso al Ministerio Público, que sería el representante; el coadyuvante es un nuevo sujeto de la relación sustancial, el representado es el mismo sujeto que ya está representado; el coadyuvante entra en una relación sustancial diversa, el representado es parte de la relación llevada al proceso.

Los datos anteriores nos permiten afirmar que entre el presunto damnificado y el Ministerio Público no existe verdadera coadyuvancia, sino real representación.

Preguntémosnos solamente quién ayuda a quién, ¿el necesitado al representante, o el representante al necesitado? En nuestra idea, no es el necesitado o presunto damnificado el que ayuda al Ministerio Público, sino éste quien ayuda al necesitado para que en su caso (con sus conocimientos jurídicos) se le cubra el daño sufrido.

Por si resulta poco lo anterior, agreguemos que en el caso que regula la ley mexicana, no se trata de una pretensión accesorio (como la que deduce el coadyuvante), sino de una principal. Prueba de ello es que, aun cuando se extingue la pretensión penal (muerte del enjuiciado, amnistía, etc.), la pretensión del damnificado no se extingue. Si no se extingue al concluir la principal, entonces no es accesorio, sino principal.

Briseño Sierra rechaza la idea de la *coadyuvancia* (cosa en la que estamos de acuerdo), pero afirma que se trata de un *tercero interviniente*, dando a entender que entre el Ministerio Público y el presunto damnificado se concreta un *litisconsorcio activo* durante el proceso, pero que este *litisconsorcio* deja de existir cuando el presunto damnificado se va al amparo.³⁸

A nuestra manera de ver, no se trata de *litisconsorcio* (Ministerio Público-presunto damnificado), pues no puede haberlo entre el representante y el representado, como no lo hay entre el mandante y el mandatario.

COADYUVANCIA

REPRESENTACIÓN

* Coadyuvaute posee legitimación ad causam

* El Ministerio Público carece de legitimación ad causam

* Coadyuvaute es un "sumando" más en el litisconsorcio

* El Ministerio Público no es un sumando, sino el que representa a todos los "sumandos"

* El coadyuvaute es actor material

* El Ministerio Público no es actor material

* El coadyuvaute se considera asociado al coadyuvaute

* El Ministerio Público no está asociado al presunto damnificado, sino que lo representa

* El que es coadyuvaute tiene intervención accesoria en el proceso

* El que es representado tiene una intervención principal

* La actividad del coadyuvaute está subordinada a la del coadyuvaute

* La actividad del representante no está subordinada a la del representado

* El coadyuvaute es un nuevo sujeto en la relación sustancial

* El representante es el mismo sujeto, ya está representado

* El coadyuvaute entra en una relación sustancial diversa

* El representado no es representado en una relación diversa, sino en la propia

³⁸ Briseño Sierra, Humberto, "Análisis privada y análisis pública en el proceso penal de los países americanos", t. I, pág. 199.

CAPÍTULO
43

ENJUICIAMIENTO

SUMARIO

- 43.1 NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO
- 43.2 MOMENTO OPERACIONAL
- 43.3 CLASIFICACIÓN
- 43.4 ENJUICIAMIENTO PRIVATIZADO O CIVILIZADO
 - A. DEMANDA
 - B. CONTESTACIÓN
 - C. PRUEBAS
 - D. ALEGATOS
- 43.5 ENJUICIAMIENTO PENALIZADO
 - 43.5.1 Proceso preliminar
 - 43.5.2 Proceso principal
 - A. DEMANDA
 - B. CONTESTACIÓN
 - C. PRUEBAS
 - D. ALEGATOS
- 43.6 SENTENCIA
- 43.7 COSA JUZGADA
- 43.8 EJECUCIÓN

43.1 NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO

Indudablemente, el tratamiento de la pretensión civil resarcitoria no consiste en un mero y simple acto, sino en una *serieación de actos tendientes a la resolución de un conflicto*; lo que ya implica un procedimiento.

Pero ocurre que nuestra ley, al regular este procedimiento en el apartado de los incidentes, hace que nos preguntemos si se trata realmente de un incidente.

Si recurrimos a la idea de incidente, recordamos que éste no se define como un procedimiento, aun cuando pueda implicarlo para su resolución. Un incidente, más que procedimiento, consiste en una *cuestión que surge a lo largo de un proceso*.

El incidente, apuntó de la Plaza, "es una cuestión anormal que surge durante el planteamiento de un proceso. . .";¹ y Guasp reiteró que es "una cuestión que surge durante la pendency de un proceso".²

La cuestión incidental (*questio incidens*) es diversa de la cuestión principal, definitiva o de fondo que se ha de resolver (*questio principalis*). Las cuestiones incidentales, en lugar de referirse al fondo, se refieren al proceso: precisamente a una cuestión u obstáculo en el proceder que, al ser debatida, puede llevar a la apertura de un procedimiento incidental. Dicho en otras palabras: *el incidente cuestiona la marcha normal del proceder*.

En el caso del procedimiento que ha de seguirse para resolver la pretensión resarcitoria, no se trata de un procedimiento incidental, sino de un *verdadero proceso*, sobre todo porque ese procedimiento tiene un enfoque teleológico bien definido: *resolver un litigio*.

Además, viéndolo como cuestión incidental, el resolver si ha o no de cu-

¹ Plaza, *Manual de la. Derecho procesal civil español*, t. I, pág. 201.

² Plaza, *Manual de la. Derecho procesal civil español*, t-I, pág. 242.

brirse el daño, no es una cuestión que surja dentro del proceso o que obstaculice su marcha (*questio incidentis*), sino una cuestión principal, metaprocesal (es decir, es llevada precisamente al proceso para su solución).

En suma, el tratamiento de la pretensión resarcitoria implica todo un accionar (es común oír hablar de acción civil proveniente de delito), y un verdadero conocer y resolver el conflicto; es decir, una función jurisdiccional.

Todo lo anterior nos lleva a afirmar que no se trata de un simple procedimiento incidental, sino de un verdadero proceso para tratar la pretensión resarcitoria y resolver el conflicto.

Es cierto que nuestro Código de Procedimientos Penales e incluso la Ley de Amparo etiquetan al proceder como incidente, pero ha de recordarse que no bastan las meras declaraciones del legislador para desnaturalizar la esencia de las cosas.

"La ley reglamentaria (dice la Suprema Corte de Justicia, refiriéndose a la Ley de Amparo) sólo accede cuando el ofendido pide amparo contra el acto violento emanado del incidente de reparación que se extiende a ser exigible a terceros, o del incidente de responsabilidad civil cuando el legislador local no considere a dicha reparación como parte constitutiva de la sanción pecuniaria."³

Como se advierte, el dilate o desatino en el marco conceptual no sólo se encuentra en el Código de Procedimientos, sino también en el máximo tribunal de justicia.

De los estudiosos consultados, Briseño Sierra es el único que se cuestiona si es o no incidental. Para este tratadista no se trata de un verdadero incidente, sino de un "accidente" (así lo bautiza). Algunos de tales "accidentes" pueden dar lugar a un procedimiento distinto; tal es el caso de la responsabilidad proveniente del delito, exigible a personas diversas del imputado.

Cuando este procedimiento se acumula al proceso penal, prosigue Briseño Sierra, "en realidad se están sustanciando dos procesos con sendos conflictos jurídicos, unidos por la unidad de la víctima".⁴

El Código de Procedimientos Penales de Coahuila, aunque referido exclusivamente al procedimiento privatizado, atina a sacar su regulación del capítulo de incidentes, y le abre un propio capítulo en el que lo cataloga como procedimiento especial (art. 68), etiquetándolo como proceso civil sobre reparación del daño.

³ Ad 577833 1a. Sala, Boletín 1958, pág. 131. Tomado de Alfonso Nariega, *Lecciones de amparo*, pág. 876.

⁴ Briseño Sierra, Humberto, *El procedimiento penal mexicano*, pág. 291.

43.2 MOMENTO OPERACIONAL

Ya hemos hecho notar que a pesar de que el litigio que ha de resolverse es de naturaleza esencialmente civil y no penal, la competencia para su tratamiento y resolución va principalmente al tribunal penal y no al civil (salvo excepciones); tratemos ahora el plan o criterio que se sigue en el tratamiento de la pretensión civil resarcitoria.

Dos son los criterios conocidos para el conocimiento:

- a) sistema simultáneo, es decir, que tanto el tratamiento de las pretensiones penales como las civiles, se despachan paralelamente, y
- b) sistema continuo o progresivo, donde la cuestión civil resarcitoria ha de tramitarse tan luego como concluya el proceso penal puro.

A este segundo sistema, Redenti lo denomina criterio de la preminencia de la cognición penal sobre la civil.⁵

Como regla general, podemos afirmar que la legislación mexicana acoge al primer criterio de cognición y tratamiento, pero también es posible acoger al segundo, cuando se trata de demanda a personas diversas del imputado, si ya ha concluido el proceso penal (arts. 489 CFPP y CPPDF).

Aunque las reglas o criterios parecen fáciles de entender, en la práctica la Suprema Corte de Justicia y algunos estudiosos parecen haber equivocado el sentido.

A reserva de los que ya explicaremos, en el tema de la cosa juzgada la Suprema Corte de Justicia, tratando de zafarse de las injusticias cometidas en el proceso penal, sostuvo que "la absolución del penalmente demandado, no perjudica al ofendido, quien tiene otra vía".⁶

Entre los estudiosos, Sergio García Ramírez sostiene que cuando el hecho no se califica como delictuoso, se puede ocurrir a la vía civil,

"El interés del ofendido —apunta García Ramírez— sobre la reparación del daño queda suficientemente protegido mediante el acceso a la vía civil, sobre la base de lo que ya no podría ser calificado de ilícito penal, sino de ilícito civil; empero, no por ello se causará al perjudicado daño en sus derechos patrimoniales, únicos que en favor suyo emanan del delito."⁷

Ligados al momento operacional, en el tratamiento encuentranse otros dos criterios:

- a) Que un primer proceso sólo llegue a una condena general, con la posibilidad de abrir posteriormente un procedimiento específico donde se cuantifi-

⁵ Redenti, Enrico, *Derecho procesal civil*, t. I, pág. 108.

⁶ AD 200255 Ia. Sala, *Noticias* 2006, pág. 376.

⁷ García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, pág. 175.

que o estime el daño (es decir, lo que en los procedimientos civiles se conoce como incidente de liquidación).

b) Que en un único proceso no sólo se dé la condena de pago, sino que además ahí se especifique el monto a liquidación. *Et quantum debeatur*.

En cuanto al criterio que ha de seguirse según nuestro sistema legal, recordemos que el incidente de liquidación posterior a sentencia no se encuentra regulado en la codificación procesal penal, aunque sí en la civil.

Sobre el particular, los tribunales judiciales han sido vacilantes. Así, por ejemplo, en el asunto de José Peña Alvarado, la Suprema Corte de Justicia resolvió que si el presunto ofendido demuestra haber sufrido daños, el juez debe condenar a su pago, "dejando para posterior procedimiento su cuantificación".²

Unos años antes, la misma Suprema Corte de Justicia sostuvo, con criterio opuesto, que es violatoria de garantías la sentencia que, condenando al pago de daños, envía a incidente posterior para su cuantificación, "ya que esto equivale a darle una segunda oportunidad de probar lo que en el proceso no comprobó".³

La misma Suprema Corte de Justicia regresó posteriormente al criterio que sustentó en el caso de José Peña Alvarado, cuando afirmó que por tratarse de una "pena pública", la condena debe resolverse no sólo lo general sino lo específico, siendo "violatoria de garantías la sentencia que establece que se hará efectiva la reparación del daño mediante el incidente respectivo".⁴

Por tanto, si en un único proceso debe condenarse y a la vez especificarse a cuánto se condena, uno de los objetos que el enjuiciamiento civil resarcitorio debe tratar es precisamente el monto.

43.3 CLASIFICACIÓN

La multitud de enjuiciamientos conocidos y regulados suelen clasificarse según diversas razones. La índole didáctica de este libro nos obliga a ello, de manera que seguiremos el esquema clasificatorio expuesto por Ovalle Favala:¹²

- a) por su finalidad, el enjuiciamiento es de conocimiento o declarativo,
- b) por razón del orden de proceder, el enjuiciamiento es plenario rápido, espe-

² AD 3141/61 1a. Sala, 6a. época, vol. CV, 2a parte, pág. 90.

³ AD 5046/54 1a. Sala, 6a. época, 1886, pág. 713.

⁴ AD 3872/79 1a. Sala, 7a. época, vol. 27, 2da. parte, pág. 41. Similaramente AD 3394/7, Apéndice 1917/1985, 1ra. parte, tesis relacionada, pág. 486; así como la jurisprudencia definida núm. 222 Sala penal, inserta en el Apéndice, mencionado.

¹² Ovalle Favala, José, *Derecho procesal civil*, págs. 38 a 41.

cialmente el dirigido contra el imputado penal, dada la concentración en el período del juicio,

- c) por la *generalidad o especificidad* del litigio, el enjuiciamiento es especial,
- d) por la *cuestión*, el enjuiciamiento puede ser de mayor, menor o mínima, aunque sin gran trascendencia, como ocurrió en la vieja codificación, cuando dependiendo del monto, el enjuiciamiento podía ser verbal o sumario (CPPDF de 1880),
- e) por la *forma*, el enjuiciamiento puede ser verbal y escrito. En el enjuiciamiento privatizado la tendencia es hacia lo escrito, en tanto que en el penalizado, se inclina por la oralidad,
- f) por el *contenido*, el enjuiciamiento es singular.

Si nos referimos a la relación material que ha de tratarse, el enjuiciamiento es esencialmente civil y no penal.

Teniendo en consideración el *ritual o procedimiento que ha de seguirse*, y de acuerdo con lo especificado en nuestra ley, el enjuiciamiento puede, a su vez, ser: a) *privatizado o civilizado*, cuando el demandado es persona diversa al imputado, puesto que precisamente se presenta esta característica, o b) *penalizado*, cuando el demandado es el imputado penal y precisamente por la casi fusión del procedimiento penal y el civil. Con base en esta clasificación que considera al ritual, seguiremos nuestro trabajo.

43.4 ENJUICIAMIENTO PRIVATIZADO O CIVILIZADO

Este tipo de ritual parece ser el más conocido y sería, propiamente, el más normal ordinario. Incorporado a nuestra codificación del siglo pasado e inspirado en la legislación española, tiene como características —y aquí seguimos los subprincipios de Vescovi— las siguientes:

- a) *comienza por inicio de parte*. Aquí el Ministerio Público no es parte. El juez no puede iniciarlo.
- b) *las partes fijan el objeto del proceso (thema decidendum)* a través de sus pretensiones.
- c) *las partes fijan el objeto de prueba*.¹⁷

A la vez, hay otras características que distinguen a este tipo de ritual:

- a) *se trata de un procedimiento civil especial o especializado*, aunque regulado en ley procesal penal. Lo especial se califica con respecto a los juicios ordinarios que normalmente se tramitan en sede civil.
- b) *la resolución que resuelve el conflicto no se considera una pena*.

¹⁷ Ovalle Favila, José, *Derecho procesal civil*, pág. 10.

ENJUICIAMIENTO PRIVATIZADO O CIVILIZADO



- Elementos**
- a) filiación
 - b) jurídica
 - c) pretensional
- Excepciones**
- d) sustanciales
 - e) procesales

c) se trata de un procedimiento que sigue lineamientos que tienden al principio dispositivo y no al inquisitivo.

En sus etapas o fases, el procedimiento acogido por nuestra ley posee período postulatorio (demanda y contestación), pruebas, alegatos y sentencia. Como se advierte, su estructura no sólo es similar a la del común de los enjuiciamientos civiles, sino que es prácticamente la misma.

A. DEMANDA

Aunque el Código Federal de Procedimientos no establece expresamente el contenido de la demanda, si hace un envío al Código de Procedimientos Civiles, y específicamente al capítulo de la demanda (art. 490).

Como nota curiosa cabe recordar que originalmente el Código Federal de 1834 envió al juicio sumario establecido en el Código Federal de Procedimientos Civiles, código que reguló tal juicio sumario hasta 1943, en que fue abrogado por el vigente, que no contempla al juicio sumario. Por desgracia, la miseria del legislador fue tan amplia que desde 1943 hasta 1986 el Código Federal de Procedimientos Penales siguió enviando para su regulación a un enjuiciamiento inexistente.

En cuanto el código distrital, dispone que mediante el escrito se expresarán sucintamente numerados los hechos y la cuantía (art. 534).

Como demanda que es, debe contener tres elementos básicos:

- a) elementos fácticos; es decir, la *causa petendi*,
- b) elementos jurídicos, que no parecen ser obligatorios, y
- c) elementos pretensionales.

Al recibir el juez la demanda y luego de admitida dispondrá se corra traslado al demandado, emplazándolo para que concurra. El código distrital dice que se le "dará vista".

Ha de advertirse que el código distrital es omiso en cuanto a si se le entregará copia de la demanda, emplazándolo para que concurra, o si el juez, al recibir la demanda, tendrá la posibilidad de rechazarla o mandar aclararla.

El código federal difiere del distrital en que el primero dispone que las notificaciones se harán conforme al propio Código de Procedimientos Penales, en tanto que en la ley distrital se establece como supletorio al Código de Procedimientos Civiles.

La documentación en expediente por separado del legajo penal, revela cierta autonomía (art. 490 CFPD).

Pese a la conexidad (identidad en la causa) que guarda con lo penal, pero también de acuerdo con las especiales consideraciones de este enjuiciamiento, al-

gunas legislaciones no mexicanas (aunque pueden ser aceptables en la medida han establecido algunas reglas:

- a) que la demanda se intente en sede civil, aun cuando no se haya propuesto la pretensión penal en sede penal,
- b) que la demanda civil puede intentarse en sede civil, aun cuando esté pendiente en sede penal la pretensión penal,
- c) que la no promoción de la pretensión penal no impide la promoción de la pretensión civil, y
- d) que la falta de querrela penal (trínima o máxima) no impide la promoción de la pretensión civil.

B. CONTESTACIÓN

Según el Código federal, la contestación sigue siendo regida por el Código Federal de Procedimientos Civiles, pero el código distrital es omiso.

En la contestación, el demandado —que en la legislación actual no lo será el imputado, sino los terceros— podrá oponer excepciones, tanto *procesales* como *sustanciales*.

Aunque las *excepciones sustanciales* no tienen por qué ser reguladas en una ley procesal, Bernal Cuellar apunta que el demandado "puede destruir la culpa que le es atribuida, demostrando que falta alguno de los elementos en que se fundamenta; así, puede demostrar que el autor del daño no está sujeto a su autoridad, poder de dirección y subordinación; que no tenía sobre él la obligación de vigilancia o que no le era posible ejercerla al cometer el hecho. Además de estar alterados, le queda abierta la posibilidad de demostrar también la ausencia de autoría planteando el rompimiento del nexo causal entre la actividad de su dependiente y el resultado típico probando un elemento extraño".¹²

Esta última afirmación nos mueve para interrogarnos, pero ya en el proceso penal, acerca de si será posible que el civilmente demandado *coadyuve con el imputado*, problemas que en la ley no creemos que esté resueltos.

Agrupemos esas excepciones, entre otras, las *extintivas* del derecho (pago, compensación, prescripción), las *impeditivas* (renuncia al derecho, la inexistencia), o las *modificativas*.

La incomparecencia del demandado no implica la suspensión del proceso, pues éste ha de continuar en su rebeldía. El problema será saber si, como ocurre en los procesos seguidos en sede civil, se podrá o no *presumir la confesión de hechos*.

¹² Bernal de Cuellar, Jaime: "La intervención de terceros", pág. 52.

En el caso de la ley española, si el demandado confiesa (¿será, si se allana?), se procederá a dictar sentencia, circunstancia que no parece regulada en nuestro sistema.

La fijación de la litis o *thema decidendum* resulta de particular interés para la jurisprudencia mexicana, especialmente porque es en torno a tal tema sobre el que habrá de probarse, alegarse y resolverse.

Partamos de la afirmación de que el proceso resarcitorio es de naturaleza civil, por lo que su objeto será civil; no pueden entonces los sujetos del proceso resarcitorio proponer como *thema probandum* y *decidendum*, datos que no se vinculan con el objeto civil. Por ejemplo, las agravantes o atenuantes de pena, grado de culpabilidad (dolo, culpa), imputabilidad o procedencia de excusas absolutorias no son objeto del proceso civil resarcitorio. Si, en cambio, forma parte del *thema decidendum* la relación de subordinación entre demandado y autor del hecho, las estimaciones de los daños y su procedencia.

Donde acaso ha habido mayor problema tanto en la práctica diaria como en la jurisprudencia, es en saber si el hecho generador de la responsabilidad civil es o no objeto del proceso resarcitorio. Esto es, si el delito, como dato fáctico y a la vez la fuente de obligaciones, puede ser abordado en el proceso resarcitorio. La controversia en torno a la concreción de la conducta delictuosa, ¿es objeto del proceso civil resarcitorio?

El problema especial surgió cuando ante los tribunales de amparo los presuntos damnificados trataron de combatir resoluciones dictadas por el juez penal, según las cuales se declaró la inexistencia del delito. Así, si el hecho propuesto no encuadra como delito, no habrá responsabilidad civil.

Das son las posiciones que se han adoptado:

a) Las que sostienen que los hechos que definen al delito forman parte del proceso resarcitorio.

Siendo evidente que todas las providencias dictadas en un proceso y que se refieren a la detención y formal prisión del acusado, si interesan a la parte civil, y puesto que influyen en la suerte definitiva de su acción civil que es incidental en el proceso, era inconcuso que "dicha parte civil debería tener expeditos sus derechos no sólo para aportar en la causa penal todas las pruebas que estimare conducentes para comprobar el delito, que se imputaba al acusado", sino también para vigilar sus mismos derechos en el amparo".¹⁴

b) La que sostiene que los hechos que definen al delito, son exclusivos del proceso penal y no forman parte del objeto del proceso resarcitorio.

El tribunal Colegiado del Segundo Circuito, al resolver la queja 46/65, dispuso que el ofendido (victima, presunto ofendido) no podía tener el carácter de tercero perjudicado cuando se discute el auto de formal prisión (que supone

¹⁴ Alfonso Noriega, *Lecciones de amparo*, pág. 337.

la calificación de un hecho como delito, "porque dicho auto no afectaba directa ni indirectamente a la reparación del daño o a la responsabilidad civil, que pudiere corresponder al ofendido".¹⁵

Refiere Alfonso Noriega (que es la fuente que consultamos en este punto) que la Suprema Corte de Justicia tuvo que resolver cuál de las dos tesis contradictorias debería prevalecer, y se inclinó por la segunda.

"Consecuentemente — dice la resolución — sólo afecta al presunto responsable el auto de formal prisión y en ningún modo a los intereses del ofendido, que de no prosperar el proceso penal, tiene expedito su derecho en la vía civil para exigir la reparación del daño."¹⁶

En nuestra opinión, la Suprema Corte se equivocó al adoptar la segunda posición. Creemos que la confusión se origina al pensarse que el delito es materia exclusiva del proceso penal, lo cual es falso. Hay casos, multitud de casos, en que incluso el tribunal civil tiene que resolver sobre existencia de delito (delito, no responsabilidad), tal como ocurre al calificar si un cónyuge incita a otro para cometer un delito; si el hecho calumnioso tiene sanción mayor a dos años de prisión; si algún cónyuge cometió algún delito; calificar si el hecho es punible cuando se trata de otra persona diferente del cónyuge (art. 267 CC).

Estas hipótesis o causales para el divorcio se presentan textualmente en el Código Civil de la siguiente manera:

"IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal.

"XIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años, de prisión.

"XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años.

"XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sea punible si se trata de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión."

Los viejos códigos de Chihuahua llegaron inclusive a establecer que en el caso de que sea competente un juez civil para conocer del resarcimiento del daño proveniente del delito, el juez civil declarará en su sentencia si el delito se cometió, si el inculcado ejecutó o es responsable y lo demás relativo a la responsabilidad puramente civil (art. 316 Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social).

De cualquier manera, no debe olvidarse que el delito no sólo es supuesto o fuente de una sanción penal, sino también una fuente de obligaciones civiles.

¹⁵ *Ibidem*, pág. 338.

¹⁶ *Ibidem*, pág. 338.

Por tanto, el tribunal que conozca de las obligaciones civiles derivadas del delito no sólo debe conocer de las consecuencias, sino también de su fuente o supuesto.

A nuestro parecer, las partes en el proceso resarcitorio deben tener la oportunidad de combatir, alegar y probar en torno al hecho generador de las obligaciones civiles y que es propiamente la *causa petendi*. De otra manera, ¿cómo reclamar el daño, si no se permite el acceso a la fuente generadora, es decir, a la *causa petendi*?

Afortunadamente, las reformas de 1993 a la codificación procesal penal arrojaron la factibilidad de que el presunto ofendido pueda intervenir en lo referente al tipo penal (arts. 141, 306 CFPF), lo cual significa que en el proceso resarcitorio quien sostenga ser presunto ofendido tiene la oportunidad de probar y alegar en torno al hecho generador de las obligaciones civiles.

C. PRUEBAS

Aunque de acuerdo con la ley federal, lo relativo a la cuestión probatoria se regula por el Código Federal de Procedimientos Civiles, no ocurre lo mismo en el código distrital, que no parece hacer remisión al Código de Procedimientos Civiles, lo que implicaría que su regulación sería la misma que la establecida para las cuestiones penales.

De cualquier manera, conviene reflexionar en torno a uno de los medios probatorios.

Comenzando por las declaraciones de personas, resulta frecuente en nuestros tribunales, jurisprudencia y aun en los estudiosos, tratar a la declaración de "ofendido" —mejor dicho, del presunto damnificado— como si fuera un testimonio y no como declaración de parte.

También es común oír que la confesión sólo queda a cargo del demandado y no así del actor.

A nuestro parecer, es el presunto damnificado quien postula datos, los cuales pueden llegar a ser confirmados. Una cosa es postular el dato (proponer una hipótesis, según el método científico), y otra el confirmarlo (dato que define las pruebas).

La declaración del presunto ofendido, por tanto, es diferente del testimonio en su estricto sentido.

En el proceso civil resarcitorio la confesión no sólo queda a cargo del demandado, sino también del demandante.

"Prescindiendo de otras indicaciones —apunta Florián— hacemos votos por que en la reforma del porvenir la parte lesionada, especialmente cuando es el mismo tiempo actor civil, por las particulares condiciones en que se halla, se trate de una manera conveniente y quede suprimida la actual y contradictoria equiparación de la misma al testigo común."¹⁷

En la *técnica del interrogatorio* y con base en las remisiones, podemos diferenciar el procedimiento federal del local, en cuanto que en uno son operantes las *posiciones*, lo que no ocurre en el caso del segundo.

Igualmente, con la idea de tutelar al damnificado, se le dispensa al actor el probar ciertos datos, tal como la cuantificación del daño en casos como el homicidio, donde se establecen bases para su estimación.

D. ALEGATOS

"Transcurrido el periodo de prueba... el juez a petición de cualquiera de las partes, dentro de tres días oírà en audiencia verbal lo que éstas quisieren exponer para fundar sus derechos" (art. 536 CPPDF).

43.5 ENJUICIAMIENTO PENALIZADO

Si bien el enjuiciamiento privatizado o civilizado tuvo como fuente de inspiración a la ley española, en nuestro país el enjuiciamiento penalizado mexicano surgió como un juicio *autóctono* o *verdículo* del legislador mexicano de 1929.

Si bien los procedimientos del amparo han sido para el legislador mexicano fuente de orgullo, no ocurre lo mismo con este procedimiento resarcitorio del daño, que debe reportar vergüenza, no sólo a nuestro legislador, sino también a los juristas que a éste apoyan.

En nuestra muy particular opinión y utilizando un poco de observación, encontramos que nuestro legislador ha prestado mayor atención a la represión del delincuente, que a satisfacer las pretensiones del dañado. Dicho con otras palabras: el legislador demuestra mayor preocupación por el castigo del ofensor, que por el bienestar de los ofendidos.

Cuando el legislador de esa época advirtió que mediante el procedimiento privatizado o civilizado no siempre se lograba que el responsable pagara el daño, consideró que la solución estaba en convertir el pago del daño en una pena pública.

Al asimilar el daño con pena pública, provocó una desmembración del procedimiento usual (el privatizado), de otro que se creó con rasgos exageradamente inquisitorios y asimilable al propio penal puro.

¹⁷ Florián, Eugenio, *Elementos de derecho procesal penal*, págs. 341 y 342.

Si anteriormente, en el procedimiento privatizado o civilizado, el demandado podía ser el penalmente imputado, con la reforma se abrió un procedimiento más especializado para cuando el demandado lo fuere precisamente el penalmente enjuiciado. Se dejó así el procedimiento privatizado o civilizado para demandados diversos del penalmente demandado y se creó un procedimiento para el imputado penal, cuando es civilmente demandado.

El procedimiento especializado que se creó en 1928-1929 y acentuó en 1932 dejó su características de civilizado o privatizado, para prácticamente confundirse con el penal (es decir, se "penalizó").

En esta ley de 1939 se estableció que el Ministerio Público, tan luego como se dictare el auto de formal prisión, debía deducir la acción para reclamar la reparación del daño.

En relación con el procedimiento civil delictual (el penalizado) no resulta difícil aseverar que en el México actual tiene una *unidad procedimental*; es decir, que el procedimiento penal y el civil derivado del delito, son iguales o, para decirlo más claramente, es el mismo. Aunque en realidad se trata de diversidad procesal, al menos en la relación procesal que se gesta, las pretensiones que se procuran y las normas sustantivas en que se finca. Y esto es raro, por que aquí donde resulta más lógico la *dualidad procedimental* (en razón de la diversidad en la relación, pretensiones y derechos), se da la *unidad procedimental*.

De cualquier manera, el hecho de que el tratamiento que se da a la pretensión civil resarcitoria dirigida contra el imputado penal, se funda en el procedimiento penal, no le quita su naturaleza civil. Pero a la vez, una diferencia entre el procedimiento privatizado o el que se lleva a cabo en sede civil para con el penalizado, consiste generalmente en la desigualdad interpartes: en un procedimiento el demandado está "libre"; en el otro normalmente está privado de su libertad, lo que implica cierta desigualdad natural de los sujetos en el proceso.

En un caso, el actor o demandante posee o es todo el aparato estatal —con todos los recursos y apoyos con que cuenta— y en el otro es un individuo, que además de estar afectado en su patrimonio (y tal vez en su integridad física, como ocurre en el lesionado), a veces carece hasta de alimento.

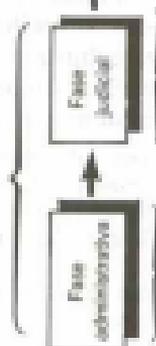
La fusión entre el juicio civil resarcitorio y el puramente penal nos lleva a afirmar que según la ley mexicana, tal enjuiciamiento civil penalizado se compone de un proceso preliminar y un proceso principal.

Respecto al clásico proceso civil (con sede en tribunales civiles), se le ha formulado la crítica lapidaria de que obedece a los criterios decimonónicos, donde el tribunal está despojado de la dirección del proceso, y son las partes (en atención a las instancias) quienes lo gobiernan. En la actualidad se lucha contra ese criterio dispositivo.

Estas críticas al proceso civil no son aplicables al proceso civil derivado del delito (el penalizado), donde la dirección del proceso no sólo queda en el juzgador, sino que además se caracteriza por la fuerte influencia inquisitiva.

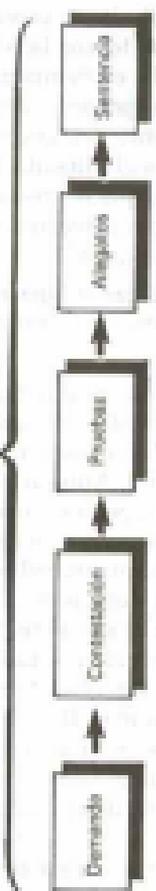
ENCUADRAMIENTO IDEOLÓGICO

Proceso preliminar resarcitorio



Actos propios o preliminares al juicio

Proceso principal resarcitorio



Fase postuladora o repositiva

(Prerrogativa desaparecida)

Conclusiva

43.5.1 Proceso preliminar

Paralelo a la instrucción penal (administrativa y judicial) y antes de la concreción de la pretensión civil resarcitoria (la demanda), se suceden normalmente una serie de actos que en los códigos de procedimientos civiles se conocen como medios preparatorios o preliminares a juicio.

Seguindo la idea de Alcalá-Zamora, nos encontramos ante un verdadero proceso preliminar, donde realmente no existen demandante ni demandado, pues ni siquiera hay pretensión concreta.

"Por proceso preliminar habríamos de entender —apuntó Alcalá-Zamora— el conjunto de actuaciones desmenuzadas con anterioridad a la demanda de fondo y relacionadas con el proceso principal en virtud de factores que mudan según la finalidad perseguida por aquél."¹²

En el proceso preliminar —explica Alcalá-Zamora—, de cierta forma los actos implican "el anuncio o exteriorización de un propósito de litigar acerca del fondo".¹³

Prácticamente, este proceso preliminar tiene una fase administrativa —cuando se funde con la instrucción policial o averiguación previa— y una fase judicial (cuando se funde con la instrucción judicial penal).

En lugar de actor, tendríamos un promotor o iniciador. El proceso comienza con simples instancias y solicitudes.

Todavía en la reforma constitucional de 1983 al CFFP se estableció que dentro del periodo de averiguación previa (antes de la instrucción judicial), el Ministerio Público debe realizar los actos tendientes a demostrar los datos que conduzca al pago de la reparación del daño (art. 2 fracción III CFFP).

Igualmente se estableció en esa reforma que el Ministerio Público debe notificar al "ofendido" el no ejercicio de la acción. Como se advierte, hasta aquí no se ha promovido la acción civil resarcitoria, pues ni se ha llamado al tribunal judicial. Por lo que en este sentido la facultad del Ministerio Público resultó demasiado amplia.

Usualmente, cuando el Ministerio Público provoca la actividad jurisdiccional para resolver el litigio penal, afirma que ejercita tanto la "acción penal" como la "acción civil", y con ello expresa que en una etapa posterior, se presentará la concreta pretensión civil derivada del delito.

Aunque nuestra ley resulta mezquina —esto es, rala o insuficiente—, es posible afirmar que es aquí donde se da con mayor énfasis la intervención del presunto ofendido. Aquí se constituye "coadyuvante" (en realidad, parte civil), declara y ofrece pruebas, sin que se precisen con exactitud las pretensiones reparadoras.

¹² Alcalá-Zamora y Castillo, Nieto, *En torno a la acción del proceso preliminar*, pág. 488.

¹³ *Ibidem*, pág. 488.

Los actos principales ocurridos en la instrucción penal no parecen influir de forma notoria en el enjuiciamiento resarcitorio. Así, no encontramos relaciones para con la orden de presentación, la declaración preparatoria y el auto de procesamiento definitivo, entre otros.

El cierre de la instrucción penal da a la vez por concluido el proceso preliminar resarcitorio, para que luego de lo que Alcalá-Zamora llama *vacación interprocesal*, surja la apertura del proceso principal.

43.5.2 Proceso principal

Fase a la menguada reglamentación y paupérrima jurisprudencia, no resulta difícil atisbar que en las fases del proceso principal aparece bien claro el periodo postulatorio o *expositivo* (demanda y contestación) prácticamente han desaparecido el periodo *probatorio* —que se ha anticipado y tramitado en el proceso preliminar— y el periodo *conclusivo* (alegatos, que es casi desconocido en la praxis diaria y la sentencia).

A. DEMANDA

Ya en otro lugar dejamos aclarado que las llamadas conclusiones acusatorias que presenta el Ministerio Público al tribunal, se refieren exactamente a lo que en derecho procesal se conoce como *demanda*.

Es precisamente aquí, en las conclusiones acusatorias, donde el Ministerio Público debe indicar los elementos fácticos y jurídicos (*causa petendi*) en que se funda su pretensión civil resarcitoria del daño, la que ha de plantear con precisión.

La ley establece que debe fijar en proposiciones concretas su solicitud de reparación de daños y perjuicios, citar leyes y jurisprudencia aplicables al caso. En este punto se imponen algunas reflexiones.

En ninguna de las disposiciones de la Constitución se monopoliza al sujeto actor, y tampoco se monopoliza la presentación de la demanda civil resarcitoria por parte de algún sujeto especial. Es sólo la ley secundaria la que establece que de manera *exclusiva* le corresponde al Ministerio Público pedir la reparación del daño (art. 2 fracc. III CPPDF).

Cabe llamar la atención al hecho de que no todas las leyes ordinarias, por ejemplo, de otras entidades federativas, siguen el lineamiento de la districial. Así, la ley de Coahuila establece que la reparación del daño sólo puede im-

nerse por solicitud de "quien tenga derecho a ella" (art. 68 del Código de Procedimientos Penales).

El Código de 1929 estableció que no sólo el Ministerio Público propendría la demanda, sino también el *presunto damnificado*. En cambio, la ley actual lógicamente desplazó y eliminó al actor material y al verdadero titular del derecho civil.

"El legislador —apunta García Ramírez— le otorgó el carácter de 'pena pública' para provocar la mayor atención hacia la víctima de delito, al depositar en manos del Ministerio Público la acción reparadora. El mismo propósito se lograría, con rectitud técnica, si se confiase al ofendido la acción principal, y al Ministerio Público la subsidiaria."²⁰

No está por demás recordar que en el caso de la presentación de la demanda de manera exclusiva por el Ministerio Público, se *desplaza al presunto ofendido de la promoción de la misma*, lo que en nuestra opinión pugna con diversos instrumentos jurídicos internacionales.

En efecto, contradice al artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre ("toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos") y al artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (el de ser oída "para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter"); al artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones).

Al reflexionar sobre este cambio observado en nuestro sistema, donde de la acción privada se fue a la pública, con un excesivo y exclusivo monopolio del Estado (Ministerio Público), podemos pensar que se debió a un violento rechazo a la filosofía liberal individualista, para pasar al extremo opuesto, y no quedarse en lo meramente socialista, sino en lo totalitario.

El exagerado cambio de tendencias, como lo hemos visto con el paso del tiempo, no ha mejorado la administración de justicia penal, y continúa impediendo las mismas fallas que se advicieron para provocar el cambio.

Si la exageración del *laissez faire, laissez passer* impidió la apertura de procesos civiles resarcitorios en los casos que así lo justificaban, la exageración opuesta —de impedir al que aparece dañado que pida la apertura de un proceso civil resarcitorio—, también, ha impedido a los emotivamente interesados funcionarios (ya por su naturaleza o por su venalidad), lograr una verdadera justicia en este campo. Ello se traduce en que no siempre se abren o siguen procesos civiles resarcitorios en los casos en que realmente se amerita.

Otra reflexión en torno a la demanda deriva de una tesis expuesta por la Suprema Corte de Justicia. Aunque el Ministerio Público obra en el proceso

²⁰ García Ramírez, Sergio y Victoria Adato, *Procedimiento del derecho procesal penal mexicano*, pág. 562.

resarcitorio como representante del ofendido, al plantear su demanda *no se requiere que se "determine a la persona que tenga derecho a que le sean resarcidos los daños, ni impide se condene al inculcado a pagar los daños ocasionados por el delito que haya cometido"*,²² lo cual significa que el Ministerio Público puede demandar en representación de personas ignoradas, o incluso, que éstas ignoren que están siendo representadas en un proceso civil resarcitorio.

Como se advierte fácilmente, la razón de la Corte no es precisamente de índole civil, sino netamente penal: se debe condenar al pago del daño —aunque se desconozca quién es el damnificado— porque se trata de una pena pública.

Una última reflexión en torno a las pretensiones (que es en la demanda donde se concretan) deriva del artículo 48 del Código Penal, pues éste dispone que el juez podría acceder a la pretensión del presunto ofendido de que se *publique la sentencia*.

La publicación especial de sentencia, sobre todo en los casos en que es solicitada por el ofendido, tiene en favor de este último (normalmente) la característica de ser reparadora del daño, especialmente del daño moral.

Si se considera que esta pretensión del presunto damnificado no difiere en cuanto a las que propone el Ministerio Público, la interrogante sería ¿habrá acaso posibilidad de que se presenten dos demandas? y, de ser así, ¿estas están acumuladas?

B. CONTESTACIÓN

Entendida la naturaleza de la demanda civil resarcitoria, resulta más fácil comprender la contestación, pues ésta se da en las llamadas *conclusiones de la defensa* y es precisamente el instrumento en el que se presenta la posibilidad de contradecir y contrapretender.

Por desgracia, nuestro legislador ha sido tan negligente y desarticulado en la reglamentación, que deja multitud de problemas sin solucionar.

Se nos ocurre, por ejemplo, cuestionarnos si el civilmente demandado puede pedir que se llame a un tercero en garantía para que se presente a proceso. En los casos de responsabilidad subsidiaria del Estado, ¿puede éste ser llamado subsidiariamente, para que comparezca al proceso y que en caso de que no pague el deudor principal, pague el deudor subsidiario?

En el caso de omitir presentar contestación a la demanda, no establece nuestra ley para este enjuiciamiento la sanción de considerar como aceptados los hechos de la demanda.

²² AD 32785 Ia, Sala, 6a, época Vol. XCVIII, 36a, parte, pág. 71.

En lo que hace a las excepciones oponibles (especialmente las sustanciales), resultan operantes todas aquellas que neutralicen o anulen el derecho sustancial aducido por el actor. Tal podría ser el pago.

Aunque la ley no lo establece, los tribunales han sostenido que tampoco procede la compensación. De cualquier manera, el código de 1871 (art. 367) fue más claro, pues sólo la aceptó en aquellos casos en que la cosa usurpada se hubiera restituido.

C. PRUEBAS

El período o fase de pruebas que normalmente debía suceder a la demanda y contestación, prácticamente se ha nulificado en el proceso civil resarcitorio.

Nuestras leyes (arts. 9 CPPDF y 141 CFPP) no sólo facultan al Ministerio Público, sino también al presunto ofendido o la víctima para aportar pruebas, pero de acuerdo con la sistemática de la ley, éstas deben proponerse y desahogarse en el proceso preliminar (instrucción) y no en el principal.

Acaso los artículos 318 del CPPDF y 306 del CFPP dan la posibilidad de probar después de conclusiones. Así, la última disposición citada establece que "*podrán repetirse las diligencias de prueba que se hubieren practicado durante la instrucción, siempre que fuere necesario y posible juicio del tribunal y hubieren sido solicitados por las partes...*"

"Totalmente heterogéneo respecto del objeto del proceso de esta clase —explica Prieto-Castro— es el objeto civil aducido (la acción civil proveniente del delito o la falta). Este objeto no tiene por qué depender de las normas rígidas del proceso penal, pero se beneficia de la enorme libertad de apreciación probatoria que existe en él."²²

D. ALEGATOS

Concluido, en su caso, el desahogo de pruebas, la fase conclusiva se inicia con los alegatos (en España, conclusiones de bien probado).

Aquí conviene recordar que no sólo el Ministerio Público es quien puede alegar, sino también el presunto damnificado o su representante (art. 70 CPPDF).

43.6 SENTENCIA

La sentencia es el acto y la decisión pronunciada por el tribunal mediante la cual da solución al fondo controvertido. Es una fórmula compositiva del litigio.

²² Prieto-Castro, Leonardo, *Derecho procesal*, pág. 98.

Tal vez la congruencia y la exhaustividad sean las reglas principales a que ha de cofirmarse la sentencia.

La congruencia, especialmente con las pretensiones, implica una vinculación entre la decisión y lo pedido.

En torno a este punto, la Suprema Corte de Justicia ha pronunciado tesis interesantes, según las cuales la pretensión del presunto damnificado es el límite de la decisión. Así, no puede condenarse a cantidad mayor que la reclamada por el ofendido.

"El juzgador está obligado a regular su arbitrio en esta materia atendiendo a la extensión del daño, pruebas existentes y capacidad del obligado a repararlo, por lo que infringe garantías cuando condena excediéndose de la suma señalada por el propio damnificado..."²³

En sentido similar se ha pronunciado un Tribunal Colegiado de Circuito.

"Es correcta la apreciación de la autoridad responsable, en la resolución reclamada, en el sentido de que la condena a la reparación del daño, en cuanto al monto, no tiene por qué rebasar las pretensiones de la ofendida."²⁴

Aunque sí bien es cierto que estas resoluciones serían entendibles en el proceso civilizado o privatizado (donde se tiende a la disponibilidad), no creemos que pudieran ocurrir en el penalizado (donde se tiende a lo inquisitivo), puesto que ello implicaría vincular al tribunal a la decisión o pretensión del particular, sobre todo cuando no es éste el facultado para pedir "penas".

Por otro lado, aunque la sentencia civil reparadora se dicta por regla general, en la misma pieza en que se dicta la sentencia penal, deben diferenciarse sus contenidos y a la vez tener presente sus relaciones.

Dada la relación entre ambas sentencias, en nuestra opinión deberá resolverse primero (normalmente) la existencia o inexistencia del delito. Si se declara el delito, se puede pasar a examinar la responsabilidad civil.

Aunque la Suprema Corte de Justicia ha sido muy incongruente en estas decisiones (hecho del que ya se ha ocupado Gutiérrez y González), conviene reiterar que a nuestro juicio, no es necesario que exista responsabilidad penal para que se declare la responsabilidad civil.

En 1926 la Suprema Corte de Justicia resolvió: "La resolución que se dió en un proceso, declarando que ha prescrito la acción penal, no impide hacer efectiva la responsabilidad civil proveniente del delito; y por tanto, en nada afecta la suerte del incidente respectivo..."²⁵

Pero en 1947 resolvió que "la responsabilidad civil proveniente del delito, es una consecuencia inevitable de la penal..."²⁶

²³ AD 674478 la Sala, Informe 1939, pág. 59.

²⁴ AD 479467, tomo de Mayo-Edición, Tribunales Colegiados de Circuito en Materia Penal t. II, pág. 295, tesis 1073.

²⁵ Gutiérrez y González, Ernesto, Derecho de las obligaciones, págs. 631 a 633.

Es decir, en un caso se exigió la responsabilidad penal y en el otro no.

Posteriormente (1969), dictó una resolución en la que implícitamente da a entender que *el actor puede reclamar la responsabilidad objetiva*. Esto es, que si de acuerdo con el riesgo creado debe cubrirse el daño a pesar de la irresponsabilidad penal, resulta entonces que se puede hacer efectiva la responsabilidad civil, siendo innecesario que se declare responsabilidad penal.²⁶

Al respecto, Fix Zamudio señala que "existen casos en que se puede condenar al inculpaado a resarcir daños de carácter civil aun en el supuesto de que no se imponga pena alguna (como ocurre por ejemplo en los casos de exención de responsabilidad criminal por legítima defensa, estado de necesidad, etc.)."²⁷

Un elemento con el que no siempre cumplen nuestros jueces es el *declarar el pago*, en caso de que así halla ocurrido. Es frecuente que durante el curso del juicio se pague el daño causado, y que los jueces, con base en eso, expresen en su sentencia que se les *absuelve del pago del daño*.

En el orden lógico, esta decisión es incorrecta, pues el juez debe *declarar el pago y no absolver*. En cierto sentido así se pronunció el Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Penal.²⁸

Debe destacarse también el criterio de la Suprema Corte de Justicia, según el cual, en los casos en que proceda condenar al resarcimiento del daño, aun cuando no exista responsabilidad penal, debe hacerse por el mismo tribunal penal.

"La sentencia penal absolutoria no siempre representa la absolución respecto a la responsabilidad civil. En el Código de 1894 ya se establecía esta conclusión, salvo tres casos de excepción. . . . No toda excluyente de responsabilidad penal es excluyente de la civil, ya que las primeras, no siempre representan un obrar conforme a derecho, sino que muchas de ellas son causa de inimputabilidad o inculpabilidad que obligan a la reparación civil. El juez o tribunal que decreta la absolución penal debe en todo caso hacer una declaración en relación con la responsabilidad civil. Para este último principio de la esencial unidad del poder de jurisdicción fundamenta el que continúe en el juez penal la competencia jurisdiccional para condenar, en su caso, a indemnizar, a pesar de que se absuelva penalmente. La absolución por haber obrado el quejoso en estado de legítima defensa real, resuelve igualmente la irresponsabilidad civil; pero en cambio el miedo grave o temor fundado y los casos de presunción de legítima defensa previstos en los dos últimos párrafos de la fracción III del artículo 15 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, cuando son procedentes, culminan en una absolución penal pero obligan a la reparación del daño causado, que igualmente debe decretar el juez o tribunal que conozca del caso concreto. . . ."²⁹

²⁶ Apéndice 1877-1983, Sala Penal, tesis relacionada núm. 230, pág. 486. En lo competencial, esta tesis parece contraria a la que en otro lugar citamos (sup. 41, nota 59).

²⁷ Fix Zamudio, Héctor, *El juicio de compare*, pág. 35.

²⁸ AD 24270, tomado de Mayo Ediciones, *Tribunales Colegiados*, t. I, Penal, pág. 302, tesis 1097.

²⁹ AE 4050/93, Tomado de Sofía Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, t. V, *Obligaciones*, vol. II, págs. 156 y 156.

43.7 COSA JUZGADA

Al exponer Barrios de Angelis el tema de la cosa juzgada, explica que ésta significa la *pretensión de verdad* (del juicio o conclusión que remata el razonamiento), de *autoridad* (por cuanto que el Estado reconoce esa autoridad), y de *permanencia* (en la medida en que es durable y, por tanto, inviolable).

“La *exceptio iudicati* —prosigue Barrios de Angelis— es la manifestación extensible de la pretensión de la autoridad y de la permanencia, excluyente de todo nuevo pronunciamiento sobre el mismo objeto (entre los mismos sujetos, agrega la doctrina).”¹²⁸

En realidad, el tema de la cosa juzgada adquiere mayores dimensiones cuando planteamos la existencia de sentencias equivocadas o injustas, que normalmente son fenómenos ficticios pero no jurídicos.

En el campo civil resarcitorio, varias son las interrogantes que podemos plantear, pero la principal —refiriéndonos a la pretensión de permanencia— sería: *¿es posible que en caso de absolución en sede penal, se pueda abrir, continuar y resolver otro proceso en sede civil?*

Aunque la respuesta a la interrogante no parece ser clara en nuestra ley, han sido los tribunales, principalmente los de amparo, los que en diversas ocasiones le han dado respuesta.

Como en casi todo lo relativo al proceso civil resarcitorio, las respuestas de la Suprema Corte de Justicia han sido incoherentes y contradictorias. En algunos casos, ha sostenido que la absolución en lo penal *no prohíbe el proceso en la sede civil*.

“Puede exigirse al acusado (la responsabilidad civil), ya sea que en el proceso criminal se le absuelva o se le condene, por tanto no se afectan los intereses de carácter civil del acusado o denunciante, porque se declare que no hay delito que perseguir.”¹²⁹

En otros casos, la propia Corte ha sostenido criterio en contrario, *al negar la posibilidad del proceso en sede civil, si ya fue resuelto en sede penal*:

“Cuando en un proceso penal se condene al acusado al pago de la reparación del daño en una cantidad, menor que la reclamada por el ofendido, éste carece de acción, si la resolución ha causado estado, para entablar demanda civil por la parte que a su juicio no fue cubierta, porque al admitir ese derecho de la parte agraviada, se estaría en el caso prohibido por el artículo 23 constitucional, porque equivaldría a juzgar dos veces por los mismos hechos.”¹³⁰

¹²⁸ Barrios de Angelis, *Dante. Teoría general de proceso*, págs. 205 a 208.

¹²⁹ *Apendice al Tomo XXVII del SJP*, pág. 1700.

¹³⁰ *Ad 588754* 1a. Sala, *Boletín 7907*, pág. 256.

Sin lugar a dudas, la respuesta todavía está por darse, sobre todo cuando se tienen en cuenta otros problemas de orden práctico no abordados por la jurisprudencia.

El caso que nos viene a la mente es de singular importancia porque del mismo derivan dos respuestas diversas. En una primera hipótesis, los presuntos damnificados se constituyen como parte civil en el proceso resarcitorio como "coadyuvantes", y luego consenten la sentencia desestimatoria de la reparación del daño; en la segunda hipótesis, los damnificados que ni siquiera se apersonaron a la sede penal, y tampoco supieron de la existencia del proceso civil resarcitorio tramitado.

En la primera hipótesis, habría claro caso de cosa juzgada, máxime cuando ni siquiera se combatió la absolución mediante el amparo casacional, como medio impugnativo, donde el presunto-damnificado tiene reconocida la calidad de parte formal.

En la segunda hipótesis se puede argumentar que no puede fácilmente decirse la cosa juzgada, pues aunque los damnificados eran sujetos del litigio, eran ignorantes de ese juicio, al que ni siquiera se apersonaron, ni fueron llamados.

Pero por otro lado, la afirmación de que eran ignorantes no necesariamente sería el razonamiento, puesto que el representante (Ministerio Público) *actó por cuenta de los representados* (los damnificados), aun cuando éstos ignoraran que habían sido representados.

Otro caso, sin respuesta firme, que se nos ocurre, consiste en saber qué sucede cuando existiendo litisconsorcio pasivo, se suspende el proceso por lo que hace a un litisconsorte (V. gr. porque huye), y continúa y resuelve por el otro litisconsorte. Si al primer sentenciado se le absuelve en el pago, y se declara que no existe daño, ¿podrá alegar el segundo, luego de reanudarse su proceso, la cosa juzgada?

43.8 EJECUCIÓN

La función jurisdiccional termina en la sentencia; lo demás, en todo caso, sólo podrá ser actividad judicial, mas no jurisdiccional. De esta manera, no es posible hablar de *proceso de ejecución*, ya que en el mejor de los casos sería *ejecución procesal*.

"Podemos definir la ejecución civil en el proceso penal —dice lais Bramont— como el *procedimiento que regula el proceso de ejecución civil en todo caso, la ejecución procesal que tiende a actuar la sanción civil pecuniaria*

derivada de la comisión de un delito, tiene o no apoyado esta responsabilidad penal para el ejecutado.¹⁰⁰

Desafortunadamente, la definición precedente sólo se queda en lo meramente pecuniario, cuando hay otros casos civilmente sancionados, tal sería la nulidad de matrimonio en el caso de bigamia, la nulidad de un documento cuando es falso, la publicación de sentencia a título de reparación moral, etcétera.

Es importante —e imperioso— regular el tema o contenido de la ejecución de condena civil pronunciada en sede penal. Así, el diverso tipo de condena civil puede matizar un procedimiento de ejecución específico.

De esta manera, no puede ser igual ejecutar la condena al pago del daño causado en un dolo en propiedad ajena, que ejecutar la condena consistente en mantener periódicamente a los hijos procreados con motivo del estupro, que hacer la publicación especial de sentencia, que nulificar el segundo matrimonio en el caso de bigamia, etcétera.

Por lo pronto, advertimos que nuestra ley no establece reglas específicas para regular la ejecución de una sentencia que condene al pago del daño. Salvo la regla del código de Coahuila que dispone que la reparación del daño se hará efectiva por el juez del proceso conforme al Código de Procedimientos Civiles (art. 87), los códigos federal y distrital establecen la regla general según la cual la ejecución de sentencias irrevocables le corresponde al Poder Ejecutivo, y que para ello, a través de la autoridad fiscal y mediante el empleo de procedimiento económico-coactivo, se ejecutará la decisión (art. 31 CP).

Este procedimiento sería más entendible en el enjuiciamiento penalizado que en el civilizado, pues en este último no parece existir respuesta, ni vía de apremio, ni es permisible el juicio ejecutivo.

"Al romper definitivamente con la responsabilidad civil exigible por el ofendido o sus familiares —apuntaban Cericeros y Garrido, autores de la ley— se ha querido que el Estado imparta de modo directo su ayuda a las víctimas de la delincuencia, con un procedimiento análogo al que emplea para hacer efectiva la multa."¹⁰¹

"Efectuado el pago de la sanción pecuniaria (art. 533 CFFPP), en todo o en parte, la autoridad fiscal, dentro del improrrogable término de tres días, pondrá la cantidad correspondiente a la reparación del daño a disposición del tribunal, el que hará comparecer a quien tenga derecho a ella para hacerle entrega inmediata de su importe."

El derecho de ejecución prescribe en un año (art. 113 CP) y sólo se inte-

¹⁰⁰ Brancosi Arias, Luis. "Proceso penal (ejecución civil), en enciclopedia jurídica Oveba, pág. 604.

¹⁰¹ Berja Soriano, Manuel. Teoría general de las obligaciones, t. I, pág. 424.

rumpen por embargo (art. 115 CP), pudiéndose otorgar plazos para su pago (art. 39 CP).

En favor del ejecutado, nuestra Constitución establece que no podrá ser detenido por deudas civiles, e incluso no puede prolongarse su prisión por cualquier prestación en dinero, por causa de reparación civil o algún motivo análogo (art. 20 frac. X).

Los artículos 84 y 90 del CP conectan los sustitutos de pena de reclusión —condena condicional y libertad preparatoria— al pago del daño. Así, cuando se establece que para que surta efectos la condena condicional, se debe pagar el daño, lo que realmente ocurre es que con esto —lo dijo Chiovenda— “se utiliza la amenaza de pérdida del beneficio como medio de coacción para obtener el resarcimiento de los daños ocasionados”.³⁵

En realidad, la ejecución de sentencias relativas al daño civil delictual tras aparejado más fondo sociológico y económico que jurídico, pues *frente a la insolencia, no funcionan los mecanismos jurídicos, ni siquiera reduciendo a la esclavitud al deudor*. De nada sirve que el pago del daño, se le declare pública, si el deudor no tiene con qué pagar.

A fin de aliviar un tanto la situación, se han presentado algunas soluciones. Una de ellas consiste en que el dinero depositado para la caución garantice el pago del daño (arts. 417, 572 fracc. II CFPP y 35 CP). Por desgracia, esta fórmula se quebranta cuando el fiador no es el deudor, sino un tercero, o cuando no hay dinero para la caución.

Otra de las fórmulas se reduce a *organizar el trabajo del penado*, para que mediante descuentos a su salario se forme la bolsa que sirva para cubrir el daño (arts. 82 frac. I CP, 16 frac. I del Reglamento Interior de la Colonia Penal de las Islas Marias). Hay quien ha estimado que esta fórmula es inconstitucional.³⁶ A pesar de ello, la Suprema Corte de Justicia, con ponencia de Rivera Silva, estimó constitucional el embargo de salarios para este caso.³⁷

³⁵ Chiovenda, Giuseppe, *Principios de derecho procesal*, t. I, pág. 383.

³⁶ García Ramírez, Sergio, *La prisión*, págs. 156 y 157.

³⁷ AD 8076/81 1a. Sala, 8a. época, vol. LIX, 2da. parte, pág. 35.

CAPÍTULO
44

**MEDIOS IMPUGNATIVOS,
MEDIDAS CAUTELARES
E INCIDENTES**

SUMARIO

44.1 MEDIOS IMPUGNATIVOS

- A. OPOSICIÓN O RECONSIDERACIÓN ANTE EL PROCURADOR
- B. APELACIÓN
- C. AMPARO-CASACIONAL
- D. AMPARO BIINSTANCIAL

44.2 MEDIDAS CAUTELARES

- A. EMBARGO
- B. CONTRAGARANTÍA
- C. REIVINDICACIÓN PROVISORIA

44.3 INCIDENTES

de los recursos ordinarios, el recurso de apelación es el más conocido y textualmente concedido al presunto damnificado. De los mismos ordinarios la queja en su modalidad de denegada apelación, resulta operante. De manera similar, puede ocurrir que proceda la reposición del procedimiento, dada la extensión de las hipótesis que el artículo 388 del CFPF prevé en sus fracciones V y VI.

Como recurso extraordinario, no cabe la menor duda de que procede el amparo casacional.

Por último, en los medios impugnativos metaprocerales tampoco se duda del amparo *biinstancial* como proceso o juicio impugnativo.

La tramitación de los citados medios impugnativos, salvo los casos específicos a que nos referiremos, se regula por las mismas reglas que se establecen para los asuntos derivados de procedimientos penales.

Acaso merecen comentario especial dentro de los remedios, la reconsideración ante el Procurador, de los recursos ordinarios, el de apelación; y de los extraordinarios, el amparo casacional. Igual importancia reviste el amparo de doble instancia.

En el campo de los remedios, pensamos que los sujetos procesales pueden emplear tanto la aclaración, la revocación, así como la oposición o reconsideración (esta última ante el Procurador, a fin de que se promueva la acción luego de haberla rechazado).

Dentro de la línea de los recursos, sostenemos la procedencia tanto de los ordinarios como de los extraordinarios, no así los excepcionales.

Entre los ordinarios, el recurso de apelación es el más conocido y textualmente concedido al presunto damnificado. De los mismos ordinarios la queja en su modalidad de denegada apelación, resulta operante. De manera similar, puede ocurrir que proceda la reposición del procedimiento, dada la extensión de las hipótesis que el artículo 388 del CFPF prevé en sus fracciones V y VI.

Como recurso extraordinario, no cabe la menor duda de que procede el amparo casacional.

Por último, en los medios impugnativos metaprocerales tampoco se duda del amparo *biinstancial* como proceso o juicio impugnativo.

La tramitación de los citados medios impugnativos, salvo los casos específicos a que nos referiremos, se regula por las mismas reglas que se establecen para los asuntos derivados de procedimientos penales.

Acaso merecen comentario especial dentro de los remedios, la reconsideración ante el Procurador, de los recursos ordinarios, el de apelación; y de los extraordinarios, el amparo casacional. Igual importancia reviste el amparo de doble instancia.

En el campo de los remedios, pensamos que los sujetos procesales pueden emplear tanto la aclaración, la revocación, así como la oposición o reconsideración (esta última ante el Procurador, a fin de que se promueva la acción luego de haberla rechazado).

Dentro de la línea de los recursos, sostenemos la procedencia tanto de los ordinarios como de los extraordinarios, no así los excepcionales.

Entre los ordinarios, el recurso de apelación es el más conocido y textualmente concedido al presunto damnificado. De los mismos ordinarios la queja en su modalidad de denegada apelación, resulta operante. De manera similar, puede ocurrir que proceda la reposición del procedimiento, dada la extensión de las hipótesis que el artículo 388 del CFPF prevé en sus fracciones V y VI.

Como recurso extraordinario, no cabe la menor duda de que procede el amparo casacional.

Por último, en los medios impugnativos metaprocerales tampoco se duda del amparo *biinstancial* como proceso o juicio impugnativo.

La tramitación de los citados medios impugnativos, salvo los casos específicos a que nos referiremos, se regula por las mismas reglas que se establecen para los asuntos derivados de procedimientos penales.

Acaso merecen comentario especial dentro de los remedios, la reconsideración ante el Procurador, de los recursos ordinarios, el de apelación; y de los extraordinarios, el amparo casacional. Igual importancia reviste el amparo de doble instancia.

En el campo de los remedios, pensamos que los sujetos procesales pueden emplear tanto la aclaración, la revocación, así como la oposición o reconsideración (esta última ante el Procurador, a fin de que se promueva la acción luego de haberla rechazado).

Dentro de la línea de los recursos, sostenemos la procedencia tanto de los ordinarios como de los extraordinarios, no así los excepcionales.

Entre los ordinarios, el recurso de apelación es el más conocido y textualmente concedido al presunto damnificado. De los mismos ordinarios la queja en su modalidad de denegada apelación, resulta operante. De manera similar, puede ocurrir que proceda la reposición del procedimiento, dada la extensión de las hipótesis que el artículo 388 del CFPF prevé en sus fracciones V y VI.

Como recurso extraordinario, no cabe la menor duda de que procede el amparo casacional.

Por último, en los medios impugnativos metaprocerales tampoco se duda del amparo *biinstancial* como proceso o juicio impugnativo.

La tramitación de los citados medios impugnativos, salvo los casos específicos a que nos referiremos, se regula por las mismas reglas que se establecen para los asuntos derivados de procedimientos penales.

Acaso merecen comentario especial dentro de los remedios, la reconsideración ante el Procurador, de los recursos ordinarios, el de apelación; y de los extraordinarios, el amparo casacional. Igual importancia reviste el amparo de doble instancia.

En el campo de los remedios, pensamos que los sujetos procesales pueden emplear tanto la aclaración, la revocación, así como la oposición o reconsideración (esta última ante el Procurador, a fin de que se promueva la acción luego de haberla rechazado).

Dentro de la línea de los recursos, sostenemos la procedencia tanto de los ordinarios como de los extraordinarios, no así los excepcionales.

Entre los ordinarios, el recurso de apelación es el más conocido y textualmente concedido al presunto damnificado. De los mismos ordinarios la queja en su modalidad de denegada apelación, resulta operante. De manera similar, puede ocurrir que proceda la reposición del procedimiento, dada la extensión de las hipótesis que el artículo 388 del CFPF prevé en sus fracciones V y VI.

Como recurso extraordinario, no cabe la menor duda de que procede el amparo casacional.

Por último, en los medios impugnativos metaprocerales tampoco se duda del amparo *biinstancial* como proceso o juicio impugnativo.

La tramitación de los citados medios impugnativos, salvo los casos específicos a que nos referiremos, se regula por las mismas reglas que se establecen para los asuntos derivados de procedimientos penales.

Acaso merecen comentario especial dentro de los remedios, la reconsideración ante el Procurador, de los recursos ordinarios, el de apelación; y de los extraordinarios, el amparo casacional. Igual importancia reviste el amparo de doble instancia.

En el campo de los remedios, pensamos que los sujetos procesales pueden emplear tanto la aclaración, la revocación, así como la oposición o reconsideración (esta última ante el Procurador, a fin de que se promueva la acción luego de haberla rechazado).

A. OPOSICIÓN O RECONSIDERACIÓN ANTE EL PROCURADOR

La *oposición*, también conocida como *reconsideración* en otros lugares, es un remedio procesal prácticamente desconocido en nuestro campo.

Al igual que la revocación, la oposición o reconsideración está orientada a dejar sin efecto la resolución impugnada. Sin embargo, lo que cambia es la *secuencia operativa* del medio impugnativo. Mientras que en la revocación la *secuencia procesal* se configuraría por una audiencia o *due process*, luego la resolución, y enseguida la impugnación, en el caso de la oposición tendríamos primero la resolución, después la impugnación, en la que puede darse la llamada garantía de audiencia.

Durante la oposición, se "oír al interesado", y "el funcionario que la hubiere impuesto resolverá desde luego lo que estime procedente".

Aunque este remedio es desconocido contra actos judiciales esencialmente penales o civiles resarcitorios, no resulta ausente contra cierto actuar negativo del Ministerio Público en la averiguación previa, pero que de alguna manera repercutirá en la pretensión civil resarcitoria, especialmente en el enjuiciamiento penalizado.

Así, el artículo 133 (CFPP) establece que en el caso de que el Ministerio Público decida no promover la acción, el que se considere ofendido puede ocurrir ante el Procurador dentro de los siguientes 15 días para que resuelva en definitiva si es o no de promoverse la acción.

A este medio de control del ejercicio de la acción, Briseño Sierra lo ha considerado un *recurso de queja*, y García Ramírez como un *recurso administrativo*, es decir, una reconsideración administrativa.¹

Trátase en este caso de un remedio y no de un recurso, supuesto que el único que puede decidir el no ejercicio de la acción es el Procurador y no los subalternos. De manera que si el Procurador decide no promover la acción, contra esta determinación procede la oposición o reconsideración administrativa.

No obstante, puede dársele el tratamiento de *revisión administrativa*, para cuando el agente subalterno, arbitrariamente se niega a promover la acción, pues en este caso se recurre ante el órgano superior.

B. APELACIÓN

El viejo código distrital de 1894 permitió a la parte civil apelar (art. 478), facultad que se reiteró en el código de 1931 (art. 417 frac. III), no así en la original

¹ García Ramírez, Sergio. *Curso de derecho procesal penal*, págs. 173 y 228.

codificación federal, sino hasta 1986-1987, cuando por modificación se le permitió al presunto damnificado apelar.

De cualquier manera, en este punto la ley no hace remisión a la codificación civil, lo que significa que el ritual se seguirá conforme a los lineamientos de la apelación penal, sea que el enjuiciamiento sea privatizado o penalizado. No ocurre lo mismo con la ley federal, que establece como supletorio a la ley procesal civil.

Pese a esta tradición legal, en los tribunales judiciales ni en la doctrina proveniente de mexicanos encontramos criterios que sirvan para formar un sólido marco teórico de este recurso en el proceso civil resarcitorio. No parece ocurrir lo mismo con el código de Coahuila, que con mayor claridad que el federal hace remisión expresa a la ley procesal civil, la que ya ha sido objeto de acuciosos estudios.

Esta posibilidad de admitir el recurso de apelación interpuestos por el presunto damnificado no fue bien vista por Piña y Palacios, quien afirmó que si lo hiciera "sería tanto como concederle el ejercicio de la acción penal".²

La Suprema Corte de Justicia parece haberse plegado al criterio de Piña y Palacios, al llegar a sostener en el caso de Eugenio Mejía, que "en términos de lo preceptuado por el artículo 20 del Código Penal Federal, la reparación del daño que debe ser hecha por el acusado tiene el carácter de pena pública, lo que significa que en la aplicación del principio de división de funciones procesales consagrado en el artículo 31 constitucional, que establece el monopolio de la acción penal por parte del Ministerio Público, es a éste a quien concierne pedir la reparación del daño y no al particular ofendido; de manera que si la Representación Social no se inconformó del monto fijado por el juez de primera instancia... ante esa ausencia de impulso de la parte a la que constitucionalmente le corresponde pedir la aplicación de las penas, el Tribunal de Alzada se encontraba jurídicamente imposibilitado de modificar esos aspectos de la sentencia condenatoria apelada".³

Este deshumanizado criterio de la Suprema Corte de Justicia nos parece incorrecto, no sólo porque después de la época en que se pronunció la ley federal fue modificada en su artículo 490, sino porque en la resolución se confundió a la pretensión punitiva con la civil resarcitoria.

De cualquier manera, dentro del proceso civil resarcitorio podrán apelar: el Ministerio Público (en el enjuiciamiento penalizado), el presunto damnificado o su representante (tanto en el enjuiciamiento penalizado como en el civil privatizado), y el civilmente demandado y su defensor o procurador (en ambos enjuiciamientos) (arts. 418 y 540 CPPDF y 365 CFFP).

² Piña y Palacios, Javier, *Derecho procesal penal*, págs. 210 y 211.

³ AD 5853/71, 1a. Sala, *Informe 1972*, pág. 23.

Es pertinente agregar que respecto al presunto damnificado, sólo se le reconoce el derecho a apelar cuando se constituya como parte civil, es decir, cuando "éstos (los presuntos damnificados) coadyuvan en la acción reparadora" (art. 417 CPPDF), o cuando éstos "hayan sido reconocidos por el juez de primera instancia, como coadyuvantes del Ministerio Público" (art. 365 CFFP).

El objeto del recurso (y no el fin u objetivo) no está bien definido en la ley. La ley distrital expresa que se puede apelar "sólo en lo relativo a ésta (acción reparadora)". La ley federal establece que "la apelación se contraerá al relativo a la reparación de daños y perjuicios y a las medidas precautorias conducentes a asegurarlas".

Nada se expresa en cuanto al efecto que produce la simple interposición del recurso. Sólo el artículo 540 del CPPDF, refiriéndose al juicio privatizado, señala que se admitirá en "ambos efectos", queriendo —a nuestro parecer— decir que en orden a la ejecución, en efecto *suspensivo* (suspende la ejecución de la resolución), y en orden a la jurisdicción (como le llamó Alcalá-Zamora), en efecto *devolutivo*.

No vale lo anterior para la ley federal, dada la remisión a la ley procesal civil.

La íntima conexión entre el procedimiento penal puro y el procedimiento civil resarcitorio, ha llevado a la Suprema Corte de Justicia a establecer a la vez, que en el caso de los agravios, aunque sean éstos deficientes, el tribunal de segunda instancia si puede de oficio *lequí* estamos en un medio de autocontrol *suplir* los agravios. Esta decisión surgió cuando el Tribunal Superior de Justicia se negó a suplir agravios, para lo cual adujo estricto derecho para lo civil, resolución que, como expusimos, fue revocada por la Suprema Corte de Justicia en amparo casacional.¹

Aunque con número de expediente anterior, pero resuelto posteriormente a la decisión anterior, la misma Suprema Corte de Justicia sostuvo que el concepto de violación debe estudiarse como se plantea, sin que haya posibilidad del *tribunal* para *suplir* nada.²

De cualquier manera, para el caso de que sea permisible la suplencia de agravios, dada la íntima relación con lo penal, tal suplencia sólo operará a favor del condenado, no así del damnificado. Lo que plantea un desequilibrio procesal entre el damnificado y el deudor.

C. AMPARO-CASACIONAL.

Obviando en mucho los marcos teóricos y conceptuales del amparo casacional, para nuestro enfoque sólo puntualicemos que se trata de un *recurso extraordinario*.

En el amparo-casación se plantea intraprocesalmente en otra instancia (no-

¹ AD 692558, 1a. Sala, *Boletín* 1868, pág. 151.

² AD 253158, 1a. Sala, *Gac. época*, vol. XXXIX, 2da. parte, pág. 28.

malmente sería la *tercera* una inconformidad entre el recurrente y la decisión del tribunal que ha resuelto en torno a la pretensión civil resarcitoria.

☞ A través del amparo-casación —amparo directo, en terminología legal— se revisa la legalidad del acto de autoridad, para que en su caso se anule el fallo o se reponga el procedimiento. En nuestro medio, procede contra las sentencias, ordinariamente de segunda instancia.

☞ De manera precisa y nítida, la Ley de Amparo reconociéndole plena calidad de parte al presunto damnificado —hecho que se empeña en negar la ley procesal penal—, lo faculta a convertirse en recurrente.

☞ Esta intervención del presunto damnificado como recurrente no proviene del siglo pasado, sino desde 1936 (poco después de que se le expulsara del proceso resarcitorio en primera instancia como parte formal), y fue ligeramente modificada en 1968.

☞ El civilmente demandado en el proceso civil resarcitorio tenía desde tiempo atrás su reconocimiento como recurrente, hecho que por lo pronto no merece mayor comentario, por haber sido muy estudiado.

☞ En el caso de la contraparte del recurrente, vale decir, lo que conocemos en derecho procesal como *recurrido*, también es conocido en la Ley de Amparo bajo el singular apelativo de *tercero perjudicado*.

☞ Por último, a diferencia de lo que normalmente ocurre en el amparo-casacional penal, en que puede recurrirse cualquier tiempo, no se presenta el mismo fenómeno en el amparo-casacional que deriva del proceso civil delictual, donde sólo se conceden 15 días para presentar el recurso.

D. AMPARO BIINSTANCIAL

Con el nombre de amparo biinstancial, amparo de doble instancia o juicio de amparo se regula un verdadero proceso o juicio impugnativo autónomo y, por tanto, diverso del proceso penal.

Como todo proceso, supone el accionar y la actividad jurisdiccional. Al tribunal le es llevada una controversia surgida entre alguno de los sujetos del proceso resarcitorio (presunto damnificado-presunto deudor); para con el órgano que ha decidido en dicho proceso (el órgano sería el que está conociendo de la pretensión civil resarcitoria).

☞ El demandante (quejoso, le llama la ley) plantea su demanda, y el demandado (autoridad responsable) contesta a través de lo que curiosamente se denomina “informe justificado”. Tras un período de pruebas y alegatos, el tribunal falla, resolviendo la controversia (concediendo o negando el amparo).

☞ En este tipo de juicio autónomo, los demandados siempre son órganos de autoridad, que en el caso que nos ocupa son el tribunal de primera instancia o el tribunal de segunda, que han dictado alguna resolución en el proceso civil resarcitorio.

☞ En cambio, el actor ha de ser la parte civil (presunto damnificado) o el ci-

oíblemente demandado. Llama la atención el hecho de que nuestros tribunales de amparo le hayan negado facultad (legitimación procesal) al Ministerio Público —en su calidad de representante del presunto damnificado— para concurrir como actor en el juicio de amparo.

44.2 MEDIDAS CAUTELARES

Con el afán de asegurar el pago de los daños y perjuicios, el legislador se ha dado a la tarea de establecer mecanismos asegurativos, entre los cuales encontramos a las medidas cautelares.

Aunque sin ser medidas de cautela, con anterioridad, nos hemos referido al caso del artículo 31 del Código Penal, dirigido especialmente a los conductores de vehículos, los cuales, según un reglamento aún latente —es decir, suspendido en su vigencia—, deben garantizar cualquier daño que podrían llegar a ocasionar en el supuesto caso de que cometieran un delito por "imprudencia".

Llama la atención el artículo 35 del CP al establecer que "los depósitos que garanticen la libertad cautelar se aplicarán al pago de la sanción pecuniaria...". Además a este artículo 359 CFPF, al preceptuar que cuando el tribunal fije el monto de la caución, deberá garantizar debidamente el monto de la responsabilidad del daño. Reitérase esto en el artículo 417 CFPF. A nuestro parecer, tales datos rememoran la *cautio iudicatum solvi* y la *cautio pro expensis*.

Aparece igualmente en nuestra ley (art. 271 frac. III CPPDF) que se condiciona la *sustitución de la privación provisional de la libertad por arraigo domiciliario*, siempre que se pacte un convenio de daños entre acreedor y deudor, en el que se establezca la forma de reparación.

En nuestra opinión, el campo de las medidas cautelares resulta más afortunado en la regulación cautelar que el propio proceso principal. Dicho de otro modo: el legislador puso más énfasis en garantizar el pago de los daños causados, que en el pago final de los mismos.

De esta manera —desde nuestro punto de vista— en nuestras leyes se presta un poco más de atención a las medidas cautelares, aunque esto no significa que la legislación sea completa u óptima.

En lo relativo al procedimiento privatizado, el problema legal parece estar resuelto al establecerse que tratándose de providencias precautorias será aplicable la ley procesal civil (arts. 538 CPPDF y 460 CFPF), pero quedan al descubierto las medidas precautorias que surjan del procedimiento penalizado, por lo que indudablemente tiene que recurrirse a la integración.

De la diversidad de medidas cautelares conocidas en el derecho procesal, son básicamente las *patrimoniales* o *asegurativas del pago* a las que se les han prestado atención, y es en torno a éstas que vamos a reflexionar.

Las medidas cautelares no son procedimientos, aunque pueden implicarlos (como expusimos en otro lugar), y deben diferenciarse de las definitivas,

tal como señaló Calamandrei. Es decir, que las medidas cautelares "nacen al servicio de una providencia definitiva, con el oficio de preparar el terreno y de aprestar los medios más aptos para su éxito".

Entre las características de las medidas cautelares anotemos su *provisoria* en el tiempo, el evitar que se agrave el daño marginal (trata de eliminar el *periculum in mora*), la urgencia y la posibilidad de ser alteradas o modificadas (no alcanzar la autoridad de cosa juzgada).

Si acaso se requiere un procedimiento para que la autoridad expida una de las medidas, tal procedimiento normalmente es *unilateral y sumariísimo*, como en algún momento expuso Costare.

A. EMBARGO

En lo que toca al embargo preventivo, implica la afectación o gravamen de bienes del presunto deudor para garantizar, en caso de eventual sentencia condenatoria, que se cumplirá.

En el fondo, supone un *temor*, ya sea de la autoridad o del presunto damnificado, de que el embargado pierda, oculte o se deshaga de su patrimonio y se torne insolvente.

Salvo en el caso del enjuiciamiento privatizado —en que hay suplencia de la ley procesal civil—, en el caso de los embargos que surjan del procedimiento penalizado, no parece que se puedan efectuar con anterioridad al proceso. No obstante, la regla del artículo 181 del CFPF que sólo regula medidas cautelares de naturaleza esencialmente penal.

Los viejos códigos establecieron que el embargo sólo podía decretarse *después* de dictado el auto de formal prisión, lo que hoy no se establece, por lo que no vemos inconveniente en que se decreta desde que el Ministerio Público insta por primera vez (y que dejamos visto como inicio del proceso preliminar).

Tampoco parece que el embargo se ordene de manera oficiosa por el tribunal, pues requiere la instancia, ya sea del Ministerio Público, del presunto damnificado o su representante, *estos últimos son quienes directamente lo pueden solicitar al tribunal* (arts. 186 y 149 CFPF y 35 CPPDF).

La ley distrital condiciona la orden de embargo a la prueba de la "necesidad de la medida" (art. 35), lo que implica satisfacer un previo procedimiento probatorio, donde se demuestren los datos que hagan presumir que el demandado procurará la insolvencia.

A la vez, se encuentran afectadas al pago del daño, las cauciones depositadas para garantizar el daño (arts. 35 CP, 558 y 569 CPPDF y 399 y 416 CFPF).

B. CONTRAGARANTÍA

Como medidas que aseguran la no ejecutabilidad de una medida cautelar principal (como puede ser el embargo), encontramos a las medidas de contragarantía, las cuales no resultan desconocidas en el proceso civil resarcitorio.

Así, para evitar el embargo, o hacer cesar sus efectos, la ley permite al ejecutado que a su vez constituya otra garantía (contragarantía).

"Se negará el embargo o se levantará el efectuado —establece la ley—, cuando el inculcado u otra persona en su nombre otorguen caución bastante, a juicio del órgano jurisdiccional, para asegurar la satisfacción de la responsabilidad de los daños y perjuicios causados" (art. 149 CFPF y 35 CPPDF).

Como se podrá advertir, esta contragarantía funciona como un sustituto de otra garantía: el embargo.

C. REIVINDICACIÓN PROVISORIA

Según el artículo 398 del CFPF, "cuando esté plenamente comprobado en autos el delito de que se trate, el funcionario que conozca del asunto dictará providencias necesarias, a solicitud del interesado, para asegurar sus derechos o restituirlo en el goce de éstos, siempre que estén legalmente justificados. Si se tratare de cosas, únicamente podrán retenerse, esté o no comprobado el cuerpo del delito, cuando a juicio de quien practique las diligencias, la retención fuere necesaria para la debida integración de la averiguación".

En los hipotéticos casos de delitos patrimoniales (por ejemplo, robo, fraude, abuso de confianza, etc.) el tribunal, con base en la transcrita disposición, puede disponer que el bien objeto del delito materia del proceso le sea entregado a quien se ostente como titular. Esta reivindicación del bien no puede considerarse definitiva, supuesto que no existe sentencia que declare quién es el propietario o poseedor (en el caso de que esté controvertida tal naturaleza); por tanto, la restitución sólo puede ser *provisoria*, y puede ser convalidada por la sentencia definitiva, en el caso de que sea condenatoria.

En otro apartado habíamos dicho que cuando el bien ha sido pagado o restituido durante el proceso, el tribunal no puede dictar sentencia absolutoria, sino que en todo caso —si el sentenciado es el responsable civil— debe declarar el pago o la restitución.

Si la cosa ya se restituyó provisoriamente y si acaso el sentenciado legalmente está obligado a restituir, el tribunal sólo debe declarar que la restitución provisoria se convalida, convirtiéndose en definitiva.

Si el sentenciado no está obligado a restituir, pero se restituyó provisoriamente la cosa al presunto ofendido, el tribunal debe hacer cesar la medida

cautelar de restitución provisoria, regresándole la cosa al que originalmente fue afectado con la medida cautelar.

Hemos de confesar que aún nos surge la duda acerca de si esta "reivindicación provisoria" es una medida cautelar (como la hemos presentado), o si trate de un *interdicto* regulado en sede penal, semejante al interdicto de *arbitraje*, caso este último en el que habría que precisar el procedimiento.

44.3 INCIDENTES

¿Un incidente dentro de otro incidente? ... Bueno, para quien costara creyendo que el proceso civil resarcitorio tiene la naturaleza de un "incidente", no estaría mal la interrogante anterior, pero para nosotros —ya lo hemos dejado aclarado—, el proceso civil resarcitorio no es un incidente, sino un verdadero proceso conexo al penal, dentro del cual pueden surgir y plantearse cuestiones incidentales.

Si al proceso resarcitorio lo consideramos proceso, no habrá razón para la precedente interrogante, de manera que, como veremos en este parágrafo, se resulta del todo imposible que surjan cuestiones incidentales dentro del proceso civil resarcitorio del daño; esto es, cuestiones que afecten la marcha normal del proceso civil resarcitorio.

El incidente (o *questio incidentis*) es la cuestión que surge al margen de la cuestión principal (o *questio principalis*), y que inclusive puede llegar a obstaculizar la continuación del asunto o seriación principal.

Mientras que la cuestión referente a la litis es la *cuestión principal* —en nuestro caso sería resolver las pretensiones civiles resarcitorias—, la *cuestión incidental* es una cuestión referente al orden del proceso; es decir, en una cuestión incidental se cuestiona la buena marcha del proceso.

Algunas de estas cuestiones incidentales pueden tramitarse y resolverse paralelamente al proceso principal, en tanto que otras tienen que resolverse previamente, sin posibilidad de que continúe siquiera con el procedimiento principal (a estos últimos se los conoce castizamente como "artículos de *previo* y especial pronunciamiento").

Salvando la clasificación de los incidentes, reflexionemos tan sólo en algunas de las cuestiones incidentales que se pueden llegar a plantear.

Exista, por ejemplo, el cuestionamiento de falta de capacidad o de legitimación, ya de las partes o representantes (falta de capacidad, legitimación o sus postulantes), de ciertos terceros, como en el caso de testigos o peritos, a través del procedimiento de "tachas", o del juzgador al estar impedido (utilizándose las vías de excusa o de recusación).

Debemos de indicar que en el campo de recusaciones derivadas de enjuiciamientos penalizados, la Suprema Corte de Justicia ha sostenido que no deben de tramitarse, puesto que el presunto damnificado "no es parte".⁶

Al cuestionarse la *validez de ciertos actos*, también se originan los procedimientos incidentales que tienden a nulificar notificaciones, emplazamientos o declaraciones de sujetos.

Más conocidos son los casos que dan lugar a la *suspensión o interrupción del proceso civil resarcitorio*, citando como ejemplo aquel en que habiéndose terminado con anterioridad el proceso civilizado, aún no esté por concluir el penal puro, en cuyo caso debe suspenderse el civil, hasta el momento en que se dicte la resolución penal (art. 491 CFFP).

Igualmente, varias cuestiones pueden dar lugar a la *terminación del proceso civil resarcitorio*. Citemos, por ejemplo, los casos de litispendencia, cosa juzgada, ciertos casos de renuncia y revocación de querrela penal, la prescripción o extinción del derecho civil, la renuncia al derecho (en el caso de enjuiciamiento privatizado) y, aunque no establecido en la ley, no es difícil pensar en el caso de la caducidad de la instancia.

Ni el derecho ni la pretensión procesal resarcitoria se extinguen por la terminación del proceso penal (casos de muerte del imputado penal, amnistía, indulto), y ello puede provocar *incidentes de declinatoria o inhibitoria*.

No es difícil encontrar a la vez los casos de *acumulación de procesos resarcitorios*, o *acumulación de diligencias de consignación en pago o garantía ante tribunales civiles*.

El *equivocar la vía o rama que debe seguirse*, es decir, la improcedencia de la vía, es otro ejemplo de cuestión incidental.

En suma, como podrá fácilmente advertirse, en el proceso civil resarcitorio no son del todo desconocidos los incidentes; lo que ocurre es que nuestro legislador ha sido pésimo en su regulación.

⁶ R-3040 Primera Sala, Boletín 1961, pág. 32.

BIBLIOGRAFÍA

- ABASCAL ZAMORA, JOSÉ MARÍA, *diversas voces en el Diccionario jurídico mexicano*.
- ACERO JULIO, *El procedimiento penal*, Cajica, Puebla, 1968.
- ADAME GODDAR, JORGE, "Historia del derecho", en *Diccionario jurídico mexicano*.
- AGUILERA DE PAZ, ENRIQUE, *Tratado de las cuestiones prejudiciales y previas en el procedimiento penal*, Hijos de Rosas, Madrid, 1917.
- AICALA ZAMORA Y CASTILLO, NICETO, "Acertis terminológicos e institucionales del derecho procesal hispánico", en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1974, t. II.
- , "Adiciones sobre doctrina y legislación española a la obra de James Goldsmith", en James Goldsmith, *Derecho procesal*, Labor, Barcelona, 1936.
- , "Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso", en *Estudios de Teoría general e historia del proceso*, Porrúa, México, 1974, t. I.
- , "Algunas observaciones acerca de la reforma procesal", en *Estudios de derecho procesal*, Góngora, Madrid, 1934.
- , "Algunas observaciones al proyecto de código procesal para el Distrito", en *Derecho procesal mexicano*, Porrúa, México, 1976, t. I.
- , "Causas y efectos sociales del derecho procesal", en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1974, t. II.
- , *Cuestiones de terminología procesal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1972.
- , "Diferencias entre la confesión y el informe de autoridades", en *Clínica procesal*, Porrúa, México, 1963.
-

- _____. "El antagonismo juzgador-partes", en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, Porrúa, México, 1974, t. I.
- _____. "El jurado popular", en *Derecho procesal mexicano*, Porrúa, México, 1976, t. I.
- _____. "El mandato de seguridad brasileño visto por un extranjero", en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1974, t. II.
- _____. "El nuevo código procesal penal del estado de Michoacán", en *Derecho procesal mexicano*, Porrúa, México, 1976, t. I.
- _____. "En torno a la noción del proceso preliminar", en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, Porrúa, México, 1974, t. I.
- _____. "En torno a tres cuestiones del enjuiciamiento criminal angloamericano", en *Clínica procesal*, Porrúa, México, 1963.
- _____. "Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción", en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, Porrúa, México, 1974.
- _____. "Esquematación de conceptos e instituciones procesales", en *Nuevos estudios de derecho procesal*, Técnicos, Madrid, 1980.
- _____. *Estampas procesales de la literatura española*, Ediciones Jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1961.
- _____. "Evolución de la doctrina procesal", en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1974, t. II.
- _____. "Examen crítico del código de procedimientos civiles de Chihuahua", en *Derecho procesal mexicano*, Porrúa, México, 1977.
- _____. "Exigencias de responsabilidad civil como consecuencia de la explosión de una fábrica", en *Derecho procesal mexicano*, Porrúa, México, 1977, t. II.
- _____. "Instituciones judiciales y procesales del Fuero de Cuenca", en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1974, t. II.
- _____. "Introducción al estudio de los procedimientos ordinarios en primera instancia en los países iberoamericanos", en *Nuevos estudios de derecho procesal*, Técnicos, Madrid, 1980.
- _____. "La excepción dilatoria de arribo del juicio", en *Estudios de derecho procesal*, Góngora, Madrid, 1934.
- _____. "La protección procesal internacional de los derechos humanos", en *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, UNAM, México, 1974.
- _____. "La regulación temporal de los actos procesales en el Código de 1932 D.F.", en *Derecho procesal mexicano*, Porrúa, México, 1976, t. I.
- _____. "La teoría general del proceso y la enseñanza del derecho procesal" en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, Porrúa, México, 1974, t. I.
- _____. "Las comunicaciones por correo, telégrafo, teléfono y radio", en *Estudios*

- de teoría general e historia del proceso, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1974, t. II.
- _____. "Legítima defensa y proceso", en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1974, t. II.
- _____. "Liberalismo y autoritarismo en el proceso", en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1974, t. II.
- _____. "Lo que debe ser el ministerio público", en *Estudios de derecho procesal*, Góngora, Madrid, 1934.
- _____. "Los conceptos de jurisdicción y de competencia en el pensamiento de Lozano", en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1974, t. I.
- _____. "Los recursos en nuestras leyes procesales", en *Estudios de derecho procesal*, Góngora, Madrid, 1934.
- _____. "Ministerio público y abogacía de Estado", en *Derecho procesal mexicano*, Porrúa, México, 1976.
- _____. *Miscelánea procesal*, UNAM, México, 1978, t. II.
- _____. "Momentos, figuras, preocupaciones y tendencias del procesalismo italiano", en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1974, t. II.
- _____. "Notas relativas al concepto de jurisdicción", en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, Porrúa, México, 1974, t. I.
- _____. "Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria", en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, Porrúa, México, 1974, t. I.
- _____. "Preocupaciones y directivas fundamentales del derecho procesal contemporáneo", en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1974, t. II.
- _____. "Principios técnicos y políticos de una reforma procesal", en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1974, t. II.
- _____. "Problemas procesales surgidos en causa penal por estafa, falsedad y abandono", en *Clínica procesal*, Porrúa, México, 1963.
- _____. *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Textos Universitarios, México, 1970.
- _____. "Síntesis del derecho procesal", en *Derecho procesal mexicano*, Porrúa, México, 1977, t. II.
- _____. "Solución de litigios por órganos no judiciales ni arbitrales en el derecho mexicano", en *Derecho procesal mexicano*, Porrúa, México, 1976, t. I.
- _____. "Trayectoria y contenido de una teoría general del proceso", en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1974, t. I.
- ALSINA, HUGO. *Defensas y excepciones*, Ediciones Jurídicas, Santiago de Chile, 1970.

- _____. *Las cuestiones prejudiciales en el proceso civil*, Ediciones Jurídicas, Santiago de Chile, 1970.
- _____. *Tratado de derecho civil y comercial*, Carrillo Hnos., Guadalajara, 1984, vol. 1, t. 1.
- ANÓNIMO, "Criminología y medicina legal", en *Revista criminológica*, vol. 7, Gobierno del Estado de México, Toluca, vol. 7, 1978.
- ARELLANO GARCÍA, CARLOS, *El juicio de amparo*, Porrúa, México, 1982.
- _____. *Prácticas jurídicas*, Porrúa, México, 1979.
- _____. *Teoría general del proceso*, Porrúa, México, 1983.
- ARELLA BAS, FERNANDO, *El procedimiento penal en México*, Editores Mexicanos Unidos, México, 1969.
- ARTEAGA NAVA, ELISUR, "Derecho constitucional estatal: la rama judicial", en *Reformas constitucionales de la renovación nacional*, Porrúa, México, 1987, compilador: Leonel Peréznieta.
- BARAJAS MONTES DE OCA, SANTIAGO, *Varias voces en el Diccionario jurídico mexicano*.
- BARIBIS DE ANGELIS, DANTE, *Teoría del proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1979.
- BAXANTE CEBDÁN, WILHEBALDO, *Los incidentes en el procedimiento civil mexicano*, Carrillo Hnos., Guadalajara, 1982.
- BEXTERA BAUTISTA, JOSÉ, *varias voces en Diccionario jurídico mexicano*.
- _____. *El fuero constitucional*, Jus, México, 1945.
- _____. *El proceso civil en México*, Porrúa, México, 1979.
- BETTORI, GIUSEPPE, *Instituciones de derecho penal y procesal*, Bosch, Barcelona, 1977.
- BLANCO F., "Ordalías", en *Enciclopedia jurídica Ornela*.
- BORJA OSORINO, GUILLERMO, *Derecho procesal penal*, Cajica, Puebla, 1969.
- BORJA SORIANO, MANUEL, *Teoría general de las obligaciones*, Porrúa, México, 1966.
- BRISÑO SIERRA, HUMBERTO, "Acción privada y acción pública en el proceso penal de los países americanos", en *Estudios de derecho procesal*, Cárdenas, México, 1980, t. 1.
- _____. "Actitudes que puede asumir el demandado", en *Estudios de derecho procesal*, Cárdenas, México, 1980, t. 1.
- _____. "Consideraciones generales sobre el Código procesal civil de Zacatecas", en *Estudios de derecho procesal*, Cárdenas, México, 1980, t. 1.
- _____. *Derecho procesal*, Cárdenas, México, 1969.
- _____. "El despacho sancionador", en *Estudios de derecho procesal*, Cárdenas, México, 1980, t. 1.
- _____. "El juicio sumario en la legislación mexicana", en *Estudios de derecho procesal*, Cárdenas, México, 1980, t. 11.

- _____. "El secretario judicial y el oficial mayor", en *Estudios de derecho procesal*, Cárdenas, México, 1980, t. II.
- _____. *Exhaustivo penal mexicano*, Trillas, México, 1976.
- _____. "Excepciones procesales", en *Estudios de derecho procesal*, Cárdenas, México, 1980, t. II.
- _____. "La sentencia de condena", en *Estudios de derecho procesal*, Cárdenas, México, 1980, t. I.
- _____. "Las condiciones de la impugnación", en *Estudios de derecho procesal*, Cárdenas, México, 1980, t. I.
- _____. "Los principios del derecho procesal", en *Estudios de derecho procesal*, Cárdenas, México, 1980, t. I.
- _____. "Reflexiones sobre las llamadas garantías individuales", en *Estudios de derecho procesal*, Cárdenas, México, 1980, t. II.
- BUNSTER ALVARO, "Reparación del daño", en *Diccionario jurídico mexicano*.
- BURGGA, IGNACIO, *Las garantías individuales*, Porrúa, México, 1968.
- _____. "Prólogo" a la obra de Rigoberto López, edición particular, México, 1959.
- CALAMANDREI, PIERO, "El juez y el historiador", en *Estudios de derecho procesal civil*, Ed. Bibliográfica, Buenos Aires, 1945.
- _____. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Ed. Bibliográfica, Buenos Aires, 1945.
- _____. "La definición de hecho notorio", en *Estudios de derecho procesal civil*, Ed. Bibliográfica, Buenos Aires, 1945.
- _____. "La distinción entre error in iudicando y error in procedendo", en *Estudios de derecho procesal civil*, Ed. Bibliográfica, Buenos Aires, 1945.
- CAPELLETTI, MAURO, "El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado", en *La justicia constitucional*, UNAM, México, 1987.
- CAPTANT, HENRI, *Vocabulario jurídico*, Depalma, Buenos Aires, 1979.
- CARDOSA ISAZA, JORGE, *Pruebas judiciales*, Librería del profesional, Bogotá, 1982.
- CARNELUTTI, FRANCESCO, *Cómo se hace un proceso*, Ed. Jurídicas, Santiago de Chile, 1979.
- _____. *Derecho y proceso*, EJEA, Buenos Aires, 1971.
- _____. *Principios del proceso penal*, EJEA, Buenos Aires, 1971.
- _____. *Sistema de derecho procesal civil*, UTEHA, Buenos Aires, 1944, t. I.
- CARRANCA Y RIVAS, RAÚL, *Derecho penitenciario*, Porrúa, México, 1974.
- CASSO Y ROMERO, IGNACIO y otros, *Diccionario de derecho privado*, Labor, Barcelona, 1950.
- CASTILLO DEL VALLE, ALBERTO, *Garantías individuales y amparo en materia penal*, México, Duero, 1992.
- CASTRO, JUVENTINO, *El Ministerio Público, funciones y disfunciones*, Porrúa, México, 1980.
- _____. *Lecciones de garantías y amparo*, Porrúa, México, 1974.

- CHIOVENDA, JOSÉ, *Principios de derecho procesal*, Cárdenas, México 1980.
- COLLINGSWOOD, RG., *Idea de la historia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1982.
- COLIN SÁNCHEZ, GUILLERMO, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, Porrúa, México, 1964, t. I.
- , *Derecho mexicano de procedimientos penales*, Baygráficas y ediciones, México 1967 t. II.
- CÓQUEBUS, JUAN E., *Diccionario selectivo de derecho y procedimiento penal*, Voluntad, Buenos Aires, 1967.
- CORTÉS FIGUEROA, CARLOS, *Introducción a la teoría general del proceso*, Cárdenas, México, 1974.
- COSACOV BELAUS, GUSTAVO, varias veces insertas en *Diccionario jurídico mexicano*.
- COUTURE, EDUARDO J., "Función del proceso en el 'Common law' y en la codificación", en *Estudios...*
- COUTURE, EDUARDO J., *Fundamentos de derecho procesal civil*, Ed. Nacional, México, 1981.
- , "Legitimación procesal del tercero coadyuvante", en *Estudios*.
- CUELLAR BERNAL, JAIME, "Intervención de terceros en el proceso penal", en *Revistas del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Librería del profesional, Bogotá, Vol. I, 1984.
- DELAPLAZA, MANUEL, *Derecho procesal civil español*, Revista de derecho privado, Madrid, 1965, Vol. II.
- DEL VECCHIO, GIORGIO, *Filosofía del derecho*, Bosch, Barcelona, 1969.
- DENTI VITTORIO, "Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador", en *Boletín mexicano de derecho comparado*, núms. 13 y 14, UNAM, México, 1972.
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, "Naturaleza y característica del testimonio de los terceros", en *Boletín mexicano de derecho comparado*, núms. 22 y 23, UNAM, México, 1975.
- , *Nociones generales de derecho procesal civil*, Aguilar, Madrid, 1966.
- , "Pruebas ilícitas", en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Librería del profesional, Bogotá, 1984.
- DÍAZ DE LEÓN, MARCO ANTONIO, *Diccionario del derecho procesal penal*, Porrúa, México, 1986.
- , *Teoría de la acción penal*, UNAM, México, 1974.
- , *Tratado sobre las pruebas penales*, Porrúa, México, 1982.
- DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO*, UNAM, México, 1982-1984.
- D'ONOFRIO, PAOLO, *Lecciones de derecho procesal civil*, Jus, México, 1945.
- DORANTES TAMAYO, LUIS, *Elementos de teoría general del proceso*, Porrúa, México, 1983.
- , "Teorías acerca de la naturaleza de la acción procesal", en *Revista de la*

- Facultad de Derecho, UNAM, XXX, núm. 117, UNAM, México, 1980.*
- DURÁN GÓMEZ, IGNACIO, *Código federal de procedimientos penales anotados*, Cárdenas, México, 1986.
- ESCHICHE, JOAQUÍN, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Librería de la Vda. de B., México, 1907.
- ESQUIVEL OBRIGÓN, TORIBIO, "Inquisición", en *Memoria del II Congreso de Historia del Derecho*, UNAM, México, 1980.
- FAIREN GUILLEN, VÍCTOR, "El anteproyecto de bases para Código procesal civil de 1966", en *Temas del ordenamiento procesal*, Técno, Madrid, 1969.
- _____, "El anteproyecto de bases para el Código procesal penal de 1967", en *Temas del ordenamiento procesal*, Técno, Madrid, 1969.
- _____, "El gravamen como presupuesto de los recursos", en *Temas del ordenamiento procesal*, Técno, Madrid, 1969.
- _____, "El proceso como función de satisfacción jurídica", en *Temas del ordenamiento procesal*, Técno, Madrid, 1969.
- _____, "Ideas para una teoría general del derecho procesal", en *Temas del ordenamiento procesal*, Técno, Madrid, 1969.
- _____, "La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español", en *Temas del ordenamiento procesal*, Técno, Madrid, 1969.
- _____, "La figura del juez", en *Temas del ordenamiento procesal*, Técno, Madrid, 1969.
- _____, "La reforma del proceso cautelar español", en *Temas del ordenamiento procesal*, Técno, Madrid, 1969.
- _____, "Líneas generales de un futuro procedimiento declarativo en primera instancia", en *Temas del ordenamiento procesal*, Técno, Madrid, 1969.
- _____, "Procesamiento, sobreesamiento, acusación", en *Temas del ordenamiento procesal*, Técno, Madrid, 1969.
- _____, "Prueba documental, prueba pericial y resoluciones sobre las mismas", en *Temas del ordenamiento procesal*, Técno, Madrid, 1969.
- FELLINI GANDULFO, ZULITA, varias voces en *Diccionario jurídico mexicano*.
- FIX ZAMUDIO, HÉCTOR, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, UNAM, México, 1974.
- _____, *El juicio de amparo*, Porrúa, México, 1984.
- _____, "El juicio de amparo y la enseñanza del derecho procesal", en *Metodología, docencia e investigación jurídica*, Porrúa, México, 1984.
- _____, "En torno a los problemas de la metodología del derecho", en *Metodología, docencia e investigación jurídica*, Porrúa, México, 1984.
- _____, "Introducción a los problemas de la enseñanza y la investigación jurídicas", en *Metodología, docencia e investigación jurídica*, Porrúa, México, 1984.
- _____, "La administración de justicia" en *Temas y problemas de la administración de justicia en México*, UNAM, México, 1982.
- _____, "La función constitucional del ministerio público", en *Temas y problemas de la administración de justicia en México*, UNAM, México, 1982.

- _____. "Reflexiones sobre la investigación jurídica", en *Metodología, docencia e investigación*, Porrúa, México, 1984.
- _____. "Setenta y cinco años de evolución del derecho comparado en la ciencia jurídica mexicana", en *Metodología docencia e investigación jurídica*, Porrúa, México, 1984.
- _____. Varias voces, en *Diccionario jurídico mexicano*.
- FLORES GARCÍA, FERNANDO. "Comentarios acerca del conocimiento privado del just en el derecho procesal mexicano", en *Revista de la Facultad de Derecho*, UNAM t. XXXVI, núm. 148, UNAM, México, 1986.
- _____. "La teoría general del proceso y el amparo mexicano" en *Revista de la Facultad de Derecho*, UNAM, t. XXXI, núm. 118, UNAM, México, 1981.
- _____. varias voces, en *Diccionario jurídico mexicano*.
- FLORIÁN, EUGENIO. *De las pruebas penales* Themis, Bogotá, 1976.
- _____. *Elementos de derecho procesal penal*, Bosch, Barcelona, 1984.
- FLORES MARGADANT, GUILLERMO. *Derecho romano*, Esfinge, México, 1965.
- _____. *Introducción a la historia del derecho mexicano*, Esfinge, México, 1976.
- _____. *Panorama de la historia universal del derecho*, Miguel Ángel Porrúa, México, 1983.
- FRANCO SODI, CARLOS. *Código de procedimientos penales*, Botas, México, 1946.
- GALINDO PUEL, REYNALDO. *Guía histórica de la ciencia del derecho*, UCA Editores, San Salvador, 1978.
- GALVÁN RIVERA, MARIANO. *Cursus sálpica mexicana*, Imprenta de Juan Navarro, México, 1850.
- GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO. *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, México, 1980.
- GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. "Características del enjuiciamiento penal militar", en *Estudios penales*, Esc. Nac. de Artes Gráficas, México, 1977.
- _____. *Cursus de derecho procesal penal*, Porrúa, México, 1974.
- _____. *Derecho mixto y derecho procesal*, Esc. Nac. de Artes Gráficas, México, 1975.
- _____. *Estudios penales*, Esc. Nac. de Artes Gráficas, México, 1977.
- _____. "La acción del proceso penal", en *Estudios penales*, Esc. Nac. de Artes Gráficas, México, 1974.
- _____. "La división en fases del procedimiento penal", en *Estudios penales*, Esc. Nac. de Artes Gráficas, México, 1974.
- _____. "La intervención del ofendido en el procedimiento penal", en *Estudios penales*, Esc. Nac. de Artes Gráficas, México, 1974.
- _____. "La libertad provisional del inculcado", en *Estudios penales*, Esc. Nac. de Artes Gráficas, México, 1974.
- _____. *La prisión*, Fondo de Cultura Económica, México, 1975.

- _____. *Legislación penitenciaria y correccional comentada*, Cárdenas, México, 1978.
- _____. *Los derechos humanos y el derecho penal*, SEP, México, 1976.
- _____. "Los límites de la jurisdicción penal", en *Estudios penales*, Esc. Nac. de Artes Gráficas, México, 1974.
- _____. "Noticia sobre el defensor en el derecho mexicano", en *Estudios penales*, Esc. Nac. de Artes Gráficas, México, 1974.
- _____. GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, *Proceso penal y derechos humanos*, Porrúa, México, 1982.
- _____. Y VICTORIA ADATO, *Proxulario del proceso penal mexicano*, Porrúa, México, 1980.
- GAXIOLA, JORGE, varias voces en *Diccionario jurídico mexicano*.
- GELSI BIDART, ADOLFO, "Modos extraordinarios de concluir el juicio", en *Boletín mexicano de derecho comparado*, núms. 22 y 23, UNAM, México, 1975.
- GOLDSMIDT, JAMES, *Derecho procesal civil*, Labor, Barcelona, 1936.
- _____. "Problemas jurídicos y políticos del proceso penal", en *Principios generales del proceso*, EJEA, Buenos Aires, 1961.
- _____. *Teoría general del proceso*, en *Principios generales del proceso*, EJEA, Buenos Aires, 1961.
- GÓMEZ LARA, CIPRIANO, *Derecho procesal civil*, Trillas, México, 1984.
- _____. *Teoría general del proceso*, UNAM, México, 1976.
- GONZÁLEZ BLANCO, ALBERTO, *El procedimiento penal mexicano*, Porrúa, México, 1975.
- GONZÁLEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSÉ, *Principios de derecho procesal*, Porrúa, México, 1971.
- _____. GONZÁLEZ OROPEZA, MANUEL, "El amparo Morelos", en *Homenaje a Jorge Barrera Graf, T-II*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989.
- GONZÁLEZ OROPEZA, MANUEL, Y JORGE GAXIOLA, "Ley privativa", en *Diccionario jurídico mexicano*.
- GUARNERI, JOSÉ, *Las partes en el proceso penal*, Cajica, Puebla, 1962.
- GUERRERO LARA, EZEQUIEL, "Jurisprudencia judicial", en *Diccionario jurídico mexicano*.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, ERNESTO, *Derecho de las obligaciones*, Cajica, Puebla, 1982.
- HALL LIVINGSTON, *Derecho de las acusados en las causas criminales*, Ed. Letras, México, 1965.
- HERNÁNDEZ SILVA, PEDRO, "Principios rectores del proceso penal en materia federal", en *Dinámica del derecho*, Vol. 4, Procuraduría General de la República, México, 1974.
- HERRERA Y LASSO, EDUARDO, *Garantías constitucionales en materia penal*, Instituto de Ciencias Penales, México.

- IBARROLA, ANTONIO DE. *Cosas y sucesiones*, Porrúa, México, 1979.
- , *Interpretación judicial de las reformas constitucionales en materia penal*. Documento de trabajo, México, s/a, 1993.
- ISLAS, OLGA Y ELPIDIO RAMÍREZ, *El sistema procesal penal en la Constitución*, Porrúa, México, 1979.
- JAIME SUBIALDEA, VÍCTOR MANUEL. "Requisitos de procedibilidad de la acción penal en materia de aduanas", en *Dinámicas del Derecho mexicano*, Procuraduría General de la República, México, 1976.
- JIMÉNEZ HUERTA, MARLANO, *Derecho penal mexicano*, Porrúa, México, 1977.
- KELSEN, HANS, *Teoría general del Estado*, Nacional, México, 1975.
- KISCH, WILHEM, *Elementos de derecho procesal civil*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932.
- LE FUR, DELOS, RADBRUCH, *Los fines del derecho*, UNAM, México, 1969.
- LÓPEZ VALDIVIA, *Ampliación del término de 24 horas al que se refiere la fracción XVIII*, Ed. Particular, México, 1969.
- LOZANO, JOSÉ MARÍA, *Estudio del Derecho Constitucional Patrio en lo relativo a los derechos del hombre*, Porrúa, México, 1972.
- MACLEAN ESTENÓS, PERCY, *El proceso penal en el derecho comparado*, Librería jurídica, Buenos Aires, 1946.
- MADRASO, JORGE, varias voces en *Diccionario jurídico mexicano*.
- MANZINI, VINCENZO, *Tratado de derecho procesal penal*, EJEA, Buenos Aires, 1962.
- MARQUEZ PEÑERO, RAFAEL, varias voces en *Diccionario jurídico mexicano*.
- MARTÍNEZ, MURILLO, SALVADOR, *Medicina legal*, Librería de medicina, México 1977.
- MATEOS ALARCÓN, MANUEL, *Estudios sobre las pruebas en materia civil mercantil y federal*, Librería de la Vda. de B., México, 1917.
- MEDINA LIMA, IGNACIO, *Breve antología procesal*, UNAM, México, 1973.
- , varias voces en *Diccionario jurídico mexicano*.
- MEDINA Y OREMAECHUA, ANTONIO, *Código penal mexicano*, Imprenta del Gobierno, México, 1889.
- Memoria del II Congreso de historia del derecho mexicano*, UNAM, México, 1981.
- MENDIETA Y NÚÑEZ, LUCHO, *El derecho precolonial*, Porrúa, México, 1985.
- MITTERMAIER C.J.A., *Tratado de las pruebas en materia criminal*, Hijos de Reus, Madrid, 1916.
- MOLIERAC J, *Iniciación a la abogacía*, Porrúa, México, 1974.
- MOLINA GONZÁLEZ, HÉCTOR, y otros, *Teoría general del proceso (Instrumento metodológico)*, UNAM, México, 1985-1986.
- MOMMSEN, TEOFILO, *Compendio de derecho público romano*, España moderna, Madrid, 1893.

- MORENO COBA, SILVESTRE, *Tratado de pruebas judiciales*, Herrero, México, 1904.
- _____, *Tratado del juicio de amparo*, Tip. y Lit. La Europea, México, 1902.
- MORENO GONZÁLEZ, RAFAEL, "Criminalística", en *Diccionario jurídico mexicano*.
- ODERIGO, MARIO A., *Derecho procesal*, Depalma, Buenos Aires, 1980.
- _____, "Derecho procesal", en *Enciclopedia metódica Larousse*, Larousse, México, 1981.
- OFICIAL, *Exposición de Motivos del Código Federal de Procedimientos Penales*.
- O'GORMAN EDMUNDO, *La inquisición en México*, SEP, México, 1983.
- OMEGA, *Enciclopedia jurídica*, Bibliográfica Omega, Buenos Aires, 1979.
- ONATE LABORDE, SANTIAGO, "Ofendido", en *Diccionario jurídico mexicano*.
- ORONDI SANTANA, CARLOS, *Manual de derecho procesal penal*, Cárdenas, México, 1983.
- ORTOLAN, M., *Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano*, Librería de Leocadio López, Madrid, 1884.
- OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO, *Averiguación previa*, Porrúa, México, 1981.
- OVALLE FAVELA, JOSE, *Derecho procesal civil*, Harla, México, 1980.
- _____, "El poder judicial en las entidades federativas", en *Temas y problemas de la administración de justicia*, UNAM, México, 1982.
- _____, "La audiencia previa y de conciliación en el código procesal civil del Distrito Federal", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Facultad de derecho, Universidad de Guanajuato, núm. 30, abril-jun. 1988. Posteriormente también fue publicado en *Homenaje a Jorge Barrera Graf*, t-II, UNAM, México, 1989.
- _____, "La reforma a la prueba penal", en *Reforma procesal. Estudios en memoria de Niceto-Alcalá Zamora y Castillo*, UNAM, México, 1987.
- _____, OVALLE FAVELA, José, *Teoría general del proceso*, Harla, México, 1991.
- _____, "varias voces diccionario jurídico mexicano.
- PALLARES, EDUARDO, *Derecho procesal civil*, Porrúa, México, 1983.
- _____, *Diccionario de derecho procesal civil*, Porrúa, México, 1976.
- PALOMAR DE MIGUEL, JUAN, *Diccionario para juristas*, Mayo ediciones, México, 1981.
- PARRA QUIJANO, JAIBO, *Tratado de la prueba judicial (El testimonio)*, Librería del profesional, Bogotá, 1984.
- _____, *Tratado de la prueba judicial (La confesión)*, Librería del profesional, Bogotá, 1984.
- PEREZ DUARTE Y N. ALICIA ELENA, varias voces en *Diccionario jurídico mexicano*.
- PEREZ PALMA, RAFAEL, *Fundamentos constitucionales del procedimiento penal*, Cárdenas, México, 1974.
- _____, *Guía de derecho procesal penal*, Cárdenas, México, 1975.

- PINA VARA, RAFAEL, *Código de procedimientos penales anotado*, Herrero, México, 1961.
- , *Diccionario de derecho*, Porrúa, México, 1980.
- PIÑA Y PALACIOS, JAVIER, *Derecho procesal penal*, Talleres Gráficos, México, 1948.
- , *Recursos e incidentes en materia procesal penal y la legislación mexicana*, México, 1958.
- POLANCO-BRAGA, ELÍAS, y otros, *Derecho procesal penal (Instrumento metodológico)*, UNAM, México, 1985-86.
- PONT LUIS, MARCÓ DEL, varias voces en *Diccionario jurídico mexicano*.
- FORTE PETIT, CELESTINO, "Prólogo" a la obra de Jesús Zamora Pierce: *Garantías y proceso penal*, Porrúa, México, 1984.
- PRIETO-CASTRO, LEONARDO, *Cuestiones de derecho procesal*, Reus, Madrid, 1947.
- , y EDUARDO GUTIÉRREZ, *Derecho procesal penal*, Técnos, Madrid, 1982.
- RAMÍREZ DE VIDAL, MA. EDITH, "La parte ofendida en el proceso penal", en *Didmics del derecho*, Procuraduría General de la República, México, 1976.
- RAMÍREZ GUTIÉRREZ, JOSÉ, "Denuncia aduanera", en *Diccionario jurídico mexicano*.
- RAMOS PÉREZ, DEMETRIO, "El tribunal de la Acordada en las Cortes de Cádiz", en *Memoria del II Congreso de historia del derecho mexicano*.
- REDENTI, ENRICO, *Derecho procesal civil*, EJEA, Buenos Aires, 1967.
- REYNOLD, QUENTIN, *Salas de jurados*, Costaneau, México, 1950.
- RICO JOSÉ M., *Crímenes y justicia en América Latina. Siglo XXI*, México, 1985.
- RIVERA SILVA, MANUEL, *El procedimiento penal*, Porrúa, México, 1975.
- ROCCO, ALFREDO, *La sentencia civil*, Stylo, México, 1944.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, *Criminología*, Porrúa, México, 1984.
- RODRÍGUEZ, RICARDO, *El procedimiento penal en México*, Of. Tip. de la Sría. de Fomento, México, 1898.
- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, *Derecho civil mexicano*, Porrúa, México, 1976, t. V.
- ROSENBERG, LEO, *Tratado de derecho procesal civil*, EJEA, Buenos Aires, EJEA, 1966.
- RUIZ, EDUARDO, *Curso de derecho constitucional*, Sec. de Fomento, México, 1888.
- SALTZBURG STEPHEN, A. *American criminal procedure, cases and commentary*, West publishing Co., Minnesota, 1980.
- SCHOEKER CORDERO, FRANCISCO, varias voces en *Diccionario jurídico mexicano*.

- SIENNA, JOSEPH J. Y LARRY J. SIEGEL, *Introducción to criminal justice*, West publishing Co., St. Paul, 1981.
- SENTÍS MELÉNDO, SANTIAGO, "El abogado y la prueba", en *La prueba*, EJEA, Buenos Aires, 1978.
- _____, "Naturaleza de la prueba", en *La prueba*, EJEA, Buenos Aires, 1978.
- _____, "La prueba es libertad", en *La prueba*, EJEA, Buenos Aires, 1978.
- SILVA, JORGE ALBERTO, *Código Federal de Procedimientos Penales* (comentado), Harla, México, 1980.
- _____, "Denegación del procesamiento penal en México", en *JUS*, Órgano de difusión de la Escuela de Derecho, vol. 1, núm. 1, Centro Editorial UACJ, Ciudad Juárez, 1984.
- _____, *Teoría del proceso penal (notas introductorias al curso del derecho procesal penal)*, Centro Editorial UACJ, Ciudad Juárez, 1988.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, JOSÉ LUIS, "El juicio de amparo", en *Derecho del pueblo mexicano*, Cámara de Diputados, México, 1985, t. III.
- _____, "Los tribunales de la Nueva España", en *Los tribunales de la Nueva España*, UNAM, México, 1980.
- _____, "Los tribunales ordinarios", en *Los tribunales de la Nueva España*, UNAM, México, 1980.
- _____, *Sobre el origen de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Miguel Ángel Porrúa editor, México, 1987.
- _____, varias voces en *Diccionario jurídico mexicano*.
- SCHERÓN MAINERO, MIGUEL, varias voces en *Diccionario jurídico mexicano*.
- SUÁREZ HERNÁNDEZ, DANIEL, "Proceso y fe pública", en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, vol. 1, núm. 1, Librería del profesional, Bogotá 1984.
- TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO, *El derecho y la ciencia del derecho*, UNAM, México, 1982.
- _____, "Precedente", en *Diccionario jurídico mexicano*.
- TENA RAMÍREZ, FELIPE, *Derecho constitucional mexicano*, Porrúa, México, 1967.
- TREYES, RENATO, *Introducción a la sociología del derecho*, Taurus, Madrid, 1978.
- URSUA COCKE, EUGENIO, *Elementos del sistema jurídico anglosajón*, Porrúa, México, 1984.
- VARIOS, *Fundamentos del procedimiento judicial penal en la URSS*, Ed. Progreso, Moscú, 1975.
- VECHIO, GIORGIO DEL, *Filosofía del Derecho*, Ed. Bosh, Barcelona, 1969.
- VELA TREVIÑO, SERGIO, *Culpabilidad e inculpabilidad*, Trillas, México, 1973.

VISCIVI, ENRIQUE, *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano*, UNAM, México, 1978.

WACH, ADOLFO, *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*, EJEA, Buenos Aires, 1968.

ZAMBRA-PIERCE, JESÚS, *Garantías y proceso penal*, Porrúa, México, 1984.

ZAYAS, PABLO, *Tratado elemental de procedimientos en el ramo civil*, Nava Hnos., México, 1872.

ZEPEDA, JORGE ANTONIO, "El saneamiento del proceso y la audiencia preliminar", en *Revista de la Facultad de Derecho*, t. XXXVI, núms. 148 a 150, UNAM, México, 1986.

ÍNDICE ONOMÁSTICO

- Acero, Julio, 16, 75, 167, 233, 239, 276,
 342, 347, 505, 579
 Acovedo, Concepción, 165
 Acosta, Antonio, 254
 Adato, Victoria, 76, 318, 347, 574,
 592
 Adriano, 594
 Aguilar y Maya, José, 74
 Aguilera de Paz, Enrique, 373, 375
 Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, 8, 10,
 11, 16, 17, 19, 20, 32, 56, 66, 72, 73,
 75, 78, 84, 85, 86, 95, 96, 97, 98,
 107, 108, 111, 112, 115, 117, 127,
 128, 129, 136, 146, 154, 155, 159,
 160, 181, 186, 187, 189, 199, 200,
 206, 226, 249, 259, 267, 270, 288,
 296, 311, 320, 337, 342, 347, 367,
 360, 378, 377, 428, 427, 441, 444,
 452, 490, 544, 557, 619, 631, 647,
 653, 655, 670, 711, 719, 736, 771
 Alfonso VIII, 587
 Albina, Hugo, 87, 112, 266, 546
 Alvarez, José L., 74
 Allan Poe, Edgard, 593
 Antifón, 201
 Antolini, Francesco, 169
 Arriaga, Francisco, 62
 Arona, J. E., 74
 Arenal, Concepción, 494
 Arilla Bas, Fernando, 16, 75, 106, 225,
 330, 341, 432, 729
 Arteaga, Elisar, 134
 Ayarragaray, Carlos, 267
 Bajo Fernández, Miguel, 183
 Bahánuas, Francisco, 55
 Barajas Montes de Oca, Santiago, 30
 Barrios de Angolia, Danta, 83, 94, 117,
 121, 122, 286, 544, 735, 748, 778
 Bartolini Ferro, Abraham, 72, 78
 Beccario César de, 68
 Becerra Bautista, José, 644
 Belling, Ernst, 71
 Bentham, Jeremy, 68, 222
 Bettiol, Guiseppe, 104, 109, 372, 414,
 420, 447
 Bonnier, 68
 Bolaños, Hevia, 67
 Borja Osorno, Guillermo, 76, 319,
 509, 731
 Bramon, Luis, 779
 Briseño Sierra, Humberto, 16, 20, 62,
 76, 98, 104, 111, 112, 140, 234, 236,
 249, 251, 259, 269, 270, 307, 331,
 341, 342, 376, 405, 426, 431, 624,
 565, 563, 601, 671, 674, 694, 728,
 732, 740, 754, 758, 786

- Büllov, Óscar van, 18
 Burgos, Ignacio, 460, 505
- Caamato Uribe, Ángel, 76
 Calamandrei, Piero, 18, 84, 384, 447,
 457, 483, 484, 486, 516, 520,
 791
 Calderón Serrano, Ricardo, 75
 Cárdenas, Goyo, 621, 654
 Cárdenas, Lázaro, 523
 Cardozo Izasa, 207
 Carlomagno, 48
 Carlos, B. Edward, 103, 475
 Carlos V de Alemania y I de España,
 55
 Carlyle, 108
 Carnalini, Francesco, 7, 8, 11, 12, 72,
 95, 96, 106, 136, 137, 164, 275, 287,
 371, 438, 483-485, 517, 544, 595,
 607, 615, 624, 643-645, 740, 741,
 747
 Caravantes, José Vicente, 326, 585
 Carpozow, Benedito, 67
 Carrancá y Rivas, Raúl, 578, 579
 Carrara, Francesco, 56, 75, 494
 Casamiglia, Albert, 25
 Cástila, José R., 73
 Castillo Velasco, 509
 Castillejos, Marcos, 77
 Castro, Juventina, 75, 268, 269, 289,
 374, 518, 698
 Caya, Afronia, 203
 Censi, Beatriz, 579
 Cenicientos, José A., 74, 780
 César Octaviano, 47
 Clara Olmedo, Jorge, 16, 72, 78, 315,
 343, 574, 603
 Colla Sánchez, Guillermo, 16, 106,
 199, 226, 228, 250, 278, 290, 330,
 346, 350, 353, 366, 372, 456, 518,
 548, 585, 600, 617, 630, 670, 729,
 739
 Constantino, 594
 Conti, Hugo, 403
 Corona, Fernando de Jesús, 17
 Cortés, Hernán, 619
 Cortés, Figueroa, Carlos, 346
 Cosacovs Belaus, 318
 Costare, Eduardo J., 54, 58, 83, 103,
 111, 341, 418, 544, 550, 558,
 616, 752, 791
 Cuauhtémoc, 619
 Cuncogorda, la santa, 50
- Chiovanda, Jose, 56, 68, 71, 137, 268,
 483, 484, 554, 655, 781
- De Azcárate, Miguel de María, 74
 De Ojeda, Cristóbal, 619
 De Fina, Rafael, 16, 72, 73, 75, 104,
 109, 196, 237, 238, 259, 270, 288,
 315, 344, 384, 402, 447, 574, 602,
 642
 Del Castillo, Federico M., 74
 Del Guídes, 275
 Del Vecchio, Giorgio, 21
 De la Madrid, Miguel, 63, 64
 De la Pascoa, Anastasio, 74
 De la Plaza, 483, 645, 757
 De la Riva Fernando, 329
 De las Leyes, Jacobo, 66, 403
 Delitola, 447
 Deles, 108
 Demóstenes, 201
 D'Osobrio, Paulo, 457
 Denti, Vittorio, 624
 Dethou, G. A., 182
 Devís, Echandiá, Hernando, 542, 585,
 587, 595
 Díaz de León, Marco Antonio, 61, 62,
 75-77, 86, 156, 166, 239, 240, 341,
 : 602, 604, 615, 690, 691
 Dorantes Tamayo, Luis, 86, 103, 371
 Dorantes, Guillermo, 66
 Duguit, Jose, 111
 Durán Gómez, Ignacio, 77
- Eduardo I, 50
 Emma, reina de Inglaterra, 50
 Enrique II, 51

- Estévez, Lois, 111
 Ezequiel, Joaquín, 360, 370, 601
 Etkin, Alberto M., 343
 Eulordy, Aquilón, 188
- Farinaccio, Próspero, 579
 Felipe III, 307
 Fenech, Miguel, 16, 72, 78, 128, 194, 601
 Fernández, Luis G., 74
 Ferrí, Enrico, 16
 Fix Zamudio, Héctor, 25, 99, 155, 173, 175, 209, 219, 286, 321, 345, 368, 370, 374, 388, 413, 425, 451, 460, 462, 469, 483, 496, 531, 732, 777
 Floria García, Fernando, 18, 88, 207, 470, 471, 563, 607, 748
 Flores Guerrero, Ignacio, 74
 Florián, Eugenio, 16, 18, 72, 73, 78, 109, 111, 237, 239, 244, 269, 282, 365, 367, 504, 547, 555, 557, 579, 595, 600, 607, 608, 631, 632, 723, 788
 Flores Margadant, Guillermo, 38, 40, 44, 54, 58, 384, 594
 Fontanecilla Ripollés, 72
 Fouchin Gastano, 111
- Galván Rivera, Mariano, 74
 García Máynez, Eduardo, 32
 García Ramírez, Sergio, 16, 64, 73, 75, 78, 79, 83, 85, 99, 169, 112, 128, 145, 157, 165, 167, 179, 187, 189, 201, 226, 231, 238, 249, 259, 297, 268, 269, 270, 271, 272, 277, 315, 346, 347, 357, 368, 384, 397, 404, 426, 436, 431, 449, 462, 463, 486, 487, 494, 507, 512, 515, 531, 574, 582, 621, 631, 695, 716, 731, 739, 744, 759, 773, 786
 Garmaballa, José Ramón, 264, 621
 Garraud, 723
 Garrido, 780
 Gelsi Bidart, Adolfo, 112
 Goldsmith, James, 103, 587
- Gómez Lara, Cipriano, 99, 140, 141, 199, 285, 341, 374, 386, 401, 415, 436, 445, 593
 Gómez Orbanjea, Emilio, 18, 72
 González Blanco, Alberto, 16, 73, 103, 226, 330, 373, 547, 715, 723, 730
 González Bustamante, Juan José, 74, 113, 158, 196, 225, 237, 249, 250, 285, 311, 342, 347, 395, 397, 402, 426, 427, 509, 518, 524, 616, 632, 643, 685, 686, 729
 González de la Vega, Francisco, 74
 González Oropeza, Manuel, 147
 Graf Xa, Dobra, 226
 Guarnieri, José, 198, 270
 Gussop, Jaime, 414, 546, 644, 757
 Guillén, Fausto, 80, 485
 Guillermo I, el conquistador, 50
 Gutiérrez Blas, José, 74
 Gutiérrez y González, Ernesto, 746, 776
- Hafler, 401
 Hammarabá, 42
 Helle, Faustina, 68
 Hernández Silva, Pedro, 75
 Herrera y Lasso, Eduardo, 76, 196, 218, 506
 Hidalgo y Carpio, Luis, 623
 Huerta, Victoriano, 188
 Ibarrola, Antonio, 244
 Ibarrrón y Ponce, Fernando, 74
 Iseo, 201
 Islas, Olga, 76, 226, 259, 323
- Jiménez Aserjo, Enrique, 238, 486
 Jiménez Huerta, Mariano, 318
 Jofré, Tomás, 72, 78
 Juárez, Benito, 62, 212
- Kisch, Walter, 111, 462
- Le Fur, 108
 Leibowitz, Samuel, S., 593, 694

- Leona, Giovanni, 137, 341, 441, 607,
 723, 746
 Levene, Ricardo, 358, 509
 Lieberman, Erico Tulio, 89, 683
 Lotario III, 50
 Luis XVI, 206

 Licias, 201

 Mac Lean Estensó, Percy, 72, 78, 83,
 104, 109, 239, 357, 715
 Machorro, Paulino, 74
 Manduca, 494
 Manzini, Vincenzo, 16, 18, 72, 78, 98,
 128, 136, 181, 182, 201, 239, 374
 399, 377, 590, 503, 504, 595, 610
 630, 631, 647, 700, 745
 Margalli, Cleotario, 74
 Márquez Piñero, Rafael, 253
 Martínez de la Torre, Raphael, 212
 Martínez, Alberto, 74
 Massari, 239
 Mateos Escobedo, 273
 Mattiolo, 56
 Maximiliano de Habsburgo, 206, 312
 Medina Lima, Ignacio, 120, 384, 568, 738
 Menéndez Pidal, Juan, 103
 Meza Velásquez, 98
 Miguel Alonso, Carlos de, 321
 Mira y López, Emilio, 568
 Mittermaier, C.J.A., 18, 48
 Molina González, Héctor, 644
 Molinoux, Carobus, 55
 Mommson, Teodoro, 45
 Montalvo, 54
 Monterroso, 67
 Montesquieu Luis de Secodet, varón de,
 68, 222
 Montiel y Duarte, Isidro, 578
 Morales, Emilio, 74
 Murillo Martínez, Salvador, 623
 Napoleón, 592
 Nava Negreta, Alfonso, 267
 Noriega, Alfonso, 460, 461, 766

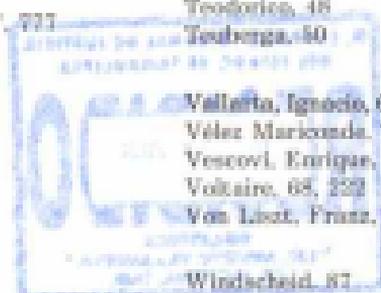
 Obregón, Alvaro, 168
 Odazar, 48
 Oderigo, Mario, 118, 154, 264, 736, 737
 Osofrio, A., D, 94, 119
 Oveas Santana, Carlos, 76
 Osócrates, 201
 Ovalle Pavola, José, 134, 221, 236, 270,
 356, 357, 460, 760

 Pallares, Eduardo, 75, 84, 103, 203,
 449, 482, 530
 Papa Formoso, 183
 Papa Clemente V, 183
 Papa Sixto IV, 60
 Papa Bonifacio VIII, 183
 Parra Quijano, Jaime, 574, 586
 Páyno, Manuel, 578
 Pedro III, 304
 Pérez Palma, Rafael, 75, 233
 Pericles, 44
 Pescatore, 18
 Piña y Palacios, Javier, 16, 75, 329,
 343, 459, 643, 647, 730, 739, 787
 Polanco Braga, Elias, 77
 Portes Gil, Emilio, 75
 Porte Petit, Celestino, 524
 Prieto Castro, Leonardo, 72, 78, 82,
 103, 104, 109, 181, 270, 274, 298,
 309, 321, 328, 342, 347, 368, 403,
 436, 462, 486, 490, 496, 521, 522,
 529, 546, 567, 575, 631, 647, 692,
 775
 Puricelli, 183

 Quentin Reynold, 593
 Quiroz Cuarán, Alfonso, 254, 621

 Rabasa, Emilio, 460
 Ramirez, Elpidio, 76, 225, 259, 323
 Redenti, Enrico, 97, 697, 769
 Ronda, 287
 Riquelme, 723
 Reus, 643
 Riva Palacio, Vicente, 206, 212

- Rivera Silva, Manuel, 16, 74, 225, 237,
249, 259, 269, 278, 330, 346, 449,
518, 548, 480, 663, 730, 761
- Rocco, Alfredo, 345
- Radbruch, Gustavo, 108
- Rodríguez, Ricardo, 57, 62, 73, 74, 729
- Rodríguez Manzanaera, 493
- Rojas Villegas, Rafael, 727, 922
- Rosenberg, Leo, 109
- Rómulo Augusto, 48
- Roumoyrac, Carlos, 74
- Rovirosa, Emilia, 74
- San Agustín, 494
- Sauer, 71
- Saita, 111
- Savigni, 56
- Sentis Melendo, Santiago, 342, 344,
346, 600
- Sodi, Dorothea, 74, 746
- Sodi, Carlos Franco, 16, 75, 289, 290,
291, 348, 537, 574, 575, 618, 631,
738
- Soberanes Fernández, J., 461, 602
- Spangler, 317
- Tamayo y Barroeta, Rolanda, 22
- Tancroft, 66
- Target, 206
- Teodoro, 48
- Teuberg, 40
- Vallarta, Ignacio, 661
- Vélez Maricónde, 72, 155, 315
- Vescovi, Enrique, 114, 361, 742, 761
- Voltaire, 68, 222
- Von Liebt, Franz, 402
- Windscheid, 87
- Winker, Jorge, 31
- Zamora Pardo, Jesús, 76, 114, 303
- Zavala Francisco J., 74
- Zepeda, Jorge Antonio, 683, 693
- Zitelman, 34



ÍNDICE DE MATERIAS

Acción. 715
 activa, 270
 asegurativa, 484
 calumniosa, de, 281
 costosa, 287
 civil, 436, 715
 consultiva, 288
 denegación de la, 300
 desistimiento de la, 692, 698
 ejercicio de la, 346, 431, 464, 499
 estatal, 742
 física o directa, 82
 introductiva, 288
 no promover la, 272
 oblicua, 742
 pasiva, 88, 270
 penal, 66-69, 278, 299, 360, 431, 715
 pública, 164
 popular, 156
 privada, 742
 prescripción de la, 698
 procesal, 82, 328, 735
 amparo de, 471
 promoción de la, 160, 264, 266, 271-274, 276, 278, 279, 280, 281, 294, 346, 348
 pública, 273
 punible o delictiva, 82

Acción (Continuación)
 resarcitoria, 723
 subsidiaria, 273
 sujeto de la, 168
 teoría finalista de la, 318
Actividad jurisdiccional, 397.
Actitud
 autocompositiva, 298
 contumacia, 358
Actos, 28
 administrativo, 403
 decisión, de, 162
 ilegal, 413
 impugnado, 475
 judicial, 430
 jurídico, 100, 259, 342, 413
 auténtico, 569
 jurisdiccional, 93, 94, 96, 393, 402, 403, 472
 juzgamiento, de, 258
 personalísimo, 576
 preparatorio, 239
 prevaricación, de, 281
 procedimentales, 327
 provocatorio, 85
 procesales, 202, 287, 316, 320, 328, 341, 355, 591, 601, 643
 obligatoria, 303
 reclamado, 473, 475



ÍNDICE DE MATERIAS

- Acción**, 715
 activa, 270
 segregativa, 484
 calumnia, de, 281
 cautelar, 287
 civil, 486, 715
 consultiva, 288
 denegación de la, 300
 desistimiento de la, 692, 698
 ejercicio de la, 346, 431, 464, 499
 estatal, 742
 física o directa, 82
 introductiva, 288
 no promover la, 272
 oblicua, 742
 pasiva, 88, 270
 penal, 86-89, 278, 289, 360, 431, 715
 pública, 154
 popular, 155
 privada, 742
 prescripción de la, 698
 procesal, 82, 328, 735
 amparo de, 471
 promoción de la, 160, 264, 266, 271-274, 276, 278, 279, 280, 281, 294, 346, 348
 pública, 273
 punible o delictiva, 82
- Acción (Continuación)**
 resarcitoria, 723
 subsidiaria, 273
 sujeto de la, 186
 teoría finalista de la, 316
Actividad jurisdiccional, 397.
- Actitud**
 autocompositiva, 356
 contumacia, 356
- Actos**, 28
 administrativo, 403
 decisión, de, 162
 legal, 413
 impugnado, 475
 judicial, 430
 jurídico, 103, 259, 342, 413
 auténtico, 549
 jurisdiccional, 93, 94, 98, 293, 402, 468, 472
 juzgamiento, de, 258
 personalísimo, 576
 preparatoria, 329
 prevaricación, de, 28
 procedimentales, 327
 provocatorio, 85
 procesales, 202, 287, 315, 320, 338, 341, 355, 591, 601, 640
 obligatorio, 303
 reclamado, 473, 475
-

- Autor**
civil, 744
fornal, 737
material, 737
- Acumulación**
acciones, de, 670
autos de, 670
delitos, de, 670
escisión, o, 671
expedientes, de, 670
legajos, de, 670
partes, de, 671
pretensiones, de, 699, 671, 674
procesos, de, 699, 671, 674
sanciones, de, 670
sujetos, de, 671
supuesto de la, 674
- Adquisición procesal, 558**
- Agravio, 443, 444, 447, 448**
- Allanamiento, 10, 308, 386, 574**
sujeto pasivo del proceso, del, 386
- Ámbito**
local, 139
penal, 138, 139
- Amparo, 459, 460, 461, 558, 576**
biinstancial, 785, 789
casacional, 779, 785, 788, 789
directo, 459
doble instancia, de, 470, 785
única instancia, de, 470
- Anulación, 536**
- Apelación, 437, 440, 454, 455, 456, 461, 786**
penal, 787
tribunal de, 442, 444
tradicional, 457
- Arbitrariedad, 267, 558**
- Arraigo, 529**
domiciliario, 529
duración del, 530
modalidad del, 530
- Artículos de previo y especial pronunciamiento, 681**
- Atractividad, 140, 141, 725**
atracción
fuero de, 672
conexidad, 672
- Audiencia, 428, 430, 674**
debates, de, 393
falla, de, 365
final, 365, 368, 369
juicio, de, 365
previa, 673
vista, de, 365
- Acto de procesamiento, 315**
- Autoscusación, 232, 237**
- Autocomposición, 10, 94**
bilateral, 11
intraprocesal, 10
preprocesal, 10
- Autodefensa, 8-10, 13, 94, 260**
bilateral, 9
juicio, en, 198
unilateral, 9
- Autodescalificación, 461, 462**
- Autoridad**
fiscal, 780
- Autotutela, 8**
autocomposición, 8, 260
autodefensa bilateral, 9
- Autosuficiencia, 49**
- Averiguación**
policial, 255
previa, 223-226, 249, 250, 251-256, 258, 278, 293, 577, 591, 604, 621, 770
- Cooperación judicial internacional, 37**
- Campe**
civil resarcitorio, 778
judicial, 630
penal, 460, 713
procesal, 401, 518, 563
- Capacidad, 659, 748**
parte, para ser, 748
personal, 147, 681
postulación, de, 211, 748
procesal, 363, 748
subjetiva, 144, 145, 146-148, 202, 203, 659
- Careo, 599, 601, 602, 604**
constitucional, 599, 600, 603
diligencia de, 603

- Careo (Continuación)**
 probatorio, 599, 602, 603
 procesal, 600
 supletorio, 599, 601
- Cesión, 516-527**
 hipotecaria, 521-522
 mercataria, 518
 personal, 521
 pignoratícia, 522
 signoraticia, 522
- Causa, continuación de la, 674**
- Coadyuvancia, 750**
- Código, 324, 367**
- Coahuila, de, 394, 397**
- Dinamarca, de, 17**
- Federal de Procedimientos Penales,**
 24, 64, 116, 204, 222-225, 249,
 286, 327, 308, 352, 357
 367, 392, 425, 430, 449, 452,
 459, 462, 463
- Harmurabi, de, 42**
- Honduras, de procedimientos de, 17**
- Judicial de Colombia, 17**
- Justicia Militar, de, 203, 234, 260**
- penal, 13, 183, 184, 203, 230, 402**
- poblano, 229**
- procedimientos civiles del D. F.,**
 de, 204
- procedimientos penales para el D. F.,**
 de, 28, 64, 159, 290, 462
- procesal penal, 423, 440**
- procesales separados, 18**
- unitarios, 18**
- Codificación(es), 63, 452, 547, 608**
- civil, 787**
- napoleónica**
- federal, 590, 787**
- Competencia, 140, 141, 143, 145,**
 160, 418, 425, 442, 453, 454,
 655, 660, 672
 concurrente, 726
 especial, 144
 excepcional, 144
 extraordinaria, 144
 judicial, 725
 naturaleza de la, 143
 objetiva, 145, 653, 672
- Competencia (Continuación)**
 reglas de, 678
 relativa, 663
 territorial, 139
 tribunal, del, 645
 subjetiva, 653
- Concentración de poder, 47**
- Conciliación**
 terminación del proceso por, 701
- Conclusiones acusatorias, 771**
- Conexidad, 671**
- causas, de, 672**
- identidad en la causa penal, por, 672**
- identidad en las personas, por, 671**
- relación causal de causas, por, 672**
- Confesión, 574, 577, 578, 581, 582**
- presunta, 579**
- terminación del proceso por, 701**
- Conflictos**
 naturaleza, penal de, 713
- Congruencia, 371, 374, 775**
- acusación, con la, 373**
- principio de, 371**
- Consignación, 294, 296, 299, 300**
- justicia, a la, 303, 304**
- Constitucionalidad de las leyes, 51**
- Contragarantía, 517-518, 627-629**
 792
- Contrato de fianza, 519**
- Controversia, 87, 94-96, 132, 143,**
 242, 368, 462, 469, 630, 644, 664
- principal, 342, 370, 374**
- Contumacia**
 parcial, 359
 total o rebeldía, 664
- Corporación, 174**
- Cosa juzgada, 607, 608, 778, 779**
- Criterio**
 ético social, 19
 intermedia, 24
 jurisprudencial, 342, 545
 promoción, de, 250
 teleológico, 21
- Cultura jurídica, 56**
- Cuerda separada, por, 670, 671**
- Cuestiones(es), 644, 648, 661, 674, 793**
 civiles, 52

Cuestiones (Continuación)

- competencia, de, 654, 655, 674
- escisión de la, 674
- incidentales, 648, 650, 678, 701, 757, 793, 794
- litispendencia, de, 650
- naturalidad de la, 647
- paraliza el proceso, que, 681
- penales, 46
- políticas, 558
- prejudiciales, 274, 276, 278, 278, 379, 645, 646, 690
- principal, 643, 645, 758
- supuestos, o, 671, 674

Debate, 365

- Declaración, 573, 574, 577, 579, 580, 586, 590, 591, 595, 596, 602, 603, 607, 616, 631, 632
 - calificada, 580
 - contradictoria, 601
 - espontánea, 576
 - experta, de, 615
 - fundamental, 569
 - imputado, del, 573, 574, 575, 577, 585, 586, 602
 - judicial, 730
 - jurisdiccional, 315
 - parte, de, 575
 - preparatoria, 302, 305, 311, 308, 311, 334, 604
 - precedencia, de, 277, 392
 - provocada, 576
 - stendido, del, 602
 - testigo, del, 602
- Declaratoria
 - desvanecimiento de, 687, 688
- Declinatorias, 656, 658
- Demanda, 673, 775
 - civil resarcitoria, 774
 - subsunción de la, 673
- Derecho
 - abstracto, 86
 - aduanero, 236
 - adjetivo penal, 16, 20
 - canónico, 54

Derecho (Continuación)

- conflictos de, 128
- constitucional, 576
- contradicción, de, 197
- defensa, de, 198
- ejecutivo, 401, 404
- indiana, 55, 60
- indígena, 58
- internacional, 336
- judicial penal, 16
- materia, 8, 24, 68, 318, 342
- mexicano, 84
- penal, 109, 180, 188, 401, 404
 - sustantivo, 15, 20
 - potestativo, 471
- procedimientos penales, de, 16
 - procesal, 18, 24, 56, 68, 72, 117, 239, 318, 451
 - civil, 17-19
 - defensa, de, 355
 - penal, 14, 16, 21, 23-25, 65, 66, 81, 106, 108, 115, 179, 239, 273, 285, 286, 490, 516
- popular, 53
- positivo, 70
- público, 68
- romana, 54
- secundaria, 249
- subjetiva, 61
- sucesorio, 236
- sustantivo, 318
- Dictamen, 386, 624
 - experto, de, 615
 - pericial, 590, 621, 623
- Diligencia, 620, 631, 634
 - prueba, de, 367
- Delitos
 - común, del orden, 171
 - federal, del orden, 168
 - públicos, 45, 47
 - privados, 45
- Delación, 232, 235, 236
 - anónima, 235
 - secreta, 236
- Denuncia, 232, 236
 - sentido, en
 - amplio, 236

- específico, 336
- Dilación probatoria, 331
- Distritos judiciales, 139, 140
- Dirección
 - exegética, 26
 - histórica, 26
 - metodológica, 68
 - sociológica, 26
- Discrecionalidad, 164, 165, 367
- Dualidad instancial, 65
- Ejecución, 221, 401, 402, 418, 419, 425, 427, 495
 - procesal, 404
 - sentencia, de, 160, 401, 404
 - penal extranjera, 406
- Elementos
 - fácticos, 763
 - jurídicos, 763
 - pretericionales, 763
- Empirismo
 - normativo, 25
 - programático, 25
- Enfoque legal, 289
- Enjuiciamiento, 47, 63, 189, 287, 324, 383, 384, 442, 459
 - civil, 72
 - especial, 283
 - federal, 332
 - misto, 346
 - paralización indefinida del, 691, 693
 - penal, 71, 88, 196, 290, 430, 437, 547, 564, 575, 578, 686, 732
 - penalizado, 787
 - periodos del, 221
 - privatizado, 768, 791
 - privilegiado, 187, 190
 - reglamentación del, 727
- Entidad
 - delictiva, 141
 - federativa, 61, 63, 133, 172, 462
- Exclusión, 674
 - declaración de la, 678
 - pretensiones, de, 668, 676, 678
 - procesal, 674
 - proceso, de, 669, 676, 678
 - oposición, o, 469
- Etapas
 - codificadora, 65, 72
 - Etapa (Continuación)
 - judicialista, 66
 - Estructura procedimental, 321
 - Excusa, 661, 682
 - Experimento judicial, 630, 631
 - Exhaustividad, 374
 - Excepciones
 - materiales, 358
 - procesales, 308, 358
 - sustanciales, 308
 - Excitativa, 232, 237, 238
- Facultad resolutoria, 258
- Federación, 63, 172
- Federalismo, 61
- Filosofía
 - cristiana, 51
 - derecho, del, 20
 - procesal, 21
 - general, 21
 - proceso penal, del, 21
- Funciones
 - accionante, 744
 - esencial, 154
 - instructora, 157, 158
 - jurisdiccional, 39, 41, 46, 57, 60, 137, 269, 294, 779
 - autonomía de la, 61
 - monarca, al, 53
 - privada, 48
 - preventiva, 158
 - procesual, 129
 - penales, 157
 - pública, 48
 - representación, de, 744
 - requiriente, 744
 - tutelar, 149
 - vigilancia, de, 744
- Fuentes
 - conocimiento del orden jurídico, de, 27, 31
 - creación del orden jurídico, de, 27
 - derecho, del, 27
 - prueba, de, 488, 493, 547

Garantía(s), 515, 519, 522, 525, 529

acusado, del, 192

Quión administrativo, 519

Identidad

causa, de la, 671, 672, 723

objeto procesal, del, 672

parcial, 119

pretensión, de la, 671

total, 119

Hechid penal, 96

Influencia religiosa, 43

Impugnación, 413, 414, 415, 419, 420, 421, 430, 438

intraprocesal, 438

penal, 413

Impunidad, 187, 188

parcial o relativa, 188

Imputado, 181, 186, 191, 192, 196, 200, 201, 203, 206, 209, 417, 447, 470, 508, 563, 575, 585, 599, 631

naturaleza jurídica del, 185

imputación penal, sujeto de, 181

Imprescindibilidad, 266

Incapacidades mentales, 465

Incidente, 643-648

Inculpción, 543

Indulto, 404

necesario, 415, 463

Inconstitucional, 405, 495, 530

Independencia política, 54, 61

España, de, 73

Inimputabilidad

inimputables), 565, 685

penal, 394

Inmunidad, 187, 188, 497

diplomática, 189

palabra, de, 202

parlamentaria, 189

Inspección, 611, 632, 633

estática, 632

dinámica, 632

judicial, 611

Instancia, 436, 490, 461

primera, 445, 456

Instancia (Continuación)

segunda, 469, 473

tercera, 461

"Instanza", 232, 244

Instrucción, 223, 225, 226, 286, 287, 289, 296, 325, 331, 332, 337, 342, 386, 393, 449, 551, 673

definitiva, 331

finalidad de la, 288

judicial, 186, 226, 233, 236, 325, 331, 394

legislada, 286

penal, 289, 771

policia] o administrativa, 186, 231

procesal, 288

Interlocutoria, 673

Interrelación jurídica universal, 27

Invalidación, 626

Investigación, 623, 663, 630

científica, 541, 563, 629, 630

experimental, 629

histórica, 543, 629

Inviolabilidad, 496, 696

Juicio, 184, 268, 326, 337, 346, 386, 388, 529, 550

amparo, de, 469, 470, 472, 475

penal, 473

autónomo, 464

especial, 384

fase de, 393

lógica, 370

militar, 459

meritorio penal, 420

ordinario, 52, 384

período de, 673

probabilidad, de, 319

procedencia del, 277

unidad del, 674

Jurisdicción, 98, 94, 95, 97, 98, 100,

112, 127, 128, 143, 167, 418

clase de, 128

contenciosa, 94, 95

penal, 97, 128

plena de, 445

tribunal, del, 419

- Jurisdicción (Continuación)**
 voluntaria, 7
 asunto o negocio de la, 7
 supuesto de la, 7
- Jurisprudencia obligatoria, 138**
- Justicia**
 administración de, 11, 42, 46, 47, 49,
 53, 61, 129, 149, 160, 168, 199, 208
 colonial, 69
 bases para,
 inglesa, 222
 penal, 63, 64, 139
 penal, 518
 sentimiento de, 45
- Legalidad, 196, 197, 231, 266, 460, 461**
 garantía de, 461
- Legítima defensa, 9, 358**
 propia, 9
 terceros, de, 9, 13
- Legitimación, 185, 748, 793**
 activa, 363
 causa, de la, 306
 causal, 123
 colectiva, 744
 procesal, 122, 441, 563, 739
- Legislación canónica, 52**
- Leyes privativas, 29**
- Libertad, 516, 519, 529, 533**
 causal, 509, 517, 529, 790
 declarar, de, 575
 naturaleza jurídica de la, 519
 preparatoria, 781
 privado de sa, 522
 provisional, 516-518, 523-529
 testamentaria, 530
 protestatoria, 531
- Litigios, 7, 8, 51, 97, 107, 108,
 140, 164, 182, 358, 460, 470,
 509**
 ausencia de, 260
 conflicto de intereses, 7
 con trascendencia jurídica, 7
 controversia, 7, 8
 entre partes, 128
 fondo del, 127
- Litigioso (Continuación)**
 fórmula compositiva del, 369
 materia del, 483
 naturaleza del, 98
 penales, 211
 principales, 694
 sujeto del, 186
 tipo de, 128, 127, 144
- Litis consorcio, 191, 204, 205, 369, 752**
 activo, 128, 671, 759
 pasivo, 123, 190, 206, 671, 759
 litiscorsorta, 588
- Litispendencia, 59, 324, 450, 655, 656,
 697, 698**
- Maltrato, 192**
- Mandatario civil, 199**
- Materia**
 civil, 139
 laboral, 139
 penal, 139
- Medida(s)**
 cautelares, 487, 493, 495, 497, 503,
 507, 509, 646, 687, 790, 791,
 792
 principal, 515
 reales, 488
 definitiva, 515
 discrecional, 490
 restrictivas, 493, 496, 497.
- Medios**
 anormales de terminación, 695, 696
 coacción, de, 781
 convicción, de, 563, 564
 extraordinarios de terminación, 695
 impugnativos, 646, 779, 783, 788
 normales de terminación, 695
 probatorio, 563, 565, 567, 558, 580,
 596, 599, 600, 618, 629
- Naturaleza jurídica, 355, 370, 404, 443,
 463, 607**
- Nivel**
 constitucional, 28
 federal, 29
 secundario, 28

- Garantía(s), 515, 519, 522, 525, 529
 acusado, del, 192
- Guía administrativa, 519
- Identidad**
 causa, de la, 671, 672, 723
 objeto procesal, del, 672
 parcial, 119
 pretensión, de la, 671
 total, 119
- Hicitud penal, 96
- Influencia religiosa, 43
- Imputación, 413, 414, 415, 419, 420,
 421, 430, 435
 intraprocesal, 436
 penal, 413
- Impunidad, 187, 188
 parcial o relativa, 188
- Imputado, 181, 186, 191, 192, 196, 200,
 201, 203, 206, 209, 417, 447, 470,
 503, 563, 575, 585, 599, 631
 naturaleza jurídica del, 185
 imputación penal, sujeto de, 181
- Imprescindibilidad, 269
- Incapacitados mentales, 665
- Incidente, 643-648
- Inculpación, 545
- Indulto, 404
 necesario, 415, 463
- Inconstitucional, 405, 495, 530
- Independencia política, 54, 61
 España, de, 73
- Inimputabilidad
 inimputables, 565, 665
 penal, 394
- Injuriosidad, 187, 188, 497
 diplomática, 189
 palabra, de, 202
 parlamentaria, 189
- Inspección, 611, 632, 633
 estática, 632
 dinámica, 632
 judicial, 611
- Instancia, 436, 460, 461
 primera, 445, 456
- Instancia (Covincencia)
 segunda, 449, 473
 tercera, 461
- "Instanza", 332, 344
- Instrucción, 323, 325, 326, 366, 367,
 369, 396, 397, 331, 332, 337, 342,
 366, 393, 449, 551, 673
 definitiva, 331
 finalidad de la, 286
 judicial, 186, 226, 293, 294, 325, 333,
 594
 legislativa, 286
 penal, 289, 771
 policial o administrativa, 186, 231
 procesal, 285
- Interlocutoria, 673
- Interrelación jurídica universal, 27
- Invalidación, 526
- Investigación, 553, 563, 630
 científica, 541, 563, 629, 630
 experimental, 629
 histórica, 543, 629
- Inviolabilidad, 496, 696
- Juicio**, 184, 268, 326, 337, 366, 366,
 368, 529, 560
 amparo, de, 469, 470, 472, 473
 penal, 473
 autónomo, 464
 especial, 364
 fase de, 393
 lógico, 370
 militar, 459
 ministerio penal, 450
 ordinario, 52, 364
 periodo de, 673
 probabilidad, de, 319
 procedencia del, 277
 unidad del, 674
- Jurisdicción, 93, 94, 95, 97, 98, 105,
 112, 127, 135, 143, 187, 418
 clase de, 126
 contenciosa, 94, 95
 penal, 97, 126
 plenitud de, 445
 tribunal, del, 419

- Jurisdicción (Coacción)**
 voluntaria, 7
 asunto o negocio de la, 7
 supuesto de la, 7
- Jurisprudencia obligatoria, 136**
- Justicia**
 administración de, 11, 42, 46, 47, 49,
 53, 61, 129, 149, 150, 168, 199, 208
 colonial, 60
 bases para,
 inglesa, 322
 penal, 63, 64, 130
 penal, 518
 sentimiento de, 45
- Legalidad, 196, 197, 231, 266, 460, 461**
 garantía de, 461
- Legítima defensa, 9, 358**
 propia, 9
 terceros, de, 9, 13
- Legitimación, 185, 745, 793**
 activa, 263
 causa, de la, 306
 causal, 123
 colectiva, 744
 procesal, 122, 441, 585, 739
- Legislación canónica, 52**
- Leyes privativas, 29**
- Libertad, 516, 519, 529, 533**
 causal, 509, 517, 529, 790
 declarar, de, 575
 naturaleza jurídica de la, 519
 preparatoria, 781
 privado de su, 522
 provisional, 516-518, 523-529
 protestatoria, 530
 protestatoria, 531
- Litigios(á) 7, 8, 51, 97, 107, 108,
 149, 164, 183, 358, 460, 470,
 568**
 ausencia de, 299
 conflicto de intereses, 7
 con trascendencia jurídica, 7
 controversia, 7, 8
 entre partes, 128
 fondo del, 127
- Litigios(á) (Coacción)**
 fórmula compositiva del, 369
 materia del, 483
 naturaleza del, 58
 penales, 211
 principales, 694
 sujeto del, 186
 tipo de, 128, 137, 144
- Litis consorcio, 191, 204, 205, 369, 753**
 activo, 123, 671, 750
 pasivo, 123, 190, 206, 671, 750
 litisconsorte, 586
- Litispendencia, 19, 324, 450, 655, 656,
 697, 698**
- Maltrato, 192**
- Mandatario civil, 199**
- Materia**
 civil, 129
 laboral, 129
 penal, 129
- Medida(s)**
 cautelares, 487, 493, 495, 497, 503,
 507, 509, 646, 687, 790, 791,
 792
 principal, 515
 reales, 485
 definitiva, 515
 discrecional, 490
 restrictivas, 493, 496, 497.
- Medios(á)**
 anormales de terminación, 695, 696
 coacción, de, 781
 convicción, de, 563, 564
 extraordinarios de terminación, 695
 impugnativos, 545, 779, 785, 786
 normales de terminación, 695
 probatorio, 563, 565, 567, 568, 580,
 596, 599, 600, 618, 629
- Naturaleza jurídica, 355, 370, 404, 443,
 463, 607**
- Nivel**
 constitucional, 28
 federal, 29
 secundario, 28

- Norma**
 constitucional, 516
 material sustancial, 709
 prohibitiva, 41
 Novísima recopilación, 61
- Objeto procesal**, 671
 identidad del, 672
- Obligatoriedad**, 366
- Obstáculos procesales**, 681, 683
 suspensión, 681
 definitiva o sobreescrimiento definitivo,
 682
 temporal o incidente de suspensión,
 682
 interrupción del proceso, 683
 sanear el proceso, 683
 suspensión del proceso, 683
- Orden**
 jurídico, 254
 privado, 45
 público, 45, 392
- Órganos**
 judicial 139, 144, 295, 674
 jurisdiccionales, 99, 137, 145, 259,
 270, 272, 274, 278, 289, 295, 346,
 355, 357, 361, 371, 442, 471, 553,
 726, 792
 requerido, 159
 superior, 418
 titular del, 304, 403
- Organización**
 funcionamiento de instalaciones, y, 16,
 148
 judicial, 165
 común, 62
 social, 13
- Paralización**
 proceso, del,
 definitiva, 687, 693
- Parte**
 civil, 741, 788
 formal, 738
 lesionada, 741
- Parte (Continuación)**
 material, 737
 sucesiva, 746
- Período**
 conclusiva, 772
 decisorio, 339, 340
 postulatorio, 772
 probatorio, 772
- Perquisas**, 231, 233, 234, 259
- Posiciones**, 567
- Práctica**
 forense penal, 23, 25
 judicial, 567
- Precedente judicial**, 30, 250, 271, 323,
 328, 567, 596
- Preclusión**, 511
- Preceptos**
 constitucional, 319
 materiales, 19
- Presunto**
 delincuencia, 362, 363
 deudor, 41
- Proterociones**, 7, 222, 223, 279, 280,
 342, 345, 346, 355, 357, 358, 362,
 373, 385, 402, 696, 711, 715, 721
- actor**, del, 197
 aceptación de la, 356
 acusador, del, 361, 361
 agravamiento de la, 353
 apelante, 446
 civil, 747
 rescritoria, 737, 788
 condena al pago de, 488
 contradictorias, o excluyentes, 673
 desistimiento de la, 696
 ejercitable, 732
 extintivo de la, 546
 fundamentos de la, 343
 intercedidas, de uno de los, 7
 justicia penal, de, 63, 346
 litigiosa, 64
 penal, 720
 propia, 280
 punitiva, 63, 94, 195, 200, 276, 277,
 690, 691, 700, 787
 quejoso, 479
 rescritoria, 716, 727, 738, 794

Prevención, criterio de, 289

Principio

- acusatorio, 397, 371
- inquisitivo, 128, 139
- legalidad, de, 456
- moralidad procesal, de, 245
- particular, 263, 266
- obligatoriedad del proceso, de, 13

Procedibilidad

- requisito de, 278

Procedimentalismo, 73, 74

Procedimientos, 456, 460, 494,
541, 542, 550, 551, 553, 602,
624, 644

administrativo, 397

civil, 347, 360

delictual, 769

especial, 761

resarcitorio, 745

especial, 394, 397, 460

extradición, de, 133

federal, 788

impugnativos

- verticales, 234

incidental, 653, 656, 797

judicial, 156, 440

ralidad del, 438

ordinario, 397, 685

penal, 106, 111, 224, 251, 262, 274,
464, 551, 555, 574

previo, 495

privatizado, 769

probatorio, 367, 449, 544, 547, 550,
551, 555, 556, 646

provisional, 494

reanudación del, 691

reposición, del, 456-459

sumario, 69, 388

verificación del, 554

Procesada, 189, 326, 441, 508, 581

enloquezca el, 586

libertad del, 269

Procesalismo, 69, 70, 71

científico, 69, 71, 77

Procesamiento, 508, 516

declaración de, 333

definitivo, 326, 329-333, 495, 687

Procesamiento (Continuación)

denegación del, 328

diferir el, 328

provisional, 339, 558

Procesos, 95, 103, 104, 105, 107, 108,
109, 116, 144, 146, 159, 186, 199,
201, 205, 206, 207, 222, 223, 225,
294, 295, 296, 319, 324, 326, 333,
334, 338, 340, 346, 352, 360, 368,
404, 418, 426, 447, 464, 473, 483,
486, 489, 508, 554, 556, 615, 643,
646

acumulación de, 669

acusatorio, 549

amparo, de, 472

civil, 96, 179, 204, 519, 549, 567, 576

resarcitorio, 720, 736, 783, 793, 794

contencioso, 96, 484

ejecución, de, 404

implantación del, 286, 652

impugnativo, 469, 47

inquisitorio, 397

intelectual, 555

jurisdiccional, 11, 13, 107, 714

base del, 7

presupuesto del, 7

pris del, 7

penal, 14, 27, 72, 82, 84, 96, 105, 106,
107, 108, 111, 113, 117, 118, 119,
154, 184, 186, 188, 196, 200, 205,
226, 241, 277, 278, 286, 287, 304,
322, 326, 328, 330, 337, 338, 341,
360, 365, 366, 383, 392, 415, 453,
461, 482, 492, 494, 519, 541, 543,
555

planteamiento de uno, 644

preliminar, 226, 288, 331, 337, 346,
348, 769, 770

principal, 226, 337, 338, 340, 346, 348,
528, 657, 691, 769

referente al, 645

separación de, 674

transmisión del, 483

Promoción

oficial, 269

particular, 263, 266

popular, 264

- Provisionalidad, 61
- Pruebas, 541, 542, 544, 558, 585, 616
científica, 543
civil, 543
desvanecimiento de, 586
documental, 619
evolución de la, 557
judicial, 622
medio de, 546, 555, 558, 563, 600
objeto de la, 543, 544, 545, 546, 618
penal, 542, 543, 544
pericial, 618
plena, 568
relevancia de la, 553
testigos médicos, de, 590
trasladada, 559
- Queja, 451, 452, 454, 455, 785
- Querela, 239, 240, 241, 242, 243, 373
delitos, de, 714
mínima, 232, 238
revocación de la, 243, 244, 353, 703
- Quebra
culpable, 279
fortuita, 279
fraudulenta, 279
- Radicación, 295, 296, 297, 298
proceso del, 300
- Reconocimiento, 607, 608, 615, 616
documentos de, 609
firma, de, 609
judicial, 610
personas, de, 609
probatorio, 608
- Reconsideración, 786
- Reconstrucción, 631, 632, 634, 635
conducta, de la, 633
hechos, de los, 630, 631, 633
histórica, 39
- Reconvención, 361
procesal penal, 360
- Recurso, 436, 437, 443, 451, 456, 457,
459, 462, 473, 662
apelación de, 441, 442, 449-451, 454
- Recurso (Continuación)
excepcional, 437
extraordinario, 464
denegación del, 450
desestimación del, 450
línea del, 445
fuerza, de, 55, 60
improcedencia del, 450
objeto del, 452
ordinario, 437, 451, 455, 456,
460
procedente, 441
queja, de, 452, 453
- Recusación, 661, 662, 663, 665
- Rebelión o contumacia total, 684
- Régimen
constitucional, 45
laguna, de, 44
- Reivindicación, 543
provisoria, 792
- Relación
accesorio principal, 722
jurídica, 118
material, 186, 722
procesal, 117, 127, 186
sustancial, 119, 120, 722
- Representación, 750
- Representante común, 205
- Reproducción, 624
elementos, de, 629
- Reposición
constancia, de, 648
expediente, de, 648
procedimiento, de, 680
- Requisitos
elementos, o
esencia, de, 343
ficticio, 343, 344
forma, de, 343
jurídicos, 343, 344
profesionales, 343, 345
principales, 508
procedibilidad, de, 231, 245
- Resistencia, 7
de uno de los interesados, 7
- Resarcimiento del daño, 519
- Rescisión, 528

- Resolución**, 289, 294, 300, 319, 320
 326, 340, 376, 397, 417, 418, 419,
 427, 431, 438, 440, 441, 444, 445,
 448, 450, 457, 475, 680, 683, 690,
 701, 729, 757
 administrativa, 397
 apelable, 440
 efecto de la, 297
 denegatoria de la, 326, 508,
 final del proceso, 388
 formal prisión, 511
 impugnada, 441, 443, 444, 447
 judicial, 316, 322, 413, 414, 436,
 438, 720
Libración de, 508
 procesamiento de, 315, 316, 320, 321,
 325, 507
 definitivo, 327, 329, 508
 provisional, 398
 tribunal del, 340, 397
 suspensorial, 475
- Responsabilidad**
 civil, 776, 777, 780
 penal, 776, 777
- Responsable**
 civil, 746, 747
 directo, 748
- Retractación**, 567, 568, 580
- Revisión oficiosa**, 512
- Revocación**, 244, 427, 428, 430
- Ritual**, 672, 676, 678
 trámite, o, 673
- Salvoconducto**, 501
- Satisfacción jurídica**, 85
- Segunda instancia**, 223, 224
- Sentencia**, 370, 371, 372, 375, 377, 401,
 421, 440, 445, 457, 464, 548, 645,
 775, 779
 absolutaria, 376, 380
 aclaración de la, 428
 anulación de la, 426
 civil, 778
 condena de, 493
 condenatoria, 377, 380, 515, 518
 declarativa, 393
 Sentencia (Continuación)
 definitiva, 377, 440, 460, 650
 ejecutoria de, 377
 firme, 462, 463
- Sentido**
 funcional, 127, 128
 orgánico, 127, 128
 procesal, 393
 subjetivo, 564
- Separatistas**, 17
 Códigos procesales separados, 18
- Seriación procesal**, 113, 338, 339
- Sistema**
 federal, 135, 134
 imprescindibilidad de, 199
 jurídico positivo, 231
 mixto, 198, 206
 procesal, 329
- Soberanía del Estado**, 483
- Sobresentimiento**, 440, 695, 698, 699, 701
 administrativo, 256, 257, 694
 definitivo, 682, 693
 penal, 694
 proceso principal del, 450
 provisional, 692
- Subrogación universal**, 487
- Sujeto**
 activo
 delito, del 186, 493
 proceso, del 187, 179, 294, 609, 671
 pasivo
 delito, del 186, 493
 proceso, del 684, 696
 proceso, del 164, 179, 180, 181, 186,
 187, 190, 191, 197, 204, 293, 299,
 442, 444, 448, 490, 493, 494, 509,
 575
- Sumario judicial**, 286, 287
- Suspensión**
 administrativa, 357
 procedimiento, del 690
 temporal del procedimiento, 684
- Substracción al derecho penal**, 188
- Tacha**, 564
 objetiva, 564

Teoría

- general
 - derecho, del 25, 81
 - proceso, del, 21, 26, 72, 81, 111, 328
 - penal 21, 22
- Testigosá. 587, 591, 592, 594, 595, 601, 608, 610, 616, 673
 - técnico, 589
- Testimonio, 585, 586, 591-595, 600
 - técnico, 589
- Tesis
 - mistas, 185
 - negativas, 188, 189
 - positivas, 185, 189
- Tipo penal, 318
- Transacción, 11
 - terminación del proceso por, 701
- Tratados
 - solo, de, 28
 - bilaterales, 27
 - extrdición, de, 28
 - multilaterales, 27

Tribunal

- requiriente, 674
 - requerido, 674
-
- Unidad, 17
 - esencial, 20
 - legislativa, didáctica y doctrinal, 17
 - rama jurídica, de la, 20
 - Unitaristas, 17
-
- Verdad, 109, 504, 505
 - formal, 109
 - histórica, 109, 111, 334
 - real o material, 447
 - Veredicto, 393, 398
 - Violación constitucional, 470
 - Vindicador del derecho, 127
 - Visión unitaria, 72

COLECCIÓN LEYES COMENTADAS

- **LEY FEDERAL DEL TRABAJO COMENTADA Y CONCORDADA - 5a. ed.**
Francisco Brítez Cantú
- **LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**
María Elena Manilla y Mejía
- **LEGISLACIÓN ELECTORAL MEXICANA COMENTADA**
Juan Ignacio Oviedo Zúñiga
Andrés Oviedo de la Vega
- **GUÍA DEL EXTRANJERO**
Salvador Rangel Solísano
Karla Lara Solís

COLECCIÓN MANUALES DE DERECHO

- **AMPARO EN MATERIAL FISCAL**
Hugo Carrasco Irujo
- **EL PROCESO ORDINARIO CIVIL**
Alejandro Torres Estrada
- **GUÍA PARA EL ESTUDIO DEL DERECHO PROCESAL CIVIL**
Rosal Casaburro Méndez
- **FORMULARIO ESPECIALIZADO EN ARRENDAMIENTO INMOBILIARIO**
Georgina Cisneros Rangel
Enrique Ferragino Taboada
- **FORMULARIO ESPECIALIZADO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL - 2a. ed.**
Georgina Cisneros Rangel
Enrique Ferragino Taboada
- **FORMULARIO DE JUICIOS CIVILES Y MERCANTILES**
Ramón González Sosa
Ramón Urbeaga Méndez
- **PATENTES DE INVENCION, DISEÑOS Y MODELOS INDUSTRIALES**
Jaime Delgado Reyes

COLECCIÓN ESTUDIOS JURÍDICOS

- **NAQUIBELO: ESTUDIOS JURÍDICOS Y SOBRE EL PODER**
Díaz Arceaga Nava
- **REESTRUCTURACIONES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES. REPERCUSIONES EN LOS SOCIOS**
Walter Fisch Philipp
- **GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO - 2a. ed.**
José Ovalle Favela
- **PROCESOS ELECTORALES**
Ignacio Gómez-Palacio
- **LA FUNCIÓN JUDICIAL**
Benjamín Nathan Carriazo
- **INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMPARADO**
Konrad Zweigert
Helm Kötz

SERIE DE ARBITRAJE

- **EL NUEVO REGLAMENTO DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL**
Yves Deslons
Eric A. Schwartz
- **ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL**
Rubén Santos Belandier
- **EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA CCI EN LA PRÁCTICA**
Erik Schäfer
Hermann Wehrli
Christophe Imbach
- **EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN MÉXICO - 2a. ed.**
Jorge Alberto Silva Silva
- **EL ARBITRAJE EN MÉXICO**
Gonzalo Urbani Carpatone
- **ARBITRAJE EN INSTITUCIONES FINANCIERAS**
Pedro Zamora Sánchez

SERIE DE TEMAS JURÍDICOS SELECTOS

- **LA NULIDAD PROCESAL**
Gabriel Moreno Sánchez
- **LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD**
Pablo Enrique Reyes Reyes
- **LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN EL TLCA Y LA OMC**
Victor Manuel Rojas Amador
- **LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO EN EL DERECHO PENAL**
Raúl González Salas Campos
- **EL USO DE INTERNET EN EL DERECHO** 2a. ed.
Victor Manuel Rojas Amador
- **CONTRATACIÓN INTERNACIONAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO**
Marina Vega Gómez-Urribe
- **MARCO JURÍDICO DEL LAVADO DE DINERO**
Pedro Zamora Sánchez

COLECCIÓN ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

- **EL COMBATE A LA PIRATERÍA EN INMAS**
Oscar Cruz Barney
- **En preparación**
- **LA PERSONALIDAD JURÍDICA SOCIETARIA**
David Enriquez Rojas

- **LA LIBRE COMPETENCIA**
Javier Aguilar Álvarez de Abajo
- **DERECHO PENAL - 2a. ed.**
Irina Griselés Amuchastegui Espesoa
- **INTRODUCCIÓN A LA CIENCIA POLÍTICA - 2a. ed.**
Eduardo Andrade Sánchez
- **TEORÍA GENERAL DEL ESTADO - 2a. ed.**
Eduardo Andrade Sánchez
- **DERECHO CONSTITUCIONAL - 2a. ed.**
Eliaz Arteaga Nava
- **INTRODUCCIÓN AL DERECHO ECOLÓGICO**
Eduard Baquero Rojas
- **DERECHO CIVIL. INTRODUCCIÓN Y PERSONAS - 2a. ed.**
Eduard Baquero Rojas
Rosalva Buenavista Baez
- **DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES**
Eduard Baquero Rojas
Rosalva Buenavista Baez
- **TEORÍA DEL DERECHO PARLAMENTARIO**
Bernardo Bata Vilapost
- **OBLIGACIONES CIVILES - 5a. ed.**
Manuel Bujarín Sánchez
- **DERECHO DEL TRABAJO - 2a. ed.**
Miguel Berrido Ocasio
- **DERECHO PARLAMENTARIO**
Patricio de Bultrín Ferrer-Vidal
- **DERECHO FISCAL CONSTITUCIONAL - 4a. ed.**
Hugo Carrasco Irujo
- **DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO - Parte Especial**
Francisco José Contreras Vaca
- **DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO - Parte General - 3a. ed.**
Francisco José Contreras Vaca
- **DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**
Santiago Corcuera Cobarrub
- **HISTORIA DEL DERECHO EN MÉXICO**
Oscar Cruz Barrey
- **INTRODUCCIÓN A LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES**
Carlos Felipe Dávalos Mejía
- **TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO - 3a. ed.**
Carlos Felipe Dávalos Mejía
- **CONTRATOS MERCANTILES - 7a. ed.**
Arturo Díaz Briso
- **FILOSOFÍA DEL DERECHO - 2a. ed.**
Luis Alfonso Domínguez Tamayo
- **JURISDICCION DE AMPARO**
Manuel Bernardo Espinoza Barragán
- **SOCIEDADES MERCANTILES - 2a. ed.**
Manuel García Rendón
- **DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO**
Alejo Germán Rendón
- **DERECHO PROCESAL CIVIL - 6a. ed.**
Cipriano Gómez Lara
- **TEORÍA GENERAL DEL PROCESO - 9a. ed.**
Cipriano Gómez Lara
- **INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA POLÍTICA**
Carina Gómez Foidé
- *En preparación*

- **TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA** - 2a. ed.
Sandra Luz Hernández Estévez
Rosario López Ochoa
- **GARANTÍAS INDIVIDUALES**
Martha Inés de la Cruz
- **TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES** - 2a. ed.
Javier Martínez Alarcón
- **DERECHO ADMINISTRATIVO I y II** - 4a. ed.
Rafael I. Martínez Morales
- **DERECHO ADMINISTRATIVO III y IV** - 3a. ed.
Rafael I. Martínez Morales
- **DERECHO ROMANO** - 4a. ed.
María Mercedes Marín
Román Iglesias González
- **DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO** - 2a. ed.
Lorena Ortiz Abil
- **DERECHO PROCESAL CIVIL** - 8a. ed.
José Ovalle Favela
- **TEORÍA GENERAL DEL PROCESO** - 9a. ed.
José Ovalle Favela
- **INSTITUCIONES DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**
Javier Patiño Camarena
- **DEONTOLOGÍA JURÍDICA. LA ÉTICA EN EL SER Y QUEHACER DEL ABOGADO.**
Victor Manuel Pérez Valera
- En preparación
- **DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO - Parte General** - 2a. ed.
Leonel Pereznieto Castro
- **INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO** - 4a. ed.
Leonel Pereznieto Castro
- **DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA**
Leonel Pereznieto Castro
Rosario Guerrero Serrón
- **DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO - Parte Especial**
Leonel Pereznieto Castro
Jorge Alberto Silva Silva
- **SISTEMAS POLÍTICOS CONTEMPORÁNEOS**
Gonzalo Reyes Salas
- **METODOLOGÍA JURÍDICA**
Bartolo Pablo Rodríguez Cepeda
- **DERECHO FISCAL** - 2a. ed.
Raúl Rodríguez Lobato
- **FILOSOFÍA DEL DERECHO** - 2a. ed.
Victor Rojas Arandó
- **DERECHO BANCARIO**
Humberto Enrique Ruiz Torres
- **DERECHO PROCESAL PENAL** - 2a. ed.
Jorge Alberto Silva Silva
- **MEDICINA FORENSE** - 2a. ed.
Francisco Javier Tello Flores
- **EL JUICIO DE AMPARO EN MATERIA LABORAL**
Rafael Tena Saah
Hugo Italo Morales

Director académico
LEONEL PEREZNIETO CASTRO
Universidad Nacional Autónoma de México-ITAM

México

Oficinas centrales

Oxford University Press México, S.A. de C.V.
 Avenida Casa 141, Col. San Rafael
 06470, México, D.F.
 telf.: (5255) 5142 4277 y 5142 5000
 Servicio al cliente: 80008 5447239
 fax: (5255) 5795 5738
 e-mail: oxford@oxpnes.com.mx
 web: www.oup.com/mx

Guadalajara

Avenida Paz núm. 1877, esq. con Colombia,
 Col. Insurgencia, 44160, Guadalajara, Jal.
 telf.: (5433) 3026 2891 y 3026 2895
 e-mail: jalisco@oxford.mx

Monterrey

Pedro Noy núm. 981 Poniente, Zona Centro
 64000, Monterrey, N.L.
 telf.: (8181) 8490 2855
 e-mail: ctmex@oxpnes.com

Argentina

Distribuidor autorizado
 CORDERO y Sáenz, S.A.
 Av. Rivero de Oca 1804
 C1270AHD - Buenos Aires, Argentina
 telf.: (54-11) 4383 8958
 fax: (54-11) 4383 8817
 e-mail: lacordero@oxpnes.com
 web: www.oxpnes.com

Costa Rica

Oxford University Press
 Oficina Regional Centroamérica
 7a. Avenida 19-19 Zona 11, Col. Mariscal,

8300 L. Guatemala, Ciudad
 telf.: (502502) 442 3712 y 485 0980 al 02
 e-mail: costarica@oxpnes.com
 oxfordcostarica.com/g

Chile

Distribuidor autorizado
 Misionera Grupos Editor, S.A.
 Doc. Manuel Barros Borgoña 11
 Providencia, Santiago - Chile
 telf.: (5621) 235 4248
 e-mail: galepibol@terra.cl

Colombia

Representante OUP - Puerto Andino
 Javier Lindero
 cédula: 15731 225 2075
 e-mail: linderoj@oxpnes.com.co

Distribuidor autorizado

GRUPO EDITORIAL ITSA
 Diagonal 85 A núm. 26 - 05 Trébol Club
 A.A. 93029, Ciudad de Bogotá, D.C.
 Colombia
 telf.: (571) 287 8896
 fax: (571) 288 7639
 e-mail: b-i-ital@edcomat.net.co

Brazile

Distribuidor autorizado
 CORDEROES, S. A.
 Av. 10 de Agosto 4999 y Juan Pablo Sosa
 PB2 046690, Quito, Brazile
 telf.: (5051) 2245 6688-5 6908
 fax: (5051) 2245 6875
 e-mail: presidencia@liberatacientifica.com
 web: www.liberatacientifica.com

España

Distribuidor autorizado
 Editorial Rivero, S.A. Lario 13-21, local B,
 08020, Barcelona, España
 telf.: (34) 93 409 3336
 fax: (34) 93 419 5189
 e-mail: promocion@rivero.com
 web: www.rivero.com

Perú

Faculdade del Libro Universitario
 Av. Arequipa núm. 5845, Miraflores,
 Lima, Perú
 telf.: (5114) 421 0166 y 0196
 fax: (5114) 440 8367
 e-mail: universidad@libro.edu.pe

Uruguay

Distribuidor autorizado
 Pro Libro ITSA
 Marcelino Barthele 1879
 Montevideo, Uruguay
 telf.: (5982) 266 8428
 fax: (5982) 283 8747
 e-mail: espanol.py@oxpnes.com.py

Venezuela

Distribuidor autorizado
 EDITORIAL BASEA I C.A.
 Final Calle La Pedrera, Urb. Guacay,
 C.M. Vistacoque, P.O. 1, Oficina de Barroca
 Estado de Miranda, Venezuela, Caracas
 telf.: (582) 4454175 y 5455756
 e-mail: editoria@basea.com.ve

CONSULTE NUESTRO SITIO

www.oup.com/mx



Si, envíame el catálogo de las novedades de OXFORD en

- Español
- Inglés

- Título Universitario
- Área profesional

- Ciencia/Tecnología
- Derecho
- Economía/Negocios

- Informática
- Ingeniería
- Otros

Nombre
 Institución
 Dirección
 Ciudad, Estado o Departamento

Temas que le gustaría que fueran tratados
 en futuros libros de OXFORD:

Título de la obra

Comentarios

Género
 Departamento
 Código postal
 País

Título:

- Prestigio del autor
- Prestigio OXFORD
- Reseña Británic
- Catálogo OXFORD
- Buscando en librería
- Esperado como texto
- Precio

Este libro me lo pareció:

- Malo
- Bueno
- Excelente

A-1

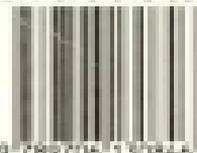
En nuestro país, el estudio del Derecho procesal penal ha permanecido un tanto al margen de los avances en esta materia; sin embargo, esta obra continúa y enriquece el desarrollo del procesalismo mexicano en esa disciplina. Con su experiencia primero como juez y más tarde como docente e investigador, el autor nos ofrece un estudio completo sobre el tema.

En la primera parte Silva aborda la teoría del Derecho procesal, en la que precisa las relaciones entre el estudio del Derecho procesal penal y la teoría general del proceso, examina la evolución histórica de la administración de justicia penal y analiza los conceptos fundamentales de la acción, la jurisdicción, el proceso y los sujetos procesales. Las demás partes corresponden al desarrollo cronológico del proceso penal. Se estudia la averiguación previa y el proceso penal, los enjuiciamientos especiales, la ejecución de la sentencia, los medios de impugnación y los incidentes. En la última parte se hace un análisis del proceso civil resarcitorio del daño proveniente del delito. Éste es uno de los temas menos estudiados por la doctrina procesal penal mexicana, de modo que resulta de gran utilidad para el lector.

OXFORD
UNIVERSITY PRESS

de estudios jurídicos con el IEX
tel: 52 55 5623 0144

ISBN 970-613-084-5



9 789706 130845