

301809

8
g.



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

ESCUELA DE DERECHO

Con Estudios Incorporados a La
Universidad Nacional Autónoma de México

"La clasificación y calificación del delito
y el auto de formal prisión, en la ley adjetiva
federal y común del Distrito Federal".

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA
ELENA ELENIS ALANIS

Primer revisor:

Lic. Fernando Miranda Arteche

Segundo revisor:

Lic. Arturo Basáñez Lima

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

México, D. F.

1990



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

	Página.
INTRODUCCION	I
CAPITULO I. REFERENCIA HISTORICA SOBRE EL DESARROLLO - DEL DERECHO PROCESAL PENAL.....	
a. En Grecia.....	1
b. En Roma.....	2
c. En el derecho germánico.....	4
d. En el derecho canónico.....	5
e. En el derecho italiano.....	6
f. En el derecho español.....	7
g. En la Revolución Francesa.....	10
h. Entre las Américas.....	11
i. Entre las Indias.....	13
j. En la Nueva España.....	14
k. En el México independiente.....	24
CAPITULO II. NOCIONES GENERICAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL.....	
a. Determinación del Derecho Procesal Penal..	31
b. Diferencias conceptuales entre procedimiento, proceso y juicio.....	34
c. Principios rectores del Derecho Procesal - en general.....	41

d.	Principios que rigen el procedimiento penal.....	43
e.	La esencia del proceso.....	47
f.	Los fines y el objeto del proceso.....	56
g.	Etapas que componen el procedimiento penal.....	59
h.	La investigación previa.....	61
CAPITULO III. LA PRIMERA ETAPA DEL PROCESO PENAL.....		
a.	Facto en que se divide la primera etapa del proceso penal.....	72
b.	La pre-instrucción o primera etapa.....	77
c.	El auto de radicación y sus efectos.....	79
d.	La declaración preparatoria.....	82
CAPITULO IV. EL CUERPO DEL DELITO Y LAS DIVERSAS RESOLUCIONES - QUE SE DICTAN DENTRO DEL PLAZO CONSTITUCIONAL DE SETENTA Y DOS HORAS.....		
a.	Concepto de cuerpo del delito.....	92
b.	Diferencia entre tipo, tipicidad y cuerpo del delito.....	99
c.	Como se integra y se comprueba el cuerpo del delito.....	105
d.	Las resoluciones que pueden dictarse dentro del plazo constitucional de setenta y dos horas.....	110
e.	El auto de formal prisión.....	117
f.	El auto de formal prisión con sujeción a pagaros.....	120
g.	El auto de libertad por falta de elementos para procesar.....	122
h.	El auto de libertad absoluta o sobreseimiento.....	124

CAPÍTULO V.	LA CALIFICACION DEL DELITO.....	
a.	La calificación del delito y su importancia.....	128
b.	La calificación del delito y el auto de formal prisión.....	134
c.	Ejercicio del derecho comparado en relación a la calificación del delito.....	140
CONCLUSIONES	150
BIBLIOGRAFIA	152

INTRODUCCION

INTRODUCCION.

A través del desarrollo histórico de la humanidad, periódicamente hemos sabido de la existencia de individuos que se han caracterizado por su actitud antisocial, sobresaliendo por su conducta violenta, por la agresión de sus actos; estos índices de similitud estructural y que revelan la antisocialidad del sujeto; generando un sentimiento de alarma y amenaza para los valores de la colectividad.

La sociedad a su vez, ha hecho sentir a estos individuos la repugnancia de su conducta y, al total desmoronamiento e inseguridad hacia sus actos, contemplando en todo tiempo y lugar sanciones más severas para ellos, sanciones que han sido aplicadas valientemente del derecho.

Por medio del Derecho Procesal Penal, y más concretamente a través del proceso penal, se logra la actualización de la necesidad positiva que para cada delito contempla el Código Penal; así por lo que consideramos importante exponer nuestra tesis hacia esta rama del derecho.

Como primer punto, haremos un recorrido breve, desde la antigüedad, mencionando aquellos lugares cuyos sistemas procesales consideramos representativos, sobre todo en Europa, incluyendo el procedimiento que

para la aplicación de las sanciones se utilizaba entre los indígenas de nuestro país; haciendo referencia por último a la mezcla producto de las instituciones de derecho procesal indígena y español; y en resultado, -- o sea, el procedimiento penal en el México independiente.

Continuaremos puntualizando aquellas nociones que consideramos básicas para el derecho procesal en general, y sin las que sería difícil la comprensión de esta tesis, para después señalar en concreto estos conceptos aplicados al procedimiento penal.

Abogaremos así al estudio de las etapas en que se divide el proceso penal, para detenidamente desglosar el momento procesal en el que se dice la resolución a la que nos queremos referir, y que forma parte del -- juicio, o sea, el auto de formal prisión.

El derecho como principios generales, contempla entre otros, la equidad y la justicia, y estos principios serían importantes si las sanciones no fueran proporcionadas a la conducta realizada por el agente, -- es por ello que conjugamos ambas situaciones.

Por su parte la calificación del delito, permite que un acto cometido con criminalidad deliberada, con frialdad reflexiva, o con exceso de pas-

habición social, sea sancionado con una penalidad superior que un delito imprudencial por ejemplo.

El acto de formal prisión, constituye la resolución por la que un individuo queda legalmente sujeto a proceso penal, y debe responder de las circunstancias de ejecución de su acto; en esta resolución, el juez llevará a cabo la clasificación del delito por el que ha de seguirse el correspondiente proceso; así como las calificaciones a la conducta delictiva; mismas que deben quedar mencionadas en esta resolución para que pueda actualizarse la pena agravada.

Para que el acto de formal prisión sea dictado, transcurre un mínimo plazo de sesenta y dos horas, situación de prisión para el órgano jurisdiccional, así como de gran volumen, dado el exceso de determinaciones que debe dictar. Esta resolución está contemplada en diversos ordenamientos jurídicos, y cada uno de ellos dispone algo en relación con ella. Presentándose también diversas situaciones que se mencionarán en el desarrollo de este tema.

CAPITULO I.

REFERENCIA HISTORICA SOBRE EL DESARROLLO DEL DERECHO PROCESAL PENAL.

- a. En Grecia.
- b. En Roma.
- c. En el derecho germano.
- d. En el derecho canónico.
- e. En el derecho italiano.
- f. En el derecho español.
- g. En la Revolución Francesa.
- h. Entre los Austriacos.
- i. Entre los Napoléon.
- j. En la Nueva España.
- k. En el México Independiente.

CAPÍTULO I.

REFERENCIA HISTÓRICA SOBRE EL DESARROLLO DEL DERECHO PROCESAL PENAL.

Hemos considerado importante, iniciar este primer capítulo con un breve análisis, de las diversas instituciones de Derecho Procesal Penal, surgidas desde la antigüedad, hasta nuestros días, a fin de tener un marco de referencia histórico de la materia en que nos encontramos, la institución procesal sobre la que ha de versar la presente tesis.

a. EN GRECIA.

Los juicios llevados a cabo en la antigua Grecia, eran orales, y de carácter público; el acusado se era juzgado directamente por el mismo o mediante el auxilio de un tercero; las pruebas las aportaba cada parte, formulándose los alegatos correspondientes; las sentencias se dictaban públicamente. Entre juicios tenían por finalidad, sancionar a quienes realizaban actos que atentaban contra los usos o costumbres importantes de la época.⁽¹⁾

[1] Colón Sánchez, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales". Ed. Porrúa, S.A., México, 1985. pag. 16.

6. EN ROMA.

El Derecho Romano, "es definido en los escritos de los juristas de la antigua Roma, principalmente en los de los juristas calificados como "oficiales", que vivieron entre el año 120 a.C., y 120 d.C., donde también se define que es el derecho dictado en el Corpus Iuris Civilis".^[2] Los juristas romanos, se basaron en las instituciones del derecho griego; a las que les otorgaron características propias, y que constituyeron el modelo para cimentar el moderno derecho de Procedimientos Penales.

En las "Leyes antiguas, sistema procesal, típico en la antigua Roma, época de la monarquía en que se desconoce el principio de división de poderes; jurisdicción y función judicial eran desempeñadas por el sacerdote, el pueblo y el rey";^[3] encontramos un proceso penal Público y otro Privado. En el privado el Estado hace las veces de árbitro, y para emitir su resolución se basa en lo expuesto por las partes. Con el tiempo este proceso se desvirtuó, quedando subsistente el proceso penal público, denominado así, debido a que el Estado interviene solamente en delitos que considera una amenaza para el orden o la integridad política.^[4]

Se implanta el procedimiento inquisitivo, "principio procesal que otorga al juez penal amplias potestades para investigar, averiguar y probar

[2] Instituto de Investigaciones Jurídicas. "Diccionario Jurídico Mexicano", T-111, Ed. Porrúa, S.A., México, 1985, pag. 107.

[3] Díaz de León, Manuel Antonio. "Diccionario de Derecho Procesal Penal" T-1, Ed. Porrúa, S.A., México, 1988, pag. 1089.

[4] Colla Sánchez, Guillermo, *ob. cit.*, pag. 16.

en acción en el proceso, procediendo de la participación del ministro público, del acusado y su defensor";^[5] en el que se utilizó el tormento, aplicado al acusado y en ocasiones a ciertos testigos; las sentencias imputadas, presentaban la ejemplaridad, consistían en multas o penas corporales. "Cognitio", es una forma del proceso penal público, en la que el Estado no tomaba en consideración al procesado, ordenando directamente las investigaciones necesarias para llegar al conocimiento de la verdad. Después de pronunciado el fallo, se daba injerencia al procesado, quien tenía derecho de incoherencia, solicitando del pueblo la revocación de la sentencia. Surge en el último siglo de la República, otra forma de procedimiento penal denominado "Accusatio", que consistía en que tanto la averiguación de los hechos, como el ejercicio de la acción se recomendaban a un acusator, los facultados del acusator, se vieron invadidos por otras autoridades de la Roma antigua.

Concluye Collin Sánchez, "que en el procedimiento penal romano, los actos de acusación, defensa y decisión se recomendaban a personas distintas; prevaleció el principio de publicidad; la prueba ocupó un lugar secundario, y la sentencia se pronunciaba verbalmente, conjuntamente a la conciliencia del juez".^[6]

[5] Díaz de León, Marco Antonio, Ob. Cit., T-I, pag. 945.
 [6] Collin Sánchez, Guillermo, Ob. Cit., pag. 14 y 19.

c. EN EL DERECHO GERMANO.

El procedimiento penal importante, era el mixto o común. Se implanta en Alemania, en 1532, en la Constitución Criminal Carolina. En esta doctrina encontramos dos sistemas procesales diferentes; el el proceso acusatorio, el sistema procesal utilizado, era el inquisitivo, que se desarrollaba bajo las modalidades de secreto y escrito; cuando el proceso era público, el sistema procesal utilizado era el acusatorio, con las modalidades de publicidad y oralidad. Las cuestiones sustanciales y las correspondientes al período del juicio, se encuentran totalmente separadas. (7)

Razgos típicamente germánicos, son las relaciones de armonía social, nacidas de ciertos delitos, "relaciones que danen derecho a la venganza de la sangre, o no sea que llegara a una reconciliación voluntaria mediante composición". (8) "La prensa extrajudicial, creada por una persona que consideraba violados sus derechos, para obligar al violador a que compareciera ante la justicia". (9)

El ofendido reclamaba su derecho directamente, ejerciendo venganza sobre su ofensor, por medio de los jueces de Pasa, que era un "medio de investigar los delitos en base a la creencia de que la divinidad seaf-

(7) Colla Sánchez, Guillermo. Ob. Cit., pag. 18 y 19.

(8) Florio Magallan S., Guillermo. "Introducción a la Historia del Derecho Mexicano". Ed. Fajardo, S.A., México, 1976. pag. 29.

(9) Idem, pag. 29.

ba el se era culpable o inocente".^[10]

d. EN EL DERECHO CANÓNICO.

El derecho canónico, "es el sistema jurídico que regula la conducta de los miembros de la Iglesia".^[11] Surge en el siglo XII; el primer escrito al respecto, es el Decreto de Gratiano. Este derecho tuvo plena vigencia durante la época de la colonia en la Nueva España. Por medio de él se regularon aspectos de familia, sucesiones, proceso, penalidad, etc.

El sistema procesal utilizado en este derecho fue el inquisitivo, ejercido por el Tribunal del Santo Oficio, este sistema cuenta entre otros con los siguientes principios: "El juez tiene potestad sobre el impulso procesal y la investigación de la verdad, independientemente de la actitud de las partes; se autoriza el uso de tormentos y torturas para extraer la verdad al acusado o los testigos; se hace regla general la prisión preventiva y la incomunicación del acusado; el procedimiento se desarrolla bajo los siguientes principios: escrito, no secreto y no contradictorio".^[12] Los actos y actuaciones procesales se concentraban en los inquisidores; sólo recibían denuncias, practicaban pesquisas y realizaban aprehensiones. Los inquisidores, se auxiliaban de comisarios,

[10] Díaz de León, Marco Antonio, Ob. Cit., T-1, pag. 1002.

[11] Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ob. Cit., T-III, pag. 139.

[12] Díaz de León, Marco Antonio, Ob. Cit., T-11, pag. 2130.

quieras, tanto a su trabajo en prolección de pesquisas sobre la conducta de los particulares y en relación con las impositions de la Iglesia, lo conjuide que la prueba por excofession, utilizado para su obtención ef-
doumento. [13]

c. EN EL PERUENO ITALIANO.

El sistema procesal penal de este derecho, es el litigio o comis, que cuenta con elementos característicos de los sistemas acusatorio e inquisitivo. En él hubo un doble jurado. El primero de estos jurados se encargaba de reunir las pruebas en las que se fundaba la acusación, se encargaba el ejercicio de esta función encomendada a un acusador público que se instituyó por excofession, tanto por la que era el representante del pueblo, más no del Estado; el segundo se los jurados, con el encargo - tanto del juicio como del fallo. [14]

"En Italia en el siglo XVI, los jurisperitos Marsilio, Juli Ciano, Fruinacio y Novatio, establecieron las normas del procedimiento criminal y la libertad en la defensa del acusado, así como la intervención de defensores". [15]

[13] Colla Sánchez, Guillermo. Ob. Cit., pag. 14.

[14] Díaz de León, Marco Antonio, Ob. Cit., T-II, pag. 2130.

[15] Colla Sánchez, Guillermo. Ob. Cit., pag. 19.

4. EN EL DERECHO ESPAÑOL.

En el período de la Baja Edad Media, existieron en España diversos ordenamientos jurídicos, producto del desarrollo histórico. -- Debido a que para el año 554 las cosas sueltas de la península, son conquistadas por el emperador Justiniano, el derecho español empieza a formarse con elementos germánicos y romanizados. "El hecho de que los "mozos de por" continuaran viviendo bajo el régimen cristiano, conservando su propio derecho musulmán, añadió otro elemento más a este complejo mosaico de sistemas jurídicos".^[16]

Encontramos diversas formas de vida jurídica que dan origen al surgimiento del sistema de los diversos derechos locales, producto en ocasiones sólo de la concesión del rey; o de otros motivos del municipio no contradichos por la Corona. Entre la gran cantidad de ordenamientos jurídicos existentes en el derecho español, podemos mencionar: el Fuero Real; el Fuero Juzgo; las Siete Partidas; las Leyes de Toro; la Nueva Recopilación; la Novísima Recopilación, etc., de entre las cuales, la considerada como monumento legislativo, son las Siete Partidas, ordenamiento de clara influencia romanista. "Éstas debe a Castilla importantes intentos de unificación jurídica. El rey que más contribuyó a esta tarea fue Alfonso X el Sabio";^[17] a la legislación positiva, producto -

[16] Florio Mangsmat S., *Galicorno*. Ob. Cit., pag. 31.

[17] *Ibidem*, pag. 31.

de la unificación llevada a cabo por Alfonso X, partiendo el Fuero Real de 1255, cuyo destino era aplicarse a las tierras dependientes de la -- Corona.

Debido a gran cantidad de ordenamientos, se hizo necesario redactar un orden de preferencia, mismo que queda contenido a fines del siglo -- XVII en La Recopilación de Leyes de Indias, redactada con los números: 2.1.1., que dice: "Ordinamos y mandamos que en todos los casos, nego- -- cios y pleitos en que no estuviere decidido ni declarado lo que se deba proveer por las leyes de esta recopilación, o por cédulas, provisiones y ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, y las que por cualquier orden se despacharen, se guarden las leyes de nuestro reino de Castilla conforme a lo de Toro".^[18]

En el Fuero Juzgo, encontramos disposiciones muy importantes de di- -- cho proceso; sobre todo en el Título 1 del Libro VI, en el que se esta- -- blecen las formas y requisitos necesarios para realizar una acusación; -- se señalan también, las garantías que existen al acusado frente a su -- acusador, así como las que puede ejercer frente al juez; se establece -- la necesidad de que el acusado aporte las pruebas procedentes para su -- causa; haciéndose referencia a la prueba confesional y a los casos en -- que es procedente la aplicación de tormento.^[19]

[18] Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ob. Cít., I-111, pag. 144.

[19] Colla Sánchez, Guillermo. Ob. Cít., pag. 20.

La garantía de libertad individual, la consagraba el libro VII, -- Título IV *segunda*, entre otras disposiciones señalaba que a nadie debe -- despojarse de la suya por la fuerza, y sin que medie asistencia del -- juez. En otras leyes del mismo ordenamiento, se decía; del Fuero Juzgo, se regulaban ciertos aspectos procesales, talés como: "En accu- -- sas por los que pueden ser acusados los menores de edad; el hecho de -- que aquél que sea acusado una vez, por juicio acabado del error que -- hizo, no lo pueden acusar nuevamente; el deber del juez de escoger a un -- solo acusado cuando muchos quisieren acusar a alguno de algún delito; la obligación de presentar por escrito la acusación; el contenido del -- escrito de acusación; el deber del juzgador de recibir la acusación, to- -- mando al acusado "la jurta de que se se recibe raticionalmente" y "emplaz- -- ar al acusado dentro de un día de la demanda", señalándose un plazo de -- veinte días para que respondiera la obligación del juez de examinar las -- pruebas con gran cuidado; si éstas no acreditaban claramente el hecho y -- si el acusado es hombre de buena fama, debe ser absolvido; en caso con- -- trario, si de las pruebas se desprendera algún indicio, el juez podía -- hacerlo arrestar para conocer la verdad".^[13] Disposiciones que cons- -- tituyen la base de nuestro actual procedimiento judicial, por supuesto -- que redactadas en otra forma, adecuándose al momento presente. Existía -- también el antecedente del actual rebote para sí el acusado había, en -- el Título XXIX, se mencionaban las diligencias que debía realizar el --

[13] Colla Sánchez, Guillermo. *Op. Cit.*, pag. 21.

juiz, para que aún contra la voluntad del acusado, o del juez requerido, el uso que se devuelve al juez de la petición.^[21]

g. EN LA REVOLUCIÓN FRANCESA.

En Francia, antes de la Revolución Francesa, el juez destituido era el árbitro y decidía el destino del acusado; la sentencia se dictaba en secreto, el acusado no se le permitía defenderse, ni se le daba a conocer el nombre de su acusador, empleando el tormento como medio de intimidación. Con la Revolución Francesa, concluye la vigencia del proceso inquisitivo que sustentaba la ordenanza francesa de 1370. Las ideas liberales de la revolución generaron una transición al considerar al individuo de manera diferente, y desde cierta preponderancia por sobre el interés social.^[22]

"Los juicios se realizaban ante los jurados populares y en cada uno de ellos actuaba un representante del ministerio fiscal, que podía ser un funcionario dependiente del poder administrativo y era el único titular de la acción penal, ya que el ejército únicamente le quedaba reservado el ejercicio de la acción civil, cuya distinción de la penal quedó, a partir de aquí, bien definida. Nace aquí, no sólo el sistema mixto, sino la figura del Ministerio Público y el moderno concepto de

[21] Colla Sánchez, Guillermo. Ob. Cit., pag. 22.

[22] Sáez de Irujo, Marco Antonio. Ob. Cit., F-11, pag. 2130.

la acción penal".^[23]

B. ENTRE LOS AZTECAS.

Podemos dejarnos al derecho azteca, como "el derecho de la población de habla náhuatl residente desde 1325, en México-Tenochtitlan, cabecera del Imperio azteca".^[24] Este pueblo nunca poseió la igualdad, sus derechos y obligaciones dependían del lugar que cada quien ocupaba dentro de la sociedad.

La sanción más corriente era la muerte, su ejecución era cruel y -- se realizaban de diversas maneras, tales como: "la muerte en la hoguera, el ahogamiento, ahogamiento, apedramiento, ahorcamiento, muerte por golpes de pedo, el degollamiento, empalamiento, y desgarramiento del cuerpo; antes o después de la muerte hubo posibles adicionales vejámenes. A veces, la pena capital que cambiaba con la de confiscación".^[25] La algeldía de este derecho obligaba a los nobles a actuar con el ejemplo, y la posesión social ocupada no les brindaba privilegio alguno, por el contrario la sanción podía ser superior si quien infringía la ley era noble.^[26]

Existió una jerarquía de tribunales en el ámbito judicial. El rey

[23] Díaz de León, Marco Antonio. Ob. Cit., T-II, pag. 2130.

[24] Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ob. Cit., T-III, pag. 118.

[25] Floria Margarita S., Guillermo. Ob. Cit., pag. 13.

[26] Idem, pag. 23.

ganga como la máxima autoridad en materia judicial; delegaba funciones asignadas de acuerdo con la gravedad del delito cometido. "Las instancias bajas se asignaban a jueces cuya jurisdicción comprendía un barrio delimitado de la ciudad, ellos eran los encargados de iniciar las actuaciones que procedían, realizaban aprehensiones, e inspecciones en forma sumaria el proceso. Para decidir las instancias graves, existía un tribunal de tres o cuatro jueces". [17]

El "Cáhuacatl" nombra tres jueces vicelocales, quienes estaban encargados de la competencia de asuntos más importantes cuya gravedad llegaba a ser la pena de muerte. Contaban con un sistema de apelación que se ventilaba en el tribunal del momento, y se resolvían para ello cada veintidós días.

En procedimientos sin oral, más cuando de ciertos asuntos se quedaba el testimonio pictográfico; existía un plazo para concluir los juicios y éste era de ochenta días, ningún proceso debía durar más de ese tiempo; posiblemente los "representantes" que intervenían en los juicios, podían comparecer de alguna forma a lo que comúnmente se le abogaba. [18]

"Se admitían en el curso del procedimiento varias pruebas; la con-

[17] Colin Sánchez, *Guatemala. Ob. Cit.*, pag. 21.

[18] Florida Margolin S., *Guatemala, Ob. Cit.*, pag. 25.

gional, la testamental y documental. Había diversos auxiliares para la administración de justicia, los cuales se encargaban de citar a las partes, preguntar y ejecutar la sentencia y dar cuenta de algunos juicios". [129] Para este pueblo, mientras más grave era la comisión del delito, mayores facilidades de defensa le eran permitidas al acusado. Éste vivió a cabo en estos casos un procedimiento más rápido.

4. ENTRE LOS MAYAS.

El derecho penal maya era muy severo, y sus sanciones extraordinarias de rigidez. "La jurisdicción estaba fundamentalmente en el "Ahaa", - - quien en algunas ocasiones podía delegarla en los "Etabes", con él se consultaban otros ministros quienes se parecían función como abogados o defensores cuya participación se detiene durante la audiencia". [130]

Los "Etabes" tenían jurisdicción en el territorio de su cargo, sus decisiones eran definitivas, debido a que este pueblo no contaba con recursos ni ordinario ni extraordinario. Los juicios se decidían en una instancia; posiblemente se admitía la apelación, la testamental y la presuncional. [131] "Los "Tapiiles", policías-verdugo, se encargaban de la ejecución inmediata de la sentencia, excepto en los casos - cuya sanción consistía en lapidación por la comunidad entera". [132]

[129] Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ob. Cit., 7-111, pag. 129.

[130] Collín Sánchez, Guillermo. Ob. Cit., pag. 23.

[131] Idem, pag. 23.

[132] Florio Mangasani S., Guillermo. Ob. Cit., pag. 15.

j. EN LA NUEVA ESPAÑA.

La Nueva España, era un reino que tuvo un rey coincidente con el -- Rey de Castilla, representado aquí por un virrey, que se hacía obedecer -- por órganos locales con cierto grado de autonomía vigilada. La historia -- de la Nueva España, presenta importantes conflictos, debido a las divergencias -- existentes entre orígenes y peninsulares entre el virrey y el arzobispo, etc. La realidad mostró que dada las peculiares condiciones económicas y sociales del nuevo mundo, era necesaria la creación de un estatuto jurídico diferente al español. Nace así el derecho indiano, el -- que en un sentido amplio designamos como: "El sistema jurídico que se -- aplicó en América durante los tres siglos de dominación española, extendiéndose en el tiempo al siglo XIX, éste derecho abarcaba no sólo las -- disposiciones legislativas promulgadas para las Indias en la metrópoli y en las territorios americanas, sino también las normas de derecho castellano que se aplicaban como supletorias, sobre todo en materia de derecho -- privado y las costumbres indígenas que se incorporaron o que se mandaron guardar por la propia legislación indígena por no contradecir -- ésta, ni los principios de la religión católica".¹³³⁾

La legislación indiana sequestró para su fundamentación de la antigüedad que al respecto emitiera la Corona de Castilla, por lo que el pre-

¹³³⁾ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ob. Cit., T-III, pag. 168.

dado de este derecho se basó en la desconianza, recalcitrante además -
plagado de tribunales burocráticos; el derecho indiano es de un carácter -
efectivamente consuetudinario, por susceptible de aplicación por analogía a casos
similares, dando como consecuencia que la práctica jurídicamente se -
encuentra divorciada del derecho.

"Las leyes de Indias consisten de varios libros, subdivididos en títulos". "El libro V contiene normas sobre gobernadores, alcaldes mayores, -
corregidores, y cuestiones procesales". "El libro VII se refiere a cuestiones
morales y penales".^[34]

En el procedimiento en materia criminal no se cuenta con normas or-
ganizadas en forma institucional; en las Siete Partidas, se postuló el
tribunal los conceptos generales para esta materia, aunque llegaron a -
concretarse entre sí, las disposiciones de carácter especializado, proce-
no, penal y civil.^[35]

Encuentramos dentro de las autoridades indianas, el Consejo de In-
dias, establecido jurídicamente en 1524, con sede en España, al lado del -
rey; este Consejo, era el tribunal supremo de apelación, los asuntos que
se ventilaban en este tribunal, eran aquellos ya decididos en la Colo-
nia, o bien aquellos que aún siendo de primera instancia, eran considera-

[34] Florencio Mangadant S., Guiffredo, Ob. Cít., pag. 43 y 44.

[35] Colla Sánchez, Guiffredo, Ob. Cít., pag. 35.

dos como sus jueces, o los que su cuantía era notoria. Para todo lo re-
ferente a los indios, era éste el cuerpo consultivo general de la Cor-
ona; pero sobre todo en materia legislativa. La actividad jurídica de
este Consejo, mereció elogios de los historiadores. [136]

Para la persecución de los delitos, y para aplicar las sanciones --
pertinentes se implantaron en la Nueva España, entre otras las siguientes
autoridades: la Audiencia; el Tribunal del Santo Oficio; el Tribunal
de la Acordada y algunos otros tribunales para el conocimiento de asun-
tos especiales; mismos que a continuación analizaremos brevemente.

La Audiencia, autoridad Indiana, constituida a manera de jueces --
las arbitraniedades y consejo del virrey; Tribunal, con funciones guber-
namentales especiales, no subordinado al administrativo ni judicialmente
al Virrey, más cuando él fungía como presidente de la Real Audiencia. --
Tenía facultades para criticar y protestar por las disposiciones admini-
strativas emanadas del virrey; incluso podía apelar ante la Corona en ca-
so de que el virrey persistiera en su actitud.

La segunda Audiencia instituida en la Nueva España, hizo una buena
labor, permitiendo a los indígenas administrarse por sí mismos, consi-
derados además jurisdicción en asuntos penales y civiles, siempre que-

[136] Florén Mergandari S., *Guillermo*. Ob. Cit., pag. 54.

juces de menor importancia. La Real Audiencia se integraba por oidores, encargados de oír y substanciar sobre los asuntos y pleitos que les eran cometidos, por lo que investigaban las denuncias o los hechos hasta formar auto de fección sobre lo sucedido; firmaban los autos de aprehensión, y veían las causas de los Alcaldes del Crimen.^[37] El número de oidores, con el transcurso del tiempo fue creciendo, requiriéndose una división de labores en asuntos, uno civil y la otra criminal. Los casos más importantes debían ser presentados directamente ante la Audiencia.^[38]

Los Alcaldes del Crimen, cuestionarios de la Real Audiencia, como - cías de las causas criminales en primera instancia, de hechos ejecutados en un término de cinco leguas de su lugar de adscripción, para causas - Oveas actuaban como tribunales unitarios: si las sentencias eran de muerte, mutilación de miembros o para corporal, se constituían en cuerpo colegia - do. Las apelaciones interpuestas contra las resoluciones de los Alcaldes del Crimen; se resolvía el recurso por ellos mismos; en consecuencia, -- "se desvirtuaba la finalidad del mismo porque todas las funciones se -- efectuaban en una sola persona".^[39] Los Alcaldes del Crimen, no representa - ban las atribuciones de los demás integrantes de la Audiencia.

Otra autoridad subordinada a la Real Audiencia, era el Alcaide - Mayor, quien tenía la responsabilidad de la función polícica, la que --

[37] Colla Sánchez, Guillermo. Ob. Cit., pag. 34.

[38] Ferris Morgandant S., Guillermo. Ob. Cit., pag. 55.

[39] Colla Sánchez, Guillermo. Ob. Cit., pag. 34.

discrepancia con la colaboración de estos funcionarios. La Real Audiencia, sin competencia para conocer las "resoluciones" judiciales que se seguían contra autoridades, cuya conducta durante el desempeño de sus funciones en el fuero municipal, designaba a los jueces, para aquellos casos en que los encargados de la administración de justicia local no concilian con su deber.

En las resoluciones judiciales, influyó considerablemente el compadrazgo y los intereses creados, por lo que en prevención de esta posibilidad se dictaron medidas por las que se prohibía a los encargados de emitirlas, situaciones como: no apadrinar matrimonios, ni bautismos en aquellos distritos en los que ejercían funciones, etc.

A los indios no les fue permitida durante mucho tiempo el acceso a puestos de autoridades, hasta que se ordenó por cédula real - - hacer una selección entre los naturales de Nueva España para el desempeño de cargos de "Alcaldes, Jueces, Regidores, Alguaciles, Escribanos, - - etc., especificándose que la justicia se impartiría de acuerdo con los usos y costumbres que habían gobernado su vida. Los alcaldes indios auxiliados por alguaciles, aprehendían a los delincuentes indios y los llevaban a las cárceles del correspondiente distrito; los caciques ejecutaban aprehensiones y ejercían jurisdicción criminal en sus pueblos, salvo ex-

causas reservadas para resolución de las Audiencias o a los Gobernadores". [40]

En 1536, se crearon las Intendencias; el Intendente impartía justicia en lo civil y en lo criminal; auxiliado por subdelegados que investigaban "hechos delictivos; e instruían los procesos para que, al estar en condiciones de dictar sentencia, lo hiciera así el Intendente, asesorado por un letrado llamado letrado real y a los funcionarios indios, dejándolos en el estudio". [41]

El Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, se estableció en Nueva España, el 16 de agosto de 1570. Se utilizó contra la herejía como instrumento político. "Por lo que se refiere a la Nueva España, el virrey recibió instrucciones, de señalar casa en México a este tribunal, cuyos primeros inquisidores serían el doctor Pedro Moya de Contreras y Juan de Cervantes. Rumores sobre la injerencia de jefes portugueses en la Nueva España había motivado esta intermediación de la Santa de la Inquisición". [42]

Cada obispo debía perseguir a los herejes existentes dentro de su diócesis. El tribunal estaba integrado por los siguientes funcionarios: "inquisidores, secretarios, consultores, calificadores, comisarios, pro-

[40] Colla Sánchez, Guillermo. *Op. Cit.*, pag. 25.

[41] *Idem*, pag. 28.

[42] Floria Magadant S., Guillermo. *Op. Cit.*, pag. 102.

males físicos, abogados defensores, receptores y cesereros, familiares, notarios escribanos, alguaciles e intérpretes".^[43]

El Inquisidor controlaba las funciones de juez. El promotor fiscal se encargaba de denuncias y de perseguir a los herejes considerando como enemigos de la Iglesia, era la voz acusatoria dentro del juicio, siendo en ocasiones también conlicto entre el vicerey y el tribunal. Procedía la suada del acusado los consultores, a través de la "consulta de fe", -- hecha al ser oído el acusado, y misma que podía quedar sujeta a la notificación o testificación, de acuerdo con el criterio de los consultores. -- A los secretarios correspondía levantar actas, y ejecutar otras labores administrativas; a los alguaciles se les asignaba ejecutar aprehensiones; quedando los vees y los oficiales bajo la responsabilidad de los oficiales. El 10 de junio de 1526 es abolido definitivamente este tribunal.^[44]

La Inquisición novohispanica, menciona Floria Margadant, no era muy mala, debido a que no molestaba a los indios, al menos desde la ejecución del cacique de Texcoco en 1539, ejecución que causó gran indignación; varios de los jueces que integraban este tribunal, eran ejemplo de integridad; las víctimas acusadas eran en parte judios y extranjeros no muy populares dentro del territorio de la Nueva España; además de que --

[43] Colla Sandoz, Guillermo. Ob. Cit., pag. 32.

[44] Idem, pag. 32.

"Los heterodoxos religiosos tenían a menudo también ideas heterodoxas en materia política, de manera que los de arriba vieron con buenos ojos la ayuda prestada por la Inquisición para conservar la Nueva España segura para sus privilegios". [45]

Como aspectos negativos de la Inquisición podemos mencionar los siguientes: los jurdicantes, genéricos, espías siempre al servicio de la - (8) la censura reinante de la época; la tortura legalizada; la costumbre - de no comunicar al reo los cargos; el efecto que las condenas producían en los parientes del reo; la incomunicación de que era objeto el reo; y en ocasiones la vigilancia de sus conversaciones con el defensor; la - - prohibición de libre elección del abogado defensor; y la imposibilidad - de tachar a los testigos presentados en juicio.

El Tribunal de la Acordada, este Tribunal se formó por acuerdo de - la Real Audiencia; era ambulante, sin sede fija. Le antecedió un juez al - que se le dió el nombre de "juz de caminos", quien se auxiliaba por comisarios y escribanos; la Acordada contaba con amplia competencia para - la realización de sus funciones. Su labor principal, consistía en perseguir a los saltadores de caminos.

El Juz de la Acordada, iniciaba su labor cuando tenía conocimiento

[45] Floria Margarit S., Guillermo. Ob. Cit., pag. 103.

de asaltos e desordenes en alguna región, el Jefe hacía como un oficio y de inmediato se avocaba a conocer los hechos, instruir un proceso sumario, dictaba sentencia y de inmediato la ejecutaba. Cuando la sentencia era de muerte, el acusado era ahorcado en el mismo lugar de los hechos, dejando el cuerpo colgado, con el propósito de que esto sirviera como escarmiento. Después de ejecutada la sentencia, los integrantes del tribunal partían del lugar para constituirse en otro diferente.

Este sistema de enjuiciamiento condujo a graves injusticias, se negaba al acusado el derecho a defenderse; se le permitía recurso alguno para impugnar la sentencia y la puesta en la ejecución de esta daba origen a errores irreparables. [46]

La legislación Indiana previó además la forma de evitar arbitrariedades por parte de los funcionarios radicados en la Nueva España: instituyó por tanto, un juicio al que denominó de residencia.

El Juicio de Residencia era una medida por la que se evitaba de conservar cierto nivel de honestidad en la administración pública; consistía en la cuenta que se tomaba a los funcionarios públicos de los actos realizados durante el desempeño de su cargo. Se le dio el nombre de Residencia, porque el funcionario contra quien se instituyó el mencionado juicio,

[46] Colla Scheck, Guillermo. *Op. Cit.*, pag. 38, 39 y 40.

cio, por lo general, se podía saber del lugar donde había ejercido sus funciones. Sus antecedentes se remontan a las Sagradas Escrituras.

Reglamentado por las Siete Partidas, se requería el otorgamiento de una fianza por la que se garantizaba la permanencia del funcionario, durante cincuenta días en el lugar en el que había ejercido su cargo, -- para que si había queja en su contra, y previo anuncio por rogatoria de la residencia, se llevase a cabo el juicio contado con la asistencia -- del residenciado durante todo el proceso. Este juicio constaba de dos -- partes: una secreta que se realizaba de oficio, en otra pública, donde se podía tramitar las denuncias presentadas por los particulares, la labor del juez que presidía este tipo de procesos, era "entonces inquisitiva, solicitaba informes oficiales a las demás autoridades del lugar, -- revisaba los libros del Cabildo, examinaba los expedientes judiciales o de gobierno y todo lo que le permitiera comprobar los hechos".^[47] Las sanciones a las que se hacía acreedor el funcionario desobediencia, eran veintidós, llevadas desde la multa, la inhabilitación perpetua o temporal para el desempeño de cargos públicos, hasta el destierro.^[48]

Para el registro e instrucción de España de controlar la honestidad -- de los funcionarios en la Colonia; Colón Sánchez, hace una cita en la -- que pone de manifiesto la dificultad que ello implicaba, al decir: "Si --

[47] Colón Sánchez, Guillermo. Ob. Cit., pag. 38.

[48] Idem, pag. 38.

el viceroy era rico, hábil y estaba sostenido en América por un gran va-
liente y en Madrid por amigos poderosos, podía gobernar arbitrariamente
sin temor a la Residencia".^[49]

Se discutía también un recurso que se conocía como Recurso de Falso
na. Procedía cuando existía discrepancia entre Estado e Iglesia, ya que --
en caso de Estado la reconocía competencia a la Iglesia, para que se-
guiese el conocimiento de un asunto determinado, consideraba que éste
se había cometido injustamente y con violación de las reglas procesa-
les. Si el Estado consideraba que el litigio no correspondía a la juris-
dicción eclesiástica, no se hacía devolución del caso.

Si el recurrente estaba satisfecho con la resolución de los ec-
lesiásticos o a la resolución de la sentencia; entonces el proceso se regre-
saba al tribunal eclesiástico.^[50]

b. EN EL MEXICO INDEPENDIENTE.

Con la independencia de México, encontramos más vigencia en legisla-
ción que hasta ese momento existió en la Nueva España. Las condiciones -
políticas es que se encontraba el país en propinicias al progreso legisla-
tivo. Los cambios frecuentes de gobierno; los conflictos y revolucio-

[49] Celia Sánchez, Guillermo. Ob. Cit., pag. 38.

[50] Florio Magdaleni S., Guillermo. Ob. Cit., pag. 59.

nos se sucedían en la república, manteniendo en estado de letargo a muchas instituciones procesales. (57)

El 27 de octubre de 1814, se promulgó el "Decreto Constitucional por el que se declara la libertad de la América Mexicana", y por el que se dio vigencia y aplicó los principios inspirados en los fundamentos de la Revolución Francesa y la Constitución Española de 1812.

En 1836, contenidas en las "Diez Leyes Constitucionales" encontramos algunas disposiciones procedimentales tales como: "en cada causa no podrá haber más de tres instancias"; "el mandamiento escrito y firmado del juez, que debe preceder a la prisión, se hará saber en el auto al la carcelado". "Para proceder a la prisión se requiere: I. Que proceda ingre nación sumaria, de que resulte haber sucedido un hecho que merezca, - - según las leyes, ser castigado con pena corporal. II. Que resulte - - también algún motivo o indicio suficiente para creer que del parto ha cometido el hecho criminal, para proceder a la simple detención hasta al gano presunción legal o suspecho fundado"; "dentro de tres días en que - se verifique la prisión o detención, se tomará al presente por su declaración preparatoria; en este caso se le manifestará la causa de cada pro cedimiento y el nombre del acusador, si lo hubiere"; "jamás podrá usarse del tormento para la averiguación de ningún género de delito". (58)

(57) González Bustamante, Juan José. "Decreto Procesal Penal Mexicano", - Ed. Porcía, S.A., México. 1988. pag. 18.

(58) Colla Sánchez, Guillermo. Ob. Cit., pag. 48.

El 12 de junio de 1834, encontramos dentro de las "Bases Constitucionales para la República Mexicana", la disposición de que "para las aprehensiones se exige mandato judicial, salvo el caso de flagrante delito, poniendo de inmediato al sujeto a disposición del órgano jurisdiccional".^[53]

El 5 de enero de 1837, se expide la "Ley Morales", cuya finalidad -- consistió en establecer medidas para juzgar sumariamente a los malhechores quienes para aquellas épocas ingreaban al territorio nacional.^[54]

Dentro de la "Constitución de 1837", encontramos las siguientes disposiciones procedentes: "nadie puede ser juzgado por leyes privativas, ni por tribunales especiales"; "nadie puede ser juzgado ni sentenciado: - - sino por leyes dadas con anterioridad al hecho, y exactamente aplicadas a él por el tribunal que previamente haya establecido la ley"; "nadie -- puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, - que funde y motive la causa legal del procedimiento". "La prisión solamente procede por los delitos que se sancionan con pena corporal, y esta misma podrá prolongarse por falta de pago de honorarios o de cualquier otra molestación de diverso, siempre accediendo del término de tres días - o de que se justifique con un auto de formal prisión motivado legalmente y con los requisitos establecidos por la ley, responsabilizándose a los

[53] Cedeñ Sánchez, Guillermo. *Op. Cit.*, pag. 46.

[54] González Bustamante, Juan José. *Op. Cit.*, pag. 18.

autoridades que ordenen o comiendan, incluyendo al alcalde o concele-
tes".^[55] Se ordena para los juicios criminales las garantías siguientes: "que se le haga saber el motivo del procedimiento y el nombre del -
acusador si lo hubiere; que se le tome su declaración preparatoria din-
do de 48 horas, contadas desde que está a disposición del juez; que se
le compare con los testigos que depongan en su contra; que se le faciliten
los datos que necesite y consten en el proceso, para preparar su descar-
go; que se le oiga en defensa por sí o por persona de su confianza, o --
por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se-
le presentará la lista de los defensores de oficio, para que elija al --
que o los que le convengan".^[56] Muchas de estas disposiciones las vemos
trazadas hoy en día todavía operantes, e incluso algunas han sido mejora-
das.

En la "Primera Ley de Juicios" de 13 de junio de 1849, se establece
el juicio por jurados, y por primera vez, se menciona la institución del
Ministerio Público, en que según Colla Sánchez, "se ciñó a los límites
de observados por los fiscales de la época colonial".^[57] En esta primera
Ley de Juicios, el inculpado carecía absolutamente de medios para de-
fenderse, imperaba un sistema procesal rígido, y la falta de codifica-
ción originó que los jueces dirigieran el proceso a su modo.

[55] Colla Sánchez, Guillermo. Ob. Cit., pag. 47.

[56] Idem, pag. 47.

[57] Idem, pag. 48.

La vigencia del "Código Penal" de 7 de diciembre de 1871, puso de manifiesto la necesidad de una nueva ley de Enjuiciamiento Criminal, y así, el 4 de febrero de 1871, se integró una comisión encargada de estudiar las reformas al Procedimiento Penal, y alie cuando el proyecto estaba listo el 18 de diciembre de 1871, debido a los disturbios internos del país, y a la muerte del presidente Juárez, tuvo que ser aplazada su publicación, hasta que finalmente la ley se promulgó el 15 de septiembre de 1880, entrando en vigor el 1º de noviembre del mismo año.⁽⁵⁸⁾

La exposición de motivos de esta ley, fue suscitada por el Excmo. Sr. Ignacio Mariscal, y en ella se menciona que se "adapta la teoría jurídica clásica, al disponer que los jueces son los funcionarios de más alta jerarquía del Poder Judicial".⁽⁵⁹⁾ Se adopta el sistema mixto de enjuiciamiento, y se dan reglas precisas para la substanciación de los procesos, - principalmente en lo que se refiere a la comprobación del cuerpo del delito, a la búsqueda de pruebas y al descubrimiento del responsable; "se reconocen los derechos del acusado en lo que corresponde a su defensa"; "Consagra la inviolabilidad del domicilio, se establecen las condiciones para permitir visitas domiciliarias y estas"; "una de las reformas de mayor interés es la que se refiere a la libertad condicional del culpable"; "se establece además la obligación que tiene todo delictuoso de reportar el daño causado por el delito".⁽⁶⁰⁾

[58] González Bustamante, Juan José. Ob. Cit., pag. 21 y 22.

[59] Idem, pag. 22

[60] Idem, pag. 22 y 23.

El 4 de julio de 1894, se promulgó un nuevo "Código de Procedimientos Penales", esta ley, consistió en doctrinas francesas, estableciendo -- que: "la policía judicial tiene por objeto la investigación de todos los delitos, la reunión de sus pruebas y el descubrimiento de los autores, - cómplices y encubridores, en tanto que al Ministerio Público corresponde perseguir y acusar ante los tribunales a los responsables de un delito, - y cuidar de que las sentencias se ejecuten puntualmente"; "la violación de un derecho garantizado por la ley penal, da origen a dos acciones: la penal que corresponde a la sociedad y ejercita el Ministerio Público, -- con el objeto de obtener el castigo del delinctor y la civil que sólo podía ejercitarse por la parte ofendida; o por quien legítimamente la se presenta"; "se reconoció el principio de la inmediación"; "consagró -- la teoría de la prueba libre". "Incluye además modificaciones para la -- utilización de los recursos". (61)

El "Código de Procedimientos Penales" de 17 de agosto de 1931, es -- considerado como el "producto de una meditada labor científica"; (62) es -- el antecedente como principios regentes las siguientes: "El establecimiento de procedimientos especiales para los delitos de homicidios, tentativas y vejaciones mentales; la adopción del arbitrio judicial facultando al Jefe para investigar durante la instrucción del proceso todas aquellas circunstancias que permitan conocer los motivos que tuvo el inculpa

(61) González Bustamante, Juan José. Ob. Cit., pag. 24.

(62) Idem, pag. 35.

de pena delinqüita; la innovación introducida en lo que se refiere a la -
técnica del examen de prueba; se reconoce como prueba, todo aquello
que se agota como tal y se adopta el principio de la valoración lógica
de las pruebas, haciendo que el Juez tenga libertad en su apreciación y
no se inspire solamente en calidades jurídicas, sino en calidades ético-
sociales, pero operando en sus resoluciones las normas que han para
valorizar la prueba". [43]

[43] González Bucanento, Juan José. Ob. Cit., pag. 19.

CAPITULO II.

NOCIONES GENERICAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL.

- a. Determinación de Derecho Procesal Penal.
- b. Diferencia conceptual entre procedimiento, proceso y juicio.
- c. Principios generales del Derecho Procesal en General.
- d. Principios que rigen el procedimiento penal.
- e. La esencia del proceso.
- f. Los fines y el objeto del proceso.
- g. Etapas que componen el procedimiento penal.
- h. la investigación previa.

CAPÍTULO II.

NOCIONES GENERICAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL.

En este capítulo haremos mención a conceptos y principios básicos del Derecho Procesal, para después enfocarnos hacia generalidades del -- proceso penal, y de esta manera abicemos en el estudio y conocimiento de las etapas en que el proceso penal se divide, así como de las diligencias preliminares del procedimiento penal, es decir; la investigación por vía.

a. DETERMINACION DE DERECHO PROCESAL PENAL.

En principio mencionaremos, que la materia procesal ha recibido diferentes denominaciones, entre otras: "práctica procesal, procedimientos-judiciales, procedimientos criminales, materia criminal general, práctica criminal, derecho alusivo, derecho penal, derecho adjetivo, procesos y juicios penales, derecho procesal penal, etc."⁽¹⁴⁴⁾

Ante de entrar a hablar sobre el Derecho Procesal Penal, mencionaremos la definición de Derecho Procesal al que será concebido "como -- un derecho de contenido técnico-jurídico, que determina las personas e --

(144) Celis Sánchez, Guillermo, *Op. Cit.*, pag. 1.

Instituciones mediante las cuales se atiende, en cada caso, a la función jurisdiccional y al procedimiento que en cada uno de ellos ha de observarse".^[15] El derecho procesal, como parte del Derecho Público Interno.

De ahí que al hablar de derecho procesal, y de acuerdo con la anterior definición, hablaremos de las personas que en la relación procesal-intervienen; así como de las instituciones en que la actividad de dichas personas se realiza. Por lo que de acuerdo con el derecho cuya realización se pretende, tendremos un derecho procesal civil, penal, laboral, administrativo, etc.

Conviene mencionar que la regulación legal de la rama penal, y del procedimiento criminal, corresponde a la federación tanto como a las entidades federativas; por lo que las disposiciones que nos ocupan, se encuentran contenidas en distintos y tres códigos de procedimientos penales, aún cuando todos tienen como modelo los ordenamientos del Distrito Federal, o bien del Federal.^[16]

Ahora mencionaremos algunas de las definiciones que sobre el Derecho Procesal Penal han sido emitidas, y que consideramos relevantes.

Derecho de Procedimientos Penales, "es el conjunto de normas que se

[15] Castilla Llanusa, José y De Pina, Rafael, "Instituciones de Derecho Procesal Civil". Ed. Porrúa, S.A., México, 1961, pag. 14.

[16] Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ob. Cit., T-111, pag. 281.

giles y determinan los actos, las formas y formalidades que deben observarse durante el procedimiento, para hacer posible la aplicación del "Derecho Penal Sustantivo". [87]

El Derecho Procesal Penal, al decir de González Bustamante, se "ocupa de la determinación concreta de la pena y de la imposición de la misma en virtud de un procedimiento regular y propio". [88] "Le corresponde establecer las normas del procedimiento". [89]

Las definiciones anotadas con anterioridad, en nuestra opinión, son las que dan una más precisa idea de lo que es el Derecho Procesal Penal; resuelven satisfactoriamente las interrogantes de ¿qué es? ¿cuál es su objeto?; y ¿para qué sirve esta rama del derecho?

Podemos concluir, además, señalando que el Derecho Procesal Penal, pertenece al derecho público interno, y que se encarga del contenido de las normas que van a determinar las personas, instituciones, actos, procedimientos y jurisdicciones, que intervienen en la relación jurídica penal, -- que se desarrolla durante el proceso.

A continuación abordaremos tres conceptos que consideramos esenciales para el desarrollo de nuestro tema, ya que con cierta frecuencia --

[87] Collin Sánchez, Guillermo. *Op. Cit.*, pag. 3.

[88] González Bustamante, Juan José. *Op. Cit.*, pag. 7.

[89] *Ibid.*, pag. 6.

sonde conjuntamente, utilizándose en ocasiones por algunos autores como sinónimos.

B. REFERENCIA CONCEPTUAL ENTRE PROCEDIMIENTO, PROCESO Y JUICIO.

Nos referiremos brevemente a las definiciones que emiten algunos autores en relación a los conceptos que nos ocupan, para después pasar a señalar las diferencias que entre ellos existen.

1) Concepto de Procedimiento.

Procedimiento, sustantivo singular, en su acepción jurídica es la serie y orden de hechos de proceso, proceso, procedencia, que significa: proceder, adelantarse, avanzar; en su sentido más amplio, "es un conjunto de actos relacionados entre sí, que tienden a la realización de un fin determinado". [70] "En lenguaje jurídico esta voz se ha usado como sinónimo de juicio o instrucción de una causa o proceso civil". [71]

En doctrinas del derecho, conviene que el concepto procedimiento "tiene dos aspectos fundamentales: uno lógico y otro jurídico. Desde el punto de vista lógico es una sucesión de hechos vinculados entre sí a través de relaciones de causalidad y finalidad; jurídicamente, es

[70] Gerardo Tomayo, Luis. "Elementos de Teoría General del Proceso". - Ed. Porrúa, S.A., México, 1983, pag. 171.

[71] Institución de Investigaciones Jurídicas. Ob. Cit., I-VII, pag. 244.

una sucesión de actos que se refieren a la investigación de los delitos, de sus autores y a la instrucción del proceso".^[72] En el mismo autor, -- hace referencia a los delitos en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, define el concepto procedimiento, entendiéndolo como:

"El conjunto de actos que autorizados por la ley se hacen a cargo de un juez en forma expresa, se llevan a cabo de cuenta de una -- persona determinada por orden de la autoridad judicial; se hacen, según los actos realizados en cada -- una respectos por un proceso judicial y que obedez -- can a condiciones o requisitos que ésta señala". [73]

En opinión de otro autor consultado, "el procedimiento está constituído por el conjunto de actos, vinculados entre sí por relaciones de -- causalidad y finalidad y regulados por normas jurídicas, ejecutados por -- los órganos gubernativos y jurisdiccionales, en el ejercicio de sus respec -- tivas atribuciones, para actuar sobre el autor o partícipe de un dé -- lito la sanción penal establecida en la ley".^[74]

El último autor consultado se refiere con la opinión que él suscribe en el respecto, en esta que procedimiento, es "un conjunto ordenado -- de actos procesales que sirven para la obtención de un fin determinado -- dentro del proceso".^[75]

[72] Ceballos Sánchez, Guillermo. Ob. Cít., pag. 60.

[73] Ídem, pag. 58.

[74] Arriola Eza, Fernando. "El Procedimiento Penal en México". Ed. Estudios. México. 1989, pag. 3.

[75] Díaz de León, Marco Antonio. Ob. Cít., T-11, pag. 1390.

1) Conceptación de Proceso.

Partamos a otro concepto fundamental del que presentamos los siguientes puntos de vista de los doctrinarios: Etimológicamente la palabra proceso, deriva de procedere, significa en una de sus acepciones, avanzar, -caminar a recorrer, dirigirse a seguir hacia un fin propuesto o determinado.

En su acepción más general, proceso: "significa un conjunto de fenómenos, de actos o acontecimientos, que suceden en el tiempo y que mantienen entre sí determinadas relaciones de solidaridad o vinculación". [76]

Al respecto el concepto proceso al campo jurídico procesal: "es el conjunto de actos jurídicos, relacionados entre sí, que se realizan entre o por un órgano jurisdiccional, con el fin de resolver un litigio". [77]

Proceso Jurídico, nos dice un autor, "es una serie de actos jurídicos que se suceden en el tiempo, y se encuentran relacionados entre sí - para el fin o objeto que se quiere realizar con ellos. Lo que da unidad al conjunto y vinculación a los actos, es precisamente la finalidad que se persigue. Lo que configuran la institución de que se trata". [78]

[76] Pallares, Eduardo. "Diccionario de Derecho Procesal Civil", Ed. - = Porrua, S.A., México. 1960, pag. 565.

[77] González Torago, Luis. Ob. Cit., pag. 178.

[78] Pallares, Eduardo. Ob. Cit., pag. 565.

González Bustamante por su parte, al hablar de proceso menciona -- que es: "el conjunto de actividades y formas, mediante las cuales los -- órganos competentes preestablecidos en la ley, observando ciertos requisitos, proveen, juzgando a la aplicación de la ley penal en cada caso -- concreto, para definir la relación jurídica-penal concreta y, eventual- mente, las relaciones sucesorias concretas".^[79]

Al referirse al mismo concepto, Gómez Lara nos dice: "entendemos -- por proceso, un conjunto de actos del estado como soberano, de las par- tes interesadas y de los terceros ajenos a la relación substancial, ac- tos todos que tienden a la aplicación de una ley general a un caso con- creto contradictorio para cobramiento o disminución".^[80]

Por su parte Díaz de León, nos da la siguiente definición: "el pro- ceso es un conjunto de actos procesales, ligados entre sí como una rela- ción jurídica, por virtud del cual el Estado otorga su jurisdicción con- objeto de resolver los litigios o relaciones de derecho sometidos a su -- decisión".^[81]

3) Connotación de Juicio.

Juicio, término que "denota del latín *judicium*, que a su vez, viene del verbo *judicare*, compuesto de *jus*, derecho y *dicere*, decir que signifi-

[79] González Bustamante, Juan José. *Op. Cit.*, pag. 137.

[80] Gómez Lara, Cipriano. "Teoría General del Proceso". Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1910, pag. 13.

[81] Díaz de León, Marco Antonio. *Op. Cit.*, T-II, pag. 1342.

ca del, declarar e aplicar el derecho en concreto".^[82]

Desde un punto de vista lógico, el juicio es sólo un mecanismo del pensamiento: "Es la operación mental que realiza el juez para conocer -- previamente al asunto que va a fallar en cuanto al fondo, y que ha sido objeto del proceso".^[83]

Un decernimiento del derecho, compare la sentencia con un silogismo o argumentación deductiva, en el que se encuentran presentes una premisa mayor que corresponde a la norma general; una premisa menor, que hará -- las veces del caso concreto que ha sido sometido a consideración, y que se trata de resolver; y una conclusión que corresponderá a la sentencia o juicio del juzgador.^[84]

Para Díaz de León, al definir el concepto juicio, señala, "Es una -- acción meramente intelectual del juez en la que reconstruye los hechos -- aducidos por las partes, y valora los hechos debatidos para dar la -- orden a quién le dirige o haya conseguido su pretensión".^[85]

La definición que puede considerarse como clásica respecto del concepto juicio, es la que describe de, y que dice: "Juicio es la controversia y decisión legítima de una causa entre y por el juez competente; o --

[82] Palacios, Eduardo. Ob. Cit., pag. 373.

[83] Botantes Tamayo, Luis. Ob. Cit., pag. 188.

[84] Gómez Lara, Cipriano. "Concepto Práctico Civil". Ed. Trillas. México. 1985. pag. 13 y 14.

[85] Díaz de León, Marco Antonio. Ob. Cit., T-II, pag. 1000.

nes, la legítima discusión de un negocio entre actor y reo ante juez competente que lo dirige y lo termina con su decisión".^[86]

Por su parte González Baytamente, opina: "En sentido jurídico procesal, el juicio es el conocimiento que el juez adquiere de una causa en la cual tiene que pronunciarse sentencia, o la legítima discusión de un negocio entre actor y reo ante juez competente, que lo dirige y determina con su decisión o sentencia definitiva. Formado el juicio en cada momento, se es otra cosa que la sustancia misma, en que, por medio del análisis de la prueba, se llega al conocimiento de la verdad".^[87]

El Instituto de Investigaciones Jurídicas, en su obra, señala que: "La expresión juicio tiene dos sentidos significados en el derecho procesal. En sentido amplio, como una actividad ordenada de actor a través de los cuales se desenvuelve todo un proceso".^[88] Refiriéndose a un sentido más restringido, "se emplea la palabra juicio para designar sólo un momento del proceso — lo llamado técnicamente juicio — y sólo sólo un acto: la sentencia".^[89]

4) Aspectos distintivos de Procedimiento, Proceso y Juicio.

Al referirse a las diferencias o semejanzas de estos conceptos, los doctrinarios los consideran fundamentalmente, y al respecto dicen, que son:

[86] Pallares, Eduardo. Ob. Cit., pag. 396.

[87] González Baytamente, Juan José. Ob. Cit., pag. 374.

[88] Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ob. Cit., T-V, pag. 225.

[89] Idem, T-V, pag. 225.

que los conceptos procedimiento y proceso, son coincidentes en su etimología, de procedo o suceso: "El proceso es concebido por la finalidad jurisdiccional competitiva del litigio, mientras que el procedimiento (que puede manifestarse fuera del campo procesal, como sucede en el orden administrativo o en el legislativo), se reduce a ser una constatación de actos en marcha, referidos o ligados entre sí por la unidad del objeto jurídico legal, que puede ser el de un proceso o el de una parte o fragmento suyo (v. gr., procedimiento incidental o impugnativo)". (90)

Cedón Sánchez, retomando esta idea, al decir: "el procedimiento será la forma, será el método empleado para que el proceso pueda llevarse a cabo; por lo tanto, el primero es un concepto general que emana directamente de su seno el concepto de proceso, y éste a su vez, el juicio". (91)

En nuestra opinión, y después de haber mencionado a diversos doctores, pensamos que el juicio, es un mecanismo del pensamiento o acción intelectual que el órgano jurisdiccional realiza, a través de la reconstrucción de los hechos o la valoración de las pruebas presentadas, hasta llegar a obtener la verdad emitida en juicio adecuado. Por lo que este mecanismo o acción intelectual, estará contenida dentro del proceso, - como un acto jurídico del mismo.

[90] Gómez Lara, Cipriano. "Teoría General del Proceso", Ob. Cit., pag. 148.

[91] Cedón Sánchez, Guillermo. Ob. Cit., pag. 40.

El proceso por su parte es una serie o conjunto de actos que con-
ducen a resolver la cuestión planteada al órgano jurisdiccional; en tanto
que el procedimiento es la forma en que esos actos deben realizarse; --
pudiendo entenderse de un quejamiento del proceso delocamente.

c. PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCESO PROCESAL EN GENERAL.

Para poder hablar de principios procesales, en primer lugar, debe--
mos establecer el significado del vocablo principios, para después estab-
lecer el significado del concepto proceso. Establezcamos el significado del
término "principio", considerándolo como: "base, fundamento, origen o --
razón fundamental de un razonamiento o discurso".^[171] Por otra parte en
el inciso anterior establecimos ya el significado del término proceso; --
por lo que por principios procesales entenderemos las bases o fundam--
entos que deben regir los actos jurídicos que se realizan o desarrollan --
durante la trayectoria del proceso.

Los principios procesales, orientan al procedimiento para lograr, --
el desarrollo adecuado del mismo, sin descuidar la realización de la con-
creencia que ha sido planteada.^[172]

[171] "Diccionario Enciclopedia Salvat". Tomo-10. Salvat Editores, S.A.--
Barcelona, España. 1970. pag. 1713.

[172] Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ob. Cit., T-VII. pag. 233.

Existe desacuerdo entre los doctrinarios del derecho respecto al --
forma que toman a menudo, dado que no todos entienden lo mismo por prin-
cípios procesales.

Gómez Lara al referirse a los principios procesales, menciona que --
la doctrina ha sostenido en reiteradas ocasiones que en la materia pro-
cesal existen tres conceptos jurisdiccionales: a) conceptos que se refieren
a la acción; b) conceptos que se refieren a la jurisdicción; y, c) con-
ceptos referentes al proceso en general.^[194]

El Instituto de Investigaciones Jurídicas, delimita que existen --
"dos conceptos sobre los principios procesales, el primero de carácter --
amplio comprende los elementos esenciales que deben concurrir para --
el ejercicio de la acción (principios dispositivo o inquisitivo, de con-
tradicción, igualdad de las partes), como aquellos que orientan la ju-
risdicción jurisdiccional (los relativos al impulso judicial o de parte, la di-
rección del proceso por el juez, la limitación del juzgador), y también
los que dirigen el procedimiento (oralidad y escritura; publicidad o se-
creto, conciliación o disposición, economía, sencillez). Un criterio más
estricto considera que los principios procesales se refieren exclusivamen-
te a la manera en que debe seguirse el procedimiento, como aspecto --
genérico del proceso, para que el mismo pueda servir eficazmente a la so-
lución de la controversia correspondiente".^[195]

[194] Gómez Lara, Céspedes. "Facetas Genéricas del Proceso". Ob. Cit., pag.108.

[195] Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ob. Cit., 7-VII, pag. 213.

Mencionar todos los criterios que sobre esta tema han sustentado -- los especialistas del derecho, sería una labor demasiado extensa, pudiendo ser materia de estudio en investigaciones posteriores.

d. PRINCIPIOS QUE RIGEN AL PROCEDIMIENTO PENAL.

En este inciso mencionaremos las bases, fundamentos o principios -- que rigen los actos y actividades procesales que se desarrollan durante el proceso penal, y que lo rigen.

Para el Instituto de Investigaciones Jurídicas, "En el proceso penal, por imperativo constitucional, deben regirse los principios de legalidad, publicidad e inmediación, tanto en el período de instrucción -- como en el del juicio propiamente dicho". [96]

Brevemente diremos en qué consiste cada uno de los principios a que el Instituto de Investigaciones Jurídicas hace referencia:

Principio de Legalidad. Este principio propugna porque la resolución que se dé a la controversia planteada se base en la legislación ventida en forma oral. [97]

[96] Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Op. Cit.*, I-911, pag. 244.

[97] Goldschmidt, Juan. "Principios Generales del Proceso". Ed. Obregón y Mondría, S.A. México, 1933, pag. 190.

Principio de Publicidad. Por este principio se permite la entrada al público a presenciar las diligencias y debates que se realicen dentro del juzgado; y se permite también a los defensores y a quien tenga interés legítimo a consultar el expediente.^[188]

Principio de Inmediación. Este principio plantea la obligación para el órgano jurisdiccional de que actúe en contacto personal con las partes, primordial obligación la tiene el juez, quien debe participar de manera directa en las diligencias que se desarrollan, evitando que éstas mismas realicen algunas de ellas.^[189]

Para Colín Sánchez, el proceso en México, se rige por los siguientes principios: "legalidad y obligatoriedad, la inmediación, la concurrencia de los actos procesales, la identidad del juez, y tantos otros principios".^[190]

Principio de legalidad. Este principio obliga a las autoridades a intervenir, cuando en el caso concreto, concurren los requisitos legales necesarios, persiguiendo y sancionando al presunto responsable.^[191]

Principio de concentración procesal. Consiste en concentrar la realización de los actos procesales en el menor espacio de tiempo posi-

[188] González Tomayo, Luis. *Op. Cit.*, pag. 215.

[189] Olán de León, Marco Antonio, *Op. Cit.*, T-II, pag. 1343 y 1344.

[190] Colín Sánchez, Guillermo, *Op. Cit.*, pag. 78.

[191] Olán de León, Marco Antonio. *Op. Cit.*, T-II, pag. 1344.

llos; aproximándolos lo más cercanamente unos a otros. [102]

Principio de identidad del juez. Por este principio se pretende que en todo juicio se encuentre presente la misma persona física que representa a la autoridad jurisdiccional, desde el inicio, hasta la sentencia. [103]

Mencionaremos algunos otros principios rectores del procedimiento penal, que consideramos importantes:

Principio Accusatorio. "Hace alusión a la necesaria existencia de una acusación y de una parte que la haga valer, para que se inicie el proceso". [104] Se lo cita con la misma "MEMO IUDIX SIAM ACTORE"; plantea la imposibilidad de que el mecanismo jurisdiccional actúe de forma espontánea. Este principio, "sigue para el proceso penal, dado que es el juez a quien corresponde la iniciación y desarrollo del procedimiento, pero éste debe ser iniciado bien por la parte ejercida o por órganos constituidos para tal fin y que sean distintos del jurisdiccional". [105]

Principio de Contradicción. Plantea que en el proceso penal, las partes que intervienen, busquen que sus respectivas pretensiones se vean satisfechas; ambas partes tendrán las mismas posibilidades de presentar

[102] Siles de León, Marco Antonio. Ob. Cit., T-II, pag. 1383.

[103] Colla Sánchez, Guillermo. Ob. Cit., pag. 78.

[104] Siles de León, Marco Antonio. Ob. Cit., T-II, pag. 1383.

[105] Idem, T-II, pag. 1383.

pruebas, alegatos, recursos, etc., pero los intereses que sustentan son contrarios. [186]

Principio de Disposición. Es el que permite a las partes disponer del *impulso procesal*. [187]

Principio de Economía. Este principio pretende que el proceso se efectúe a cabo con el menor gasto de tiempo, dinero y energías. [188]

Principio de Seriedad. Establece la necesidad de que los actos y diligencias relacionados con el asunto correspondiente, se documenten por escrito para que se acumulen en el expediente, y éste se haga constar mediante documental pública. [189]

Principio de Igualdad. Plantea la igualdad de derechos, expectativas y cargas para cada una de las partes que intervienen en el proceso *proced.* [190]

Principio de Preservación. Este principio sanciona la inactividad de las partes dentro del proceso; ya que cuando éstas no ejercitan en el momento correspondiente sus derechos, se origina la pérdida de la *facultad* que no se produce en tiempo. [191]

[186] *Ídem* de León, Marco Antonio. Ob. Cít., T-II, pag. 1363.

[187] *Ídem*, T-II, pag. 1363.

[188] *Ídem*, T-II, pag. 1363.

[189] *Ídem*, T-II, pag. 1363.

[190] *Ídem*, T-II, pag. 1363.

[191] *Ídem*, T-II, pag. 1363.

e. LA ESENCIA DEL PROCESO.

Para abordar este asunto, necesitamos saber el significado del vocábulo "esencia"; y al respecto podemos decir, que esencia, es la "naturaleza de las cosas, lo permanente en ellas, lo que al ser es, lo más importante y característico de una cosa o fenómeno".^[112] De lo anterior se desprende que analizaremos en este punto, cuál es la naturaleza del proceso, o sea: lo que el proceso es.

A través de la historia, los estudiosos de la ciencia jurídica, han desarrollado diferentes teorías por medio de las que han pretendido explicar la esencia o naturaleza jurídica del proceso. Las teorías a que nos hemos referido, son las siguientes: a) Teoría del proceso como evento; b) Teoría del proceso como comportamiento; c) Teoría del proceso como relación jurídica; d) Teoría del proceso como situación jurídica; e) Teoría del proceso como institución; f) Teoría del proceso como entidad jurídica completa; y g) Teoría Mixta.

Estas teorías fueron desplazándose unas a otras, tratando de demostrar la inconsistencia de la anterior. Pasamos ahora a enumerar de forma breve, en que consistió cada una de estas teorías.

[112] Diccionario Enciclopedia Suñer. Ob. Cit., T-5, pag. 1247.

a) Teoría del proceso como contrato. Aparece en el antiguo derecho romano, producto del análisis llevado a cabo por los estadísticos, al observar lo que sucedía entre los litigantes en el procedimiento de las "litis actiones"; de ahí partieron para considerar que el proceso es un "verdadero contrato".

En opinión de los partidarios de esta teoría, (entre quienes destacan Robert Joseph Fochier). El proceso es un contrato, porque en él se plantea un acuerdo de voluntades de las partes, quienes actúan conjuntamente en sustra a la decisión del magistrado, para poner a fin dicha controversia. Ambos litigantes fijaban las cuestiones sobre las que versaría el litigio; y se comprometían de antemano a aceptar la decisión del magistrado como válida y a acatarla. [113]

Este contrato a la luz de los procedimientos de esta teoría, "se caracteriza de acuerdo con los requisitos de uno de derecho civil: el consentimiento de las partes, su capacidad, el objeto y la causa del contrato". [114]

Los defensores que atacan la teoría del proceso como contrato, basan su crítica manifestando que "en el proceso no hay acuerdo de voluntades de las partes"; "que no se puede hablar de un contrato en el proce--

[113] Pizar de León, Marco Antonio. Ob. Cit., T-II, pag. 1354 y 1355.

[114] Domínguez Toranzo, Inda. Ob. Cit., pag. 162.

so", "que el proceso se le de naturaleza privada y menos el penal", "ac-
tualmente la presencia del demandado se es indispensable como lo es en
el derecho comùn". (115)

b) Teoría del proceso como cuasicontrato. Parte también de un con-
cepto nuevo, aunque más débil que el anterior y que representa el des-
plazamiento de la posición contractualista.

Afirmaban los sustentantes de esta teoría, que la "litis consensua-
lia", y por ende el proceso, no es un contrato, ya que el consentimiento
de las partes al someterse a la decisión del juez, no es auténticamente es-
pontáneo, sobre todo si consideramos el consentimiento del demandado. Es
obstante lo anterior, el proceso mismo crea obligaciones; por lo que se-
requiere buscar en otra de las fuentes de las obligaciones, la explica-
ción a la naturaleza jurídica del proceso.

Dado que la "litis consensualis" no puede considerarse como un cuasi-
delito y menos aún un delito, ya que la consideración que ejerce el de-
mandado no representa una actividad antijurídica, sino que al producir su
constatación sólo está ejerciendo un derecho; entonces la fuente de las
obligaciones que se le atribuye al proceso, se puede ser otra que el con-
trato. (116)

(115) Botanca Tamayo, *loc. cit.*, pag. 162 y 163.

(116) *Ibid.*, pag. 163.

El proceso es un acto bilateral que contiene rasgos característicos del consociativismo, y por ello el efecto que produce la sentencia sólo alcanza a las partes y los vincula exclusivamente a ellas. [117]

Los especialistas del derecho que critican esta tesis, coinciden en opinión, que quienes sustentan la teoría del proceso como consociativista - han pasado por alto la más importante de las fuentes de las obligaciones, a saber: la ley. siendo justamente ésta la que crea la relación jurídica que se genera dentro del proceso, constituyendo la naturaleza jurídica del mismo. [118]

Presenta los mismos defectos que la teoría del proceso como contractual: "gira en torno a una nociva fijación de la "tesis consociativista", y no da solución para los procesos sin contradicción o con éste por ejemplo, cuando se trata de un embargo precautorio y un juicio ejecutivo". [119]

e) Teoría del proceso como relación jurídica. Sus antecedentes los encontramos en los trabajos realizados por J.O.F. Hegel; aunque por primera vez lo expuso Oskar von Kellin, y lo desarrolló posteriormente Chio vando. Al decir de Gómez Lara, es ésta la tesis más difundida y aceptada por los especialistas de la ciencia procesal.

[117] Díaz de León, Marco Antonio, *Op. Cit.*, 7-II, pag. 1394.

[118] Fontaneda Tamayo, *Idem*, *Op. Cit.*, pag. 144.

[119] *Idem*, pag. 144.

Para los sustitutos de esta teoría, la fuente de las obligaciones que regula la actividad dentro del proceso es la ley; es ésta precisamente de quien determinan los derechos y obligaciones para quienes intervienen en el proceso.

Por virtud de los derechos y obligaciones que impone la ley, tanto al juez como a las partes, se crea una relación jurídica procesal y que constituye la esencia del proceso.^[110]

Esta relación jurídica presupone la necesidad del cumplimiento de requisitos orgánicos o presupuestos procesales; que son condiciones indispensables para que se inicie el proceso, para considerar que su desarrollo es útil, o también para que la resolución pueda pronunciarse.^[111]

La relación jurídica que constituye la esencia del proceso, cuenta con características propias; se distingue, por encontrarse contenido en un ordenamiento diferente de los demás y propio para la regulación del proceso. Es complejo, porque se encuentra integrado por actos de diversas partes, cuya finalidad consiste en aplicar la ley. Es pública, porque esta relación permite la aplicación de la función jurisdiccional, y es ésta una actividad esencialmente estatal.^[112]

[110] Díaz de León, Marco Antonio, *Op. Cit.*, 1-71, pag. 1395.

[111] Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Op. Cit.*, 1-711, pag. 306.

[112] Durantes Tamayo, Luis, *Op. Cit.*, pag. 165.

Como críticas a esta teoría, considera Gómez Lara, que no existe -- acuerdo entre los sustentantes en relación a la forma, sujetos y objetos -- que intervienen en dicha relación; [123] otros doctrinarios consideran que: "las partes no tienen la obligación de comparecer al juicio; -- tampoco la de probar, pues la prueba es una carga de todo ciudadano de -- colaborar con la administración de justicia; el deber del juez de decidir la cuestión planteada, no es procesal, sino administrativo-constitucional, puesto que se deriva del carácter de funcionamiento del juzgado; -- por otra parte, un conjunto de actos encaminados a la realización de un mismo fin, no llega a ser una relación jurídica". [124]

d) Teoría del proceso como situación jurídica. Surge como crítica -- a la teoría del proceso como relación jurídica, es expuesta por Goldschmidt, quien niega que exista una relación procesal; la considera -- más absolutamente inexistente. En su opinión, los presupuestos procesales -- sólo son condiciones para obtener una válida sentencia de fondo.

En el proceso según Goldschmidt, no es posible hablar de derechos y obligaciones atribuidos a las partes, sólo por el contrario se requiere hablar de cargas procesales, que se originan en la relación entre el -- órgano jurisdiccional y los individuos que en el proceso intervienen; -- además considera éste autor que el deber atribuido al juez de decidir --

[123] Gómez Lara, Cipriano. "Teoría General del Proceso". Ob. Cit., pag. 248.

[124] Dorantes Tamayo, Luis. Ob. Cit., pag. 187.

la controversia es de carácter constitucional, sólo se procesa. (1175)

Para Galdames, "la situación jurídica es el conjunto de expectativas, prohibiciones, cargas y liberación de cargas de cada uno de los partes, y que significa el estado de ella desde el punto de vista de la actividad judicial que expresa conforme a las normas jurídicas. Cada uno de los integrantes de la situación jurídica constituye una categoría jurídica procesal". (1176)

Como crítica a esta teoría podemos mencionar que para Calamandrei, lejos de que esta tesis niegue la existencia de la relación jurídica dentro del proceso, la presupone, dado que en toda situación jurídica podemos encontrar una relación jurídica. Además describe el proceso como el resultado de sus deformaciones en la realidad; "subsistiendo la condición, del juez, el que pierde en la doctrina la condición que realmente le corresponde; que la situación o conjunto de situaciones es la que constituye justamente la relación jurídica". (1177)

e) Teoría del proceso como institución. Creada por Jaime Guzmán, con la intención de servir de intermediaria entre la teoría de la relación jurídica y de la situación jurídica. Este autor rechaza la teoría del proceso como relación jurídica, por considerarla insuficiente; ya que en

(1175) Celis Sánchez, Guillermo. Ob. Cit., pag. 81.

(1176) Rosendo Tanya, Luis. Ob. Cit., pag. 187 y 188.

(1177) Celis Sánchez, Guillermo. Ob. Cit., pag. 81.

opinión de la tesis que estamos analizando; en el proceso hay más de una relación jurídica, sino una multiplicidad de ellas; mismas que deben ser reducidas a la unidad; y en la consideración de Guasp, esta unidad se --
antepone en la figura de la institución. [123]

Para fundamentar esta tesis, Guasp parte de la definición de institución, considerando que "es un conjunto de actividades relacionadas entre sí, por el vínculo de una idea común y objetiva a la que figuran --
adheridas, sea sea o no su finalidad individual, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes precede aquella actividad. Hay, --
pues, dos elementos fundamentales en toda institución: la idea objetiva o común y las voluntades particulares que se adhieren a la misma; el primer uno de estos elementos se halla esencialmente por encima del segundo; --
aquél, incluso, puede corresponder muchas veces al derecho público, éste al derecho privado o, por lo mismo, con de ámbito público y privado respectivamente, los sujetos de uno y otro". [124]

En el proceso las voluntades de cada uno de los partes que en el --
intercambio, se adhieren a una idea común; intercambiando así la --
clásica objeto del proceso; el juez o árbitro de su fallo; el actor en --
el planteamiento de su pretensión, y el demandado al oponerse a su --
demanda. Aunque cada parte actúa en una forma particular y distinta --

[123] Oyar de León, Marco Antonio, Ob. Cit., T-II, pag. 1399.

[124] Idem, T-II, pag. 1399 y 1400.

el contenido de su actividad, al adhiérase todos para la obtención de un fin común, el proceso adquiere características propias de una institución jurídica. [130]

Esta tesis es "blanca de severas críticas, sobre todo por la imprecisión del vocablo institución que tiene diversas acepciones. Lo que -- hace que no sea un concepto que converja al logro de la ciencia procesal"; [131] "el concepto institución no excluye la concepción del proceso como relación jurídica". [132]

f) Tesis del proceso como entidad jurídica compleja. Esta se centra en torno a la naturaleza jurídica del proceso, que se apoya en la idea de que la esencia del proceso, radica en que la diversidad de los elementos que en él intervienen, se encuentran coordinados estrechamente unos con otros. "Esta tendencia advierte que la pluralidad de los elementos puede examinarse desde un punto de vista normativo; en tal sentido, el proceso es una relación jurídica compleja. Puede, asimismo, examinarse desde el punto de vista estático; en tal sentido, es una situación jurídica compleja, por cuyo tanto se configura como un acto jurídico -- complejo". [133]

g) Tesis Mixtas. Esta clasificación surge de la combinación de --

[130] Díaz de León, Marco Antonio. Ob. Cit., T-II, pag. 1399 y 1400.

[131] Gómez Lara, Cipriano. "Tesis General del Proceso". Ob. Cit., pag. 144.

[132] Díaz de León, Marco Antonio. Ob. Cit., T-II, pag. 1401.

[133] Gómez Lara, Cipriano. "Tesis General del Proceso". Ob. Cit., pag. 141.

Las dos teorías a las que Forastio Tamayo, llama publicistas, tomando -- elementos de la teoría del proceso como relación jurídica y elementos de la teoría del proceso como situación jurídica. Podemos mencionar entre -- los doctrinarios que sustentan esta tesis a Leo Eisenberg, Hugo Adkins, y Eduardo Pfaller. [134]

J. LOS FINES Y EL OBJETO DEL PROCESO.

En primer lugar nos referiremos a los fines del proceso.

El fin del proceso. Para hablar de fines del proceso, consideramos conveniente señalar que el vocablo fin, surge de la idea de concluir, -- o sea, término o consumación de una cosa, que en este caso es el proceso.

La posibilidad de que los particulares juegan a una oferta recibida se haga justicia por su propia mano, sea conduciendo a una situación social constante; al conservar la paz social, es precisamente el fin mismo del proceso en opinión de Eduardo Pfaller. [135]

Para Colinvaux, los fines del proceso se dividen en generales y específicos. A su vez a los fines generales los subdivide en general -- remoto e inmediato. Dentro del proceso penal, el fin general remoto, --

[134] Forastio Tamayo, *loc. cit.*, pag. 173.

[135] Pfaller, Eduardo. *Ob. Cit.*, pag. 587.

se dirige a la realización del Derecho Penal de manera general, es decir, contra la delincuencia y para la defensa social. En cuanto que el fin general inmediato lo identifica con la aplicación de la ley penal dirigida a resolver un caso en concreto. ^[136]

José Pita y Palacios, al hablar de los fines del proceso, considera que no existe un fin general específico de éste, sino que el fin mismo está en referencia a los intereses de las partes dentro del proceso; por ello: "En cuanto al juez, el proceso persigue como fin el que éste tenga una base para dictar sentencia, respecto al Ministerio Público; para sancionar la vida de su acción; en cuanto al procesado que tenga libre el ejercicio de defensa; por lo que se refiere a la sociedad, se le representa el daño aplicando el medio justo mediante el cual se resuelve el delito y, finalmente, por lo que se refiere al ofendido; resarcimiento de los daños materiales y morales que hubieran sufrido por la comisión del delito". ^[137]

Al hablar de fin del proceso Goldschmidt, sostiene: "el proceso es el procedimiento cuyo fin es la consecución de la cosa juzgada, es decir, del efecto que la pronunciación del actor valga en el potestad ante los tribunales como jurídicamente fundada o no fundada". ^[138]

[136] Codin Sánchez, Guillermo. *Op. Cit.*, pag. 68.

[137] *Ibidem*, pag. 69.

[138] Goldschmidt, James. *Op. Cit.*, pag. 24.

2) *Objeto del proceso.* Por objeto entendemos todo lo que puede ser susceptible de conocimiento, o sea, que habitará en este punto, del -- tema que es materia de conocimiento en el proceso.

Franck, antes citado por Colla Sánchez en su obra, considera que el objeto del proceso es "aquello sobre lo que versa la actividad que en -- el mismo desarrollan sus sujetos". [139]

El objeto del proceso para Colla Sánchez, se clasifica en principal y accesorio; entendiéndose por objeto principal la cuestión o materia sobre -- la que ha de versar el proceso, ya que sin esta materia, sería imposible la existencia del mismo. El objeto accesorio es el proceso, visto a través de opinión de Franck la separación del dato, que surge como consecuencia de la existencia del proceso mismo. [140]

En opinión de otro autor, el objeto del proceso lo constituye el -- tema o materia sometida a la decisión del juez, y que requiere ser resuelta por medio de la sentencia. Siendo también el objeto del proceso -- en principal y accesorio. "El objeto principal agota únicamente el -- interés del Estado. El objeto accesorio constituye una solución jurídica de orden patrimonial que se funda en el resarcimiento del daño causado por el delito". [141]

[139] Colla Sánchez, Guillermo. Ob. Cit., pag. 47.

[140] Ídem, pag. 47.

[141] González Bustamante, Juan José, Ob. Cit., pag. 138 y 141.

g. ETAPAS QUE COMPONEN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

De manera ocasional la doctrina, "ha podido señalar que todo proceso se divide en dos grandes etapas que son: 1. Instrucción y 2. juicio". [142]

No obstante la división anterior en el párrafo anterior, y ya para la ley adjetiva, se persistentemente establece una diferenciación entre la ley adjetiva federal, y la del Distrito Federal; ya que se presenta de la misma forma: "El artículo 1º del Código Federal de Procedimientos Penales establece cuatro períodos: investigación previa, instrucción, juicio y ejecución. Estos períodos se hallan también distribuidos, como que son estas enunciados respectivamente, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal". [143]

La primera etapa o investigación previa, está objeto de estudio en el siguiente inciso. Por lo que se refiere a la instrucción, la analizaremos con detenimiento durante el Capítulo III, razón por la que en este inciso sólo mencionaremos de manera breve lo que consiste en tercera y la cuarta fase del procedimiento, esto es; el período del juicio y el de ejecución.

[142] Gómez Lara, Cipriano. "Textos Generales del Proceso", Ob. Cit., pag. 125.

[143] Acuña Bar, Fernando. Ob. Cit., pag. 4 y 5.

La tercera etapa o fase del procedimiento penal es la conocida con el nombre de juicio. En esta etapa, el juez declara que la instrucción queda cerrada, ordenando al mismo tiempo poner los autos a la vista de las partes para que se lleve a cabo la audiencia de fondo.⁽¹⁴⁴⁾ Es desde este momento cuando surge la obligación para el Ministerio Público de formular conclusiones, precisando los conceptos en que basa su acusación, y por lo que se refiere a la defensa, fija sus conclusiones favorables al reo; y con ambas conclusiones se fijarán los cuestiones que constituirán el objeto del debate, así como de la valoración de los hechos por parte del órgano jurisdiccional.⁽¹⁴⁵⁾ Durante esta tercera etapa, el juez acusa y juzga sobre la cuestión sometida a su decisión, dictándose la correspondiente sentencia de primera instancia.

Se encuentra establecida en la fracción IV del artículo 1º del Código Federal de Procedimientos Penales, misma que a la fecha dice: "El de primera instancia, durante el cual el Ministerio Público precisa su acusación y el procesado su defensa ante el tribunal, y éste valora los hechos y promueve sentencia definitiva".⁽¹⁴⁶⁾

La cuarta y última etapa del procedimiento penal, es la "Clamada -- periodo de ejecución"; forma parte del Poder Judicial, y en ella se inicia el tratamiento a que será sometido el reo, así como también --

(144) Tratado de Investigaciones Jurídicas. Ob. Cit. 7-V, pag. 236.

(145) González Bustamante, Juan José. Ob. Cit., pag. 124.

(146) Código Federal de Procedimientos Penales, 40ª Edición, Ed. Porrúa, S.A., México, 1989.

Los fugados se los que cumplen en custodia. Este período debe considerarse como de naturaleza administrativa, y está a cargo de la Dirección de Servicios Correccionales de Prevención y Readaptación Social, que depende de la Secretaría de Gobernación.

En la fracción VI del Código Federal de Procedimientos Penales, dentro del artículo 1º, se menciona: "El de ejecución, que comprende desde el momento en que cesa ejecutoriada la sentencia de los tribunales hasta la extinción de las sanciones aplicadas;"[147]

A. LA AVERIGUACION PREVIA.

El vocablo averiguación, procede "del latín ad, a, y verigicare: de verum, verdadero y facere, hacer". Acción y efecto de averiguar";[148] - se dice, consiste en indagar la verdad hasta conseguir descubrirla. Es la primera etapa del procedimiento penal, de carácter previo, preparatorio o preprocesal; sin su existencia no es posible la iniciación posterior del proceso penal. Se desarrolla ante aquellos acontecidos a los que el Estado les ha encomendado la persecución de los delitos y de las infracciones. En nuestro país ésta atribución corresponde al Ministerio Público, quien tiene asignadas además otras funciones, tales como: "asesorar al Gobierno en materia jurídica, representar a la Federación ante"

[147] Código Federal de Procedimientos Penales, 40ª Edición, Ed. Porrúa, S.A., México, 1989.

[148] Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ob. Cit., T-I, pag. 257.

Los tribunales e intervienen en el juicio de amparo". [149]

La comisión de un delito, debe ser inquirida al Ministerio Público a quien la ley le ha conferido facultades para llevar a cabo todas aquellas diligencias que le permitan reunir los requisitos necesarios para ejercer la acción penal.

La averiguación previa, es la primera fase de la función penalística, y en algunos casos recibe el nombre de diligencias de "policía-judicial"; [150] pero cabe señalar que la Policía Judicial no tiene facultades para la práctica de diligencias, de manera independiente del Ministerio Público.

Las diligencias a que nos estamos refiriendo, de acuerdo con el artículo 115 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se caracterizan por lo siguiente: "Las diligencias practicadas por el Ministerio Público y por la Policía Judicial, tendrán valor probatorio pleno, siempre que se ajusten a las reglas relativas de este código". [151]

A mayor abundamiento, transcribimos texto sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que se refiere a lo anterior.

[149] Cebal Sánchez, Guillermo. Ob. Cit., pag. 124.

[150] Arilla Bas, Fernando. Ob. Cit., pag. 58.

[151] Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, 40ª Edición, Ed. Porrúa, S.A., México, 1999.

"No es asunto que las diligencias practicadas por la Policía Judicial carezcan de validez, porque cuando el Ministerio Público actúa en su carácter de autoridad y jefe de la Policía Judicial, él -- que puede atribuir eficacia plena posterior a -- las diligencias que aquél practique, sin incurrir en violaciones al artículo 17 constitucional". -- (Compendio de Jurisprudencia de 1977-1978, Segunda Parte, Tesis 232)".

[152]

Fue que el Ministerio Público auxiliado por la Policía Judicial se ocupen a la investigación del delito; es suficiente que estas funciones se cumplan debidamente informados; esta información debe satisfacer ciertos requisitos o condiciones de procedibilidad.

Los requisitos de procedibilidad, son condiciones legales que se -- requieren satisfacer para proceder contra aquél que ha incurrido en un -- hecho considerado delictuoso. El artículo 16 constitucional, a la letra dice: "No podrá haberse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por autoridad judicial, sin que proceda denuncia, acusación o querrela -- de un hecho determinado que la ley castiga con pena corporal". [153] De -- la orden, se desprende que aquél debe haberse primero como re -- quisito para que proceda aprehensión o detención, "en denuncia, acusa -- ción o querrela".

[152] Anillo Bas, Fernando. Ob. Cit., pag. 58.

[153] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 89ª Edición Ed. Porrúa, S.A. México, 1998.

Vamos brevemente en que consisten estos delitos: Denuncia, término proveniente del latín *denuntiare*, significa "hacer saber", "remite un mensaje". Desde del derecho procesal penal, se la considera como el acto por el cual una persona hace del conocimiento del Ministerio Público, es decir; del órgano acusatorio, que ha sido cometido un hecho que puede ser constitutivo de delito, que se persigue de oficio. (154)

Querrela, es el derecho que tiene la persona agredida por un delito para ponerlo en conocimiento de las autoridades competentes solicitando al mismo tiempo la persecución y castigo del responsable de la comisión de dicho acto. (155) En delitos perseguibles por querrela, también puede cubrir este requisito el legítimo representante.

Acusación, "Imputación que se hace en contra de una persona a la que se señala como autora de uno o varios delitos determinados. Entendiéndose también el acto por el cual el Ministerio Público, en el ejercicio de la acción penal, consigna ante el juez criminal a una persona - imputándole la comisión de un delito". (156)

Los delitos son considerados que el amparo del artículo 14 constitucional. Los conceptos acusación y querrela, son similares. Además que -- de acuerdo con este mismo artículo, nuestro derecho prescribe las diferen-

(154) Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ob. Cit., T-III, pag. 98.

(155) Colla Sánchez, Guillermo. Ob. Cit., pag. 156.

(156) Pizar de León, Marco Antonio. Ob. Cit., T-I, pag. 151.

cias o declaraciones secretas o embalsos; así como las pesquisas particulares o generales.^[157]

Por lo que se refiere a delitos que se persiguen de oficio, jurisdiccionalmente se ha resuelto:

"En delitos perseguibles de oficio, hasta la simple denuncia para que el Ministerio Público inicie sigue, sin que para la incoación del procedimiento se exija la querrela de parte legítima. (Quinta época, Tomo XXXIV, páginas 359. Inst. Inst.)".^[158]

En también en ciertas ocasiones, requisitos de procedibilidad, Enunciativa y En autorizativa. Señalamos de forma breve en que consisten estos conceptos: "Enunciativa, es la petición de un país extranjero para que se proceda penalmente en contra de quien ha perpetrado delitos en gobiernos que representan o a sus agentes diplomáticos";^[159] cuando la enunciativa es recíproca, es equiparable a la querrela.

"Autorizativa, es la denuncia manifiesta por organismos o autoridades competentes";^[160] En encontramos en aquellos delitos cometidos por funcionarios públicos, en los que para ser enjuiciados es necesario que antes se lleve a cabo un procedimiento previo, para proceder posteriormente en contra de los presuntos responsables.

[157] García Rodón, Sergio. "Curso de Derecho Procesal Penal". Ed. Ferrer, S.A. México. 1980. pag. 378.

[158] Idem, pag. 340.

[159] Cofre Sánchez, Guillermo. Ob. Cit., pag. 162.

[160] Idem, pag. 164.

La investigación previa, se inicia: al De Oficio, excepto en materia de delitos cuya observación sólo proceda por querrela accionaria; o cuando la ley exige la satisfacción previa de cierto requisito, siempre que éste aún no se encuentre satisfecho, ó por denuncia; por querrela, según se desprende del artículo 262 del Código de Procedimientos Penales - para el Distrito Federal; así como del 713 del Código Federal Adjetivo.

La denuncia o querrela de hechos que puedan considerarse constitutivos de delito, puede formularse verbalmente o por escrito, en atención a las disposiciones del artículo 276 de la ley adjetiva para el Distrito Federal; y del 114 de la general; debiendo describir los hechos que se presumen delictivos, pero sin calificárselos jurídicamente; en caso de que la denuncia o querrela no contenga estos requisitos, el empleado respectivo que la reciba, debe proveer al denunciante o querrelante para que efectúe la adición o modificación que se requiera, la denuncia o querrela debe contener además la firma o huella digital de quien la formula y presenta, así como su domicilio.

Satisfechos los requisitos que hasta el momento hemos enumerado, la Policía Judicial o el Ministerio Público, iniciarán las diligencias de investigación previa, levantando de ellas la correspondiente acta, misma que de acuerdo con el artículo 124 del Código Federal de Procedimientos-

Por otra parte, contendrá: "La hora, fecha y modo en que se comete el hecho; el nombre y el carácter de la persona que dió noticia de él, y su declaración, así como la de los testigos cuyos dichos sean importantes, y la del acusado si se encuentra presente; la descripción de lo que haya sido objeto de inspección ocular; los nombres y domicilios de los testigos que no se hayan podido examinar; el resultado de la observación de las particularidades que se hayan notado a raíz de ocurridos los hechos, en los lugares que en ellos intervinieron; las medidas y providencias que se hayan tomado para la investigación de los hechos, así como los demás datos y circunstancias que estime necesario hacer constar". (161)

De la lectura anterior, se desprende la importancia que tienen las diligencias que estamos comentando, y si a eso le agregamos que en los datos consignados en la investigación previa se apoyará el jurado cuando se le someta el asunto para ordenar la práctica de diligencias complementarias o bien para emitir su resolución dentro del pliego constitucional de sesenta y dos horas; podemos concluir que las diligencias de investigación previa son de importancia trascendental en todo proceso; además de que deben realizarse con gran cuidado y solemnidad por los funcionarios que se ella intervienen.

(161) Código Federal de Procedimientos Penales 4ª Edición, Ed. Porrúa, S.A. México, 1949.

Al referirse a la Investigación Previa, Díaz de León nos menciona --
la siguiente: "es el conjunto de actividades que desempeña el Ministerio
Público, para reunir los presupuestos y requisitos de procedibilidad ne-
cesarios para ejercer la acción penal. Es una etapa procedimental (un-
del proceso) que antecede a la consignación a los tribunales. Llamada --
también fase preparatoria, que tiene por objeto investigar el cuerpo del-
ictivo y la presunta responsabilidad del inculcado, para que el Ministe-
rio Público se encuentre en condiciones de resolver si ejerce o no la
acción penal". [162]

Las diligencias a comento, las encontramos consignadas a partir --
del artículo 113 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito -
Federal; y del 262 del código adjetivo federal.

Por disposición legal, las diligencias que se practiquen durante el
período de investigación previa, "deben ser breves y concisas; que se han
de evitar los vueltos y revueltas superfluos que no tienen ninguna rela-
ción con el procedimiento y que dilacionan su trámite". [163]

El Ministerio Público está obligado, por la ley adjetiva para que --
cuando se pida, destrucción o alteración de huellas o vestigios que --
quieren dejados, el perpetrarse el hecho delictivo; también es necesario --

[162] Díaz de León, Marco Antonio. Ob. Cit., T-I, pag. 310.

[163] González Bustamante, Juan José. Ob. Cit., pag. 133.

que se obtengan las pruebas que pueda servir como acusatorias o bien -- de inocuidad; del orden practicado se deberá evitar de manera cuidadosa en lo que se hagan consistir, ya sea de personas, cosas o lugares. (144)

En relación con las actividades que se practican durante la fase de investigación previa, Díaz de León, comenta: "el Ministerio Público recibe las denuncias e querrelas de los particulares o de cualquier autoridad, sobre hechos que están determinados en la ley como delitos; practica las primeras diligencias, asegura los objetos e instrumentos del delito, las huellas o vestigios que haya dejado su perpetración, y busca la posible responsabilidad penal de quienes hubieran intervenido en su comisión". (145)

Nos menciona un doctrinario del derecho, que para considerar como válida la "promoción de la acción penal" debe darse los siguientes requisitos: la comisión de un hecho sancionado por la ley como delito; que tal hecho lo haya realizado una persona física, que se haya dado consentimiento del ofendido a su legítimo representante, si el delito se persigue a petición de parte agraviada; que lo dicho por el denunciante o querrelante esté apoyado por declaración de personas dignas de fe y crédito o por otros elementos de prueba que hagan presumible la responsabilidad

[144] González Bustamante, Juan José. *Op. Cit.*, pag. 133 y 134.

[145] Díaz de León, Marco Antonio. *Op. Cit.*, T-1, pag. 313.

dad del acusado". [166]

En relación a la declaración que rinde el acusado durante la fase de investigación previa, transcribimos una tesis jurisprudencial de la -- que se desprende que en este momento procesal, y para rindir su declaración el acusado no necesariamente debe estar asistido por un defensor:

"DEFENSA, GARANTÍA DE. — La obligación impuesta a la autoridad de instancias por la fracción 14 del artículo 10 constitucional, sobre efectos a partir de que el individuo se ponga a disposición de la autoridad judicial, y ésta al recibir la declaración o esta representación del presunto responsable tiene la obligación ineludible de designar defensor si es que aquél no lo ha hecho; más la garantía de asistencia de defensor a partir de la detención del acusado, comienza desde y exclusivamente a éste, por lo que si no lo tuvo desde el momento en que fue detenido, esa omisión es imputable al propio acusado y no al Juez instructor. (Estudios Ercora. Seguridad -- Puerto. Vol. 39, pag. 51)".

[167]

En opinión de Arístida Esc. "En la investigación previa debería operar, con mayor razón que en la instrucción el principio de concentración de los actos. Con objeto de lograr la mayor eficiencia con menor actividad, pues, según se ha dicho que cada cuanto que para se la verdad que se hace, el conjunto de actos investigatorios debería ser reducido a la mi-

[166] Cofán Sánchez, Guillermo. Ob. Cit., pag. 245.

[167] Díaz de León, Marco Antonio. Ob. Cit., T-1, pag. 577.

dad". [166]

Concluidas las diligencias practicadas por el Ministerio Público, pueden presentarse dos hipótesis, las que a su vez pueden tener varias, pero que en materia opinión pueden ser materia de estudio de investigaciones futuras, dado lo extenso que sería para nuestro objetivo presente; por lo que sólo las enunciaremos: 1. El ejercicio de la acción penal o consignación, por desconfianza de las actuaciones, que los requisitos del artículo 19 constitucional se encuentran satisfechos; y - - 2. El llamado archivar, "que en materia constituye un sobreseimiento administrativo, al que nuestro derecho califica también como resolución de no ejercicio de la acción penal". [167]

Independientemente de las dos determinaciones antes mencionadas, en confirmo la respuesta; esta determinación no tiene carácter conclusivo de las diligencias de investigación previa, y significa que en caso no precede la presentación punitiva, queda entente la posibilidad de también -- la delegación en caso de aparecer nuevos elementos de prueba. [170]

[166] Arzobispo, Ferrnandez, Ob. CCC., pag. 51.

[167] General Ramirez, Sergio, Ob. C44., pag. 404.

[170] Idem, pag. 404.

CAPÍTULO III.

LA PRIMERA FASE DEL PROCESO PENAL.

- a. Fases en que se divide la primera etapa del proceso penal.
- b. La pre-instrucción o primera etapa.
- c. El auto de radicación y sus efectos.
- d. La declaración preparatoria.

CAPITULO III.

LA PRIMERA FASE DEL PROCESO PENAL.

En este capítulo hablamos ya de manera concreta sobre el proceso penal; analizamos la primera fase de él, es decir, la instrucción, y desde de ella veremos los actos y actividades procesales que ahí se llevan a cabo, así como la gran trascendencia que estos tienen, y la forma en que influyen en el posterior desarrollo del proceso.

a. FASES EN QUE SE DIVIDE LA PRIMERA ETAPA DEL PROCESO PENAL.

Mencionaremos en principio, de manera breve en que consiste la instrucción, que es justamente la fase a la que nos referiremos, para dar después la división que de esta etapa se ha hecho.

Instrucción gramaticalmente significa, "depuración conscientemente". En el aspecto jurídico, se refiere a adquirir ciertos conocimientos al juzgar, con independencia de que éste investigue lo que de acierto con

se califica, no se produce una total convicción", [171]

"La ley Española delega a la instrucción como 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 pueden influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus víctimas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos", [172]

Esta etapa se inicia, cuando el juez ordena que el asunto sea designado, sea radicado; esto se presenta, cuando el Ministerio Público ha decidido ejercitar la acción penal; es decir, con la consignación que el órgano acusatorio lleva a cabo frente al juez considerado competente.

La decisión ha denominado esta etapa procedimental, con el nombre de "sumario judicial" y, en ella se realizan estas actuaciones, cuyos actos sucesivos se reflejan en el proceso, y que tienden a que el juzgador efectúe una investigación que le permita determinar si existe el delito, es decir, si ha sido cometido; así como la responsabilidad o imputabilidad imputable al sujeto consignado, es decir, que el juez, con base en las diligencias aportadas por el Ministerio Público, amplíand las -

[171] Collin Sánchez, Guillermo. Ob. Cit., pag. 177.

[172] Silva Silva, Jorge Alberto. "Código Federal de Procedimientos Penales". Ed. Harán. México. Colección de Leyes Comentadas, 1988, - pag. 14.

investigación, con el propósito de que la presente responsabilidad, se convierta en responsabilidad plena del sujeto conculgado.

Durante esta etapa, el tribunal debe recibir la declaración preprocuratoria del lesionado, y dictar la resolución que el caso requiera, dentro de los sesenta y dos horas posteriores a la consignación del lesionado; resoluciones que analizaremos en el capítulo siguiente. El desarrollo de esta etapa corre a cargo del órgano jurisdiccional; durante ella, el Ministerio Público pierde el carácter de autoridad que le asistió en el período de la investigación previa, para convertirse en parte dentro del proceso, por lo que a partir de ese momento ya no realiza diligencias por su cuenta; su actividad se concentra en solicitarle al órgano jurisdiccional, cuando así lo juzga conveniente.

La ley adjetiva federal, en la fracción III, del artículo 1º establece: "El de instrucción, que abraza las diligencias practicadas antes y -- por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiere sido cometido y las peculiares del lesionado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de éste." (173)

Este período procesal comprende las actividades siguientes: 1. La -

(173) Código Federal de Procedimientos Penales, 40ª Edición. Ed. Porrúa, S.A. México, 1969.

designación del caso al juez que debe hacer el Ministerio Público; 2. La declaración preparatoria del preso, o la manifestación de que se desea declarar; 3. El nombramiento del defensor; 4. El curso del asunto con los testigos que declaran en su contra, cuando esta diligencia sea posible; 5. Auto del juez, dictando la resolución correspondiente al caso concreto; 6. La identificación del preso; 7. La proposición y desahogo de pruebas; 8. La resolución del juez, declarando cerrada la instrucción. [174]

En sentido estricto, la instrucción, es un todo cuyo inicio se presenta al dictarse el auto de radicación (del que más adelante hablaremos), y concluye con el mandamiento del juez, en el que decreta que la instrucción ha quedado cerrada. [175]

En opinión de un doctrinario del derecho, es así la diversidad de los actos procesales que se llevan a cabo durante la fase de instrucción, que ello justifica que se le subdivida en etapas o períodos. [176]

Para Atilla Bas, la instrucción, se divide en dos períodos: 1. Período de preparación del proceso, que incluye los actos procesales que se desarrollan desde el auto de radicación, y concluyen con el auto de formal prisión. 2. Período de proceso, que comprende los actos que van

[174] Ponente Tamayo, Luis. Ob. Cít., pag. 240 y 241.

[175] González Bustamante, Juan José. Ob. Cít., pag. 198.

[176] Collin Sánchez, Guillermo. Ob. Cít., pag. 277.

del auto de formal prisión, hasta el auto en el que el juez declara que la instrucción ha sido cerrada y, pese a la vista de las partes la causa. [177]

Por su parte González Bustamante, a los dos períodos anteriores, -- los denomina como "instrucción previa" e "instrucción formal", respectivamente. Añade que: "Esta división es conveniente observarla, si se tienen en cuenta los propósitos que en ella se persiguen y el orden de su aplicación histórica". [178]

Consideramos interesante citar una observación encontrada en la obra de González Bustamante, respecto del momento de inicio del proceso penal: dado que al parecer existe diversidad de opiniones en relación a este punto: "Para los tratadistas, el proceso penal se inicia desde el momento en que el Ministerio Público compare ante el Juez ejerciendo la acción penal y el Juez responde a esta citativa, sueldando el conocimiento del caso, al promover el auto de notificación y compare con la sentencia que termina la instancia. El proceso, desde el punto de vista de la jurisprudencia, se inicia a partir del auto de formal prisión; es decir, con posterioridad al ejercicio de la acción penal. Esta interpretación se funda en que el artículo 19 constitucional dispone que todo proceso debe seguirse procesalmente por el delito o delitos señalados --

[177] Arriola Bas, Fernando, *Op. Cit.*, pag. 9.

[178] González Bustamante, Juan José. *Op. Cit.*, pag. 194.

en el auto de formal prisión de varate que las diligencias practicadas desde el auto de radicación hasta el auto de formal prisión, forman parte del procedimiento, pero no del proceso". [179]

b. LA PRE-INSTRUCCION O PRIMERA ETAPA.

Como quedó señalado en el inciso anterior, la pre-instrucción o "instrucción previa", como la denomina González Bustamante, se inicia con el auto de radicación y concluye con el auto de formal prisión; la pre-instrucción, "solamente alcanza una duración constitucional de setenta y dos horas"; [180] y tiene como propósito fijar en que situación jurídica quedará el inculpafo.

Por lo que todas aquellas pruebas que durante este período sean espontáneas o recogidas, tienen como inmediata finalidad, que el juez se encuentre en aptitud de decidir si el presunto responsable queda preso formalmente, o bien se le deja en libertad por no reunirse los requisitos necesarios. Es decir, dichas pruebas deben dejar establecido que el cuerpo del delito ha quedado comprobado plenamente, y que los datos o pruebas son suficientes para establecer la probable responsabilidad del inculpafo. [181]

[179] González Bustamante, Juan José. Ob. Cit., pag. 147.

[180] González Sáenz, Alberto. "El Procedimiento Penal Mexicano". Ed. - Fondo, S.A. México. 1975, pag. 95.

[181] González Bustamante, Juan José. Ob. Cit., pag. 148 y 149.

En el desarrollo de esta instrucción previa, "van aparejados, sucesivamente, diversos actos de carácter instruccional, como son la declaración preparatoria que sirve al inculpaído; la declaración del ofendido; las declaraciones de los testigos de cargo y de descargo; las inspecciones de personas, cosas o lugares; los juicios penales; reconstrucción de hechos, etc." [182]

Aún cuando la instrucción *formal*, se realiza precisamente dentro de un estado que se continúa ya que un más allá del momento procesal que nos hemos propuesto estudiar, mencionaremos brevemente en qué consiste. La denominada "instrucción *formal*" por González Bustamante, principia con el auto de *formal prisión* y concluye con el auto de que se declare extinguida la instrucción, este momento procesal, ya no tiene vinculada una decisión declaratoria, pues puede variar de caso a caso, y las pruebas que durante él se aporten, servirán para definir el proceso, auto de; confesión o desconfesión al acusado; o bien decretar el sobreseimiento. [183]

Existen doctrinanzas para quienes la instrucción tiene un tercer período, y esto se debe a que "Las leyes procesales disponen que cuando el juez de un caso considera que la averiguación está tramitada, lo declarará así de manera expresa, para el efecto de que el proceso quede a la vista de los partes por el término legal, a fin de que promuevan y se

[182] González Bustamante, Juan José. *Op. Cit.*, pag. 205.

[183] *Idem*, pag. 198.

desahogar las pruebas convenientes a sus intereses. Esto no es más que una oportunidad que se les brinda para la promoción de diligencias con el objeto de mantener el equilibrio procesal y garantizar los medios de imputación y los medios de defensa, pero de ninguna manera constituye un nuevo período de la instrucción". (184)

e. EL AUTO DE RADIACION Y SUS EFECTOS.

Cuando el Ministerio Público como resultado de la averiguación previa, decide ejercitar la acción penal, "consigna a la autoridad competente de todo lo actuado y al inculcado si se encuentra detenido, o se solicita la orden de aprehensión en su contra si no lo está". (185)

Inmediatamente después de que el juez recibe la consignación, debe dictar el "auto de radicación", abriendo el expediente correspondiente, para que en su oportunidad respectiva se reúnan los requisitos para ejercitar la acción penal. (186)

El "auto de radicación" o de "inicio", también conocido como "auto-abertura de proceso", es una resolución judicial; que se promana durante la instrucción; es la primera determinación que dicta el órgano judicial.

(184) González Bustamante, Juan José. Ob. Cit., pag. 199.

(185) González Blanco, Alberto. Ob. Cit., pag. 95.

(186) Acuña Os, Fernando. Ob. Cit., pag. 89.

legalmente no existen señalados requisitos formales o contenidos en el acto de radicación, no obstante en la práctica, existen los siguientes señalados por Ferrero Sodi, y que son: "Nombre del juez que lo promueva, el lugar, el día, el mes, el año, el día y hora en que se dicta y mandatos relativos a lo siguiente: I. Radicación del sueldo. II. Intervención del Ministerio Público, III. Orden para que se proceda a tomar al detenido - su preparación en audiencia pública, IV. Que practique las diligencias necesarias para establecer si actuó o no comprobada al tiempo del delito y la presente responsabilidad, y V. que en general, se facilite al detenido su defensa, de acuerdo con los preceptos IV y V del artículo 20 constitucional". [187]

González Blanco añade a los anteriores requisitos, el "que se requiera el encabezado, de que designe degenere y se le prescriba que en su caso se le nombren uno de oficio". [188] González Bustamante por su parte agrega como otro requisito práctico del acto de radicación, "se diligencie que se tome nota en el libro de Gobierno que se lleva en los juzgados para acreditar las consignaciones recibidas; que se dé aviso del inicio del procedimiento al Tribunal de Apelación". [189]

El acto de radicación puede dictarse si hay o no denuncia. Conjuntamente a la consignación de las actuaciones de averiguación previa, se --

[187] Rivera Siles, Manuel. "El Procedimiento Penal". Ed. Porrúa, S.A. - México. 1984, pag. 147.

[188] González Blanco, Alberto. Ob. Cit., pag. 94.

[189] González Bustamante, Juan José. Ob. Cit., pag. 204.

consignado al inculcado cuando éste se encuentra detenido, de ser así, -
recae sobre el juez dos obligaciones fundamentales: en la primera de --
ellas, cuenta con un término de cuarenta y ocho horas para dentro de él-
tomar la declaración preparatoria al consignado. La segunda obligación -
consiste en resolver la situación jurídica del detenido, dentro de las -
veinte y dos horas, ambas obligaciones empiezan a contarse a partir del
momento en que el sujeto queda a disposición del órgano jurisdiccio-
nal. [190]

La hora en que se recibe al consignado, debe tomarse presente, y -
quedar expresada, con el propósito de computar los términos constitucio-
nales a los que nos hemos referido en el párrafo anterior; y para no in-
currir en la infracción señalada en la fracción XVIII del artículo 107 -
de la Constitución Política.

Cuando se consignó sin detenido, uno de los hechos de la autogre-
sión se desprende que la sanción al delito merece pena corporal, se tí-
bera por el juez la correspondiente orden de aprehensión. En tanto que
cuando la sanción a aplicarse sea de pena alternativa, o de privación de
libertad, sólo se hará el libramiento de la cota, comparecencia u orden
de presentación, para que el sujeto se presente ante el juez que así lo
requiera. [191]

[190] Arilla Bas, Fernando. Ob. Cit., pag. 49.

[191] Cuelín Sánchez, Guillermo. Ob. Cit., pag. 174.

Por lo que se refiere a los efectos que produce el auto de radicación, éstos son los siguientes: Da inicio a la instrucción y por lo tanto al proceso; es el primer acto de dominio del órgano jurisdiccional; fija la jurisdicción del juez, o sea, que en todas las cuestiones que se le planteen al juez, sobre el asunto bajo su jurisdicción, tendrá la facultad, el poder y la obligación de obrar al respecto. Vincula a las partes frente al órgano jurisdiccional de que se trata, por lo que deja sin posibilidad a las partes de promover sobre el mismo asunto diligencias alguna frente a tribunal diferente. Quedan sujetos al órgano jurisdiccional también los terceros. [192]

d. LA DECLARACIÓN PREPARATORIA.

Es ésta un punto de gran importancia y al que le hayamos de los declaratorios dedican gran atención. En principio mencionamos en qué consiste el término declarator: "Manifiestan realmente el ser o los seríngos. - En la investigación previa o el proceso lo que concierne, o los cosas - - acerca de los hechos que se investigan". [193]

Establezcamos ahora en qué consiste la declaración indagatoria, con la intención de no confundir los términos, ni los momentos procesales en los que se presentan. Declaración indagatoria: es la que omite el prohe-

[192] García Ramírez, Sergio. Ob. Cit., pag. 146 y 147.

[193] Díez de León, Marco Antonio. Ob. Cit., T-3, pag. 378.

de antes del delito, en la investigable previa.

En cuanto al término preparatorio, quizás decida: "previada, dispónse a -
algunas para una acción que se ha de seguir". [194]

Por lo que si puntualizamos la definición de Secuestro Preparato-
rio, dirémos que es: "Un acto procesal complejo que, conforme al sistema
penal mexicano, tiene lugar después de haberse dictado auto de captura -
ción y durante las primeras cuarenta y ocho horas de haber sido consig-
nado el inculcado ante el órgano jurisdiccional, que habrá de decidir su
situación jurídico-proceal". [195]

Por disposición constitucional de la fracción II, del artículo 20, -
nuestro sistema jurídico prohíbe la incommunicación como medio para pro-
ceder que el inculcado declare en su contra. En apoyo de este punto -
encontrémos una tesis jurisprudencial en la que se corroboró lo antes-
mencionado:

"DECLARACION DEL ACUSADO, NO PUEDE SER COMPLETADO A -
DECLARAR EN SU CONTRA. — La fracción II del artículo
20 constitucional establece que el acusado no de-
be ser compelido a declarar en su contra, por lo -
cual queda rigurosamente prohibida toda incommuni-
cación ó cualquier otro medio que tienda a aquel obje-
to. En conformidad a este principio, al inculcado no
se le puede obligar que declare bajo protesta y esta-
vedad; y es aplicable al caso en que se le somete en

[194] González Bustamante, Juan José. Ob. Cit., pag. 149.

[195] Díaz de León, Marco Antonio. T-1, pag. 359.

En investigación previa, toda vez que el precepto --
constitucional no establece ningún castigo. Del que-
que, si desde su primera declaración inculca al acusa-
do en materia, no comete el delito de falsedad ac-
cusatoria judicial ni en ingresos dados a una
autoridad, pues de lo contrario se le cometería a
declamator en su contra, con incurrir en el delito pre-
visto constitucional. (Amparo Directo: 1057/93/19).
Eduardo Gómez de Rizo y Pizarro. Resuelto el 31 de marzo
de 1959, por unanimidad de 5 votos. Ponente el Sr. -
Jefe, Carlos Franco Jardi. Sala. Lic. Justo Govea-
Cruz Gato. 1º Sala Ingreso 1959. pag. 109". [196]

Las diligencias de Persecución Preparatoria, en principio estaban --
comulgadas únicamente en las leyes procesales; siendo hasta la Constitu-
ción Política de la República de 1 de febrero de 1957, cuando por prime-
ra vez se reglamentó por la Ley Fundamental; mencionándose sola-
mente dentro del artículo 10, como garantía a la que tenía derecho el --
inculcado, el que se le tome declaración preparatoria dentro de las --
cuarenta y ocho horas, contadas a partir de que el inculcado fuere presen-
tado a disposición del Jefe judicial; no obstante pasaba por auto-
matizada, la forma y los términos para tomarla. [197]

En la constitución vigente se establece ya, la forma y modalidades--
de la misma al referirse en la fracción III del artículo 10 constitucio-
nal, lo siguiente: "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-

[196] Díaz de León, Marco Antonio. Ob. Cit., T-1, pag. 577.

[197] González Bustamante, Juan José. Ob. Cit., pag. 150.

que concierne bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar al cargo, admitiendo en este acto su declaración preparatoria"; [198] entendimiento por el que la opinión de González Bustamante es acertada - dentro del proceso los principios de inmediatidad procesal, oralidad, y publicidad. [199]

A la audiencia pública a la que se refiere el artículo 39 constitucional, en su fracción III, se entenderá que se encuentran presentes en el acto, los delictos que se examinan en relación a los hechos que se investigan, así como, el que los ministros de edad se encuentren presentes.

La declaración preparatoria, es una de las diligencias más importantes dentro del proceso penal; en sí misma no constituye un medio de prueba; el acusado responsable hace las veces de órgano de prueba, cuando declara los hechos de su conducta, o aquellos que se investigan, que servirán para ilustrar al juez. El imputado sirve también como objeto de prueba, cuando el juez ordena que sea examinado por peritos con la intención de conocer sus condiciones físicas y psíquicas que hayan influido en los sucesos o acontecimientos del delito; o también cuando el juez requiere conocer situaciones tales como: "su edad, educación e ilustración, costumbres y conductas anteriores, los hábitos que le inheren-

[198] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 29ª Edición Ed. Porrúa, S.A. México, 1990

[199] González Bustamante, Juan José. Ob. Cit., pag. 151.

a delinquir, sus condiciones económicas, etc."^[200]

Como se desprende del artículo 20 (inciso III) de nuestra Carta Magna, la naturaleza jurídica de la declaración preparatoria, es un derecho fundamental del individuo. Desde el punto de vista procesal, se considera un acto de comunicación por el que el Órgano jurisdiccional, empírico y hace al mismo tiempo saber al inculcado la índole de la acusación penal que existe en su contra, el motivo del juicio, así como la causa de su detención; para que el inculcado tenga la posibilidad de defenderse de los cargos que le han sido comunicados, o para que conste de ellas.^[201] Además de lo establecido en la Constitución, la declaración preparatoria, se prevé también en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en los artículos del 287 al 294 bis; en tanto que la ley adjetiva federal, la prevé en los preceptos del 153 al 160; diligencia que se desarrolla durante el periodo de instrucción previa, antes de dictarse el auto de formal prisión; y se ejecuta ante el juez de la causa.

Respecto de esta diligencia, es necesario mencionar que surge dos aspectos: Dentro del primero señalamos la imputación o acto de comunicación, por el que el juez hace saber al inculcado; "el nombre del acusado, si lo hubiera; el de los delitos que destacan en su contra; la -

[200] González Bustamante, Juan José. Ob. Cit., pag. 141.

[201] Mir de León, Marco Antonio. Ob. Cit., T-I, pag. 559.

motivos y causa de la acusación; el derecho que tiene, en su caso, de obtener la libertad cautelar, y el procedimiento para obtenerla; y finalmente, el derecho de nombrar persona de su confianza para que lo defienda, substituyéndolo que de no hacerlo, el juez lo designará un defensor de oficio". (201) Comunicación que se hará al imputado, antes de que se explique su conducta, o emita su declaración; situación prevista tanto por la garantía III del artículo 18 constitucional, como por el artículo 140 del Código Orgánico para el Distrito Federal, y el 154 del Código Federal de Procedimientos Penales.

El segundo aspecto que reviste la declaración preparatoria, se refiere a la declaración del imputado, siempre y cuando el acusado desee presentarla; esta debe referirse, en principio a sus datos personales, y también a los hechos que le han sido imputados. Para ello tiene la facultad el juez de adoptar, los términos, formas y demás circunstancias que a su juicio sean convenientes, y que concuerden por sus líneas generales con los hechos delictivos. (202)

Para computar el plazo constitucional de treinta y dos horas, las mismas empezarán a correr a partir del momento en que el imputado, se puse a disposición del juez, y se comprenderán también los domingos y días festivos; es decir, que este plazo corre de momento a momento

(201) Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ob. Cit., T-III, pag. 38.

(202) Ídem, T-III, pag. 38

ca. (194)

Cuando el acusado se niega a nombre dejenos, es obligación del juez de la causa el diligenciar esta requisito, para no dejarlo en estado de indefensión: respecto al punto anterior, transcribimos fielmente el aspecto:

"DEFENSA, GARANTIA DE LA . — La garantía que consagra el artículo 18 constitucional, de su fracción IX, se establece que si el acusado no quiere dejenos, después de ser requerido para hacerlo, el juez en dicha sesión preparatoria, el juez nombrará uno de oficio, debe entenderse de el sentido de que el nombramiento de dejenos de oficio, por parte del juez, deberá hacerse al recibir el acusado su declaración preparatoria, pero siempre que no quiera el acusado nombre por cosa que lo dejenos después de ser requerido para hacerlo. (Código Epoca: Tomo XXXI, pag. 1137, Delgado delo Pado y Coagu)."

(195)

Si el detenido se desea declarar, y por lo mismo se constata el cargo, se constata tal circunstancia en el acta que de la diligencia se levante; se le requerirá para que nombre persona de su confianza que lo dejenos, o que indique si desea dejenos por sí mismo; en caso de no querer dejenos: el juez antes del interrogatorio verá que la lista de dejenos de oficio le sea presentada para que elija aquel que mejor le parezca. Es costumbre sin embargo, que no se le permita al acusado nom

[194] González Bustamante, Juan José, Ob. Cít., pag. 132.

[195] Díaz de León, Marco Antonio. Ob. Cít., T-2, pag. 597.

dejar dejarse sino hasta después de que ha recibido su declaración; circunstancia que impide que la dejatura intervenga dado que aún no tiene el carácter de parte en el proceso, y por lo mismo no puede ayudar al incautado ⁽²⁰⁶⁾

Por costumbre en ocasiones el "personal de los juzgados del Distrito Federal aduciente a los inculcados, en el acto de recibirlos su declaración preparatoria, que la comisión del delito atenta la responsabilidad en el caso de haberlo cometido"; ⁽²⁰⁷⁾ actividad que carece de fundamento legal, y que se ejecuta con la intención de pagar al incautado.

Otra es doctrina que las leyes emiten la obligación que tiene el órgano jurisdiccional de hacer saber al incautado: "la naturaleza y causa de la acusación"; y no se señala el delito por parte del legislador, con la intención de evitar que hubiese conjetura, y que los elementos utilizados fueran los más sencillos y adecuados para facilitar la comprensión del incautado. ⁽²⁰⁸⁾

Por cuanto hace a su contenido, la declaración preparatoria, de acuerdo con el artículo 291 de la ley adjetiva para el Distrito Federal, y el 154 de la federal, señalan que se inicia con los generales del demandado, debiendo incluirse los apodos en caso de ser estos; así se for-

(206) González Bustamante, Juan José. Ob. Cit., pag. 150

(207) Anillo Bar, Fernando. Ob. Cit., pag. 74.

(208) González Bustamante, Juan José. Ob. Cit., pag. 151

no expresa el artículo 155 de la Ley adjetiva federal, que "se acredite -
 solamente por el inculpaado, sin que sea aconsejado o asesorado por per-
 sona alguna en el momento de declarar";⁽²⁰⁹⁾ circunstancia a la que no
 hace referencia de manera específica el código adjetivo para el Distrito
 Federal.

El inculpaado podrá redactar por sí mismo su declaración, o en su ca-
 so el juez la redactará, para lo que procurará asesorarlo físicamente y con-
 siderando la mayor exactitud posible, sin omitir detalle alguno ya que
 cada detalle puede ser de cargo o de descargo. Tanto el agente del Mi-
 nisterio Público, como el defensor podrá interrogar al inculpaado; y el
 juez podrá desochar las preguntas que considere inconvenientes o especio-
 sas.⁽²¹⁰⁾

Es este uno de los momentos procesales más importantes para el desen-
 volvimiento del proceso penal, dado que es el primer momento en que am-
 bos sujetos de la acción procesal, se encuentran frente a frente.

En nuestra opinión es trascendental que la declaración preparatoria,
 sea tomada por el juez de manera directa y personal al inculpaado. Solo
 que la actitud de éste frente al juez, puede ayudar para que el órgano
 jurisdiccional, se forme una idea general sobre el inculpaado, a través

(209) Código Federal de Procedimientos Penales, 48ª Edición, Ed. Porrúa,
 S.A. México, 1988.

(210) Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ob. Cit., T-III, pag. 38.

de su comportamiento, de la forma en que se expresa al hablar su opinión sobre los hechos, etc.

Consideramos que el panorama que el juez adquiere sobre los hechos, - se vea ensimismado; además de que en dicha forma se restringe el principio de inmediación dentro del proceso penal.

CAPÍTULO IV.

EL CUERPO DEL DELITO Y LAS DIVERSAS RESOLUCIONES QUE SE DICTAN DURANTE EL PLAZO CONSTITUCIONAL DE LAS SETENTA Y DOS HORAS.

- a. Concepto de cuerpo del delito.
- b. Diferencia entre tipo, tipicidad y cuerpo del delito.
- c. Como se integra y se compone el cuerpo del delito.
- d. las resoluciones que se pueden dictar dentro del plazo constitucional de setenta y dos horas.
- e. El auto de formal prisión.
- f. El auto de formal prisión con sujeción a proceso.
- g. El auto de libertad por falta de elementos para procesar.
- h. El auto de libertad absoluta o sobreseimiento.

CAPÍTULO IV.

EL CUERPO DEL DELITO Y LAS DIVERSAS RESOLUCIONES QUE SE DICTAN DENTRO DEL PLAZO CONSTITUCIONAL DE LAS SETENTA Y DOS HORAS.

Abordaremos en este capítulo al menos en parte, el tema medular del presente estudio, para lo cual analizaremos aquí conceptos fundamentalmente, tales como: "cuerpo del delito"; "tipo"; "tipicidad"; examinaremos también que nos servirá para comprender con mayor claridad, los elementos que se requieren para dictar "el auto de formal prisión"; así como los demás resoluciones que puedan dictarse dentro del plazo constitucional y, que constituyen parte esencial de la presente tesis.

a. CONCEPTO DE CUERPO DEL DELITO.

Para establecer este concepto, primeramente mencionaremos que "la palabra cuerpo, nos da la idea de una subsistencia u objeto físico; de un conjunto formado por la reunión de diversas partes materiales, unidas entre sí que más o menos coherencia".(111)

(111) González Bustamante, Juan José. Ob. Cit., pag. 160.

Señalaremos ahora, lo que podemos entender por delito. Una de las más antiguas definiciones espontáneas en relación a este concepto, la encontramos San Agustín, y quien nos dice que el delito es: "Hecho, dicho o hecho contra la Ley de Dios"; San Agustín no dijo "contra la Ley penal de Dios", porque sabía muy bien que toda Ley para ser Ley debe tener sanción y en consecuencia que, toda Ley es penal". (212)

Sólo que el término "delito", ha evolucionado conjuntamente con la historia de la humanidad, así como lo señala Jorge Del Vecchio en la siguiente frase: "Se ha observado que todas las modernas legislaciones, al mismo tiempo que han señalado progresos en las artes y en las industrias, han dado lugar a nuevas formas de delincuencia". (213)

Del Vecchio, no es el único doctrinario que sustenta la misma opinión, como se desprende de la siguiente idea: "el delito tiene sus raíces hondas en las realidades sociales y humanas, que cambian según pueblos y épocas con la consiguiente mutación moral y jurídica—política". (214)

La definición actual que el Derecho Penal Mexicano establece en el Código Penal para el Distrito Federal en materia de feroz común, y para toda la República en materia de feroz general, en su artículo 7º es: - -

(212) Rivera, Agustín. "Tratado Breve de los Delitos y Penas según el Derecho Civil". Seminario de Derecho Penal No. 25. Ed. UNAM. pag. 15.

(213) Del Vecchio, Jorge. "Enciclopedia Mexicana de Derecho Penal No. 27". La Lucha contra el Delito. Traducción de Ponciano Tamayo, Ica. -

(214) Comasó y Trajillo, Raúl. "Derecho Penal Mexicano 1-1". Porfirio Gómez. Ed. Antigua Librería Robredo. México. 1962. pag. 168.

"Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".^[215]

Al igual que el concepto "delito" se ha transformado de acuerdo con la época y el lugar; también el término "corpus delicti" (que en opinión de Ramírez empleó por primera vez Ferrero), ha sido entendido en diferentes sentidos.

El "cuerpo del delito" o "corpus delicti" es uno de los conceptos fundamentales para el Derecho Procesal Penal, aún en el derecho antiguo, cuando existía el cuerpo del delito, no era posible la aplicación de pena alguna.^[216] Cabeza en nuestro actual sistema jurídico, la comprobación del cuerpo del delito (de la que nos ocuparemos más adelante); es esencial, y requisito de fondo para que se dicte el auto de formal prisión; además de que constituye la base del proceso penal.

No obstante la importancia del término, Celso Sánchez opina, que no existe acuerdo entre los doctrinarios en relación a la definición a dársele a este concepto.^[217] Pero todos ellos concuerdan en considerarlo fundamental.

Carola Ramírez por su parte, menciona que en torno a este concepto existe gran confusión, porque se le ha asociado, hasta confundido - -

[215] Código Penal para el Distrito Federal en materia de juicio común, y para toda la República en materia de juicio federal, 44ª Edición, - Ed. Porrúa, S.A. México, 1988.

[216] Carola Ramírez, Sergio. Ob. Cit., pag. 387.

[217] Celso Sánchez, Guillermo. Ob. Cit., pag. 287.

con otros elementos, tales como las huellas dejadas por el delito, o los objetos que sirvieron para su perpetración. [218]

Pavón Vasconcelos considera este concepto como fundamental, y añade que por ser la base de todo el razonamiento penal, se le invoca día a día en las sentencias que emiten los tribunales. [219]

El concepto "cuerpo del delito", ha sido empleado por distintas legislaciones y en épocas diferentes en tres distintos sentidos. [220] Al referirse a este término, se invocan en graves ocasiones, identificándolo con el objeto, el instrumento y el resultado del hecho ilícito.

Si seguimos la opinión de González Bustamante: "los tratadistas antiguos entendieron que el cuerpo del delito es el delito mismo" [221] algunas posturas pretigan este autor, con el desarrollo del tema en los términos siguientes: "Otros han entendido que el cuerpo del delito está constituido por el conjunto de elementos materiales e inmediatos comprendidos en la definición legal, incluyendo los elementos psicológicos o subjetivos: la voluntad y el dolo: lo que equivale a decir que el cuerpo del delito es el delito mismo". [222] Al hacer referencia a la taxonomía que se ha sido utilizando el concepto, menciona: "Por último, la tercera opinión contempla al cuerpo del delito exclusivamente en-

[218] García Ramírez, Sergio. Ob. Cit., pag. 388.

[219] Pavón Vasconcelos, Francisco. "Manual de Derecho Penal Mexicano". Ed. Porrúa, S.A. México, 1967, pag. 234.

[220] Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ob. Cit., T-II, pag. 367.

[221] González Bustamante, Juan José. Ob. Cit., pag. 161.

[222] Idem, pag. 161.

jurídica de los elementos materiales, y de un sentido práctico y concreto al concepto como lo señala la doctrina del procedimiento penal. Esta opinión es la que prima en la actualidad en las leyes procesales y nos permite distinguir al cuerpo del delito del delito mismo, así como de los objetos o instrumentos que se hubieran empleado en su comisión". [223]

En nuestra legislación, al "cuerpo del delito", está investido en varios instrumentos; en principio lo encontramos señalado en el artículo 19 constitucional, en los términos siguientes: "...los datos que sirvan de base a la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado"; [224] al referirse a los requisitos que deberá contener el auto de formal prisión.

En la ley adjetiva judicial, en el artículo 148, se señala: "El Ministerio Público, con la intervención legal de sus auxiliares, la policía judicial y el tribunal, en su caso, deberán procurar ante todo que se compruebe el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculcado como base del ejercicio de la acción penal y del proceso penal general". [225] Es de tal importancia la comprobación del cuerpo del delito, que si éste no existe, tampoco existe acción penal.

[223] González Bustamante, Juan José. Ob. Cit., pag. 141.

[224] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 89ª Edición Ed. Porrúa, S.A. México, 1950.

[225] Código Federal de Procedimientos Penales 89ª Edición. Ed. Porrúa, S.A. México, 1950.

Dentro del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no se señala artículo específico en el que se haga mención al cuerpo del delito; los preceptos que en este ordenamiento contemplan dicho tema, los encontramos dispersos en el Título II, en el que también se encuentran disposiciones cambias para la práctica de Diligencias de Policía Judicial; de averiguación previa, así como de la forma en que se pagará costas para recoger los objetos que se hubieran empleado en la comisión del hecho y las huellas que de él se encuentran; lo anterior dentro de las artículos 74 al 124.

"El cuerpo del delito constituye, en la mayoría de los casos, a lo que generalmente se admite como tipo, y en casos generales, a los que se responde como figura delictiva, a saber: "el total delito" (robo, abuso de confianza, fraude, estancamiento de moneda, etc.)".^[126]

La doctrina mexicana considera el cuerpo del delito, como los elementos del tipo, separados entre en elementos de carácter objetivo, los de carácter subjetivo y los elementos normativos, y cuando dichos tres elementos se encuentran integrados, se considera que en ese momento está de el cuerpo del delito.^[127]

Para Arilla Bas, el cuerpo del delito se encuentra constituido, "por la realización histórica espacial y temporal de los elementos cons-

[126] Celis Sánchez, Guillermo, Ob. Cit., pag. 377.

[127] García Ramírez, Sergio, Ob. Cit., pag. 389.

vidas en la figura que describe el delito". [228]

De acuerdo con el Instituto de Investigaciones Jurídicas, el cuerpo del delito, puede definirse: "como aquel concepto cuyo contenido compagan de todas aquellas acciones que el juzgador debe comprobar plenamente - como condición de la procedencia del acto de formal prisión o de sujeción a proceso". [229]

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en tesis jurisprudencial define en los siguientes términos, el cuerpo del delito:

"CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE .— Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la Ley Penal, y la determinación que tiene por resultado el cuerpo del delito debe apoyarse en la demostración de la existencia de un hecho, con todos sus elementos causales, tal como lo define la Ley al considerarlo como delictivo y señalar la pena correspondiente. - (Sesión Epoca Segunda 1940: Vol. 54 p. 27. A.D. - 1,324/73. — José Salazar Palomares — Universidad de México." [230]

Dado que nuestra intención en este inciso, es solamente exponer el concepto "cuerpo del delito", haremos uso de la opinión de los doctrinarios consultados, coincidiendo en considerarlo como uno de los elementos

[228] Anillo Ben, Fernando. Ob. Cit., pag. 76.

[229] Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ob. Cit., T-II, pag. 348.

[230] Pizar de León, Marco Antonio. "Código Federal de Procedimientos Penales - Comentado". Ed. Porrúa, S.A. México, 1989. pag. 132.

fundamentales del Derecho Procesal Penal, a través del desarrollo de los siguientes puntos que conforman el capítulo presente, quedará atendida - la tarea de su fundamentación.

Si bien de peso mencionamos que existe presunta responsabilidad, - a causa de la investigación realizada, se obtienen suficientes datos para suponer que una persona ha ejecutado un hecho delictivo; lo ha perpetrado, o ha concebido su realización.^[131] En adelante, aún cuando - el estudio de la presunta responsabilidad, bien podría consistir en tema de investigaciones posteriores, dado que por ser requisito de grado delictivo de formal prisión, su importancia es evidente.

Pasamos ahora al inicio en el que definiremos el concepto "cuerpo del delito" de los conceptos "tipo" y "tipicidad".

B. DIFERENCIA ENTRE TIPO, TIPICIDAD Y CUERPO DEL DELITO.

Para el desarrollo de este punto, hemos considerado conveniente - hacer mención separadamente de los conceptos "tipo" y "tipicidad", señalando la opinión que algunos doctrinarios sustentan en relación a éstos - términos, para posteriormente señalar la diferencia que existe entre - ellos, dado que la definición de "cuerpo del delito", consideramos que -

[131] Colón Sánchez, Guillermo. Ob. Cit., pag. 199.

quede justificada en el ámbito indio.

1) Conceptión de Tipo:

El concepto "tipo", ha sufrido transformaciones a través de las diferentes épocas y corrientes, que han hecho de él tema de análisis, dando que son múltiples las definiciones que se han emitido.

Usualmente entendemos por tipo al "simple modelo en que se influyen todos los individuos de una especie, ya que se halla formado por las características o rasgos esenciales de todos ellos". [232]

La paternidad de la "moderna teoría del tipo", se le atribuye a -- Ewald Hering quien admitió a principios de este siglo, que el tipo, es la suma de todos los caracteres internos y externos del delito; y que -- los tipos están constituidos por elementos de carácter descriptivos. [233]

Hering parte del *Tatbestand* -- tentativo compuesto de *Actus Reus*; -- y *Mensura*, consisten --, en decir, en aquello en lo que el delito consiste. [234]

La doctrina utiliza la expresión "tipo", para referirse a la descripción que una norma jurídico--penal, hace de una conducta a la que --

[232] Villalobos, Ignacio. "Frontera Penal Mexicana", Ed. Futala, S.A. - México, 1948, pag. 257.

[233] Colla Sánchez, Guillermo. *Ob. Cit.*, pag. 289.

[234] Paula Vasconcelos, Francisco. *Ob. Cit.*, pag. 239.

considera prohibida;^[235] la descripción a la que aludimos, debe ser -- hecha por el legislador; lo por ello en opinión de Celia Sánchez, es el -- go teórico en la ley penal, y contendrá todas las elementos y caracter -- ísticas de cada uno de los aspectos del delito comprendido en el citado -- ordenamiento; indicando de forma exhaustiva en qué consistió el compor -- tamiento o la omisión que el agente ha de realizar para incurrir en un -- delito;^[236] esto equivale a que la conducta debe estar considerada -- como antijurídica, previamente por el legislador. Incluso los autores -- de nuestra ambigua constitución que el "tipo", ha dado lugar al apogeo -- "NULLUM CRIMEN SINE TYPO".

Un doctrinario del derecho nos proporciona la siguiente definición -- de tipo: "es una conducta o hecho descrito por la norma, o en ocasiones, -- con mera descripción material, considerando además según el caso, elemen -- tos normativos o subjetivos o ambos".^[237]

Para otro autor, "el tipo es la creación legislativa, la descrip -- ción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales".^[238]

El tipo penal, nos dice un doctrinario; "es la descripción este -- rial, objetiva, de un acto que, si se ha cometido en condiciones ordina -- rias, es la ley considera delictivo; y siempre que sean sus particularida --

[235] Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ob. Cit., T-VIII, pag. 281.

[236] Plas de León, Marco Antonio. "Diccionario de Derecho Procesal Pen -- al". Ob. Cit., T-II, pag. 316.

[237] Poncé Pujol Cardenal, Celso. "Apuntes de la parte Gene -- ral de Derecho Penal". Ed. Porrúa, S.A. México, 1969, pag. 335.

[238] Castellanos, Fernando. "Elementos Elementales de Derecho Penal". Ed. Porrúa, S.A. México, 1965, pag. 167.

de accidentalidad, será declarado como delito previsto por la ley".^[239]

II) Connotación de Tipicidad:

Toda buena muestra al concepto "tipicidad", pero antes de pasar al análisis de lo que los doctrinarios han dignado por esta fórmula, como decimos convenientemente en algunas que "tipo" y "tipicidad", son vocablos intrínsecamente relacionados. "La Tipicidad es una connotación esencial del tipo".^[240]

Si recordamos que el tipo, es la descripción de una conducta prevista como delictiva; y que esta descripción cuenta con elementos y características propias, la tipicidad se concreta en la base constitutiva de la acción, y sin acción, la conducta sería inoperable. Si existe acción u omisión por parte del agente, pero falta alguno de algún elemento del tipo, no es posible hablar de tipicidad.^[241]

Fernando Castellanos define la tipicidad como, "el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es, en suma, la asociación o afirmación de un hecho a la hipótesis legislativa".^[242]

La tipicidad en opinión de Paulo Vasconcelos, puede definirse, co-

[239] Villalobos, Ignacio. Ob. Cit., pag. 257.

[240] Paulo Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit., pag. 248.

[241] Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ob. Cit., T-III, pag. 281.

[242] Castellanos, Fernando. Ob. Cit., pag. 182.

no, "la subsumición de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa -- es: el encuadramiento o la subsumición del hecho en la figura legal". [243] Por subsumición, debemos entender, "la operación mental que realiza el -- juzgador en el momento del juicio, por la cual enfoca las cuestiones de -- hecho probadas en el proceso, con la hipótesis abstracta y genérica es-- tablecida en la ley sustantiva". [244]

El párrafo tercero del artículo 14 constitucional, nos dice: "En -- los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple ana-- logía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por -- una ley exactamente aplicable al delito de que se trata". [245] La docu-- mentación anterior, nos permite determinar que no existe delito sin tipicidad; al emplear el término exactamente, podemos concluir que cuando un acto -- u omisión no contiene todos y cada uno de los elementos (objetivos, sub-- jetivos y normativos), que el legislador plasmó en la Ley Sustantiva Pe-- nal, o en otros ordenamientos, no existirá delito. Si se nos permite una metáfora para tratar de ejemplificar lo anterior, diríamos que el tipo es como un guante que al colocarse en una determinada mano, debe quedar per-- fectamente ajustado a ella, por lo menos si consideramos que la mano es el caso concreto, o la actividad desplegada por el agente. Otro ejemplo-- práctico podría ser, una pieza de computadora que debe encajarse per-- fectamente al resto de las piezas y como sabemos no es posible colocarla

[243] Pablo Vasconcelos, Francisco, *Op. Cit.*, pag. 161.

[244] Díaz de León, Marco Antonio, "Diccionario de Derecho Penal Pe-- nal". *Op. Cit.*, T-II, pag. 2135.

[245] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 29ª Edición, Ed. Porrúa, S.A. México, 1990.

en sído diversa al que le corresponde.

3) Diferencia entre tipo, tipicidad y escape del delito.

Para establecer la diferencia entre los conceptos "tipo", "tipicidad" y "escape del delito", en principio anotaremos la opinión de un dogmático del derecho en la que se refleja dicha diferencia. "Los elementos penales siempre describen figuras de delito, los cuales tienen únicamente un valor hipotético, ya que para que nazca el delito propiamente dicho es necesario que una persona física realice una conducta que sea susceptible en alguna de ellas. Al realizarse en el mundo exterior una de dichas conductas, se ha integrado, tanto en el tiempo como en el espacio históricamente la hipótesis y se ha consumado la definición legal. Es decir, ha surgido el escape del delito". [146]

De lo expuesto hasta aquí, podemos concluir que el "tipo", es la descripción de una conducta considerada por el legislador como delictiva, es decir, se encuentra prevista independientemente de que el sujeto la realice o no; el tipo es objetivo.

La "tipicidad" se presenta cuando el sujeto realiza la conducta, en la forma, términos y condiciones en que ha sido descrita por el legislador; se caracteriza principalmente por el dinamismo que se impone en --

[146] Arzúa Bn., Fernando. Ob. Cit., pag. 78.

acción del agente que la realiza.

En tanto que el "cuerpo del delito", son todos aquellos elementos - que somete el órgano jurisdiccional para que proceda a actualizar la hipótesis prevista por la ley al caso concreto, o sea la aplicación de la sanción prevista. Entran en juego en el cuerpo del delito, tanto los elementos objetivos, es decir, el resultado producido; el elemento subjetivo, o sea la voluntad o dolo con que ha sido cometido el hecho; - como el elemento normativo, lo que describe el precepto violado.

Vamos llegando al análisis de una serie de conceptos básicos para el Detenido Pretrial Penal. Mencionamos también que el "cuerpo del delito", - es un requisito para que el órgano jurisdiccional actualice la hipótesis prevista; por medio del cuerpo del delito, el juez conoce las condiciones y circunstancias en que el acto delictivo fue realizado. Por lo que ahora veremos la forma en que se integra y se completa el cuerpo del delito.

c. COMO SE INTEGRA Y SE COMPLETA EL CUERPO DEL DELITO.

Este análisis de acuerdo con la consideración de Collin Sánchez, es confundido con cierta frecuencia en la práctica, por ello, analizamos en

el presente estudio de estas pteramente identificadas.

Nos referiremos en primer lugar a la integración del cuerpo del -- delito; entendemos el concepto integrar como la unida de varias partes en un todo; la actividad integradora del delito, se encuentra en principio a cargo del Ministerio Público, durante las diligencias de averiguación previa, así como la desgracia del artículo 14 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y el 123 y 121 del Código -- general.

Si el agente del Ministerio Público o el de la Policía Judicial, -- encuentran vestigios o pruebas materiales de la perpetración del delito, de ser posible los recogidos, consignados así en el acta que de la diligencia devienen.^[247]

Por lo que se refiere a la comprobación del cuerpo del delito, en principio consideramos que comprobar significa coexistir una cosa con otra. Pero precisamente debemos entender por comprobación, los actos que el -- juez realiza tendientes a constatar o probar, el dicho de las partes, es decir, adquirir la certeza de los hechos vertidos.^[248]

La comprobación del cuerpo del delito, cuando de requisitos proc-

[247] Colla Sánchez, Guillermo. Ob. Cit., pag. 293.

[248] Diaz de León, Marco Antonio, "Diccionario de Derecho Procesal Penal", Ob. Cit., T-1, pag. 426.

cast, es un imperativo constitucional para dictar el auto de formal prisión. Comprobar el cuerpo del delito, es una actividad racional desarrollada por el juez o quien se ha sido conignado la averiguación previa, y cuya finalidad consiste en determinar si el hecho cometido por el agente, se adecúa a la hipótesis que señala la disposición penal. [249] Esta actividad la sigue el juez al acordar correctamente el auto u omisión realizada por el sujeto activo, en el tipo legal que le corresponde; verificando las pruebas obtenidas dentro del plazo constitucional en el que deberá emitir su resolución. [250]

Durante la instrucción examina el juez las diligencias, tanto aquellas que le son remitidas dentro de la averiguación previa, como las diligencias que el propio juez haya ordenado practicar dentro del plazo -- constitucional de setenta y dos horas. Del conjunto que haga, de las pruebas que examine y de los hechos que se consideren, el juez dará o no por comprobado el cuerpo del delito.

Aunque también durante el período del juicio, existe otro momento -- procedimental en el que el juez realizará la comprobación del cuerpo del delito.

Las leyes procesales, para la comprobación del cuerpo del delito, -

[249] Collin Sánchez, Guillermo. Ob. Cit., pag. 293.,

[250] González Bustamante, Juan José. Ob. Cit., pag. 165.

han señalado dos diferentes tipos de reglas. La primera de ellas, es la regla general, y que consiste en que, "el campo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictivo, según los términos de la ley penal"⁽¹⁵¹⁾ como lo señala el artículo 184 del Código General. La segunda de las reglas, es la especial, o específicas, y que señala los elementos necesarios para la comprobación de ciertos delitos; -- como lo podemos corroborar en los artículos 189 a 179 del Código General que establecen, reglas para la comprobación del cuerpo del delito, en delitos tales como: lesiones externas e internas; homicidio; aborto e infanticidio; robo; delitos contra la salud; secuestro; abuso de confianza; fraude; posesión de drogas; ataques a las vías de comunicación, que en adelante en este trabajo daremos que resultaría muy extenso, más de que son indistinguibles con sólo dar lectura a los artículos de referencia.

Los artículos 184 de la Ley Orgánica para el Distrito Federal, y el 180 del Código General adjetivo, para la comprobación del cuerpo del delito otorgan al juez la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estime convenientes, según su criterio, aunque no sean de los que señala la ley, siempre que no sean contrarios a derecho. Corrobora lo antes mencionado jurisprudencia de la Suprema Corte de Justi-

(151) Código Federal de Procedimientos Penales. 40ª Edición. Ed. Porrúa, S.A. México, 1989.

ción de la Nación:

"CUERPO DEL DELITO. AMPLITUD DE LA PRUEBA. — El juez natural goza en principio de las más amplias facultades para la comprobación del delito, aún cuando se trate de los medios experimentalmente señalados por la ley, con tal de que los aprehensos se impugnen con la propia ley, con la moral y con las buenas costumbres. (Sentencia Suprema, Segunda Parte: Volúmenes III, página 17, A.O. 4,155/56. — Elpidio Salvador Santiago — Unidad — 4 veces". [152])

Podemos concluir mencionando que del "conjunto de elementos probatorios que se hayan logrado acumular durante la investigación previa, deponiendo que el cuerpo del delito resulte comprobado". [153]

Hemos mencionado hasta ahora, todos aquellos conceptos, actividades y requisitos que debe tener presente el órgano jurisdiccional para encontrar en la posibilidad de decidir lo que hará al respecto la situación jurídica que se le ha sido planteada. Situación que analizaremos en el próximo inciso.

[152] Díaz de León, Marco Antonio, "Código Federal de Procedimientos Penales — Comentado". Ob. Cit., pag. 174.

[153] Cedeñat Sánchez, Guillermo. Ob. Cit., pag. 173.

**d. LAS RESOLUCIONES QUE PUEDEN DICTARSE DENTRO
DEL PLAZO CONSTITUCIONAL DE SETENTA Y DOS HORAS.**

Por imperativo constitucional del artículo 19, el órgano jurisdiccional no puede prolongar la detención de un presunto responsable, más allá del plazo que en dicho precepto se señala; como se desprende de la transcripción siguiente: "Ninguna detención podrá exceder del término de tres días sin que se justifique con auto de formal prisión..." [154]

De ahí surge la obligación que tiene el juez de resolver la situación jurídica del acusado; esto quiere decir, que dentro del plazo de tres días, o sea, dentro de las setenta y dos horas siguientes al momento en que el presunto responsable ha sido consignado por el Ministerio Público; se debe determinar si la persona queda detenida, y si esto es así, lo justificará por medio de un auto de formal prisión.

Las resoluciones que puede dictar el órgano jurisdiccional, previo al análisis de las pruebas que surge en ese momento en su poder, son: - -
1) Auto de Formal Prisión; 2) Auto de Formal Prisión con sujeción a proceso; 3) Auto de Libertad por falta de elementos para procesar, también conocido como Auto de Libertad por falta de méritos; y 4) Auto de Libertad Absoluta o Sobresacimiento.

[154] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 89ª Edición. Ed. Porrúa, S.A. México, 1990.

Dado que cada una de las resoluciones mencionadas merece especial atención, continuaremos en el presente capítulo dedicando un inciso a cada una de ellas.

e. EL AUTO DE FORMAL PRISION.

Como segundo deber fundamental del órgano jurisdiccional, encontramos la obligación que éste tiene de asegurar la libertad que le ha sido planteada, ya que sólo puede privar de su libertad al inculcado por un tiempo determinado, que es el indispensable, para que el juez haga el estudio y valoración de las pruebas, hasta sus momento recogidas, situación que le permitirá decidir si el inculcado queda formalmente preso o es puesto en libertad.

Díaz de León al referirse al auto de formal prisión, considera que el mismo es representativo del respeto que el poder público, debe guardar frente al gobernado, dado que su existencia constituye un impedimento para que un individuo sea sometido a proceso indefinitamente.^[155]

El Instituto de Investigaciones Jurídicas, define el auto de formal prisión, como: "la resolución dictada por el órgano jurisdiccional, durante el curso del proceso penal, en cuya virtud se fija la obligación

[155] Díaz de León, Marco Antonio. "Diccionario de Derecho Procesal Penal". Ob. Cít., T-1, pag. 198.

legal de un hecho consignado por la acusación y se atribuye a un sujeto, previamente señalado por éste, la responsabilidad penal correspondiente, con todas las precisiones y en grado de posibilidad. Al mismo tiempo, y eventualmente, se ordena la privación de la libertad del presunto responsable a título de medida cautelar". [256]

Por su parte Celis Sánchez define éste auto como: "la resolución -- pronunciada por el juez, para resolver la situación jurídica del proceso de él veraz en el término constitucional de veintidós y dos horas, y por tanto comprobados los elementos integrantes del cuerpo de un delito que merezca pena corporal y los datos suficientes para presumir la responsabilidad; siempre y cuando no está probada a favor del procesado una causa de justificación, o que extinga la acción penal, para así determinar el delito o delitos por los que ha de seguirse el proceso". [257]

Otra definición doctrinaria del auto de formal prisión, la encontramos en la obra de García Ramírez, para quien: "es la resolución dictada dentro de las veintidós y dos horas de que el imputado queda a disposición del juzgador, en que se fijan los hechos materia del proceso, estimándose acreditado plenamente el cuerpo del delito, y establecida la probable responsabilidad del imputado". [258]

[256] Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ob. Cít., T-1, pag. 331.

[257] Celis Sánchez, Guillermo, Ob. Cít., pag. 300.

[258] García Ramírez, Sergio, Ob. Cít., pag. 427.

Los antecedentes del uso de *juicio preclusivo*, los encontramos en la Constitución de Cádiz de 1812. Pasando de ahí a la Quinta Ley Constitucional; por lo que hace al término "*juicio*", al parecer ha sido empleado para distinguir los procesos *juiciosales*, que requieren una tramitación especial y más prolongada que depende de la gravedad del delito y de la complejidad del asunto; de aquellos que debido a la índole del delito, tratado, requieren una tramitación más rápida, y a los que se los conoce como procesos sumarios o *sumariosales*. Al parecer después el término "*juicio*", se generalizó para todo tipo de procesos. [139]

La resolución que nos ocupa, tiene jerarquía constitucional, además de estar también contemplada en los leyes procesales vigentes. De ahí -- la significación e importancia que tiene dentro del proceso penal.

Transcribiremos a continuación el precepto constitucional que lo exige: "Ninguna detención podrá ser por el término de tres días, sin que se justifique con un auto de *juicio preclusivo*, en el que se exprese: el delito que se le impute al acusado; los elementos que constituyen -- *aquel*; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que surgen de la investigación previa, los que deben ser suficientes para comprobar el *ocurso del delito* y hacer probable la responsabilidad del acusado. La -- *injunción* a esta disposición hace responsable a la autoridad que ordena

[139] González Saracoste, Juan José. Ob. Cit., pag. 182 y 183.

la detención, o la comparecencia, y a los agentes, oficiales o carceleros que la ejecuten". (260)

El artículo arriba transcrito, en relación con el 18 de la ley fundamental del país, que a la letra dice: "Solo por delitos que merecen pena corporal habrá lugar a prisión preventiva..."; (261) nos permiten determinar los requisitos de fondo necesarios para que se dicke auto de formal prisión, los que son: a) la comisión de un delito que merezca pena corporal; b) la comprobación plena del cuerpo del delito; y, c) la prueba de responsabilidad del inculcado. Al quedar satisfechos estos requisitos, podrá dictarse la resolución que estamos comentando.

La comprobación de los requisitos de fondo y forma que deberá contener el auto de formal prisión, así como la votación y análisis de las pruebas obtenidas, es actividad exclusiva del juez; además en la resolución mencionada, deberá expresarse los motivos o razonamientos legales que tuvo el órgano jurisdiccional para dictarla. (262)

Al decidir el juez que los datos aportados son suficientes para decretar la prisión del inculcado, la situación jurídica del detenido cambia, y se comienza su proceso.

(260) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 8ª Edición Ed. Porrúa, S.A., México, 1970.

(261) Ídem.

(262) González Bustamante, Juan José. Op. Cit., pag. 184.

Por lo que hace a los requisitos de forma del auto de formal prisión, los encontramos determinados en el artículo 197 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; mismo que a continuación transcribimos: "Todo auto de formal prisión deberá reunir los siguientes requisitos: I. La fecha y la hora exacta en que se dicta; II. La expresión del delito imputado al uso por el Ministerio Público; III. El delito o delitos por los que deberá seguirse el proceso y la comprobación de sus elementos; IV. La expresión del lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y demás datos que sirvan de averiguación previa, que serán bastantes para tener por comprobado el cuerpo del delito. V. Todos los datos que sirvan de averiguación, que hagan probable la responsabilidad del acusado, y VI. Los nombres del juez que dicta la determinación y del secretario que la autoriza". [183]

En tanto que en la Ley adjetiva general, en su artículo 161 se señalan los siguientes requisitos: "Dentro de las veinticuatro y dos horas siguientes al momento en que el inculcado quede a disposición del juez, se dictará el auto de formal prisión cuando de lo actuado aparecieren acreditados los siguientes requisitos: I. Que se haya tomado declaración preceptiva al inculcado, en la forma y con los requisitos que establece el artículo anterior, o bien que conste en el expediente que aquél se ha declarado; II. Que esté comprobado el cuerpo del delito que impe-

[183] Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal 40ª Edición. Ed. Porrúa, S.A. México, 1949.

estafado cuando privativa de libertad; III. Que en relación a la garantía anterior, está demostrada la presunta responsabilidad del acusado; y IV. Que no está plenamente comprobada a favor del inculcado, alguna circunstancia relevante de responsabilidad o que extinga la acción penal...". (124)

De ahí la concordancia que tiene la resolución a comento, ya que una vez determinado el delito por el que se seguirá proceso al inculcado, esta determinación no puede variarse; pero de hecho se establece violando una garantía constitucional, al recordarse el segundo párrafo del artículo 19 de la Constitución, que a la letra dice: "Todo proceso se seguirá únicamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión. Si en la secuela de un proceso apareciera que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de un proceso separado, sin perjuicio de que después podrá detectarse la autoría, si fuere concluyente". (125)

Este auto puede ser impugnado mediante recurso de apelación en forma devolutiva, o por amparo indirecto, por ello se requiere que sea notificado personalmente al inculcado, o su defensor, al Ministerio Público, y al alcalde o jefe del establecimiento en el que se encuentra el detenido. El no cumplimiento del plano constitucional dentro del que dice --

(124) Código Federal de Procedimientos Penales. 4ª Edición, Ed. Porrúa, S.A. México, 1989.

(125) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 3ª Edición, Ed. Porrúa, S.A. México, 1990.

ser dictado el auto de formal prisión, y por ende el primer de su libertad al presente responsable por un plazo mayor a éste con responsabilidad para los directores y encargados de las cárceles. Además ha de notar los directores y encargados antes mencionados esta anomalía al juzgado correspondiente, debiendo dejar al detenido en libertad, si pasadas tres horas del plazo de setenta y dos horas no se cubren la falta de la referencia.

Los efectos jurídicos del auto de formal prisión son: el inicio efectivo del proceso, atribuyendo el ómnibus de la jurisdicción VII del artículo 10 constitucional; el castigo al delito por el cual debe seguirse el proceso; el justifica la prisión preventiva del sujeto; el suspende las prerrogativas que el artículo 33 de la Constitución concede al ciudadano; - el justifica el cumplimiento del órgano jurisdiccional de resolver la cuestión jurídica del inculcado en el plazo señalado.

En opinión de Rivera Silva, el auto de formal prisión dictado por los jueces penales, consta generalmente de "cinco puntos resolutivos: -- 1. La orden de que se detenga la formal prisión, especificándose contra quién y por qué delito; 2. Orden de que se identifique por los medios legales al procesado; 3. Orden de que se solicite informes de antecedentes; 4. Orden de que se expidan las boletines y copias de féy; 5. La

orden de que se notifique la resolución al procesado, haciéndole saber el derecho que tiene para apelar". (266)

El órgano jurisdiccional al momento de dictar auto de formal prisión, cuenta con los siguientes elementos: una descripción de la conducta e hecho, que le es consignado por el Ministerio Público, por medio del expediente, dentro del que encuentra elementos para comprobar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad que el órgano acusatorio imputa al imputado; esta imputación puede ser variada por el juez de la causa, previo trámite que realice de las diligencias de investigación previa, así como del resultado de las pruebas que el propio órgano jurisdiccional se allegue.

El juez deberá encontrar el hecho al tipo legal que contempla la Ley Sustantiva Penal o algún otro ordenamiento. Al hacer este reconocimiento estará clasificando los hechos al tipo, pudiendo éste, como ya se dijo, ser diverso del consignado por el Ministerio Público. Conviene señalar que al clasificar los hechos, debe incluir en ellos las circunstancias agravantes o atenuantes que se desprendan de la conducta e hecho realinada.

"La fijación del delito o delitos por los que debe seguir al pro-

(266) Rivera Silva, Manuel. Ob. Cit., pgs. 145 y 146.

caso, tiene una importancia capital en el procedimiento, porque constituye una prohibición terminante para que por ningún otro motivo puedan variarse los hechos que han sido objeto del veredicto en el auto de formal prisión". [267]

En resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, enunció como el siguiente criterio:

"CLASIFICACIÓN DEL DELITO. ACUSACIÓN. — El Ministerio Público, al ejercitar la acción penal, designa — "hechos" a la autoridad judicial y a ésta corresponde, al tenor del auto de formal prisión, hacer la clasificación del delito sobre el cual versará el proceso, no pudiendo variarse dicha clasificación en la sentencia, salvo que el Ministerio Público lo haga — así al formular conclusiones, siempre y cuando los hechos que se estimen comprobados en la misma figura sean los mismos de los que se ocupó en causa. I Santa-Epoca, Segunda Parte: Vol. XIX, pág. 78 A.P. 1914/57-Ronda México de Law. Unanimidad de 4 votos". [268]

Sólo nos queda resaltar que son "hechos" presuntamente delictivos, sobre los que gira todo la consignación que el Ministerio Público, ejerce frente al órgano jurisdiccional, así como los que sirven para que el juez dicte el auto de formal prisión, y sobre hechos no pueden variarse, dato que se también sobre ellos, sobre los que el presunto responsable emitió su declaración preparatoria.

[267] González Bustamante, Juan José. Ob. Cit., pag. 191.

[268] "Sentencia Judicial de la Federación". Segunda Parte. Compilación 1917-1935. Jurisprudencia 90. págs. 207 y 202.

A través del desarrollo de este inciso tratamos de poner de relieve, la gran importancia que tiene la resolución cometida. Para los propósitos de la presente tesis tiene también, primordial importancia, porque en ella se lleva a cabo la calificación del delito, y por ende la calificación de las circunstancias acentuadas al cometer el delito, y por las que se aplica una sanción agravada o superior.

Si al consignar el delito, el Ministerio Público, lo hace por un delito determinado, pero se presenta el órgano jurisdiccional, que es diligente al consignarlo, nos encontraremos precisamente frente a la hipótesis que origina el presente tema de estudio, y que abordaremos en el capítulo siguiente.

Por ahora continuaremos mencionando en qué consisten las demás resoluciones que podrá dictar el juez, durante el plazo constitucional de setenta y dos horas.

g. EL AUTO DE FORMAL PRISION CON SELECCION A PROCESO.

Es esta una resolución que podrá dictar el órgano jurisdiccional, dentro del plazo constitucional de setenta y dos horas. Para dictarla, el juez debe verificar que el delito cometido no de correspondiente sanción

que merezca pena corporal; el delito por el que ha sido consignado el --
inculpado deberá estar sancionado con pena no privativa de libertad; e --
con pena alternativa.

Se estima en este caso que existen bases para iniciar el proceso, --
por estas comprobadas los requisitos señalados en el artículo 19 consti-
tucional: se dice, que el tiempo del delito se haya comprobado afirmativa-
te y la responsabilidad del inculcado se haya hecho probable.

En fundamento constitucional, lo encontramos en el artículo 14. Se-
ñalando en su texto, para establecer el delito o delitos por los que el --
proceso ha de seguirse.

Por lo que hace a los requisitos de fondo y de forma, son los mis-
mos que contiene el auto de formal prisión, y que han sido señalados ya
en el anterior inciso. Sus efectos también son los mismos, excepto el --
relativo a la prisión preventiva, ya que el acusado responsable, queda
obligado definitivamente a comparecer ante el juez, cuando así lo deter-
mine esta autoridad. [299]

El fundamento objetivo de esta resolución, lo encontramos en el ar-
tículo 147 del Código Federal de Procedimientos Penales, así como en el
201 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. En --

[299] González Bustamante, Juan José. Ob. Cít., pag. 124.

caso de que el imputado se encuentre detenido, de dictarse auto de formal prisión con sujeción a proceso, deberá ordenarse de inmediato que se le ponga en libertad.

g. EL AUTO DE LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR.

A este procedimiento se le conoce también con el nombre de auto de libertad por falta de méritos. Es dictado por el juez dentro de las veinticuatro y dos horas siguientes a la vez que se fue consignado el caso, cuando no se encuentran reunidos los requisitos del artículo 19 constitucional; es decir, cuando no se ha comprobado plenamente la existencia del supuesto del delito, ni la responsabilidad probable del consignado; o cuando habiéndose comprobado el supuesto del delito, no existe responsabilidad del imputado en la ejecución de los hechos.⁽¹⁷⁰⁾

Se agota cuando se devolva al imputado en el goce de su libertad, aunque este agote se concluye el proceso de manera definitiva, ya que se aportaron nuevos elementos de prueba por el Ministerio Público, - nuevamente se procedió en contra del supuesto agente, ordenando que se le capture y otra vez se le prive de su libertad. Se dice que la libertad que concede este auto es "con las reservas de ley".⁽¹⁷¹⁾

(170) Celdín Sánchez, Guillermo. *Ob. Cit.*, pag. 305.

(171) García Ramírez, Sergio. *Ob. Cit.*, pag. 435.

opina un representante del derecho, en relación a la libertad con- las costumbres de ley: "Tal proceder es indebido, porque si ya se han - agotado las pruebas que sirven para resolver la situación jurídica, - lo procedente es decretar la libertad absoluta". [272]

El fundamento legal de esta resolución, lo encontramos en el artículo 167 de la Ley orgánica judicial, y en el 382 del Código de Procedimien- tos Penales para el Distrito Federal. Este último ordenamiento, contiene en su artículo 383, una disposición por la que cuando el auto se dicte - por emisión del agente del Ministerio Público, o de la Policía Judi- cial, el juez expresará en esta determinación cuáles fueron las motiva- ciones en que fundamentó los cuestionamientos mencionados, para que se les asu- ja la responsabilidad en que hubieran incurrido.

Respecto de esta regla de responsabilización, opina un doctrinario: "Esta disposición es de poco uso en los tribunales penales y sería de - desearse que se aplicase a los funcionarios encargados del levantamiento de las actas iniciales en aquellos casos en que, por su descuido, han de- jado de recogerse elementos probatorios valiosos para la marcha de la - investigación". [273]

Coincidimos con la opinión de este doctrinario porque los funciona-

[272] Celso Siles, *Doctrina*. Ob. Cit., pag. 305.

[273] González Roa, *Doctrina*, Juan José. Ob. Cit., pag. 178.

ales que practican las diligencias de averiguación previa piden de vía de, que al estar ejecutando dichas diligencias tienen en juego la libertad de los presentes responsables, y el exceso de trabajo en sus días - opinión no puede ser justificante para cometer "descaídas o omisiones", - en los que la consecuencia es: condenación a un inculcado, o declaración de su culpable. De todos es conocido además que las autoridades que intervienen en estas diligencias no pocas veces abusan del poder que su cargo les confiere, actuando en ocasiones fuera de los lineamientos legales -- que debieron proteger prioritariamente. Sería deseable además que este precepto de responsabilización de los funcionarios que intervienen en el desenvolvimiento de las diligencias de averiguación previa; fuese contemplado también por el Código Federal de Procedimientos Penales.

H. AUTO DE LIBERTAD ABSOLUTA O SOBRESEIMIENTO.

El término sobreseimiento, es una expresión derivada del latín Supersedeat ca, que significa cesar; aplicado al ámbito jurídico, equivale a confidencialmente el proceso, con independencia del estado en que se se encuentre, por no poderse continuar. [174]

El sobreseimiento, puede ser decretado en cualquier estado del proceso; aunque generalmente, se ejecuta durante el período de inactua-

[174] González Bustamante, Juan José. *Op. Cit.*, pag. 195.

ción. [275]

El sobreseimiento, constituya una "situación procesal intermedia", o "estado anormal del proceso"; se manifiesta dentro del proceso penal, cuando existen algunas causas, tales como la muerte del imputado, la amnistía, etc., y que impiden que el proceso llegue a su fin, o lo lleven a que concluya prematuramente, pudiendo ser éste conclusivo provisional o definitivo. [276]

El sobreseimiento no es ni una resolución judicial, aunque eventualmente, se decreta por medio de ella; en opinión de Díaz de León, se resuelve la causa con el título, y lo expone en los siguientes términos: "Obviamente, habida de ser resuelta por el juez de una resolución de sobreseimiento, pero sin que se resuelva la causa (termina proceso) con su efecto (acto de sobreseimiento)". [277]

En tanto subsista el sobreseimiento, existe imposibilidad legal, para la práctica de nuevas diligencias, se decreta, no podrá continuarse actuando; impide también que se promueva la instancia correspondiente; y algo muy importante, esta resolución tiene la misma fuerza de una sentencia absolutoria. [278]

[275] González Barón, Juan José. Ob. Cit., pag. 227.

[276] Díaz de León, Marco Antonio. "Diccionario de Derecho Procesal Penal", Ob. Cit., T-II, pag. 2133 y 2134.

[277] Díaz de León, Marco Antonio. "Código Federal de Procedimientos Penales - Comentado", Ob. Cit., pag. 323.

[278] Díaz de León, Marco Antonio. "Diccionario de Derecho Procesal Penal", Ob. Cit., T-II, pag. 2133.

Ahora bien, cuando dentro del plazo constitucional el juez dicta --
 auto de libertad absoluta o sobreseimiento, es porque se presenta alguna
 de las circunstancias siguientes: Si durante el proceso aprehensivo --
 que los elementos que se tuvieron en cuenta para conseguir, o bien para
 resolver el auto de formal prisión o el auto de sujeción a proceso, no --
 son suficientes para demostrar la existencia del cuerpo del delito de --
 acuerdo con lo prescrito por la fracción II del artículo 799 del Código
 Federal de Procedimientos Penales; mismo que nos remite al artículo --
 134 del mismo ordenamiento, señalando que "El Ministerio Público promueve
 al sobreseimiento y la libertad absoluta del imputado, cuando durante
 el proceso aparece que la conducta o los hechos no son constitutivos
 de delito; conforme a la descripción típica contenida en la ley penal; --
 que el imputado no tuvo participación en el delito que se persigue; --
 que la prescripción positiva está legalmente extinguida, o que existe en --
 favor del imputado una causa excluyente de responsabilidad". [279]

Para que el sobreseimiento prospere, se hace necesario cumplir las --
 siguientes requisitos: "a) que el representante social federal, en virtud
 del Ministerio Público, pruebe que no existe cuerpo del delito, y el que
 el Procurador General de la República confirme la petición de sobreseimiento,
 de acuerdo al procedimiento establecido en los artículos 294 y --
 295". [280]

[279] Código Federal de Procedimientos Penales, 49ª Edición, Ed. Porrúa,
 S.A., México, 1989.

[280] Sáez de León, Marco Antonio. "Código Federal de Procedimientos Pe-
 nales -- Comentado". Ob. Cit., pag. 526.

Dichado el mito de libertad absoluta o sobreabundante, ya no será posible volver a ejercer acción penal por el mismo delito del sujeto derivado del delito, porque existe el aspecto prohibición constitucional del artículo 21 en los términos siguientes: "nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que de él padezca o se le acuse", [281]

[281] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 89ª Edición. Ed. Porrúa, S.A. México, 1990.

CAPÍTULO V.

LA CALIFICACIÓN DEL DELITO.

- a. *La calificación del delito y su importancia.*
- b. *La calificación del delito y el tipo de formal prisión.*
- c. *Existencia del dolo cuando se refiere a la calificación del delito.*

CAPÍTULO V.

LA CALIFICACIÓN DEL DELITO.

En este último capítulo diremos en que se hace consistir la calificación del delito, cuál es su importancia en relación con la ciencia penal. Hacemos mención también a la influencia que la calificación del delito tiene en el acto de juzgar penalmente; y para finalizar, indicaremos una breve referencia sobre el derecho comparado, para así concluir con la presente tesis.

a. LA CALIFICACIÓN DEL DELITO Y SU IMPORTANCIA.

Para hablar de la importancia que tiene la calificación del delito, en principio es conveniente señalar, que para el Derecho Penal, la calificación de un delito, es aquella circunstancia prevista expresamente -- por la ley, que agrava la comisión del delito, mismo que al realizarse -- por el agente, origina que la sanción que el órgano jurisdiccional le -- aplica, sea más severa. [182]

[182] Díaz de León, Marco Antonio. "Doxicometría de Derecho Penal", Ob. Cit., I-I, pag. 399.

La doctrina ha señalado que el tipo, se divide en 1. Tipos básicos, y, por ellos sancionados a aquellos delitos que son independientes, de otra; que no se derivan de ningún otro; y, 2. Tipos especiales, a los que subsiste un privilegio, o agravado; siendo desde de los tipos especiales agravados, se derivan acostumbramos los delitos de los que son especiales, y que se caracterizan por agregar otros requisitos al tipo básico, este requisito consiste en una circunstancia agravada del delito. [243]

El Instituto de Investigaciones Jurídicas, de la siguiente definición se refiere a la configuración del delito, entendiendo como: "aquellas situaciones que, previstas en la ley penal y sancionadas por la doctrina bajo la denominación de "conductas típicas configurativas" o "circunstancias agravadas", suponen un incremento de la punibilidad prevista -- por el legislador, generando, por lo mismo, nuevos tipos delictivos que resulten con más agravados que los tipos básicos". [244]

Indudablemente es que la sanción sea agravada, se debe a que el hecho de privar de la vida a un ser humano en forma violenta, implica una realidad de desgracia a la vida de aquél, a quien se le debe mayor consideración en función del vínculo tan estrecho que guarda, víctima y - - victimario. [245]

[243] Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ob. Cit., T-11, pag. 23.

[244] Idem, T-11, pag. 23

[245] Idem, T-11, pag. 24.

Los artículos 313 a 319 del Código Penal para el Distrito Federal - en materia de Justo común, y para toda la República en materia de Justo-judicial, contemplan estas circunstancias agravantes; mismas que en tanto al homicidio y las lesiones con: 1. La premeditación; 2. La ventaja; - - 3. La alevosía; y, 4. La torpeza; las que en opinión de Díaz de León, - se basan en un elemento psicológico común, que es la voluntad. [1366]

Para que un hecho se considere calificado, no es necesario que se - asuman varias calificaciones, basta con la existencia de una sola de - - ellas. Los medios de ejecución del delito, así como la torpeza del agente, determinan que un hecho se tenga por calificado; las circunstancias - - agravantes, deban comprobarse plenamente dentro del proceso. [1367]

Haciéndonos a continuación de manera breve, en que consiste cada- - una de las calificaciones antes citadas:

1. Premeditación, Gramaticalmente esta palabra se compone del sus- - tantivo meditación, "que indica juicio, análisis mental en que se pesan - y miden los diversos aspectos, modalidades o consecuencias de un propó- - sito o idea, y del prefijo pre, indicador de anterioridad, o sea, que la - meditación sea previa". [1368]

[1366] Díaz de León, Marco Antonio. "Diccionario de Derecho Procesal Pen- - al". Ob. C.C., F-II, pag. 1355.

[1367] Carrasco y Tejedor, Raúl y Carrasco y Rivero, Raúl. "Código Penal- - Andado", Ed. Porrúa, S.A. México, 1971, pag. 755.

[1368] González de la Vega, Francisco. "El Código Penal Comentado", Ed. - Porrúa, S.A. México, 1983, pag. 419.

Ahora bien, aplicado al ámbito del Derecho Penal, la premeditación es una calificación del delito, definido en el artículo 115 del Código Penal, en los siguientes términos: "Hay premeditación siempre que el --
 sea causo intencionalmente una lesión, después de haber reflexionado sobre ella". [217]

La premeditación se caracteriza porque el sujeto activo, tras haber de manera previa, y sustentando en su mente, la realización de un hecho delictivo; existe entre la comisión del acto y la formación de la --
 imagen mental del agente un espacio de tiempo que puede ser más o menos largo. La premeditación por tanto descarta el elemento pasional o espontáneo producto de las circunstancias, dado que el sujeto ya tuvo la oportunidad de reflexionar o tomar conciencia del resultado que de esta obtenga; es decir, asesinar o matar a su víctima.

En el párrafo tercero del artículo 114 del Código Penal, se señalan como supuestos en los que presuntivamente existe premeditación, en los siguientes términos: "Cuando las lesiones o el homicidio se cometan por --
 intimidación, incendio, mina, bomba o explosivos; por medio de veneno o cualquier otra sustancia nociva a la salud, contagio venéreo, agitación o escarmento o por atribución dada o prometida; por tormento, motivos de --
 venganza o brutal ferocidad". [218]

[217] Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal. 4ª Edición, -
 Ed. Porrúa, S.A. México. 1988.

[218] Idem.

En opinión de un doctrinario, para que se considere que en los supuestos antes mencionados agredió la premeditación, es necesario que las medidas adoptadas por el sujeto activo, se hayan producido de esa manera por él, y que el hecho delictivo sea producto de esa premeditación, y de la voluntad del agente de ejecutárselo en ese forma. [191]

Transcribimos la siguiente tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, referenciada con la calificación que estamos considerando:

"PREMEDITACION CALIFICATIVA DE. — Se configura por la concurrencia de un proceso reflexivo a través del cual el agente realiza sobre la perpetración del delito y las consecuencias del mismo, de modo que es en el ámbito de lo racional de donde se impulsa que conduce a la ejecución del ataque delictivo. Por lo tanto, aunque nunca entienda que en el momento hubo un principio de reflexión, si aparece que su decisión se generó simplemente a virtud de un proceso emocional, o sea que el impulso emocional se gestó en el ámbito de lo emotivo, desde no puede afirmarse mediante un proceso de reflexión o deliberación, se debe considerar que no hubo premeditación en sentido jurídico -- penal.

Punto 3194/1955. Cédula Cédula Madrid. Empleado el 25 de julio de 1956, por unanimidad de 3 votos. Ponente el Sr. Mena, Chávez S. Srío. Lic. Jorge Reyes-Tayabas. Va.

En. Sefn: Estrella 1956, pág. 490*.

[191]

f. Ventajas. Esos términos, aplicados a las acciones del hombre en ge-

[191] Carrasco y Tapia, Ruiz y Carrasco y Rivera, Ruiz. Ob. Cit., pag. 758.
 [192] Díaz de León, Marco Antonio. "Sistemático de Derecho Procesal Penal". - Ob. Cit., T-II, pag. 1364.

mental, sea de la idea de superioridad de cualquier clase, que una persona se sienta frente a otra, ya sea en forma absoluta o relativa. Este concepto al aplicarlo al dolo penal, es la circunstancia agravante del delito, producida porque el agresor se encuentra en superioridad frente a su víctima, pudiendo esta superioridad ser física, mental, por las armas, armamento empleado, o por la distancia que se posea, etc. [213]

Se incluye esta calificación en nuestra legislación, desde el código de 1871; y así parece no existir en otros países antecedentes de ella. En consideración de Miguel S. Macedo, sus orígenes y raíces se encuentran en la manifestación de hidalgos y caballerosidad que caracterizó a los españoles. [214]

Los doctrinarios al referirse a esta calificación, opinan; por una parte, González de la Vega, la considera inexistente, y en la mayoría de los casos — dice — coincide con la presencia de la situación. [215] Por otra parte, Díaz de León, al referirse a esta calificación, la considera como de género especial, y agrega, que nuestra legislación sustantiva penal, debiera suprimirla; dando en su lugar mayor entidad al artículo judicial en la apreciación de dicha circunstancia agravante. [216]

[213] Díaz de León, Marco Antonio, "Diccionario de Derecho Procesal Penal", Ob. Cít., I-II, pag. 2217.

[214] Idem, I-II, pag. 2217.

[215] González de la Vega, Francisco, Ob. Cít., pag. 413.

[216] Díaz de León, Marco Antonio, "Diccionario de Derecho Procesal Penal", Ob. Cít., I-II, pag. 2218.

El artículo 316 del Código Penal, se refiere a esta circunstancia-agravante en los términos siguientes: "Se entiende que hay ventaja: - I. Cuando el delictivamente es superior en fuerza física al ofendido y ésta no se halla armada; II. Cuando es superior por los armas que emplea, por su mayor destreza en el manejo de ellas o por el número de las que lo acompañan; III. Cuando éste se vale de algún medio que debilita la defensa del ofendido; y IV. Cuando éste se halla armado o caído y aquél sano o de pie. La ventaja no se tomará en consideración en los tres primeros casos, si el que la tiene obrara en defensa legítima, ni en el cuarto, si el que se hallaba armado o de pie fuera el ofendido, y además, -- hubiera corrido peligro su vida por no aprovechar esa circunstancia". [197]

Localizamos la siguiente resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la que se observa su punto de vista a este respecto:

"VENTAJA. CALIFICATIVA DE. — La calificación de ventaja, supone que el autor material es de menor fuerza física que el ofendido, porque si no, no sería lógico ni equitativo tomar en cuenta una circunstancia con el descomulgamiento de ella. Además de lo anterior, la ley penal establece que para que la ventaja sea tomada como calificativa, es necesario además que sea tal que el que hace uso de ella no corre riesgo alguno de ser herido por el ofendido.
Diciembre 1822/1959 Francisco Chávez. Resuelto el 9 de -

[197] Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal, 4ª Edición, - Ed. Porrúa, S.A. México, 1958.

agosto de 1958, por unanimidad de 4 votos. Ponente
el Sr. Mtro. González Escamada, Sr. Lic. René
González de la Vega.
1ª Sala. — Boletín 1958, pag. 549".

(298)

3. Alevosía. La palabra alevosía gramaticalmente significa, "causa-
la para asegurar la comisión de un delito contra las personas, sin atri-
bujo del delincuente, o implícita traición y perfidia, o a través de persona me-
diante de un medio insidioso". (299)

El artículo 318 del Código Penal, lo define, al señalar: "La alevosía
consiste en: sorprender intencionalmente a alguien de sorpresa, o -
empleando astucia u otro medio que no le da lugar a defenderse ni evi-
tar el mal que se le quiere hacer". (300)

Considera un destinatario que esta calificación se caracteriza, por
el modo insidioso de obrar del sujeto activo; así como por la premeditación
que éste se toma, porque al realizar la conducta delictiva, evita cual-
quier peligro que sea actividad normal, proveniente de la víctima al dejarse
donde se pudiera estar. Si se dice el caso de que el agresor cometea -
el ataque normal producto de la defensa de la víctima, esta calificación
quedaría excluida de la conducta. (301)

[298] Díaz de León, Marco Antonio. "Diccionario de Derecho Procesal Pen-
nal". Ob. Cít., T-II, pag. 2220.

[299] Idem, T-I, pag. 173.

[300] Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y
para toda la República en materia de fuero federal. 19ª Edición, 1
Ed. Ponce, S.A. México, 1988.

[301] Díaz de León, Marco Antonio. "Diccionario de Derecho Procesal Pen-
nal". Ob. Cít., T-I, pag. 173.

Por lo que hace a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, oída--
mos a continuación la siguiente jurisprudencia emitida sobre la aforsada:

"ALEVOSIA, CALIFICATIVA DE. — El artículo 319 del Código Penal del Distrito Federal, hace consistir a la aforsada en cometerla a alguien intencionalmente, de sorpresa, o empleando asechanza o otro medio que no le dé lugar a defenderse ni a quitarse el mal que se le quiere hacer, y de los caminos de -- ese precepto legal se desprende que no basta que el agente haya estado impedido para su defensa, sino que es necesario que el agente se haga por sí mismo intencionalmente víctima de las condiciones a que aquel precepto alude; es decir, se requiere el que de antemano haya meditado sobre el hecho y adoptado la resolución de obrar en esa forma, efectuando de sorpresa.

Quinta época: Tomo XLVI, pag. 1036. Torres García - Just.

Tomo XLVI, pag. 1097. Sánchez, Luis".

[302]

4. Traición. Esta calificación se deriva de la doctrina, se presenta cuando el agente obra con deslealtad o ingratitud y por ello constituye una forma más odiosa de la aforsada. [303]

Se encuentra señalada en el artículo 319 del Código Penal, que a la letra dice: "Se dice que obra a traición el que no solamente emplea aforsada, sino también la perfidia, violando la fe o seguridad que expresamente había prometido a su víctima o la fealdad que ésta debía permitirle

[302] Díaz de León, Marco Antonio, "Diccionario de Derecho Penal Penal", Ob. Cit., T-1, pag. 176.

[303] González de la Vega, Francisco, Ob. Cit., pag. 475.

a aquel por sus relaciones de parentesco, gratitud, amistad o cualquiera otra que implique confianza". [304]

Para que opere la distinción, en nuestra opinión entre víctima y victimario, debe existir un nexo de relación, por el cual el agredido, se sienta en cualquier grado a su respecto y seguro de no correr ningún peligro encontrándose a su lado.

Los seres humanos deseamos vivir en paz y armonía, y no concebimos -- nos es objeto de agresión por parte de nuestros semejantes, y que en esa vivencia con ellos se desarrolle en un marco de equidad y tranquilidad, en el que los derechos de cada uno se encuentran salvaguardados. -- Es justamente a través del derecho como logramos una situación de orden y regularidad. [305] La ciencia jurídica, a través aquellos bienes que la sociedad a través de su desarrollo histórico ha considerado -- prioritarios, talés como la vida y la integridad física de las personas, etc.

Las circunstancias agravantes a las que nos hemos estado refiriendo, afectan directamente contra el interés y la seguridad de la sociedad, porque como ya observamos, se común presentan un impedimento

[304] Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero gubernat. 4ª Edición. - Ed. Porrúa, S.A. México, 1988.

[305] Escobedo Siches, Inda. "Introducción al Estudio del Derecho". Ed. - Porrúa, S.A. México, 1970. pag. 53.

Dedicado en la intención del agente, de cometer el ilícito, en caso de infragere dato en forma justa y meditada, siendo justamente esta legítima -
 dinato el que legitima la imposición de sanciones más severas.

Opinamos que es de gran importancia la calificación del delito, ya que si se imputara la misma sanción a aquél que comete un delito imputándosele, que a quien lo comete con todo dolo; no solamente un principio general del derecho, es decir, se sería aplicación de sanción.

B. LA CALIFICACION DEL DELITO Y EL AUTO DE FORMAL PRISION.

Al hablar del auto de formal prisión, coincidimos en que tanto para la legislación, como en opinión de los especialistas del derecho, es -
 Esta una resolución de trascendencia capital.

Si hacemos una breve recapitulación de lo que hemos dicho hasta el momento, encontramos en primer lugar que cuando un sujeto realiza un acto delictivo, de este toma conocimiento la Policía Judicial o el Ministerio Público; a estos funcionarios, la ley les delega la facultad y el mismo tiempo la responsabilidad de practicar todas aquellas diligencias necesarias, tendientes a recabar mirativamente elementos, circunstancias, pruebas, objetos y demás situaciones que tengan relación con los -

hechos que están siendo objeto de un conocimiento, una vez realizada la notificación, el Ministerio Público, deberá decidir si a su juicio estos hechos son considerados delictivos; y de que ésta su consideración se hará del conocimiento del Jefe judicial por medio del acto procesal denominado consignación.

Es decir, el Ministerio Público, se convierte en parte acusadora dentro del proceso penal; en nuestro derecho se le considera al Jefe que monopoliza el ejercicio de la acción penal, esto equivale a decir, que el Ministerio Público, representa a la sociedad, y en esta posición hace saber al Jefe infracción al ejercicio, o sea, a la misma sociedad, y se presenta ante el Jefe, solicitando que el autor del delito sea sancionado. Consideramos que esto es así, porque el derecho pretende mostrar un ordenamiento de él que se ocupan las instancias de todos los miembros de la colectividad; para ello establece preceptos que contienen conductas que lesionan, bien o derechos que el legislador de antemano prevé, y que hace del conocimiento de todos, para que no se cometan nuevas.

Desde la antigüedad, se ha considerado que el castigo aplicado a un infractor, sirve de ejemplo y de freno para que quienes no han cometido delitos, se abstengan de realizar conductas anti-judiciales, o para que --

aquellos que han distinguido, a través de la acción impositiva, en la forma de las de ciertos conductos antijurídicos, es decir, se adaptan al grupo social, observando las disposiciones jurídicas, que en un momento determinado pasan por otro. Situación que en nuestra opinión es cuestionable, dado que en la práctica no pasa con los sujetos que reinciden, y aún perfeccionan sus conductas delictivas, punto interesante -- que queda abierto para investigaciones futuras.

Respecto a nuestra tesis, consideramos conveniente hacer hincapié en que de la precisión, veracidad y honestad con que se hayan practicado las diligencias de averiguación previa, se dependa que los hechos consignados se tipifiquen adecuadamente, y que el proceso penal existiera, es decir, que la sentencia que se emita sea la apropiada al caso concreto.

Para suceder que se considere el Ministerio Público, como por -- delito distinto del que en realidad se cometió, o bien, al consignar -- -- hace omisión de alguna circunstancia relevante del delito. Si contemplamos lo anterior, sucede que la representación social consignar por el delito de homicidio, pero de los hechos consignados se desprende que el sujeto activo del delito, era hijo del occiso, encontrándose entonces -- que el verdadero delito cometido es el de parricidio, y por tanto, la --

casación a la que se hace mención al agente, es superior a la determinación para el delito de homicidio.

La legislación adjetiva federal, en su artículo 143, señala, refiriéndose a los autos de formal prisión y al de sujeción a proceso, lo siguiente: "Los autos a que se refieren los artículos anteriores, se dictarán por el delito que realmente aparece comprobado, tomando en cuenta sólo los hechos materia de la consignación, y considerando la doctrina típica legal y la presunta responsabilidad correspondiente, sin cuando con ello se modifique la clasificación hecha en promocióncas o resoluciones anteriores. Dichos autos serán inmediatamente notificados, en forma personal, a las partes". (104)

De la lectura del precepto anterior, podemos concluir que el juez tiene concedida la facultad de modificar la clasificación del delito al dictar el auto de formal prisión, y consideramos convenientemente comentar que esta facultad no la consigna en forma expresa el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, circunstancia que en nuestra opinión debe contemplar también este ordenamiento.

El juez al analizar las diligencias de averiguación previa, no sólo naturalmente debe aceptar la denominación que el Ministerio Público haya

(104) Código Federal de Procedimientos Penales, 4ª Edición, Ed. Porrúa, S.A. México, 1989.

dado a los hechos; sino que al órgano jurisdiccional, sea a quien correspondiera enunciar los hechos al tipo legal, y por tanto dar la clasificación del delito. Recordemos también que cuando hablamos del modo de formar prisión, dijimos ya que el Ministerio Público consignó "hechos", - mismos que son materia de la declaración preparatoria sobre la que desarrolla el imputado, y que estos mismos hechos también constituyen la base de la resolución dictada por el juez.

Pero que hablamos de "hechos", el juez al dictar su resolución, - los tendrá en consideración, tanto para recordarlos al tipo legal, como para considerar, si en comisión con otros circunstancias agravantes del delito.

Transcribimos a continuación jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los siguientes términos:

"CLASIFICACION DEL DELITO. — No se viola la garantía del artículo 19 constitucional, cuando se cambia la clasificación del delito por el que se ha seguido el proceso, siempre que los hechos, materia del mismo, no hayan variado; más que esto no es aplicable cuando el Ministerio Público, como es primera instancia segunda instancia, prometa conclusiones acusatorias y sostiene éstas, señalando al querrelado como un poseedor de determinado delito, y en la sentencia se cambia esta clasificación, lo cual evidentemente impide que el uno pueda defenderse de una imputación que viene a aparecer hasta el juicio, al cual debe -

son congruentes con la acusación, a efecto de no incurrir en el desconocimiento de la garantía que contempla la fracción IX del artículo 70 constitucional. -- Quinta Época: Tomo XXVIII, pág. 512. *Revista Mexicana Educativa*. (307)

"CLASIFICACIÓN DEL DELITO, CAMBIO DE LA. -- La Primera Sala de la Suprema Corte ha sostenido consistentemente, en diversas ejecutorias, que no se violan garantías en perjuicio de los imputados, cuando se cambia la clasificación de los hechos delictivos que se les imputan, siempre que durante el proceso judicial derribado la posibilidad de dejarse en evidencia con los hechos imputados. Quinta Época: Tomo LXXX, pág. 5495. *Revista Mexicana y Ciega*". (308)

Hasta el momento hemos mencionado, dos requisitos para que pueda efectuarse el cambio de clasificación del delito: 1. Que los hechos de que se trata, no varíen, es decir, que se trate de los mismos hechos delictivos; y, 2. Que el imputado, obviamente por voluntad de los mismos hechos, tenga la oportunidad de defenderse, es decir, que no se encuentre en estado de indefensión.

"CLASIFICACIÓN DEL DELITO, CAMBIO DE -- El artículo 19, párrafo segundo, de la Constitución General de la República, establece como principio general que "cada proceso se seguirá gozadamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión". Sin embargo, a renglón seguido, dispone que "si en la escuela de un proceso aprehensivo que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá aquél ser objeto"

(307) "Sentencia Judicial de la Federación". Segunda Parte. Compilación 1917-1985. Jurisprudencia 90. pag. 201.

(308) "Sentencia Judicial de la Federación". Segunda Parte. Compilación 1917-1985. Jurisprudencia 90. pag. 202 y 203.

de acusación separada". Ahora bien, como se advierte del texto constitucional transcrito, lo prohibido sólo que garantiza al acusado a la "etiqueta del proceso", o sea, la fase del procedimiento penal que se inicia con el auto de formal prisión y que termina con la sentencia de primera instancia, pero no a la fase procedente de la que, por no existir expresa prohibición constitucional, sí es permisible el cambio de calificación del delito, cuando los hechos materia de la investigación no varían. En esas condiciones, y cuando se considerase -- que el Ministerio Público al ejercitar la acción penal conlleva "hechos" a la autoridad judicial -- y que es a ésta a la que corresponde, a través del auto de formal prisión, calificarlos y determinar qué delito configuran para que por éste se siga el proceso, es de concebirse que el cambio de calificación del delito por el que se ejerció la acción penal contra el acusado, por otro delito por el que se sujetó el acusado a la traba de formal prisión y por el que se notó la inductura y el juicio hasta mediante sentencia, no es violatorio de garantías. Séptima Época, Segunda Parte: Vol. - 42, pag. 33 A.B. 131/77. Quinto Presidencia Cruz Unanimitad de 4 votos". [389]

Después de dictado el auto de formal prisión, se presenta una situación diferente, en relación a las calificaciones del delito; dado que si el Ministerio Público no ha precisado en sus conclusiones las calificaciones que agravan la conducta del procesado, o bien omite especificarlas, el delito deberá ser considerado como simple, inculcándose así uno de los postulados que debe tutelar el derecho, el no aplicar una sanción -- justa y equitativa a la conducta procesada por el autor material del delito.

[389] "Semana Judicial de la Federación", Segunda Parte, Compilación 1917-1925, Jurisprudencia 90, pág. 202.

A continuación transcribimos algunas tesis jurisprudenciales en las que se percibe la circunstancia a la que nos referimos en el párrafo anterior:

"CALIFICATIVAS NO PRECISADAS POR EL MINISTERIO PÚBLICO, REBASAMIENTO DE LA ACUSACIÓN EN CASO DE. — Si el Ministerio Público sólo señala que el delito debe considerarse calificado, -- pero no precisa en su pliego peticionario cuál es la calificación que a su juicio ha quedado -- acreditada y se impone una pena agravada sin que haya sido expresivamente notificado por la representación fiscal, tal proceder va en contra del principio de la jurisdicción regeña y contra el contenido literal del artículo 11-constitucional, pero el juez no puede aplicar legítimamente una pena o agravar una sanción o multa que haya sido expresivamente pedida, -- quedando la notificación correspondiente, Séptimo Epoca, Segunda Parte: Vol. 175-180 -- p. 14 A.D. 1761/81, Jaime Comacho Barón, 5 votos".

[310]

"CALIFICATIVAS, FALTA DE PRECISIÓN DE LAS, POR EL MINISTERIO PÚBLICO. — Si el Ministerio Público atribuye al acusado un delito calificado, sin precisar en su calificación que en el caso concreto, la sanción que cabe -- considerando además una calificación de violación de garantías.

Sexta Epoca, Segunda Parte: Vol. CVII, pag. 19 A.D. 9739/85, Antonio Alán Torres, 5 votos, -- Vol. CXL, pag. 37, A.D. 5448/84, Roberto Oscar Montealegre, 5 votos -- Vol. CXLII, pag. 37 -- A. D. 9740/85, Antonio Daniel Rodríguez, 5 votos. Vol. CXLII, pag. 37 A.D. 5167/85, José Miguel Sánchez Méndez".

[311]

[310] Escar de León, Marco Antonio. "Código Federal de Procedimientos Penales - Comentado". Ob. Cít., pag. 470.

[311] Idem, pag. 470.

c. REFERENCIA DEL DERECHO COMPROMISO EN RELACION A LA CALIFICACION DEL DELITO.

Para una mejor referencia a la calificación del delito en el derecho comparado, sin cuando consideramos que al aplicar tenemos más severas a delitos cometidos con ferocidad, o con detrahe de violencia, en todas las leyes y en todos los países se operado.

El Código Penal de Uruguay, menciona dos tipos de circunstancias -- agravantes: las personales, que son las que se atribuyen al agente por causas físicas, morales o sociales, es decir, las que sólo pueden atribuírse a agentes determinados. Las reales, se derivan de las circunstancias en que el hecho se haya ejecutado, tales como: modo, lugar, tiempo, etc. [312]

Los penalistas europeos por su parte, y en relación a la situación, señalan diversas calidades. Por una parte Del Real, enumera la naturaleza de esta agravación como de índole subjetiva, ya que proviene del ánimo que el sujeto demuestra en la ejecución del ilícito. Rodríguez -- Ferres, por su parte, considera que la naturaleza de la agravación es mixta, y en su tesis señala como agravación objetiva, los medios empleados -- en forma de ejecución del acto, subrayando además que los medios --

[312] Carrasal y Fajardo, Real y Carrasal y Rivas, Real. Ob. Cit., pag. 208 y 217.

empleados por el agente, llevar la intención de evitar cualquier riesgo que pudiera provenir de la realización de la violación al intentar dejárselos. [313]

Seguando el derecho español, el que se nombra en esta en la calificación de intención, se ha determinado en función de dos factores: el primero de ellos, es la peligrosidad de los medios utilizados en la comisión del hecho; el segundo consiste en la peligrosidad y notoria malicia que surge de la perpetración de la acción. [314]

Respecto de la calificación de ventaja, esta legislación hace el ag afirmante siguiente: "El Código Español de 1877, en la sección IX de su artículo 108, enumera: la tiranía, el uso de fuerza, la dignidad, la debilidad, la indignación, desamparo o conflicto de la persona agredida; el Código de 1888, en la sección VIII de su artículo 10, establece la agravación de abuso de superioridad o emplear medio que debilita la defensa, disposición que el Código Español vigente conserva en la ag sección IX del artículo 10". [315]

Frente a la premoción, la legislación española, donde que esta calificación remite la resolución anterior por parte del agente de delincuencia, en la que se identifica el dolo con el que se comete el hecho mis-

[313] Díaz de León, Marco Antonio, "Diccionario de Derecho Procesal Penal". Ob. Cit., T-I, pag. 175.

[314] Idem, T-II, pag. 216.

[315] Idem, T-II, pag. 227.

no. [316]

El artículo 301 del Código Penal francés, al referirse a la prisión, señala que "el encastrenamiento y la administración de substancias perjudiciales a la salud constituyen una institución especial bajo la forma de arrestos contra la vida de las personas". [317] Esta disposición contempla las legislaciones que se han visto influenciadas por el Código de Napoleón.

Entre otras referencias al derecho comparado, advertimos que en esta obra se ha calificado de *prohibición*, en contemplación legislativa - como la italiana, la española, la francesa, y a partir de 1961 también - la contemplada en legislación alemana. [318]

La legislación italiana, desarrolló un proyecto, el que denominó -- Penal, en el año de 1911, y entre las circunstancias que rodean esta -- entre otras: las antecedentes penales, las injurias físicas o psicológicas anteriores a la comisión del hecho delictuoso, y que indique o se vea denotada criminal, la gravedad de la realización del hecho, el aprovechamiento de la dificultad que surge al ofendido para repetir la acción, las actitudes insidiosas, el engaño a la víctima, etc. [319]

[316] Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ob. Cit., T-VII, pag. 173.

[317] Díaz de León, Marco Antonio. "Sistema de Derecho Procesal Penal". Ob. Cit., T-II, pag. 219.

[318] Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ob. Cit., T-VII, pag. 173.

[319] Idem, T-II, pag. 94.

la legislación argentina, analizó un proyecto al que denominó Tejedor, en el año de 1916, en el cual se marca como factores de mayor peligrosidad, y por lo mismo, como agravantes de la sanción, la violación de los deberes, el cometimiento de un hecho extremo, la malicia, el engaño, la superioridad corporal, los motivos invidiosos, la gran personalidad, y la preparación en forma silenciosa del delito. [318]

[318] Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ob. Cit., T-II, pag. 96.

CONCLUSIONES

C O N C L U S I O N E S

PRIMERA: En todas las épocas y en todos los países, la aplicación de las sanciones siempre se ha efectuado por medio de un procedimiento, que aunque en principio, afectaba de grandes deficiencias, y daba pocas oportunidades de defensa al infractor; con el tiempo evolucionó, permitiendo mejores posibilidades de defensa, y estableciendo requisitos para ejercerlo.

SEGUNDA: El procedimiento penal se encuentra regido por principios procesales, entre los que se encuentra el acusatorio, y que lo consideramos de los más importantes; este principio procesal condiciona al órgano jurisdiccional a restringirle jurisdicción para actuar de oficio, quedándose en espera de que el órgano persecutorio, haga valer su pretensión para dar así principio al proceso.

TERCERA: El fin que persigue el proceso penal, consiste en actualizarse la pretensión punitiva, aplicando la sanción al caso concreto, es decir, que el agente obtenga una sanción por la infracción infringida a la norma sustantiva penal. Evitando que los individuos se hagan justici-

cía por sí mismo, ya que de hacerlo nos encontraríamos frente a un caso social y no por pública, se sería penosa.

CUARTA: la averiguación previa es una diligencia preprocesal, es decir, que se forma parte del proceso; en nuestro sistema jurídico, sólo por finalidad reunir los requisitos legales, para solicitar se inicie un proceso penal. Se encuentra a cargo del Ministerio Público, quien en ocasiones se auxilia de la Policía Judicial; consiste en apoderar los datos, huellas, objetos, declaraciones, observaciones y demás situaciones que permitan establecer, la forma, tiempo, lugar y circunstancias que constituyen la actividad que ha sido puesta en conocimiento de estas autoridades.

QUINTA: la función investigadora del Ministerio Público, debe encaminarse a integrar el cuadro del delito, y todos aquellos datos que hagan probable la responsabilidad del presunto responsable; elementos con los que decidirá si ejerce o no la acción penal, es decir, si corresponde.

SEXTA: Si el Ministerio Público considera que las conductas que se desprenden de las diligencias de averiguación previa, son constitutivas de delito, pone en conocimiento del juez de primera instancia los hechos que conforman la conducta delictiva, por medio del acto procesal - -

demandando investigación. En nuestro sistema judicial, el Ministerio Público monopoliza el ejercicio de la acción penal, y el congresista debe acudir ante el órgano jurisdiccional, pleiteando su carácter de autoridad -- que le asistió durante los diligencias de investigación previa, y para actuar por su memoria dentro del proceso penal.

SÉPTIMA: Con la investigación de origen a que principia el proceso penal, esto sucede durante la etapa de instrucción. En el momento de la investigación, surgen dos obligaciones fundamentales para el órgano jurisdiccional, que son de gran relevancia para el proceso: la primera consiste en recibir la declaración preparatoria del presunto responsable, diligencia de gran importancia por implicar el primer contacto entre el órgano jurisdiccional, y el congresista; debe llevarse a cabo dentro de los cuarenta y ocho horas siguientes al momento en que se pasa a disposición del juez al sujeto activo. La segunda obligación consiste en mantener la situación jurídica del congresista, dictando la resolución que al caso concierne; para cumplir con esta segunda obligación el órgano jurisdiccional, cuenta con un plazo de setenta y dos horas, que se inicia, -- también a partir del momento en que tiene a su disposición al presunto responsable.

OCYAVA: La resolución de mayor interés para nuestro estudio, es el auto de formal prisión; es esta resolución la que da principio al proceso

se desde el punto de vista de la jurisprudencia; y el que por mandato -- constitucional sujeta a las partes a seguir el proceso por el delito o delitos que se dicha resolución se señalen. Incurre en responsabilidad -- el juez que omita dichas diligencias de este modo.

NOTA: Desde el momento en que el presente responsable se pasa a disposición del órgano jurisdiccional, hasta el momento en que se dicta de su absolución judicial, el juez instructor evaluará, examinará y acreditará los hechos que sirvan de investigación previa, y de consideración posterior, el órgano jurisdiccional ordenará la práctica de aquellas diligencias que le permitan contar con la certeza de los hechos.

NOTA: El juez tiene competida por la legislación adjetiva judicial, la facultad de apreciar los hechos consignados sin dejarse llevar -- por la opinión que el representante de la sociedad haya emitido al momento de consignar, dicho en otra forma; el artículo 163 del Código Federal de Procedimientos Penales, faculta al juez a basarse en los hechos consignados, para que sea él quien omita la clasificación técnica-judicial a contarse de el caso de formal prisión o en el de sujeción a proceso. Es el órgano jurisdiccional, quien evaluará la conducta ante el -- consignado, en la figura o tipo legal que en su consideración corresponda, con independencia de la señalada en las diligencias de investigación.

previa, por el Ministerio Público.

REGINA PRIMERA: El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no contiene artículo expreso, en el que conceda al juez la facultad de ser él quien enumere los hechos consignados, a la clasificación típica jurídica, prevista por la ley sustantiva penal; pero consideramos consistente que esta facultad, se reconstruye también plasmada dentro de la legislación adjetiva común, en precepto expreso.

REGINA SEGUNDA: La clasificación del delito, de acuerdo con el Código Federal de Procedimientos Penales, está a cargo del Órgano jurisdiccional, y este podrá variar siempre que los hechos constitutivos de delito no cambien. En este caso también está facultado el juez, para que al momento de dictar el auto de formal prisión, considere las circunstancias agravantes o atenuantes que se desprendan de los hechos consignados.

REGINA TERCERA: Si como resultado del examen que el Órgano jurisdiccional ejerce a las diligencias de averiguación previa, o bien a las pruebas que el por su parte se allegan, encuentra que el Ministerio Público consignó por delito distinto al que oportuno comprobó, el juez se resolverá la situación jurídica del imputado, y de dictar auto de for

mal posición, deberá hacerlo por el delito que a su consideración ha quedado comprobado.

DECIMA CUARTA: Por otra parte, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, encontramos un precepto expreso, por el que cuando el órgano jurisdiccional se ve en la necesidad de dictar auto de libertad por falta de elementos para procesar, debido a "omisiones" del Ministerio Público o de la Policía Judicial, al practicar las diligencias de investigación previa, se obligará a estos funcionarios a responder por la correspondiente responsabilidad. Consideramos conveniente que en forma expresa se añada un precepto en la Ley adjetiva general, que contemple la misma situación para aquellos jurisdicciones que por descuido o desobediencia incurrieran en omisiones que impidan al órgano jurisdiccional la aplicación de la ley. Y más importante consideramos, que esta especie que a este momento se le diese efectiva aplicación en la práctica.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA.

A) LIBROS

- 1.- ARILLA BAS, Fernando. "El Procedimiento Penal de México". 12ª ed. Editorial Krios, S.A. de C.V. México. 1989.
- 2.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. "Derecho Penal Mexicano. Tomo-1". Pan de Azúcar, 8ª ed. Editorial Robredo, México. 1982.
- 3.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCA Y RIVERA, Raúl. "Código Penal Anotado". 3ª ed. Editorial Porrúa, S.A. México. 1991.
- 4.- CASTELLANOS, Francisco. "Lecionamientos Elementales de Derecho Penal". 2ª ed. Editorial Porrúa, S.A. México. 1983.
- 5.- CASTILLO LARRABAGA, José y DE POMA, Rafael. "Instituciones de Derecho Procesal Civil". 5ª ed. Editorial Porrúa, S.A. México.-- 1961.
- 6.- COLIN SANCHEZ, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimientos -- Penales". 9ª ed. Editorial Porrúa, S.A. México. 1985.
- 7.- DIAZ DE LEÓN, Marco Antonio. "Código Federal de Procedimientos -- Penales Comarcal". 2ª ed. Editorial Porrúa, S.A. México. 1988.
- 8.- DOMÍNGUEZ TARRYO, Luis. "Elementos de Teoría General del Proceso" 1ª ed. Editorial Porrúa, S.A. México. 1983.
- 9.- FLORES MARGASANT S., Guillermo. "Introducción a la Historia del Derecho Mexicano". 2ª ed. Editorial Esjugo, S.A. México. 1976.
- 10.- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. "Curso de Derecho Procesal Penal". 4ª ed. Editorial Porrúa, S.A. México. 1988.

- 11.- GOLDSCHMIDT, Jaime. "Principios Generales del Procedimiento" - - 1ª ed. Editorial Océano y Novedades, S.A. México, 1983.
- 12.- GOMEZ LARA, Cipriano. "Derecho Procesal Civil". 2ª ed. Editorial Porrúa, México, 1985.
- 13.- GOMEZ LARA, Cipriano. "Técnica General del Proceso". 4ª ed. Edicon Alfa OMA. México, 1988.
- 14.- GONZALEZ BLANCO, Alfredo. "El Procedimiento Penal Mexicano", - - 3ª ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1975.
- 15.- GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. "Derecho Procesal Penal Mexicano", 9ª ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1988.
- 16.- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. "Código Penal Comentado". 5ª ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1985.
- 17.- PARRON BASCUNCELOS, Francisco. "Manual de Derecho Penal Mexicano" 4ª ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1987.
- 18.- PORTE PETIT CARRANZA, Celestino. "Apuntes sobre la Parte General de Derecho Penal". 12ª ed. Editorial Porrúa, S.A. México-1989.
19. RIVERA SILVA, Manuel. "El Procedimiento Penal". 4ª ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1984.
- 20.- RECASENS SICHES, Luis. "Introducción al Estudio del Derecho". -- 1ª ed. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.
- 21.- SILVA SILVA, Jorge Alberto. "Código Federal de Procedimientos -- Penales Comentado". Colección de Leyes Comentadas. 1ª ed. Editorial Harla, México, 1988.
- 22.- VILLALBA, Ignacio. "Derecho Penal Mexicano". 1ª ed. Editorial-Porrúa, S.A. México, 1980.

B) DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS.

- 1.- DIAZ DE LEÓN, Marco Antonio. "Diccionario de Derecho Procesal Penal". 1ª ed. Editorial Porrúa, S.A. México. 1986.
- 2.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. "Diccionario Jurídico-Mexicano". 1ª ed. Editorial Porrúa, S.A. México. 1985.
- 3.- DICCIONARIO ENCICLOPEDIA SALVAT. Salvat Ediciones, S.A. Barcelona España. 1976.
- 4.- PALLARES, Eduardo. "Diccionario de Derecho Procesal Civil". -- 3ª ed. Editorial Porrúa, S.A. México. 1980.

C) REVISTAS

- 1.- REVISTA MEXICANA DE DERECHO PENAL.
Publicación trimestral.
Número consultado: 22 (julio de 1944).
23 (marzo de 1944).

D) LEGISLACIONES

- 1.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. 40ª ed. Editorial Porrúa, S.A. México. 1989.
- 2.- Código Federal de Procedimientos Penales. 40ª ed. Editorial -- Porrúa, S.A. México. 1989.
- 3.- Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fianza Común, y para toda la República en Materia de Fianza Federal. 44ª ed. Editorial Porrúa, S.A. México. 1986.
- 4.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 19ª ed. Editorial Porrúa, S.A. México. 1980.

E) JURISPRUDENCIA

- 1.- Semanario Judicial de la Federación, Tercer de Ejemplares de -- En Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1917-1985, Segunda Parte. Primera Sección. México. 1985.

AGRADECIMIENTOS

A mis amigos, quienes me ayudan con su apoyo y paciencia, y quienes en momentos de alta ansiedad siempre brindan para conmigo la gr̄a de escucharme para impetarme a continuar con esta vida.

A mis maestros, cuyo ejemplo profesional me acompañará por el resto de mi vida, esperando de algún día llegar a lograr su unidad.

De manera muy especial, al Licenciado Víctor de Miranda Acosta, por su valiosa cooperación y gran apoyo.

De manera muy especial también, al Doctor -- Luis Sánchez Varela, quien mediante su gran ayuda me ha permitido de algún momento de mi vida, y ha sido prototipo del mismo.