

107  
2ej.



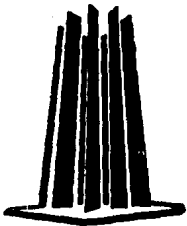
**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
ARAGON**

**NECESIDAD DE ESTUDIAR LAS  
MODALIDADES DELICTUOSAS EN  
LA RESOLUCION DEL AUTO DE  
PLAZO CONSTITUCIONAL**

**T E S I S**  
**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE**  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
**P R E S E N T A**  
**ARTURO ESCALANTE NUÑEZ**

**FALLA DE COPIEN**





## **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.

En memoria y recuerdo a:  
Hilaria Díaz Hidalgo y Aurora  
Núñez Díaz. Con el más profundo  
respeto, gratitud, admiración y  
cariño, que a lo largo de la vida  
su mayor ilusión era que llegaría  
éste momento, el cual es la  
herencia más valiosa que recibo  
de ellas ( + ).

A mis hermanos Felipe,  
Yolanda, Argelia, Angelina y  
Lidia, con gratitud eterna por  
brindarme todo su apoyo y  
comprensión cuando más lo  
necesite, y durante todo el  
trayecto de mis estudios, ya que  
con ello ha sido posible éste  
momento inolvidable en mi vida.

A mis sobrinos que siempre confiaron en mí, aún en momentos difíciles y adversos, y espero que a su vez les sirva como motivación, a las metas que se fijan.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, Escuela Nacional de Estudios Profesionales "Aragón", Por haberme brindado el número de cuenta 7664415-7 y así ver culminado mis estudios al obtener un Título Profesional.

A mis profesores. Por los conocimientos que de ellos adquirí, durante mi formación profesional como una pequeña muestra de mi agradecimiento.

Al C. Titular del Seminario de Ciencias Penales. Licenciado Pablo Alvarez Fernández, por su valiosa colaboración durante la realización de este trabajo.

Al C. Licenciado Ignacio González Rodríguez. "Asesor de Tesis". Quien me guió con la debida enseñanza y conocimiento básico, para la realización de la presente Tesis.

A mis compañeros. De generación y escuela en especial a mis amigos Guillermo López González, Juan Felix Morales Dorantes, Juan Susano Carrillo Cumbres y Miquel Angel Orteda Ríos, quienes con su amistad comprensión me estimularon para seguir siempre adelante.

Al C. Licenciado Pablo Picazo Fosado, quien me brindó su apoyo, y que fue uno de los que hizo posible la realización del presente trabajo.

Al C. Licenciado y Magistrado Javier Raúl Ayala Casillas. Respetuosamente, quien fue la primera persona, que me dio los principios básicos para la realización, elaboración y culminación del presente trabajo. Gracias.

A Rosa María Valdez Guzmán,  
quien con la comprensión y  
respeto, y por su valiosa  
colaboración para la realización  
del presente trabajo.

A la C. Licenciada Juez  
Verónica García Aquirre, que con  
su ayuda y paciencia que me  
brindó, al confiar en mí.



Al C. Licenciado Joel Blanno  
García. Quien de alguna manera,  
me brindó su apoyo necesario y  
que a su vez confío en mí.

A los CC. compañeros y  
amigos. Del Tribunal Superior de  
Justicia del Distrito Federal,  
quienes con su afecto y apoyo que  
me dieron, en especial a los  
integrantes adscritos del Juzgado  
Décimo Segundo Penal en pasado y  
presente.

Al C. Juez Licenciado Santiago Avila Neqrón. Por su valiosa enseñanza y colaboración para la realización y culminación del presente trabajo ya que a través de este, me da la oportunidad de realizar, uno de mis grandes anhelos, que es la presentación del Examen Profesional, y que desinteresadamente lo hizo, a lo cual le quedare eternamente agradecido.

Al Honorable Jurado de la Jefatura de la carrera de Derecho. Respetuosamente, quienes me examinarán y valorarán, la realización del presente Examen Profesional, sustentado por su atento y seguro servidor, y en su momento oportuno si así lo consideren justo den su veredicto al sustentante.

**I N D I C E**

**NECESIDAD DE ESTUDIAR LAS MODALIDADES DELICTUOSAS  
EN LA RESOLUCION DEL AUTO DE PLAZO CONSTITUCIONAL**

**I N T R O D U C C I O N .**

**C A P I T U L O I**

**ANTECEDENTES DEL AUTO DE PLAZO CONSTITUCIONAL.**

1.- Históricos	5
2.- Legislativos	62

**C A P I T U L O II**

**NATURALEZA JURIDICA DEL AUTO  
DE PLAZO CONSTITUCIONAL.**

1.- Auto de Formal Prisión.	68
2.- Auto de Formal Prisión, con sujeción a proceso.	89
3.- Auto de Libertad por falta de elementos para procesar con las reservas de ley.	93

**C A P I T U L O III**

**ELEMENTOS MEDULARES DEL AUTO DE PLAZO  
CONSTITUCIONAL.**

1.- Elementos del Tipo Penal.	99
2.- Probable Responsabilidad.	117

## C A P I T U L O   I V

### MODALIDADES DELICTUOSAS.

1.- Agravantes.	136
2.- Atenuantes	173

CONCLUSIONES	202
--------------	-----

PROPUESTA	207
-----------	-----

BIBLIOGRAFIA	209
--------------	-----

## INTRODUCCION

## I N T R O D U C C I O N

El Auto de Formal Prisión es la resolución pronunciada por el juez, para resolver la situación jurídica del inculpado al vencerse el término constitucional de 72 setenta y dos horas, por estar comprobados los elementos integrantes del tipo penal de un delito que tenga como sanción pena corporal y que existan datos suficientes que acrediten la probable responsabilidad del sujeto activo del delito, para de esta forma determinar el delito o delitos por los que ha de seguirse el proceso, como garantía de legalidad y seguridad jurídica del gobernado sujeto a proceso por la Autoridad Judicial.

La fecha del Auto de Formal Prisión, reviste gran importancia, en virtud de que el artículo 19 Constitucional, contiene un conjunto de garantías de libertad, que a la vez se constituyen en obligaciones ineludibles para el órgano de la Jurisdicción. puesto que precepto señalado indica que los custodios que no reciban copia

autorizada del Auto de Formal Prisión de un detenido dentro del término de setenta y dos horas, contados desde que aquel este a disposición de su juez, deberán llamar la atención de este, en el acto mismo de concluir con el término, sino reciben la constancia dentro de las tres horas siguientes, lo pondrán en libertad.

Los efectos jurídicos del Auto de Formal Prisión, son: entre otros. El sujeto queda sometido a la jurisdicción del juez; Justifica la prisión preventiva, pero no revoca la libertad provisional concedida, excepto, cuando así se determina expresamente en el propio auto. Es obvio, que si el Auto de Formal Prisión se dicta por hechos cuya sanción rebasa el término medio aritmético de la pena que pudiera imponerse al sujeto en caso de salir condenado en sentencia, y se encuentren prohibidos por la última parte del artículo 556 del Código de Procedimientos Penales, la libertad que se había concedido, tenga que revocarse, ya sea que al cambiar la clasificación del delito, la ley no conceda la libertad provisional o bien que debido a las modalidades del delito, éstas no permitan



que el detenido obtenga su libertad; precisa los hechos por los que ha de seguirse el proceso; pone fin a la primera parte de la instrucción e inicia la segunda etapa de ésta; señala el procedimiento que ha de seguirse Sumario u Ordinario; ordena la Identificación del procesado y recabar los antecedentes penales de este.

El Auto de Formal Prisión, como base del proceso, debe contener los delitos por los cuales ha de seguirse el procedimiento, así como las modalidades del delito, ya que de esta forma los actos de defensa, estarán encaminados no sólo a desvirtuar los elementos del tipo básico, sino también las calificativas del ilícito, las que tienen repercusión en función de la pena, por esta causa resulta necesario para el acusado y una obligación para el Juez, que se realice el estudio de las agravantes y atenuantes del injusto, para no violar derechos subjetivos, ya que de no hacerlo, se dejaría en estado de indefensión al sujeto, en virtud de que por una parte las agravantes, pueden impedir que se obtenga la libertad provisional bajo caución y por la otra determinan el

procedimiento a seguir, si fuere Sumario, el procedimiento deberá concluir antes de cuatro meses, y si es ordinario en un año, en cuanto a las atenuantes, éstas en todo momento benefician al inculpado, pero principalmente al resolverse su situación jurídica, ya que todo va en función de la libertad y por esta causa resulta necesario el estudio de las agravantes y atenuantes del delito, como una garantía fundamental del gobernado.

## C A P I T U L O I

### ANTECEDENTES DEL AUTO DE PLAZO CONSTITUCIONAL.

1.- Históricos.

2.- Legislativos.

### 1.- HISTORIA DEL PROCESO PENAL

El estudio del proceso penal en lo que concierne a su desarrollo histórico, mantiene una estrecha relación con las transformaciones políticas y sociales que se han operado en el mundo. Para comprender su evolución, es preciso que demos a cada una de sus etapas su exacta interpretación histórica. Es sabido que el origen de la Ley es la costumbre; que las leyes jurídicas se diferencian de las físicas en que aquellas son mutables y se encuentran limitadas por las necesidades que demanda la vida colectiva y por las modificaciones que se introducen en la organización estatal de un pueblo determinado, en el curso del tiempo.

El proceso penal ha pasado por cuatro periodos. El primero comprende el "proceso penal de la Antigüedad" y se encuentra en las instituciones griegas y romanas sus principales exponentes. Después aparece el "proceso penal canónico", creación de la Iglesia, que conserva las peculiaridades del proceso penal antiguo, pero contiene substanciales modificaciones. Más tarde

aparece el proceso penal "común o proceso mixto", así llamado por estar constituido por elementos del proceso penal romano y del canónico. Por último, el advenimiento del proceso penal moderno revive, perfeccionadas, las excelencias del proceso penal antiguo y es la consecuencia de la labor ideológica emprendida por los pensadores de la Revolución Francesa, al consagrar el reconocimiento de los postulados democráticos y los derechos del hombre de la Francia Revolucionaria de 1871.

Al estudiar los orígenes del proceso penal, nos ocuparemos en primer término de las instituciones procesales de la antigüedad. Es sabido, señala González Bustamante que: "Grecia rindió culto a la elocuencia y que los negocios judiciales se veían en público y ante los ojos del pueblo. No se permitía la intervención de terceros en los juicios.

"El acusador era el mismo ofendido y tenía que exponer verbalmente su caso ante los jueces griegos, alegando de viva voz, en tanto que el acusado tenía que defenderse por sí mismo. Se permitía que los terceros lo auxiliaran en la redacción de las defensas usando instrumentos que preparaban llamados "logógrafos".

"La función de declarar el derecho correspondía al Arcontado y el Tribunal de los Heliastas que tomaban sus decisiones después de haber escuchado el alegato de las partes y de haber recibido las pruebas que estas ofrecían, decretándose la condenación por medio de bolos negros y la absolución por bolos blancos".<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> González Bustamante Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México, 1985. Página 9.

Realizada la conquista de Grecia por las huestes del Cónsul Falminio, los pueblos sojuzgados por Roma conquistaron al vencedor por su cultura más avanzada y de ésta manera se trasladaron al Lacio las instituciones jurídicas griegas, y el Foro Romano adquirió la brillantez el esplendor de las instituciones helénicas, perfeccionadas por el fino espíritu latino.

El proceso penal romano supera al griego, a medida de que Roma recibe la saludable influencia de sus ilustres jurisconsultos. Desapareciendo del sistema político republicano en Roma, se introdujo un nuevo concepto jurídico en la legislación y se reconoció con el advenimiento de las Constituciones Imperiales que precedieron a los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano la opinión de los jurisconsultos Paulo, Gayo, Ulpiano y Modestino, que llegaron a tener plena autoridad legal por decreto de Valentiniano III en 426. En este

periodo la decisión de los negocios judiciales quedaba al arbitrio de los jueces.

Las disposiciones preceptivas codificadas que se conocen en este periodo son los dieciséis libros del Código Teodosiano, las novelas de los Emperadores Teodosio, Mayoriano y Severo; las institutas de Gayo; los cinco libros de las sentencias del Paulo; algunos títulos de los Códigos Gregoriano y Hermogeniano y fragmentos de las respuestas de Papiniano. Se nota en estas leyes una marcada confusión entre las normas del Derecho substantivo y las del Derecho Formal.

El proceso penal antiguo se estructura en el sistema de enjuiciamiento de tipo acusatorio y se distingue por el reconocimiento de los principios de publicidad y de la oralidad. Los actos procesales se desarrollaban públicamente en la plaza del Agora o en el Foro Romano, ante las miradas y los oídos del pueblo; las alegaciones se hacían como en Grecia, de manera oral por la vinculación del Tribunal con el órgano productor de la prueba. Existía una absoluta independencia entre las funciones exclusivamente reservadas al acusador, que lo



era el ofendido y las que correspondían al acuso y al juez.

Cada una de las funciones de acusar, defender o decidir, se encomendaba a persona distintas e independientes entre sí y no podían reunirse en una misma persona; existía una completa separación y no era posible que hubiese proceso sin la concurrencia de las tres funciones. La función acusatoria y la decisoria se apoyan en el *ius puniendi*; pero se distinguen en que, en tanto que la función acusatoria tiene por objeto perseguir a los transgresores de la ley por medio del procedimiento judicial, el *ius persequendi quo sibi debetur*, la función decisoria, se concreta únicamente a decidir sobre una relación de derecho penal en un caso determinado. En cuanto a la técnica de la prueba en el proceso penal antiguo los jueces resuelven los casos sujetos a su decisión según su propia conciencia, sin ceñirse a las reglas legales.

Las invasiones de los bárbaros abren un paréntesis al estudio del derecho. agrega el autor Juan José González Bustamante:

"Se abandonan los excelentes principio que caracterizan al proceso penal antiguo y el derrumbamiento del poderio romano produce un estancamiento en la cultura, que se refugia en los Monasterios, hasta el advenimiento del régimen feudal que se distingue por el imperio de la voluntad omnimoda del señor sobre sus siervos. Es el señor feudal el dueño de vidas y haciendas y la justicia la administra por su propia mano sin sujetarse a formalidades; tiene el derecho de castigar y el de personar; sus atribuciones son ilimitadas y dispone libremente de la vida de sus súbditos. Los procedimientos empleados son secretos y sin derecho de defensa". 2

El proceso penal canónico substituye al proceso penal antiguo, distiguéndose entre el procedimiento empleado por el Tribunal del Santo Oficio y el que propiamente constituye el sistema laico de enjuiciamiento inquisitorio. El decreto del Papa Lucio III, del año 1184, llevado al Concilio de Verona, facultaba a los obispos para que en sus diócesis, enviassen comisarios a que hiciesen

---

2 Gonzáles Bustamante Juan José, Ob,cit,Página 10.

pesquisas y entregasen a los herejes al castigo seglar.

Dichos comisarios fueron los primeros inquisidores episcopales. Más tarde en el Concilio de Tolosa, el Papa Inocencio II reglamentó el funcionamiento de la inquisición episcopal, compuesta de un eclesiástico designado por los obispos y dos personas laicas que se encargaban de buscar y denunciar a los herejes. La función de los inquisidores consistía en interrogar a los acusados, en oír las declaraciones de los testigos y en inquirir, por cuantos medios tuviesen a su alcance, sobre la conducta de las personas que eran señaladas de herejía. Se admitía testigos que podían ser tachados conforme a las reglas del Derecho Común; se prohibía la asistencia de abogados defensores en el sumario se empleaba el tormento en el plenario para arrancar las confesiones. Inocencio IV recomendaba a los inquisidores que en la aplicación del tormento fuesen clementes con aquéllos que demostrasen su arrepentimiento por abjuración pública o acto de fe. A los clérigos herejes y a los laicos relapsos se les imponía el suplicio del fuego

y se les confiscaban sus bienes. Sin embargo, la inquisición creada en el siglo XIII, que algunos hacen remontar a la época de Constantino, como institución eclesiástica de defensa contra los herejes albiguenses y maniqueos, no debe confundirse con la inquisición española del siglo XV, que fue una institución de carácter real, permanente y creada con la finalidad de hacer reinar dominio de la fe en las posesiones de los reyes Católicos.

El proceso penal canónico de tipo inquisitorio se distingue por el empleo del secreto y la escritura y por la adopción del sistema de las pruebas tasadas.

Formando parte del tribunal de la Inquisición, existía el Promotor Fiscal considerando como el antecedente del Ministerio Público. En el proceso penal canónico el Juez disfruta de amplios poderes para buscar por sí los elementos de convicción y está facultado para hacer uso de los procedimientos que mejor le parezcan, inclusive el tormento, los azotes y las marcas. Es el arbitrio supremo de los destino del inculcado, a quien se priva de todo

derecho y se le veda el conocimiento de los cargos que existen en su contra. Este sistema hermético en la etapa del sumario, complementado por la confesión con cargos, en que el juez interpretaba a su modo las contestaciones dadas por el inculpado en su interrogatorio, lo investía de un poder discrecional y absoluto, aunque se pretendía dulcificarlo en la fase del plenario, reconociendo ciertos derechos de defensa al inculpado. En realidad, el Juez disponía ilimitado poder para formar su convicción y era la confesión la prueba por excelencia.

En el mismo proceso el tribunal desempeñaba las tres funciones que en el Antiguo se encuentra diferenciadas. Tenía a su cargo la acusación, y la defensa la decisión. Sin embargo se sostiene que en el proceso canónico existía el antecedente del Ministerio Público en la persona del Fiscal.

En efecto, en el tribunal del Santo Oficio figuraba este funcionario así como existía el defensor, pero ambos formaban parte integrante del tribunal y no eran independientes.

En el Concilio de Verona el Papa Lucio III, dispuso que todo Obispo hiciese visita a lo menos una vez al año, por si o por medio de su arcediano, en las comarcas en que presumiera haber herejes y obligasen, bajo juramento, de tres o cuatro hombres probos, a dar los nombres de los diversos herejes y de todos los que tuviesen reuniones ocultas o se separasen del Consorcio con los demás fieles, para que de este modo pudiera llamarlos ante sí y examinarlos el obispo o el Arcediano en su nombre. Los Tribunales de la Inquisición estaban formados por el Inquisidor General que desempeñaba los dignatarios eclesiásticos más distinguidos. El Inquisidor General era, a la vez, el Presidente del Consejo de la Suprema Inquisición. En las provincias existían los Inquisidores provinciales, un Tribunal provincial en cada una de la provincias de España y tres de la América, compuestas de Jueces Apostólicos, que debían ser expertos en derecho y limpia conducta y prohibidad. En México y en Perú existían, al lado de los tribunales provinciales, dos oidores, y demás, los miembros del Tribunal del Santo Oficio eran asistidos por calificadores teólogos en virtud y letras.

Los medios empleados para la iniciación del procedimiento consistía en acusación, delación y pesquisa. En la acusación se obliga al delator a probar lo que afirmaba, quedando sujeto a la pena del Talión en caso de no aportar pruebas, y era el Procurador del Santo Oficio o Promotor Fiscal a quien correspondía formular la acusación.

La pesquisa era el medio más frecuentemente empleado. Se clasificaba en pesquisa general y pesquisa especial. La primera se empleaba para el descubrimiento de herejes y periódicamente se mandaba hacer por los inquisidores en un obispado o en una provincia, en acatamiento a los acuerdos tomados en el Concilio de Tolosa: "en todas la parroquias, se nombrará dos Sacerdotes, con dos o tres seglares, que después de juramentarse se hará continuas y rigurosas pesquisas en todas las casas, aposentos soberados y sótanos, etcétera para cerciorarse, de que no hay en ellos herejes escondidos". La pesquisa especial se hacía, si por fama pública llegaba al conocimiento del inquisidor que determinada persona ejecutaba actos o tenía expresiones contrarias a la fe. Acreditada la fama del

acusador por medio de declaración de testigos, se procedía en su contra.

Al acusado se le recibían sucesivamente tres declaraciones ordinarias desde su ingreso a la prisión, y en todas ellas se le exhortaba a que dijera la verdad, advirtiéndole que cuanto mejore la confesión, tanto más suave es la penitencia. En seguida el fiscal formulaba su acusación en términos concretos y el acusado debía responder, verbalmente, a cada uno de los capítulos acusatorios después de haberse enterado de los cargos existentes. El Procurador Fiscal podía formular nuevas preguntas para que las contestara el inculpado; se recibían las pruebas sin que el inculpado supiese los nombres de las personas que habían declarado en su contra, pues sólo se le permitía el conocimiento de los cargos y se le vedaba saber su procedencia. Sólo se le autorizaba para carearse con los testigos por medio de una celosía, y antes del pronunciamiento de la sentencia podía el tribunal emplear el tormento. Dictado el fallo, se enviaba al Congreso Supremo de la Inquisición para que lo confirmara o modificara.



Sobre las bases del proceso penal antiguo y el proceso canónico, se edificó el proceso penal común o proceso mixto, que conservó, para el sumario, los elementos que caracterizan al sistema inquisitorio en cuanto al decreto y a la escritura para el plenario, la publicidad y la oralidad, como en el sistema acusatorio, aunque prevaleciendo el inquisitorio y también la dualidad en el régimen de pruebas adoptado, pues tanto coexisten en el proceso penal común la teoría de las pruebas a conciencia como la prueba legal o tasada. El proceso penal común, es fruto de las investigaciones de los juristas de Boloña y se implanta en Alemania, en la Constitución Criminalis Carolina de 1532 y en Francia, en la célebre Ordenanza Criminal de Luis XIV en el año de 1670.

Los jueces disfrutaban del arbitrio judicial como justicia del Monarca. En Italia en el siglo XVI, los Jurisconsultos Marcilio, Julio Claro Farinacio y Menosio, establecieron las normas del procedimiento criminal y la libertad de la defensa del acusado así como la intervención de defensores. En el Derecho Germánico, el

procedimiento se distingue por el formalismo del proceso y se admite directamente al ofendido por el delito para darle impulso. El ofendido por el delito, reclamaba su derecho por medio de la venganza. Se aplicaba el juramento purgatorio las Ordalias y el Juicio de Dios y el procedimiento no se iniciaba si el directamente ofendido por el delito no lo queria. Existía una completa separación entre las funciones instructorias y las que corresponden al período de Juicio. El Juez que instruye, no es el mismo que falla. En la Ordenanza Carolina, así llamada por haberla decretado el Rey Carlos I de España y V de Alemania, se desconoció a la confesión el absoluto valor probatorio que tenia en el proceso penal canónico; se necesitaba que fuese acompañada de otros medios de prueba. En Francia, el Juez Instructor era el árbitro en los destinos del acusado, y al dirigir y dar forma al proceso al disfrutar de ilimitado arbitrio judicial, establecía los fundamentos sobre los cuales se levantó todo el procedimiento, sentenciando al acusado en secreto, sin oírlo en defensa, sin hacérsele saber el nombre de su acusador, empleando la pesquisa y el tormento como fecundo sistema de intimidación.

El proceso penal moderno que hace renacer las magnificencias del proceso penal antiguo, después de haberlas depurado y adaptado a las transformaciones del derecho, se inspira en las ideas democráticas que substituyen el viejo concepto del derecho divino de los Reyes por la soberanía del pueblo.

Su antecedente es el famoso edicto de ocho de Mayo de 1777, que transformó las disposiciones codificadas en la Ordenanza de 1670 y suprimió el tormento.

Uno de los autores de la reforma, Según lo indica Juan José González Bustamante: "Nuevas reflexiones nos han convencido de los inconvenientes de éste género de prueba que jamás conduce de una manera segura al conocimiento de la verdad y que, prolongando indefinidamente y sin fruto al suplicio de los acusados, pueden con frecuencia inducir al error a nuestros Jueces en vez de ilustrarlos". En el edicto se estableció la obligación para los Jueces, de motivar sus sentencias, expresando los fundamentos jurídicos que hubiesen tenido para admitir las pruebas. Entre las Leyes expedidas por la

Revolución, la Asamblea Constituyente votó la de 9 de Octubre de 1789 que fue provisional, y la del 29 de Septiembre de 1791 que marcó una nueva orientación al Procedimiento Penal en Francia.

Apuntaremos, entre otras, las principales innovaciones que introdujo.

"a).- Suma de garantías concedidas al acusado;

"b).- Derecho inalienable para nombrar defensor desde el momento de su consignación."

"c).- Publicidad y oralidad en los actos procesales."

"d).-Obligación del Juez para proveer al nombramiento de defensor, cuando el acusado no lo hubiese designado;"

"e).-Detención precautoria del inculcado siempre que el delito atribuido mereciere pena corporal;"

"f).-Juicio por jurados. La publicidad del procedimiento podía suprimirse, cuando se juzgara peligros, pero el acusado gozaba de la garantía , durante la instrucción, de que el Juez estuviese asistido de dos adjuntos legos,

nombrados por las municipalidades o por las comunidades de habitantes, como aún se observa en el Escabinado moderno, substituyéndose en esta forma a la publicidad en el periodo de la instrucción".<sup>3</sup>

Los principios consagrados en la Declaración de Derechos del Hombre que procedieron a la Constitución de 3 de Septiembre de 1791, que se relacionan con el Procedimiento Penal, se conservan aún en las constituciones de los pueblos democráticos. Se establecía que la ley es la expresión de la voluntad general y que debe ser la misma para todos, sea que ella proteja o castigue que ningún hombre pueda ser acusado, arrestado, ni detenido, sino en los casos determinados por la ley y según las formalidades procesales que ella prescribe, que los que soliciten, expidan o realicen ordenes arbitrarias deben ser castigados; que todo ciudadano citado o aprehendido en virtud de la ley, debe obedecer al instante y se hace responsable en su caso de resistencia; que la ley no debe establecer sino penas

---

3 González Bustamante Juan José. Ob. Cit. Página 13.

estrictas y evidentemente necesarias; que nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada y que todo hombre debe presumirse inocente, hasta que haya sido declarado culpable; que si es indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona, debe ser severamente reprendido por la ley, prevenciones que aún forman parte del Derecho Público de los Estado Democráticos.

## EL PROCEDIMIENTO PENAL ROMANO

El procedimiento penal romano revistió dos formas establece Teodoro Mommsen que: "La antigua y primitivamente única de la intervención de oficio", sin excitación de nadie, o sea la "cognitio" y la más moderna de la inculpación o "acusatio".<sup>4</sup>

La instrucción de todo procedimiento público se verificaba siempre en nombre del Estado y con la intervención de éste, pero mientras que cuando se realizaba por consignación, el proceso lo instruía un magistrado representante de la comunidad, cuando se hacía uso de la acusación por el contrario, ésta quedaba entregada en manos de un particular que podía desempeñar libremente tal función pública y no tenía nunca facultades para desempeñarla sino en el caso concreto de que tratase.

---

<sup>4</sup> Carlos Franco Sodi. El Procedimiento Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México, 1939. Página 53.

La base del procedimiento consistía en lo siguiente: Agrega el autor: "El que llevaba en él la representación de la comunidad por causa de los daños inferidos a ésta una persona que echaba sobre sí tal cargo asumía la correspondiente responsabilidad, no de oficio, es decir, por razón de su cargo, sino por propia y libre resolución, ésta persona era el acusador. El hecho de no ejercitar la acción o demanda por causa de un delito podía originar desventaja jurídica al que no la ejercitaba, mientras que el ejercicio de la misma podía producir ventaja al acusador, sin embargo, no existía en derecho medio coactivo alguno para obligar a nadie a interponer la acción, de modo que si ninguna persona acusada por su propia voluntad, el delito quedaba impune, salvo los casos en que intervenían la "cognitio".

La regla dominante era, agrega el autor: "Este procedimiento, el actor no representaba su particular interés, sino el interés de la comunidad, salvo ciertos casos de excepción, aparentes o reales, en que se permitía acusar más que a los individuos que personalmente hubieran sido lesionados, como lo explicamos



enseguida:

"1.- La quæstio de repedundis, se substanciaba con arreglo a las antiguas formalidades procesales, aquí los lesionados eran los que interponían la demanda y a ellos se entregaba, aunque por medio de la comunidad el importe de la indemnización del año.

"2.- La acción introducida por la ley cornelia de falsis para los casos de suposición de parto, sólo concedía a los interesados personalmente el asunto, pero estos no podían ser considerados como perjudicados en el sentido del derecho privado.

"3.- La acción de adulterio no se concebía contra el adúltero más que a los próximos parientes, mientras subsistía el matrimonio cuya fe se suponía violada. Una vez disuelto, el marido y el padre tenían derecho privilegiado para interponer la demanda, pero sin el general que correspondía a toda comunidad.

"4.- La acción concedida por la ley

Cornelia para perseguir las injurias calificadas no se daba más que al lesionado, que de hecho era una acción privada que se sustanciaba por el procedimiento de la acusación.

"5.- Aquellos delitos que en derecho antiguo no fueron conocidos o que lo fueron con el derecho privado pero que en los tiempos posteriores se llevaron al procedimiento penal público, por la vía del procedimiento extraordinario, se sustanciaba la mayoría de las veces por la cognitio, pero también se permitía ejercitar en ellas la acusación y sólo se reconocía el derecho de ejercerla al lesionado".5

---

5 Franco Sodi Carlos. Ob. Cit. Página 54.

## PRINCIPIOS DE LA POLITICA PROCESAL.

El proceso penal de una nación es el termómetro de los elementos autoritarios de una Constitución, partiendo de este principio, la ciencia procesal ha desarrollado principios o puestos constitutivos del proceso; el predominio de unos sobre otros en el derecho vigente, es un tránsito del derecho pasado al derecho futuro.

## PRINCIPIOS ACUSATORIOS Y PRINCIPIOS INQUISITIVOS

James Goldschmidt, considera que: "La retribución de la antijuridicidad viene a ser el contenido de la justicia punitiva del Estado, en el cual el actor deje de ser una persona esencial del procedimiento que tiene aquella retribución por el objeto, sin embargo el principio "actorio" transformado luego en acusatorio se mantiene en el proceso penal donde el tribunal criminal es un tribunal popular, porque de éste por falta de permanencia y movilidad no puede exigirse un procedimiento de oficio ni la recogida del material procesal, el derecho de acusación no

tiene conexión esencial y el principio de querrela privada se transforma en el de acción popular, como se demuestra en el procedimiento Romano.

Donde el Juzgado criminal es un Tribunal de Magistrados profesionales parece natural que este órgano del Poder punitivo del Estado proceda de oficio y recoja por si mismo el material que necesita para convencerse de que se comprueban los presupuestos del derecho de penal, en síntesis los principios de querrela privada y acción popular por un lado, el principio inquisitivo por el otro, conduce especialmente en Francia al principio de la acusación estatal, que reúne el principio de oficialidad, procedente del principio inquisitivo, es decir, la persecución de oficio con el proceso acusatorio.

Agrega el autor, que el fin del procedimiento penal es la averiguación de la verdad y la verificación de la Justicia; pero hay dos distintos caminos par lograr este fin; el primero, es que el juzgador criminal al considerar que hay indicios suficientes de un hecho punible, proceda de oficio y recoja por si mismo el material procesal a fin de

adquirir el convencimiento de la existencia del delito; esta configuración del proceso es inquisitivo por lo cual aborrece toda limitación que la ley podría a libre arbitrio del Juez, con respecto a los presupuestos de su intervención o al aprovechamiento del material procesal; el otro camino para llegar a la verdad y la Justicia es que el Juez encargado de la Jurisdicción penal se limita al fallo de las solicitudes interpuestas y del material producido dejando la interposición de las solicitudes u la recogida del material de aquellos que persiguiendo intereses opuestos, se presentan como partes. Esta configuración del proceso, es decir, la aplicación del principio dispositivo o de instancia de parte al procedimiento criminal es la "acusatoria".<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Goldschmidt James. Principios Generales del Proceso. Editorial Obregón y Heredia. México, 1983. Página 175.

## PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

La decisión entre configuración acusatoria e inquisitiva del proceso se lleva consigo todavía, si en todos los casos en que hay un hecho punible la persecución ha de ser obligatoria "principio de legalidad", o sea hay que tomar en cuenta también consideraciones de oportunidad, sobre todo de interés público, "principio de oportunidad", porque es más natural someter al Juez que ha de proceder de oficio al principio de legalidad, sin embargo no se excluye el derecho de acusación que se puede combinar con un deber correspondiente.

### DESARROLLO HISTORICO DE ESTOS PRINCIPIOS

A).- En el Derecho Romano; la persecución de los delitos correspondía al Magistrado, la cognición del Magistrado tenía carácter inquisitivo, inclinándose hacia el principio de legalidad puesto que los Magistrados con "imperium", no estaban sólo autorizados sino también obligados a proceder en los asuntos que caían bajo su competencia, pero no había ninguna medida que garantizara un

procedimiento efectivo contra todos los hechos punibles y al pasar el procedimiento de las "questiones", se formó un sistema de acción popular.

B).- Tampoco en el procedimiento Germánico había base para el contraste del principio de legalidad y el de oportunidad, en tanto que mezclaban asuntos civiles y penales; en la época de los francos, surgieron los primeros elementos del principio de legalidad.

C).- Al introducirse la Fiscalía en Alemania, a mediados del siglo XIX, importaba especialmente que el fiscal tuviese la posibilidad de renunciar a la querrela en casos inútiles, mientras que se creía esta posibilidad incompatible con un procedimiento judicial de oficio.

D).- En el proceso Español denomina el principio de legalidad esto se confirmó por una circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 2 de Septiembre de 1884, en la que se decía: "Lo que para los ciudadanos constituye un derecho, es deber ineludible para el Ministerio Fiscal.

### IDEA FUNDAMENTAL DEL CONTRASTE.

En el derecho moderno, no se ha resuelto el problema de si hay que preferir el principio de legalidad o el principio de oportunidad; el principio de legalidad sigue siendo el que garantiza la legalidad estricta de la justicia punitiva y por lo mismo logrará el dominio en un tiempo que se preocupa principalmente de la Constitución del Estado de Derecho y de las garantías del mismo. Frente a éste principio, el principio de oportunidad puede justificarse de dos modos; Por un lado partiendo de un enfoque que favorece un influjo político del Gobierno sobre la justicia penal; por otro lado, el interés de la verificación de la justicia material, en contraste con un formalismo legal.

### CONCEPTO DE ACCION PENAL

El concepto de Acción Penal es uno de los temas más complicados, porque la doctrina la ha definido de diversas maneras y la



definición resulta escabrosa.

Acción de "agere", obrar en su acepción gramatical significa toda actividad o movimiento que se encamina a determinado fin, en un sentido jurídico, acción es la manera de poner en marcha el ejercicio de un derecho por lo tanto la acción debe entenderse en un sentido esencialmente dinámico.

Es el derecho de obrar y está constituido por el conjunto de actos por lo que se recurre al poder jurídico para obtener que se preste fuerza y autoridad al derecho; por acción se entiende la posibilidad concreta de hacer valer un derecho, sin embargo existe una gran diferencia entre el derecho subjetivo y el medio de hacerlo valer, si habla de la existencia de una pretensión, en que la acción se funda en la pretensión de actor y no en la existencia del derecho que es independiente; para distinguir el derecho de castigar que tiene el Estado de la acción penal, la dogmática del proceso se refiere a la existencia de la "exigencia punitiva", la exigencia punitiva corresponde al Estado y debe hacerse valer ante las jurisdicciones, sirviendo de instrumento al proceso penal, la

pretensión punitiva surge de la violación de una norma penal y preexiste al nacimiento del proceso.

La comisión de un delito de origen al nacimiento de la exigencia punitiva y de ésta surge la acción penal que es el deber del Estado de perseguir a los responsables por medio de sus órganos, con sujeción a las formalidades procesales. La exigencia punitiva corresponde al derecho penal, la acción penal al derecho procesal.

Para Carlos Franco Sodi: " El ejercicio de la acción penal, consiste en el conjunto de actos regulados legalmente y que debe ejecutar el órgano de la acción de uso de poder jurídico en que ésta consiste, con el propósito de obtener de los tribunales, en cada caso concreto, la aplicación de la Ley Penal" 7

El ejercicio de la acción penal no ha sido confiado en todos los tiempos al Ministerio Público, sino que ha correspondido unas veces a los particulares, otras a los Ciudadanos y

---

7 Franco Sodi Carlos. Ob. Cit. Página 30.

en otras más a los Jueces según el concepto que se haya tenido del delito y su represión; cuando se pensó que la víctima del delito era la única interesada en obtener su castigo, a ella se confió la persecución de los delincuentes, persecución que verificaban de acuerdo a sus intereses y con el propósito de conseguir una reparación.

Los países en que se ha pensado que todo delito entraña un mal social y por lo tanto tiene interés en que se reprima, han confiado a los propios ciudadanos el ejercicio de la acción persecutoria que toma el nombre de acción popular; cuando esa exagerada intervención estatal ha prosperado se ha confiado a la persecución de los delitos de los mismo Jueces, dando lugar a la persecución de oficio, misma que como la acción privada ha sido abandonada en la actualidad. En la mayoría de las legislaciones reconoce que el ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público, y sólo en Inglaterra se practica actualmente el sistema de acción popular.

El estudio de la acción penal es la

actividad realizada por el Ministerio Público al terminar las diligencias y este órgano investigador, está en posibilidades de excitar a la autoridad judicial, solicitando se abra un proceso en contra de un inculpado determinado; esto nos lleva al análisis de algunos conceptos:

Eugenio Florian establece: "La acción penal es el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano Jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal".<sup>8</sup>

Sergio García Ramírez, indica que para Barraud la acción penal es: "El recurso ante la Autoridad Judicial ejercitando en nombre y en interés de la sociedad para llegar a la comprobación del derecho punible, de la culpabilidad del delincuente y la aplicación de las penas establecidas por la ley".<sup>9</sup>

Niceto Alcalá Zamora la define como: "El poder jurídico de promover la actuación

---

<sup>8</sup> Florian Eugenio. Elementos de Derecho Procesal Penal. Librería Bosch. Barcelona, 1934. Página 173

<sup>9</sup> García Ramírez Sergio. Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa. México, 1983. Página 186.

jurisdiccional a fin de que el juzgador pronuncie acerca de la punibilidad de éstos que el titular de la acción penal, reputa constitutivos de delitos".<sup>10</sup>

De las definiciones anteriores podemos concluir que la acción penal, es el poder jurídico del Estado, representado por uno de sus órganos, el Ministerio Público, para promover ante otro el Judicial, para que determine si los hechos investigados son constitutivos de delito y si son imputados a una persona y previa las formalidades de Ley se le apliquen las sanciones correspondientes.

Características de la acción penal: Autónoma, Pública, Indivisible, Irrevocable, de Condena, Única e Intranscendente, y analizaré a éstas:

Autónoma.- Significa que la acción penal es independiente tanto del Derecho abstracto de castigar que recae en el Estado de tentador de jus puniendi como del derecho

---

<sup>10</sup> Alcalá Zamora Niceto. Derecho Procesal Penal. Editorial Guillermo Kraftida. Buenos Aires, 1945. Página 234.

concreto de castigar o sancionar a un delincuente debidamente particularizado.

**Pública.**- Como la sociedad es la titular del bien jurídico lesionado y del interés de reparación jurídica que se promueve en el Derecho Penal, por lo mismo la acción penal pública.

**Indivisible.**- Es indivisible la acción penal, en el sentido de que se despliega en contra de todos los participantes en la perpetración del delito.

**Irrevocable.**- Significa que el Ministerio Público carece de facultades para desistirse del ejercicio de la acción penal cuando el proceso se inicia sólo puede tener como fin la sentencia. En México es conocido el desistimiento en ambos fueros, el cual resuelve el Procurador General, con una excepción, cuando el inculpaado es farmacodependiente y se demuestra antes del término Constitucional de 72 horas, que sólo poseía la cantidad de droga necesaria para su consumo.

**De Condena.**- La acción penal es de

condena, en algunos casos que la Ley previene no siempre es pena sino medida asegurativa, porque si bien por regla general la acción penal, es de condena en ciertos casos puede ser absolutoria, cautelar, consultiva e impugnativa.

Unica.- La actividad del Ministerio Público, tiene generalmente sentido punitivo, pero puede ser de sentido opuesto de no punibilidad, pero cualquiera que sea el sentido ha de cumplirse siempre por medio de la acción penal.

Intranscendente.- La acción penal es intrascendente porque se ejercita únicamente en contra de la persona que se presume ha cometido algún delito, no trasciende a su familia u otras personas ajenas al hecho que se imputa a un determinado individuo.

Acción Civil.- Es la ejercitada por el particular cuando se ha violado una norma de derecho privado que sólo persigue la restauración del daño causado, en la cual procede el desistimiento, la transacción y la renuncia.

**Acción Penal.**- Esta es pública, surge al tener conocimiento el Ministerio Público de la probable comisión de un delito, que está encomendada a éste órgano del Estado y tiene por objeto definir la pretensión punitiva del mismo.

#### DIFERENCIAS ENTRE AMBAS ACCIONES

Aún cuando la acción penal y la civil pueden derivarse del mismo hecho delictuoso, existen entre ellas diferencias que Garranud precisa de la siguiente manera:

"a).- Tiene una causa distinta, debido a que la acción penal, se origina de la lesión a los bienes o intereses particulares.

"b).- No tiene el mismo objeto, porque la acción penal tiende a la aplicación de las sanciones y la civil a la reparación del daño causado.

"c).- El ejercicio de la acción penal encomienda a personas distintas, la penal a funcionarios especiales y la civil a la víctima del delito.



"d).- La acción penal solamente se ejercita en contra de los autores o cómplices del delito y la civil en contra del inculpado, sus herederos y las personas que la ley declara civilmente responsables.

"e).- Las dos acciones diferentes en su causa, en su objeto y en su ejercicio, lo son también en su modo de extinción, puesto que respecto a la acción penal, el interés social puede quedar satisfecho, no así el privado, y en cuanto a la amnistia y la muerte del inculpado que extinguen la acción penal, dejan subsistente la acción civil".<sup>11</sup>

#### PRINCIPIO QUE RIGEN EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL

A).- El oficial o de oficialidad. Es aquél en virtud del cual se encomienda a ciertos órganos la facultad de ejercitar la acción penal por propia determinación cuando se trata de delitos que se persiguen de oficio, o a instancias de parte ofendida, previa querrela de ésta.

---

<sup>11</sup> González Blanco Alberto. El Procedimiento Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México, 1979. Página 53.

- B).-El de disponibilidad.- Conforme e al cual el órgano a que se encomienda su ejercicio, una vez deducida puede hacer cesar el curso de ella.
- C).- El de Legalidad.- Que obliga al ejercicio de la acción penal, sobre todo cuando éste se encomienda a funcionarios públicos y se satisfacen las exigencias señaladas en la ley.
- D).-El de Oportunidad.- Que permite que el titular del ejercicio de la acción penal, pueda discrecionalmente ejercitarla o no, según se estime conveniente atendiendo a la apreciación que haga del interés social del momento.

Para el ejercicio de la acción penal, se requiere que se satisfagan ciertos requisitos y condiciones a las que Florian llamó presupuestos generales y condiciones de procedibilidad los cuales se refieren a:

- "A).-Que exista al menos presumiblemente un hecho sancionado por la Ley como

delito.

- B).- Que exista una persona física a quien pueda imputársele el hecho delictuoso".
- C).- Que exista un órgano titular de la sanción cualquiera que sea su naturaleza.
- D).- Que exista un órgano judicial con facultad decisoria.
- E).- Que exista un ofendido por el delito que puede ser una persona física o moral y ésta pública o privada.

**LAS CONDICIONES SE REFIERE A :**

- A).-Que no exista un proceso en trámite por el delito calumnia, porque en ese supuesto, la acción no podrá ejercitarse hasta que se haya dictado sentencia y cause estado.
- B).-En el caso de que el raptor se case con al raptada no puede intentarse la acción penal, mientras no se declare nulo el matrimonio.

- C).-Que no se haya formulado la querrela en los delitos que se requieran.
- D).-Que el imputado goce de fuero en cuyo caso antes del ejercicio de la acción penal, deberá contarse con la autorización para proceder.
- E).-Que la acción penal no esté prescrita, y:
- F).-Que no se haya ejercitado antes por el mismo delito".

#### CUESTIONES PREJUDICIALES.

Para Eugenio Florian: "Son cuestiones de derecho cuya resolución se presenta como antecedente lógico y jurídico del derecho penal objeto del proceso y que versan sobre una relación jurídica de naturaleza particular y controvertida, estando por completo sustraída al conocimiento del Juez Penal.

Las cuestiones prejudiciales se distinguen

de las cuestiones previas, en que las primeras se refieren a un elemento de la inculpación que debe ser examinada por Juez distinto al del proceso, mientras las previas si pueden ser resueltas por éste último".<sup>12</sup>

#### DIFERENCIA ENTRE CUESTIONES PREVIAS Y PREJUDICIALES.

A).- Las cuestiones previas, como meros incidentes que son de un proceso principal, no se conciben fuera de éste, mientras que las cuestiones prejudiciales implican una relación procesal autónoma, aunque conexas con el proceso principal y constituye por lo tanto un verdadero proceso.

B).- La resolución de las cuestiones previas corresponde siempre al Tribunal que conozca del asunto principal; en las prejudiciales ya hemos visto que hay ocasiones en que se confiere a otros ramos de la jurisdicción.

---

<sup>12</sup> Florian Eugenio. Ob. Cit. Página 196 y 198

C).- El sobreseimiento, que es nunca el resultado inmediato de la suerte que corra una cuestión prejudicial, puede sobrevenir en cambio, como consecuencia directa del éxito que acompaña a una cuestión previa.

Los efectos jurídicos de la acción penal, una vez ejercitada se prolonga hasta la sentencia definitiva y solamente puede extinguirse o suspenderse en los casos previstos por la ley; y estos a su vez se dividen en dos grupos.

El primer grupo se encuentra:

- A).- La muerte del inculcado
- B).- El perdón o consentimiento del ofendido cuando éste proceda, y:
- C).- El mismo hecho delictuoso ya juzgado anteriormente

a).- El artículo 91 del Código Penal establece: La muerte del delincuente extingue la acción penal así como las sanciones que se hubieren impuesto a excepto de la reparación del daño, y la

de decomiso de los instrumentos con que se cometió el delito y de las cosas que sean efecto u objeto de él.

b).- El artículo 93 del Código Penal al referirse al perdón indica: El perdón del ofendido o de legitimo para otorgarlo extingue la acción penal respecto de los delitos que solamente pueden perseguirse por querrela, siempre que se conceda antes de pronunciarse sentencia en Segunda Instancia y el reo no se oponga a su otorgamiento.

c).- El mismo hecho delictuoso ya juzgado anteriormente, ya que el artículo 23 Constitucional señala: Que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito ya sea que en juicio se le absuelva o se le condene.

En el segundo grupo figuran de acuerdo con el Código Penal y de Procedimientos Penales del Distrito Federal:

A).- La Amnistía.

B).- La Prescripción, y

**C).- El Sobreseimiento derivado de las conclusiones inacusatorias del Ministerio Público**

**a).- La Amnistía: La Amnistía extingue la acción penal y las sanciones impuestas excepto la reparación del daño, en los términos que la Ley dictare al concederla, y si no se expresare, se entenderá que la acción penal y las sanciones impuestas se extingue con todos sus efectos con relación a todos los responsables del delito, artículo 92 del Código Penal.**

**b).- La Prescripción: Por la Prescripción se extingue la acción penal y las sanciones; la Prescripción es personal y para ella bastará el simple transcurso del tiempo señalado en la Ley; artículo 100 y 101 del Código Penal.**

**c).- El Sobreseimiento derivado de las conclusiones inacusatorias del Ministerio Público, toda vez que los artículos 320, 323 y 324 del Código de Procedimientos Penales señalan:**



Artículo 320: Si las conclusiones del Ministerio Público fueran de no acusación o contrarias a las constancias procesales, el Juez señalando en que consiste la contradicción, cuando ésta sea motivo de la remisión, dará vista de ellas con el proceso respectivo al Procurador de Justicia, para que éste las confirme modifique o revoque.

ARTICULO 323.- Si el pedimento del Procurador fuere de no acusación y el Juez al recibir aquél, sobre será el asunto y ordenará la inmediata libertad del procesado.

ARTICULO 324.- El auto de sobreseimiento producirá los mismos efectos que una sentencia absolutoria.

Para Sergio García Ramírez: "No es la acción penal la que extingue sino la pretensión punitiva del Estado de castigar a los delincuentes; ya que la acción penal constituye solamente un derecho formal para poner en movimiento a la Autoridad

Jurisdiccional, recabando de ésta el ejercicio de sus atribuciones de declarar el derecho; el primer elemento agrega el autor generalmente olvidado en los Códigos de la materia, es la sentencia firme, ya que ésta funciona como expediente extintivo, aún cuanto el artículo 23 Constitucional, como ya lo establecimos: dispone que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito".<sup>13</sup>

De lo anterior podemos concluir que fuera de los casos a que nos hemos referido, los efectos jurídicos de la acción penal una vez ejercitada se prolonga hasta la sentencia definitiva, que es cuando la causa toma la categoría de cosa juzgada, y en contra de la cual no se puede interponer recurso alguno.

#### QUIEN DEBE EJERCITAR LA ACCION PENAL

El artículo 21 Constitucional establece: "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la Autoridad y mando inmediato de aquél..."

---

<sup>13</sup> García Ramírez Sergio. Ob. Cit. Pagina 186.

El párrafo inicial de este artículo podemos dividirlo en dos partes; la primera se refiere a la exclusiva facultad judicial para imponer penas; y la segunda regula las funciones del Ministerio Público.

PRIMERA.- Se establece que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la Autoridad Judicial, éste precepto proviene casi sin modificaciones de la Constitución de 1857, la cual otorgó a los Jueces la facultad de imponer penas por los delitos previamente reconocidos como tales por la Ley; en esta forma quedó prohibido que autoridades distintas a la Judicial pudieran hacerlo.

SEGUNDA.- De modo exacto define las atribuciones del Ministerio Público, institución cuyos orígenes se encuentran en Francia y España pero que en México adquirió con caracteres propios; una de las aportaciones del Constituyente de 1917 al mundo jurídico fue la especial estructura que dio a este Organismo.

Hasta antes de 1910, los jueces tenían la facultad no sólo de imponer las penas

previstas para los delitos sin investigar éstos, así el Juez de instrucción también realizaba funciones de Jefe de la Policía Judicial, pues antes intervenía directamente en la investigación de los hechos delictuosos.

En esa época se podían presentar las denuncias directamente al Juez, quien estaba facultado para actuar de inmediato, sin que el Ministerio Público le hiciera petición alguna; en tales condiciones aquél ejercía un poder casi limitado, ya que tenía en sus manos la facultad de investigar y acumular pruebas y de procesar y juzgar a los acusados.

Contra este injusto sistema se alzó entre todas las voces la de Venustiano Carranza, el cual consistió de la trascendencia de la novedad que proponía, asentó en la exposición de motivos del proyecto que presentó a la Asamblea, en las siguientes palabras: "...Pero la Reforma no se detiene allí, sino que se propone una innovación que seguro revolucionará completamente el sistema procesal que durante tanto tiempo a regido en el País no obstante todas sus imperfecciones

y deficiencias. las Leyes vigentes, tanto en el orden federal como en el común han adoptado la institución del Ministerio Público, pero la adopción ha sido nominal, tiene un carácter decorativo para la recta y pronta administración de Justicia.

Los Jueces mexicanos han sido, durante el período corrido desde la consumación de la independencia hasta hoy, iguales a los Jueces de la época colonial; ellos son los encargados de averiguar los delitos y buscar las pruebas, a cuyo efecto siempre se han considerado autorizados a emprender verdaderos asaltos contra los reos, para obligarlos a confesar, lo que sin duda alguna desnaturalizan las funciones de la adjudicatura.

La sociedad entera recuerda horrorizada los atentados cometidos por los Jueces que ansiosos de renombre, veían con positiva fruicción que llegase a sus manos un proceso que les permitiera desplegar un sistema completo de opresión, en muchos casos contra personas inocentes, y en otros contra la tranquilidad y el honor de las familias, no respetando en sus inquisiciones, ni las

barreras mismas que terminantemente establecía la ley.

La misma organización del Ministerio Público, a la vez que evitara ese sistema procesal tan vicioso, restituyendo a los jueces toda la dignidad y la respetabilidad de la Magistratura, dará al Ministerio Público, toda la importancia que le corresponde, dejando exclusivamente a su cargo la persecución de los delitos, la busca de los elementos de convicción, ya que no se hará por procedimientos atentatorios y reprobados, y la aprehensión de los delincuentes.

Por otra parte, el Ministerio Público, con la Policía Judicial represiva a su disposición, quitará a los presidentes Municipales y a la Policía Común, la posibilidad de hasta hoy han tenido de aprehender a cuántas personas juzgan sospechosas, sin más mérito que se criterio particular.

Con la Institución del Ministerio Público, tal como se propone, la libertad individual; quedará asegurada; porque según el artículo

16 de la Constitución nadie podrá ser detenido sino por orden de la autoridad Judicial, la que no podrá expedirse sino en los términos y con los requisitos que el mismo artículo exige".<sup>14</sup>

Fue así como cambió radicalmente el sistema que hasta entonces había imperado; en adelante el titular de la función investigadora será el Ministerio Público de este modo cuando el Ministerio público tenga conocimiento de un hecho que probablemente pueda constituir delito, le corresponde llevar a cabo la investigación y el proceso, ejercer la acción penal ante el Juez competente.

De lo anterior se desprende que tratándose del ejercicio de la acción penal en nuestro País el Ministerio Público es la única autoridad facultada para ejercer dicha acción y aunque hay un caso de verdadera excepción que es cuando los diputados la ejercitan ante el Senado, no por ese hecho cambia la naturaleza de la institución del Representante Social en México ya que ésta se

---

<sup>14</sup> Constitución Política Mexicana. Comentada.

refiere a los casos en que los altos funcionarios de la Federación, son los inculcados y sólo es para recibir la autorización, para proceder en su contra y siempre sera el Ministerio Público, quien ejercite la acción penal ante la Autoridad Judicial.

El párrafo Tercero del artículo 3° de la Constitución Política Mexicana, concede acción popular para denunciar ante la Cámara de Diputados los delitos comunes y oficiales de los funcionarios de la Federación, por ende lo llamado por el Legislador acción popular debe entenderse en el sentido de que cualquier persona puede presentar denuncia para que la cámara de Diputados acuse ante el Senado de la República.

En conclusión salvo en caso en que interviene la Cámara de Diputados que es la verdadera excepción, el titular de la acción penal de México, es el, Ministerio Público.

ANTE QUIEN SE EJERCITA LA ACCION PENAL.



En el Distrito Federal existen varios órganos Jurisdiccionales en Materia Penal, por lo tanto es conveniente determinar ante quien de ellos se ejercitará la acción penal. Para cumplir con esos fines el Ministerio Público deberá tener en cuenta la capacidad Jurisdiccional de cada Autoridad ante quien debe de ejercitar la acción penal, la calidad de la persona que cometió el delito así como el ilícito cometido por ésta, tomando en cuenta que existen Juzgados del Fuero Federal y Común, entre los que se encuentran los de Paz del Distrito Federal, así como en los Juzgados del Fuero de Guerra.

PRIMERO.- El Ministerio Público Federal, ejercerá acción penal ante los Juzgados del Distrito en Materia Penal, que se encuentren en turno, cuando el ofendido sea la Federación o se trate de delitos Federal, como lo establece el artículo 41 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, si los hechos sucedieron en su jurisdicción.

SEGUNDO.- El Ministerio Público del Distrito Federal ejercerá acción penal ante

los Juzgados Penales, de esta Jurisdicción, cuando el delito de que se trate sea del orden común y que tenga una pena mayor de dos años de prisión, como lo previene el artículo Décimo del Código de Procedimientos Penales, del Distrito Federal, el cual establece: "Los Jueces de Paz conocerán Materia Penal el procedimiento Sumario de los delitos que tengan como sanción, apercibimiento caución de no ofender, multa independientemente de su monto o prisión cuyo máximo sea de 2 años. Fuera de la competencia a que se refiere el párrafo, los Jueces Penales conocerán tanto de los procedimientos Ordinarios como Sumarios.

TERCERO.- En cuanto el Ministerio Público Militar éste ejercerá acción penal ante los Juzgados Penales del Fuero de Guerra, siempre que el delito se haya cometido por un militar estando en funciones de su trabajo y que tenga una pena señalada en el Código Mexicano de Justicia Militar, tomando en cuenta lo establecido en el Segundo Párrafo del artículo 13 de la Constitución Política Mexicana.

El Artículo 13 Constitucional indica: Que

subsiste el Fuero de Guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los Tribunales Militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su Jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército y agrega que cuando un delito falta del orden militar estuviese implicado un paisano, conocerá del caso la Autoridad Civil que corresponda.

CUARTO.- En el caso del Ministerio Público del Fuero Común de los Estados de la República, éste ejercerá acción penal ante la Autoridad Judicial que corresponda, el cual puede ser un Juez Penal, un Juez menor o un Juez Municipal, según el delito y la distribución Jurisdiccional de cada Estado o Municipio.

En los casos en que un Agente del Ministerio Público levante unas diligencias o averiguaciones previas y de la investigación aparezca que los hechos sucedieron en una circunscripción que no le corresponde tendrá que poner a disposición del Representante Social correspondiente a diligencias que haya levantado y al indiciado en su caso, para que éste resuelva si ejercita o no la acción.

penal.

De lo anterior concluimos que el ejercicio de la acción penal siempre deberá hacerse ante la Autoridad Judicial que corresponda; el Ministerio Público Investigador en los casos de excepción, cuando por un delito de que se trate o la peligrosidad del delincuente, el proceso se siga en Territorio diferente de dónde sucedieron los hechos, aunque también cuando haya conflicto sobre a quien corresponda la competencia para conocer de un determinado proceso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación será quien decida sobre la Autoridad Judicial competente.

## 2.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

Primeramente en la Constitución de Cádiz de 1812, en la que dispone, si se resolviese que el arrestado se ponga en la cárcel o permanezca en ella, se proveerá "Auto Motivado", entregándosele copia al Alcalde para que lo inserte en el "Libro de Presos" ya que sin ello no, se admitiría a un preso en tal calidad.

Las Leyes Mexicanas principalmente en la "Quinta Ley Constitucional", expedida durante el centralismo, en la que dispone que para proceder a prisión a una persona es necesario que proceda información Sumaria que resulte de algún hecho que merezca, según la Ley, penal corporal y que resulte motivo alguno o indicio para creer que tal persona ha cometido un hecho criminal.

El uso de empleado de término "Formal" para distinguir los procesos se acostumbra, pues no hemos encontrado en diversas Legislaciones que empleen el mismo término.

Entre los Jurisconsultos Mexicanos como: Jacinto Pallares. Sostiene: " Que el Auto de

Formal Prisión equivalentes a elevar la causa a Formal Proceso y que no debe entenderse en el sentido de que en el proceso que se instruye no pertenezca a la clase de aquéllos que deben fallarse en simple partida, sin intervención del Jurado, del Jurado, por versarse delitos leves, ninguna disposición legal previene expresamente que los Jueces eleven sus causas a formal Proceso y el mandamiento de Formal Prisión fue una costumbre nacida de las circunstancias de que hubiere Juicios Criminales Ordinarios que admiten muchas instancias y Juicios Breves, Sumarios que se fallan sin solemnidades, o sean los llamados fallos en partida, de manera que marca la ley de Jurados de 15 de Julio de 1869, al aceptar ésta práctica, la sancionó disponiendo que al dictarse el Auto de Formal Prisión se expresare si el proceso deberá verse ante el Jurado o, lo que es lo mismo si las diligencias se elevan a Formal Proceso". 15

Don Blas José Gutiérrez Alatorre opina de modo contrario, sosteniendo que: "La Formal Prisión no se pronuncia solamente en las causas formales, sino también en simples partidas, se creó que el término "AUTO DE FORMAL PRISION" se empleó como expresa Pallares".<sup>16</sup>

Que para poder distinguir los Procesos Formales que requiere una tramitación especial y más dilatada, atendiendo a la gravedad y a la complejidad del delito, de los procesos sumarios o sumarísimos en delitos que por su índole, su tramitación reclama mayor rapidez, aunque después el empleo del término "Auto de Formal Prisión", se extendió a todos los demás procesos.

En la Ley de enjuiciamiento Criminal Española de 1882 no se hace referencia alguna al Auto de Formal Prisión;

---

<sup>16</sup> Gutiérrez Flores Alatorre Blas José. Apuntes Sobre los Fueros.

pero si se distingue con claridad lo que es la simple detención de la prisión provisional, y se fija el término de 72 horas para que el Juez pronuncie mandamiento elevado a la detención a prisión preventiva o para que deje a aquellas sin efecto, restituyendo al detenido en el goce de su Libertad.

La detención y la prisión provisional que inspiran como se ha indicado, en la necesidad de asegurar al presunto responsable con el objeto de prevenir su fuga. Ya que la detención puede durar solamente unos horas, las necesarias para que el Juez haga saber al inculcado los cargos existentes en su contra y le tome su Declaración

Preparatoria, en cuanto a que la prisión provisional, prolonga el aseguramiento preventivo de la persona por el tiempo que dure la secuela del proceso, a fin de que quede sujeto al Organó Jurisdiccional que lo Juzga hasta que se dicte sentencia y se decida si es o no culpable.



**AUTO DE FORMAL PRISION.**

Nuestro Auto de Formal Prisión, regia en Instancia Suprema por el artículo 19 Constitucional, tiene la ascendencia Española y Portuguesa.

Porque en el Derecho Hispano es bien conocido el Auto de Procesamiento, que ofrece puntos de conexión precisa con el de Formal Prisión del Régimen Mexicano, así como también lo es, en el Derecho de Portugal.

Jiménez Asenjo, caracteriza al Auto de Procesamiento como: "Aquella resolución interlocutoria fundada, en la que, imputándose provisionalmente a determinada persona o personas un hecho punible, se le sujeta directamente y con bienes bastantes, si los tiene, al resultado definido que dicte el Tribunal Juzgado". 17

---

17 Jiménez Asenjo, citado por García Ramírez Sergio, Ob. Cit. Página 435

Cabe hacer mención que el artículo 384 de la Ley Española de Enjuiciamiento Criminal no fija plazo o término para la emisión de este auto; sólo dice desde que resultase del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona; por ello cabe que se dicte tras primeras diligencias o aún estando muy avanzada la instrucción.

Por otra parte para el adecuado deslinde entre ésta resolución y la correspondiente al Derecho Mexicano, conviene también tomar en cuenta, que bajo el Régimen Español el procesamiento no involucra, por fuerza, la Prisión Preventiva, sino constituye su presupuesto por más que frecuentemente se documente ambos actos de manera conjunta.

## **C A P I T U L O     I I**

### **II.- NATURALEZA JURIDICA DEL AUTO DE PLAZO CONSTITUCIONAL**

- 1.- AUTO DE FORMAL PRISION**
- 2.- AUTO DE FORMAL PRISION CON  
SUJECION A PROCESO.**
- 3.- AUTO DE LIBERTAD POR FALTA  
DE ELEMENTOS PARA PROCESAR  
CON LAS RESERVAS DE LEY.**

## 1.- AUTO DE FORMAL PRISION.

### LA PRE-INSTRUCCION.

**CONCEPTO:** La instrucción es la etapa procedimental en dónde se llevará a cabo actos procesales, encaminados a la comprobación de los elementos del delito y al conocimiento de la responsabilidad o inocencia del supuesto activo; el órgano Jurisdiccional, a través de la prueba conocerá la verdad histórica y la personalidad del procesado, para estar en aptitud de resolver, en su oportunidad, la situación jurídica planteada.

La instrucción se inicia cuando ejercitada la acción penal, el Juez ordenará la "radicación del asunto", principiándose hacia el proceso y consecuentemente, la trilogía de actos que lo caracterizan acusatorios, de defensa y decisorios.

Etapas en que se divide: En el Distrito Federal el primer periodo abarca, desde el "Auto de inicio" o de radicación hasta el Auto de Formal Prisión, y el segundo principia con el auto mencionado en último

término y concluye con el auto que declara cerrada la instrucción.

El Código Federal de Procedimientos Penales, objeto de incesantes reformas, considera en la actualidad que la instrucción principia con el Auto de Formal Prisión, resolución judicial que abre una primera etapa, misma que termina con la resolución que considera agotada la averiguación o instrucción y que da lugar a que las "partes" ofrezcan las pruebas que estimen pertinentes y que puedan practicarse dentro de los quince días siguientes al que se notifique el auto que recaiga a la solicitud de la prueba. Según las circunstancias que aprecie el Juez en la instancia, podrá ampliarse el plazo para el desahogo de pruebas hasta por 10 días más".

Por lo que concluye que: El "Procedimiento de Instrucción", se inicia con la consignación y concluye con el Auto de Formal Prisión, resolución judicial que dá lugar al surrimiento de la instrucción.

Primera etapa de la instrucción:  
Ajustándose a los lineamientos de la

Legislación del Distrito Federal, por considerarla más sencilla; y por ende, menos rebuscada y artificiosa que la Federal, la primera etapa de la instrucción se inicia en el momento en que ejercitada la acción penal por el Ministerio Público, se dicte el auto de radicación o de inicio, también llamado comunmente "Cabeza de Proceso".

A).- AUTO DE RADICACION.- El Auto de Radicación es la primera resolución que dicta el órgano de la Jurisdicción, con ésta se manifiesta en forma efectiva la relación procesal, pues es indudable que, tanto el Ministerio Público como el procesado, quedan sujetos, a partir de ese momento, a la jurisdicción de un determinado tribunal.

En cuanto al tiempo dentro del cual debe dictarse el Auto de radicación, si se precisa en el artículo 286 Bis del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal; en cambio en el Código Federal establece que se hará de inmediato y además: Si durante el plazo de diez días contados a partir del día en que se haya hecho la consignación no se dicta, el Ministerio Público recurrirá en queja ante el Tribunal Unitario de Circuito.

Esta resolución judicial debe contener los requisitos de: La fecha y hora en que se recibió la consignación; la orden para que se registre en el Libro de Gobierno y se den los avisos correspondientes, tanto al Superior como al Ministerio público adscrito, para que éste último intervenga de acuerdo con sus atribuciones; y la orden para practicar las diligencias señaladas en la Constitución General de la República y el Código de Procedimientos Penales, si hay detenido; cuando no lo hay, deberá ordenar el Juez que se haga constar todos los datos primeramente citados para que, previo estudio de las diligencias, esté en aptitud de obsequiar la ORDEN DE APREHENSION, o negarla.

B).- EFECTOS.- Los efectos jurídicos del auto mencionado dependerá de la forma en que se haya dado la consignación (sin detenido o con él).

En ésta primera hipótesis al dictar el auto de radicación, el Juez tomará en cuenta si los hechos ameritan una sanción corporal o por el contrario, se sanciona con una pena alternativa, puesto que ambas situaciones

derivan hacia consecuencias jurídicas diferentes: En el primer caso previa la satisfacción de los requisitos del artículo 16 Constitucional, procederá la Orden de Aprehensión; en el segundo, el libramiento de la Cita, Comparecencia u Orden de Presentación para lograr la presencia del sujeto ante el Juez.

En la segunda hipótesis, se tomará en cuenta lo preceptuado en el artículo 19 Constitucional, que a la letra dice: Ninguna detención podrá exceder del término de tres días sin que se justifique con un auto de Formal Prisión, en el que se expresarán: El delito que se impute al acusado; los elementos que constituye aquél; lugar, tiempo y circunstancia de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa los que deben ser bastantes para comprobar el tipo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado, la infracción de esta disposición hace responsable a la Autoridad que ordene la detención o la consienta, y a los Agentes, Ministros, Alcaldes o Carceleros que la ejecuten.

Todo proceso se seguirá forzosamente por el



delito o delitos señalados en el Auto de Formal Prisión. Si en la secuela de un proceso apareciese que se ha cometido algún delito distinto del que se persigue, deberá aquél ser objeto de acusación separado, sin perjuicio de que depuesto pueda decretarse la acumulación, si fuera conducente.

Todo maltratamiento en la aprehensión o en las prisiones; toda molestia que se infiera sin motivo legal; toda gavela o contribución en las cárceles, son abusos, que serán corregidos por las leyes o reprimidos por las Autoridades.

Esta disposición contiene un conjunto de garantías que son fiel reflejo, no únicamente del sentido profundo de los humanistas más notables, sino también de la evolución del Derecho Penal en cuanto a sus fines y tratamientos.

Consecuentemente con lo anterior, cuando hay detenido obedeciendo lo preceptuado en la disposición transcrita, dentro de las primeras cuarenta y ocho horas del término aludido, se ordenará la práctica de un conjunto de diligencias también señaladas por

la Constitución General de la República en la Fracción III del artículo 20.

**LA DECLARACION PREPARATORIA:** Es el acto a través del cual comparece el indiciado ante el Organo Jurisdiccional, con el objeto de hacerle conocer el hecho punible por el que el Ministerio Público ejercitó la acción penal en su contra para que puedan llevar a cabo sus efectos de defensa y el Juez resuelva la situación jurídica, dentro del término Constitucional de setenta y dos horas.

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

Compartiendo el criterio de González Bustamante, el término correcto es DECLARACION PREPARATORIA, porque "No sólo corresponde al sistema de enjuiciamiento que reconocen nuestras Leyes en vigor, sino porque permite distinguirlo de otras locaciones empleadas en los sistemas de

enjuiciamiento inquisitorio y mixto. Declarar significa exponer hechos: Es una manifestación del ánimo o de la intención o de la posición que hace un inculpado en causas criminales. Preparar quiere decir prevenir, disponer de alguien para una acción que se ha de seguir". 18

En este sentido, la declaración preparatoria, tiene por finalidad informar al inculpado sobre el procedimiento judicial instaurado en su contra para que conteste los cargos.

La declaración preparatoria como garantía Constitucional. El artículo 20 de la Constitución General de la República establece: " En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías... Fracción III.- Se le hará saber en audiencia pública y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la Justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación a fin de que conozca bien el hecho punible que se le

---

18 Colín Sánchez Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa. México. 1993. Página 319.

atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este caso su declaración preparatoria".

Del contenido de este precepto se desprende las siguientes garantías: Que el procesado conozca los hechos motivo de la acusación y en ésa forma pueda preparar su defensa, la cual se iniciaría, ya sea con su declaración o con los actos que lleve a cabo su defensor; la de tiempo, es decir, que dentro de las cuarenta y ocho horas declare ante su Juez. Debemos aclarar que, dicho término deberá principiarse a contar a partir del momento en que fue puesto a disposición de la Autoridad Judicial, por eso es tan importante hacer constar la fecha en el auto de radicación.

Si la declaración preparatoria es una garantía, para que tenga vigencia deberá tomarse tan pronto como principie a transcurrir el término, no al estar por vencerse, basándose para ello en el significado de la palabra "durante", pues de ser así, se colocaría al procesado en estado de indefensión.

Lo que en un aspecto son garantía para el

procesado, en otro se convierte en obligaciones para el órgano Jurisdiccional: Dentro del término de las cuarenta y ocho horas siguientes a la consignación, el Juez está obligado a darle a conocer los hechos, el nombre de su acusador, naturaleza y causa de la acusación a oírle en defensa y a tomarle en ese mismo acto su declaración preparatoria, hecho lo anterior se resuelva su situación jurídica a dictar el Auto de Plazo Constitucional.

**AUTO DE FORMAL PRISION.**

De acuerdo con lo preceptuado en el Artículo 19 Constitucional y las Leyes adjetivas, Federal y del Distrito, el Auto de Formal Prisión, es al resolución pronunciada por el Juez, para resolver la situación jurídica del procesado al vencerse el tiempo Constitucional de setenta y dos horas, por estar comprobado los elementos integrantes del tipo de un delito que merezca pena corporal y los datos suficientes para presumir la responsabilidad; siempre y cuando, no esté probada a favor del procesado una causa de justificación, o que extinga la acción penal para así determinar el delito ó delitos por los que ha de seguir el proceso.

Todo Auto de Formal Prisión, contendrá indispensablemente los requisitos medulares y formales. Los primeros están previstos en el artículo 19 de la Constitución General de la República y que a continuación indica: Que esté comprobado los elementos del tipo, así como los datos sobre la probable responsabilidad del procesado, este último puede no estar suficientemente acreditado, se

requiere solamente la presunción; en cambio el cuerpo del delito siempre debe comprobarse plenamente.

El Código Federal de Procedimientos Penales, establece que en el Auto de Formal Prisión se dictará cuando de lo actuado aparezcan los siguientes requisitos:

- I.- Que se haya tomado declaración preparatoria al inculpado en al forma y con los requisitos que para esos fines señala la ley.
- II.- Que esté comprobado el tipo del delito que tenga señalado sanción privativa de libertad.
- III.- Que en relación con la fracción anterior, esté demostrada la presunta responsabilidad del acusado; y
- IV.- Que no esté plenamente comprobada a favor del inculpado, alguna circunstancia eximente de responsabilidad o extinga la acción penal. Artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal indica que todo Auto de Formal Prisión debe contener:

I.- La fecha y hora exacta en que se dice:

II.- La expresión del delito imputado al procesado 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 de lugar, tiempo o circunstancia de ejecución y demás datos que arroje la averiguación previa, que serán bastantes para tener por comprobado el tipo del delito:

V.- Todos los datos que arroje la averiguación, que hagan probable la responsabilidad del acusado, y

VI.- Los nombres del Juez que dicte la determinación y del Secretario que la autorice. Artículo 297 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal.



El auto de Formal Prisión se hace por escrito; principia con la indicación de la hora y la fecha en que se pronuncia, el número de la causa y el nombre de la persona cuya situación jurídica va a determinarse. En un resultando o varios se hace una relación de los hechos contenidos en las diligencias de averiguación y de las practicadas durante el término de setenta y dos horas. Contendrá asimismo una parte considerativa en que el Juez mediante el análisis de la valoración jurídica de los hechos imputados al sujeto determinará la razón por la cual estima que existe indicios bastantes para considerar al procesado (dentro de la hipótesis previstas por el artículo 14 del Código Penal), como su posible autor, para estos efectos, el Juez aplicará los preceptos legales procedentes, pero la valoración de las pruebas la hará directamente, según su criterio.

Por último, concretamente se decreta: La Formal Prisión de la persona de que se trate, como presunta responsable de los hechos delictuosos que motivaron el ejercicio de la acción penal, la (Identificación) del sujeto y los informes sobre los antecedentes o

anteriores ingresos de éste; que se giren la "Boletas" correspondientes, se notifique la resolución y se haga saber el derecho concedido por la Ley al procesado, para impugnar la resolución judicial.

La fecha del Auto de Formal Prisión reviste gran importancia, pues ya dejamos establecido en el artículo 19 Constitucional contiene un conjunto de garantías de libertad, que a la vez se constituye en obligaciones ineludibles para el Órgano de las Jurisdicción. Los Custodios que no reciban copia autorizada del Auto de Formal Prisión de un detenido, dentro de las setenta y dos horas que señala el artículo 19 contadas las setenta y dos horas que señala el artículo 19 contadas desde que aquél esté a disposición de su Juez, deberá llamar la atención a éste sobre dicho particular, en el acto mismo que de concluir el término si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, lo pondrán en libertad.

El Código Federal de Procedimientos Penales, al respecto indica: EL AUTO DE FORMAL PRISION, se notificará a la Autoridad

responsable del establecimiento dónde se encuentre el detenido, el inculpado. Si este funcionario no recibe copia autorizada de la mencionada resolución dentro de los plazos que señala el artículo 161, en su caso a partir del acto en que se puso al inculpado a disposición de su Juez, dará conocer por escrito esta situación al cita Juez y al Ministerio Público en el momento mismo de concluir el plazo y si no obstante éste no recibe la copia autorizada del auto de formal prisión dentro de las tres horas siguientes, pondrá en libertad al inculpado. De todo ello se dejará constancia en el expediente del proceso.

El reglamento de Reclusorios del Distrito Federal en el artículo 44, agrega que al transcurrir el término setenta y dos horas, no recibe copia autorizada del Auto de Formal Prisión, dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad, Levantando el Acta Administrativa correspondiente.

Es incuestionable señala Guillermo Colín Sánchez, que: "Que esa acta, se un documento más para engrosar los archivos del Reclusorio o para respaldar la actuación del Director o

encargado del mismo, respecto al acto que ejecutó; su importancia es mayor, debe remitirse, ya sea una copia o el original al Ministerio Público para que esa Institución proceda, de acuerdo con sus atribuciones, en contra del Órgano Jurisdiccional.

Por otra parte si la resolución judicial era la Formal Prisión, e ésta fue dictada rebasando el término Constitucional, y ya el procesado (quien no tenía derecho a la libertad), fue puesto en libertad por el Custodio.

A nuestro juicio, el Auto de Formal Prisión aún dictado fuera de tiempo, no carece de valor, debe producir los efectos jurídicos correspondientes, puesto que el término dentro del cual debe dictarse, es una garantía instituida para que no se prolongue ninguna detención sin causa justificada y esto no afecta a la resolución misma, trae, eso sí consecuencias para quien en ejercicio de sus funciones no se ajustó a los lineamientos legales en relación al término en que debió haber resuelto.

Desde el punto de vista procesal, previo

pedimento del Ministerio Público habrá de dictarse orden de reaprehensión en contra del procesado y lograda que fuere, continuará el proceso.

Todo esto insistimos sin perjuicio de la responsabilidad del "Servidor Público".

No es posible de ninguna manera que una omisión de esta naturaleza que conduce a que un Custodio ponga en libertad al procesado, constituye una base para considerar que un acto administrativo pueda resolver un acto jurisdiccional y que por ello la libertad sea definitiva.

Consecuentemente, de lo anotado se advierte el celo que en este orden enfatizó el Constituyente de 1917, por eso también las leyes adjetivas, en el capítulo denominado "Formalidades del Procedimiento", indican que "Las Actuaciones del Ramo Penal podrán practicarse a toda hora y aún en los días feriado, sin necesidad de previa habilitación". Artículo 12 del Código de procedimientos Penales para el Distrito Federal y 15 del Código Federal de la Materia; asimismo, al referirse a los

términos judiciales señalan, tratándose del Auto de Formal Prisión correrá de momento a momento y desde que el procesado se haya a disposición de la Autoridad Judicial (Artículo 58 del Código de Procedimientos Penales, para el Distrito Federal, - 71 y 72 del Código Federal de la Materia).

Los efectos Jurídicos del auto de Formal Prisión, son los siguientes: El sujeto queda sometido a la Jurisdicción del Juez que justifica la prisión preventiva, pero no revoca la libertad provisional concedida, excepto cuando así se determine expresamente en el propio auto" (Artículo 166 del Código Federal de Procedimientos Penales), situación ésta que sólo se justifica cuando durante el término de las setenta y dos horas, se hayan aportado elementos suficientes para adecuar la conducta o hecho a un o más tipos penales, distintos de aquéllos por los que se llevó a cabo la consignación que se tomará en cuenta para conceder el beneficio de la libertad caucional, es obvio que, si el Auto de Formal Prisión se dicta por hechos cuya sanción rebasa el término medio aritmético a que se refiere la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la libertad que se

había concedido tenga que revocarse; o bien, si el material probatorio, aún procediendo la libertad fuese necesario incrementar la acusación así se determinará en dicho Auto precisa los hechos por lo que ha de conseguirse el proceso; pone fin a la primera parte de la instrucción e inicia la segunda etapa de ésta y señala el procedimiento que debe seguirse (Sumario u Ordinario), según el caso.

Consecuencia del Auto de Formal Prisión, es que se lleve a cabo la llamada (Identificación del procesado), por el Sistema adoptado Administrativamente (Artículo 298 del Código de Procedimientos penales para el Distrito Federal y 165, del Código de procedimientos Penales).

La identificación se traduce común y corrientemente, en el hecho de "Estar Fichado", porque se denomina FICHA SIGNALETICA al documento donde figura una fotografía, en cuya parte inferior consta un número que, de acuerdo con el Sistema correspondiente al caso concreto o al identificado, las huellas digitales, datos "Generales", y además elementos referentes a

los hechos, otros procesos, etcétera". 19

---

19 Colín Sánchez Guillermo. Ob. Cit. Página 343 a 245.



## 2.- AUTO DE FORMAL PRISION CON SUJECION A PROCESO

El Auto de Formal Prisión con sujeción a proceso es la resolución dictada por el Juez, por medio del cual, tratándose de delitos sancionados con pena no corporal o alternativa, previa comprobación del tipo del delito y de la presunta responsabilidad, se resuelve la situación jurídica del procesado, fijándose la base del proceso que debe seguirsele.

Es importante advertir que, aunque en la práctica y aún en la teoría se sigue repitiendo que en el caso de los delitos sancionados con pena alternativa o no corporal lo procedente, al fenecer el término constitucional de 72 horas, es, en su caso dictar en auto de sujeción a proceso, hacen gala de una ignorancia supina, abismal e inenarrable del contenido y alcances del Artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su parte conducente que, a la letra indica: "... todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el Auto de Formal Prisión...".

Del texto transcrito se advierte con toda claridad la razón por la cual tratándose de las infracciones penales mencionadas, hablamos de Auto de Formal Prisión, pues sería imposible concebir un proceso sin esa resolución Judicial; ~~empero~~, le agregamos con sujeción a proceso para significar que el procesado no está privado de su libertad, pero sí sujeto al proceso y, con ello, sometido a la jurisdicción respectiva. El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (artículo 301) a la letra indica: Cuando por tener el delito únicamente señalada sanción no corporal o penal alternativa, que incluya una no corporal, no puede restringirse la libertad, el Juez dictará el Auto de Formal Prisión, para el sólo efecto de señalar el delito o delitos por los que se sigue el proceso.

El Código Federal de Procedimientos Penales, (Artículo 162) ordena lo siguiente: Cuando el delito cuya existencia se haya comprobado no merezca penal corporal o esté sancionado con pena alternativa, se dictará Auto con todos los requisitos del Auto de Formal Prisión, sujetando a proceso a la

persona contra quien aparezcan datos suficientes para presumir su responsabilidad, para el sólo efecto de señalar el delito por el cual se seguirá el proceso.

Como se advierte, el Legislador no indica, en ninguna forma que el auto que ocupa nuestra atención sea bautizado con el nombre de Sujeción a Proceso, por el contrario enfatiza el mandato Constitucional al indicar que dicha resolución deberá siempre corresponder a un auto de Formal Prisión.

Es lamentable que no sólo en el Distrito Federal, sino también en las Entidades Federativas la gran mayoría de los Jueces continúan calificando la multicitada resolución, simplemente, como un Auto de sujeción a proceso.

Los requisitos de ésta resolución son los mismos del Auto de Formal Prisión, así como también sus efectos, excepto la Prisión Preventiva, pues ya anotamos la prohibición Constitucional para restringir la libertad cuando se trata de delitos sancionados con pena no corporal o alternativa.

Por último, habrá de llevarse a cabo la identificación del procesado, en la forma y términos que para ese objeto señalamos al tratar los efectos del auto de formal prisión.

### 3.- AUTO DE LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR CON LAS RESERVAS DE LEY.

El auto de libertad por falta de elementos para continuar el proceso, también llamado auto de libertad por falta de méritos, es la resolución dictada por el Juez al vencerse el término Constitucional de 72 horas, en dónde se ordena que el procesado sea restituido en el goce de su libertad, en virtud de no estar integrado el cuerpo del delito ni la presunta responsabilidad o que habiéndose dado lo primero, no exista lo segundo.

La falta de esos requisitos provoca esta determinación, sin embargo si el Ministerio Público, posteriormente, aporta nuevos datos que satisfagan las exigencias legales, se procederá nuevamente en contra del supuesto sujeto activo del delito, ordenará su captura y nuevamente se observarán las prescripciones de los Artículos 19 y 20 Constitucionales.

Tratándose de los aspectos negativos del delito (causas de justificación, causas de inculpabilidad, excusas absolutorias, etc.) en el auto que se dicta al fenecer el término Constitucional de 72 horas. se dice que la

libertad que se concede es "con las reservas de ley". Tal proceder es indebido, porque si ya se han agotado las pruebas que sirvieron para resolver la situación jurídica, lo procedente es decretar la libertad absoluta.

Actuar de forma distinta entraña un consentido, porque si el aspecto negativo del delito está demostrado, resulta absurdo decir que la libertad es con las reservas de ley.

La resolución judicial, en los casos señalados, debe producir los efectos de una sentencia absolutoria, porque no resulta lógico ni admisible que pudiera volver a iniciarse un proceso en contra del mismo sujeto por esos hechos, o que pretendiera, con posterioridad, continuar el proceso. Ni es uno ni otro caso existen bases jurídicas de sustentación.

#### **LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS.**

Es la otorgada por el Juez en un proceso penal cuando se reúnen los elementos probatorios suficientes para demostrar la existencia los elementos del tipo y la presunta responsabilidad del inculpado, que

son los fundamentos de los autos de formal prisión y de sujeción a proceso. la resolución respectiva no tiene efectos definitivos, ya que deja abierta la posibilidad de reunir nuevos elementos de convicción que justifiquen la continuación del mismo proceso.

Este mandato de libertad debe producirse dentro del plazo improrrogable de setenta y dos horas contadas a partir de la consignación del inculcado ante el Juez de la causa por parte del Ministerio Público, al no reunir los elementos probatorios que justifiquen la existencia de los elementos del tipo y la presunta responsabilidad del procesado, que son los fundamentos de los referidos autos de formal prisión o de sujeción a proceso, todo ello como consecuencia ineludible de lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución.

Por lo que se refiere a la terminología, se han utilizado dos denominaciones: la que nos parece adecuada y que emplea el Código Federal de Procedimientos Penales, de libertad por falta de elementos para procesar, o de no sujeción a proceso, en

tanto que el Código de Procedimientos Penales y el Código de Justicia Militar regulan la institución que han denominado con poca fortuna como "libertad por falta de méritos", y que la doctrina ha considerado con toda razón como un nombre inapropiado e inclusive pintoresco.

También es preciso señalar, por que relación con la institución que examinamos que de manera incorrecta tanto el Código de Procedimientos Penales como el Código de Justicia Militar, que lo sigue en muchos aspectos, califican de formal prisión tanto la resolución que decide sobre la detención del presunto responsable de un delito que se sanciona con pena corporal, como aquella que resuelve sobre la situación procesal del inculcado a quien se le atribuya una conducta delictuosa que no implica una sanción privativa de la libertad o tiene carácter alternativo. por el contrario el Código Federal de Procedimientos Penales distingue claramente dichas situaciones y califica de formal prisión sólo a la primera y a la segunda como sujeción a proceso.

Esta distinción tiene relevancia para los



efectos de la libertad por falta de elementos para proceder, puesto que tratándose de los delitos que se sancionan con pena corporal, la decisión respectiva implica la libertad provisional del inculpado; pero si se refiere a la hipótesis del presunto responsable de un ilícito que no puede dar lugar a una sanción corporal o es alternativa, la resolución implica exclusivamente que el acusado no está sujeto a proceso.

De acuerdo con la regulación establecida por los Códigos modelos, es decir Código de Procedimientos Penales, Código Federal de procedimientos penales y Código de Justicia Militar, la orden para dejar libre al presunto responsable o para considerarlo como no sujeto a proceso, debe fundarse, en la falta de pruebas relativas a la existencia del delito y a la presunta responsabilidad del acusado, y tiene efectos provisionales, puesto que no impide que con posterioridad se proceda contra el inculpado, en el supuesto de reunirse nuevos elementos de convicción.

Tanto el Código de Procedimientos Penales como el Código de Justicia Militar disponen que cuando el juez dicte auto de libertad

debido a la ausencia de pruebas del cuerpo del delito o de la responsabilidad del inculcado, y esta omisión se deba al Ministerio Público o los agentes de la Policía Judicial, el mismo juez, al pronunciar su resolución, mencionará expresamente tales omisiones para los efectos de la responsabilidad que corresponda. El Código de Justicia Militar agrega que una vez dictada la resolución liberatoria, las diligencias de averiguación quedará a cargo del Juez del proceso, quien deberá practicar las que soliciten las partes durante un plazo de ciento veinte días, al terminar el cual y si todavía no existen elementos, cualquiera de las propias partes puede pedir al Juez militar que declare si hay o no delito que perseguir.

Finalmente, el artículo 304 del Código de Procedimientos Penales dispone que la resolución liberatoria es apelable sólo con efectos devolutivos, lo que significa que se mantiene dicha liberación en tanto que el tribuna de segundo grado decide sobre la impugnación.

### C A P I T U L O   I I I

#### ELEMENTOS MEDULARES DEL AUTO DE PLAZO CONSTITUCIONAL.

1.- Elementos del Tipo Penal.

2.- Probable Responsabilidad.

## 1.- ELEMENTOS DEL TIPO PENAL.

Lo primero que se puede decir del delito, es que es la parte de un todo, de la misma manera que el cuerpo del hombre, es una parte de la entidad hombre. En cuanto que el delito es parte de un todo, se necesita conocer primero el todo, para después entender que porción corresponde a aquél. El todo a que se refiere el delito es el "delito real". El acto que presentándose con su complicadísima maraña de elementos (intención, proceder, cambios en el mundo externo) una parte de ellos encaja perfectamente en la definición de algún delito hecha por la ley.

Para ilustrar lo que se debe entender por ese todo llamado "delito real" y del cual forma parte del delito, piénsese en cualquier acto delictuoso, como ejemplo, un homicidio, se encontrará, por una parte, determinado suceder que encaja perfectamente en la definición que la ley da al homicidio (el hecho de Juan, disparando un arma de fuego, priva de la vida a Pedro) y, por otra parte, algunos acaeceres que rebasa la definición que la ley hace del homicidio (el ruido producido al disparar el arma de fuego, la

situación en que se halla el infractor al dispararla). Así pues, el "delito real" es el todo que venimos explicando, se informa con un contenido positivo en el cual dos partes; una que pueda hospedarse en el casillero de algún "delito legal" (de algunas de las definiciones que contiene la ley al referirse a los delitos en particular y otra, que queda fuera de ese casillero).

Explicando el "todo" ya podemos indicar que el delito se integra únicamente con la parte que empotra con precisión en la definición legal de un delito. Así el delito, es el contenido del "delito real" que cabe en los límites fijados por la definición de un "delito legal".

Para la plena comprensión del delito, es conveniente repetir que cosa es "el delito legal". los delitos legales con las definiciones que la ley da de los delitos en particular. Estas definiciones las crea el legislador fijándose en los actos conculcadores de la vida social.

De estos actos hace a un lado lo que tiene de particular y, con su esencia, forja los

tipos delictivos. Esto es, de varios actos en los que se priva de la vida, hace caso omiso de las particularidades que interviene en cada uno de esos actos (las diferentes armas empleadas, las distintas intenciones de los agresores, las variadas situaciones económicas de los sujetos del delito, las posiciones en que cada caso tenían agresor y agredido), y toma exclusivamente lo que constituye la esencia del proceder, estimado como vulnerador de la armonía social: El privar de la vida.

Un tipo de delito, no abarca todas las particularidades que del mundo exterior provoca un acto real; únicamente comprende aquello que conceptualiza o tipifica el proceder indeseable. Es conveniente hacer notar que el "delito legal" no alude a un "delito real" en particular, sino a todos en general, de la misma manera que un concepto no se refiere en especial a un concepto, sino a todos. Por ejemplo, el concepto reloj, no se refiere en particular a mi reloj pulsera, o al reloj de la Catedral, o a la clepsidra de la antigüedad etc., sino a todos en general. El concepto reloj se informa con la esencia de todos los relojes: Aparato que

sirve para medir el tiempo y en sí constituye un simple molde dónde todo lo que pueda ser reloj tiene acomodo. En la misma forma, el "delito legal" constituye un simple molde cuyas aristas están formadas por las líneas de conducta de los actos que el legislador ha estimado como delictuosos. El "delito legal", se revela en la descripción que el legislador da de los delitos.

Para completa inteligencia, hay que tener cuidado, de no confundir motivos, elementos morales, actos y consecuencias. Los motivos son el conjunto de circunstancias externas o internas que provocan el acto; los elementos morales, la intensión o la omisión espiritual que se tuvo al actuar; el acto, el proceder, la forma como se acciona y, la consecuencia, el cambio con el mundo exterior produjo el acto. Por ejemplo, en un homicidio, el motivo pueden ser los celos o la aversión; el elemento moral, la intención de privar de la vida o el descuido con que se actúa; el acto, la acción de privar de la vida a la consecuencia, al haber dejado de existir alguien. El "delito legal", casi siempre se configura con el acto y la consecuencia los cuales objetiviza y desprende de los motivos

y elementos morales. Sin embargo en varios casos el legislador coloca en su definición elementos de índole subjetiva, que como tales, juegan un doble papel; elementos de la definición del delito (dolo específico) y elementos morales necesarios para la sanción.

Para entender con más claridad la alusión que hacemos a elementos morales necesarios para la sanción, debemos separarnos de las complicadas lucubraciones de las corrientes modernas y regresar a la simplicidad con que nace y debe caminar el Derecho Penal.

En el fenómeno jurídico penal, existen los siguientes capítulos; indica Rivera Silva Manuel lo siguiente:

"A).- Bienes jurídicamente tutelados: Aquellos que la ley protege en homenaje a los "valores" reconocidos para la vigencia de la armonía social;

B).- Delitos: Conductas que la ley penal prevé como conculcadores de los bienes que intenta proteger;

C).- Elementos de la sanción:



Imputabilidad, culpabilidad (elemento moral), y ausencia de circunstancias que exoneran de la pena o justifican el proceder".<sup>20</sup>

Cuando en el caso concreto se conjugan el delito y los elementos de sanción hay responsabilidad; se debe responder ante la sociedad del acto delictuoso, imputable a un sujeto, en el cual actuó con dolo o con culpa y para el cual la ley no exonera de la pena, ni justifica el proceder.

Todo lo anterior nos permite concluir que el delito legal, se informa con los lineamientos que comprende la descripción que de los delitos en particular hace el legislador y que si en esta descripción van elementos morales, éstos quedan dentro de las fronteras del delito legal. Ahora bien, con lo expuesto ya se entenderá con toda precisión que el tipo de delito, es el contenido de un delito real, que encaja perfectamente en la descripción de algún delito, hecha por el legislador en la que muchas veces van elementos de carácter moral.

---

<sup>20</sup> Rivera Silva Manuel. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa. México, 1982. Página 164.

En la descripción también pueden ir elementos de carácter "valorativo" que requieren su presencia en el tipo del delito.

Las variedades que presentan los delitos, determinan diversidad en el tipo de los mismos, lo cual ofrece el teórico del procedimiento magnífica coyuntura para hacer clasificaciones, agrega Rivera Silva:

"La primera clasificación que podemos hacer, es la de delitos cuyo tipo comprende exclusivamente elementos materiales. Es pertinente recordar que en la ontología contemporánea se distinguen tres clases de objetos: Materiales, Ideales y Valentos. Los objetos materiales son aquéllos de los cuales tenemos conciencia por los sentidos (la mesa que toco, la música que escucho, el bouquet que miro); los ideales, aquéllos que llegan al sujeto por medio de la idea (la operación matemática); y los valentes, los que llegan por medio de la intuición, como son todos los valores (belleza, la Justicia)". 21

---

21 Rivera Silva Manuel. Ob. Cit. Página 165.

Hecha la explicación que antecede, ya se entenderá el primer grupo de delitos que hemos señalado y que está constituido por los que se definen sólo abarca elementos que se pueden percibir por los sentidos. Este grupo de delitos es procedente denominarlos delitos simples, pudiéndose citar al homicidio, las lesiones, el infanticidio, el aborto.

Frente al grupo de los delitos simples están aquellos cuyo tipo se encuentra calificado. Entre las principales notas de calificación tenemos las de carácter subjetivo, las de carácter valorativo, las de calidad del sujeto y las de relación de los sujetos. El tipo del delito es calificado por notas de carácter subjetivo, cuando en la definición va un elemento de tal índole, como por ejemplo, el fraude, el que comprendiendo el engaño, tiene una nota de carácter subjetivo, puesto que el engaño entraña el tener conocimiento de los perfiles que presenta la realidad y la intención de llevar al ánimo del sujeto pasivo la creencia de que la realidad presenta caracteres distintos a los que registra. También podría citarse como ejemplo típico, las injurias,

que en su descripción llevan el *ánimus injuriante*.

El tipo del delito, es calificado por notas de carácter valorativo, cuando la definición comprende éstas, como sucede en el estupro, que requiere el engaño, concepto que entraña una valoración.

El tipo del delito es calificado por notas de calidad del sujeto, cuando en la descripción de la conducta registrada por el legislador, se señalan características de tal especie, como sucede en el peculado, que solicita que el sujeto activo sea persona encargada de un servicio público, del Estado o descentralizado.

El tipo del delito es calificado por notas de relación cuando el "delito legal", registra características de vinculación de los sujetos, como el incesto.

Aparte de los tipos delictuosos señalados: Simples y Calificados, hay otros que bien podrían llamarse bilaterales, en oposición a los unilaterales y que son los que en el "delito legal" no sólo se alude al proceder

del sujeto activo y la consecuencia provocada por el mismo, sino también comprenden alguna conducta que debe guardar el sujeto pasivo, como por ejemplo, en el robo, el no consentimiento de la víctima para el apoderamiento de parte del sujeto activo; y en el estupro, el consentimiento del sujeto pasivo.

Las clasificaciones dadas no intentan ser exhaustivas; tienen como finalidad ilustrar sobre diversos aspectos que pueden comprender el tipo del delito, siendo oportuno decir que muchos delitos pueden ser abarcados por una clasificación o tener un carácter mixto, como acontece con el estupro, que siendo calificado por nota normativa, es bilateral.

## COMPROBACION DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL.

Comprobar los elementos del tipo del delito, es demostrar la existencia de los elementos de un proceder histórico que encaja en el "delito legal". En los tipo delictivos que hemos denominado simples, se necesita demostrar los elementos materiales del proceso externo y la consecuencia, con lo cual se agota el delito en su definición; en los calificados, el proceder previsto por el legislador, incluyendo las notas subjetivas, valorativas, de calidad del sujeto o de relación previstas en el delito legal; y en los bilaterales, también las referencias que se hacen al proceder o situación del sujeto pasivo.

El Código Federal Procesal, establece que "el tipo del delito se tendrá por comprobado, cuando esté justificada la existencia de los elementos materiales que constituyan el hecho delictuoso, según lo determina la ley penal". Lo expresado por la ley, permite que algunos autores creen que para la comprobación del tipo del delito no se necesita demostrar la existencia de elementos subjetivos, valorativos, sino únicamente los que se

perciben por los sentidos.

Por otra parte, debe pensarse que se está buscando base para un proceso, la cual sólo se obtiene acreditándose que en el mundo histórico se ha presentado un hecho de los que define la ley como delito. Si nada más se probaran los elementos que se perciben con los sentidos, en muchas ocasiones no se podría justificar la existencia de un delito y, en consecuencia, la iniciación de un proceso, ni la actividad jurisdiccional. Si únicamente se comprobaran los elementos materiales, desde el punto de vista que acabamos de indicar, se llegaría en algunas ocasiones a la absurda posición de procesar a sujetos por actos completamente lícitos, además de que en otras, no se podría precisar el delito por el cual se va a seguir el proceso, en virtud de que los elementos materiales de varios delitos son idénticos, como sucede en el homicidio y en el parricidio.

Reiteramos que nuestra posición de comprobar los elementos es la correcta, y que la de los "elementos materiales", rompe nuestra arquitectura procesal y crea

infinidad de problemas.

La comprobación del tipo del delito lleva al capítulo de la forma en que se debe hacer la comprobación, o lo que es lo mismo, como se debe acreditar la existencia de los procederes previstos por en la ley. La existencia de los actos tipificados, puede acreditarse de manera directa o indirecta. Directa cuando lo que se prueba en el acto mismo, e indirecta, cuando lo que se prueba es determinado elemento (o elementos) del cual se puede inferir lógicamente y naturalmente la existencia del acto. Así pues los medios indirectos nunca comprueban de manera inmediata la conducta prevista en la ley, lo hacen de manera mediata o indirecta, que bien podría llamarse presuncional, debido a que, como ya indicamos, acreditan algo de lo cual se infiere el acto previsto en el "delito legal".

La existencia de los medios indirectos se justifica por el hecho de que muchas infracciones penales presentan serias dificultades en lo tocante al capítulo de la comprobación de los elementos que las informan. En este orden de ideas, el



legislador, casi siempre de manera limitativa, señala lo que hay que probar, aunque como ya se indicó, lo que hay que probar no sean forzosamente los elementos integrantes del tipo.

Pasando al estudio de nuestras leyes positivas, nos encontramos con que los delitos, en lo relativo a la comprobación de su tipo se puede clasificar en varios grupos: Agrega Rivera Silva:

- I.- Los delitos cuyo tipo se comprueba en forma directa;
- II.- Los delitos cuyo tipo se comprueba en forma indirecta, probando ciertas situaciones; y
- III.- Los delitos cuyos tipos se comprueban por cualquiera de las formas enunciadas en los incisos anteriores: de manera directa o indirecta.

1.- Los delitos del primer grupo se enrolan en la regla general establecida en los artículos 122 del Código del Distrito Federal y 168 del Código Federal. En todos estos delitos, para comprobar su tipo se debe demostrar la existencia del acto previsto en

la ley. Es oportuno advertir que se involucran indebidamente en este primer grupo, muchos delitos de dolo específico, sin hacerse hincapié, en que los elementos morales no pueden comprobarse de manera directa. Este error es hijo de la falsa creencia de que el tipo del delito siempre se informa con los elementos materiales (los que percibimos por los sentidos) de la infracción.

2.- Al segundo grupo pertenecen, en materia federal, el homicidio, las lesiones, el aborto, el infanticidio y el robo de energía eléctrica. En la legislación del orden común, únicamente el robo de energía eléctrica fue colocado en este grupo (Artículos 169 a 176 del Código federal y 117 del Código del Distrito). En los delitos enunciados, el legislador establece los elementos que se deben comprobar. Todos estos elementos son datos de los que se infiere legalmente la existencia del acto previsto en la ley. Varios autores opinan que, en materia del orden común, el homicidio, las lesiones, el aborto y el infanticidio, pertenecen al grupo de comprobación indirecta. Nosotros estimamos que, en tanto que el legislador del

orden común no ha determinado en forma expresa, que el tipo de los delitos mencionados "se da por comprobado", como lo ha hecho el legislador federal, se debe de estar a la regla del artículo 122.

3.- Al tercer grupo corresponde los siguientes delitos: robo, peculado, abuso de confianza y fraude, a los cuales debe agregarse, en lo tocante a la materia federal, la posesión de enervantes. En todos estos delitos, su tipo se debe comprobar, en primer lugar, con la regla general; pero como el legislador estima que los actos informantes de dichas infracciones pueden presentar dificultades en su verificación fija también comprobaciones especiales como las del grupo segundo. Dentro de este mismo grupo se incluye a la ligera el ataque a las vías de comunicaciones, respecto del cual el Artículo 179 del Código Federal de Procedimientos Penales expresa: "Cuando tratándose de delitos de ataques a las vías de comunicación, no fuere posible practicar inspección ocular, porque para evitar perjuicios al servicio público haya sido necesario hacer inmediatamente reparación, bastará para la comprobación del tipo del

delito cualquier otra prueba plena". En el fondo, verdaderamente no se trata de un delito en el que se acredita su tipo con elementos especiales, pues la prueba plena a que se refiere el legislador debe ser de ataque a las vías de comunicación". 22

A pesar de la enunciación que hemos hecho de los tres grupos para la comprobación del tipo de los delitos, misma que registra algunos autores, creemos que en verdad existen dos grupos, puesto que el que alude a reglas especiales no elimina la posibilidad de que se compruebe el tipo con los propios elementos del delito. Si en un caso concreto es posible comprobar todos los elementos del delito, aunque el legislador señale reglas especiales, se debe dar por comprobado el tipo. En esta forma, las reglas especiales siempre son supletorias, ante la dificultad de prueba de todos los elementos.

Cuando el legislador expresa: "Que se dará por comprobado el tipo del delito con ...", debe entenderse que si no se pueden probar todos los elementos, entonces desde el punto

---

22 Rivera Silva Manuel. Ob. Cit. Páginas 168 a 170

de vista legal, se tiene por comprobado el tipo del delito con los que fija la ley.

## 2.- LA PROBABLE RESPONSABILIDAD.

En este capítulo se debe estudiar que cosa es la responsabilidad y que la probabilidad. Cuello Calón, establece que responsabilidad es: "El deber jurídico en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad del hecho imputado". 23

El Código Penal no define lo que es la responsabilidad de los delitos. Para eludir la engorrosa teoría que en este punto es sumamente intrincada y la cual no hace sino oscurecer nuestras ideas, podemos aceptar como responsabilidad, la obligación que tiene un individuo a quien le es imputado un hecho típico de responder del mismo, por haber actuado con culpabilidad y no existir causa legal que justifique su proceder.

El artículo 13 del Código Penal, establece: Son responsables de los delitos:

Fracción 1.- Los que acuerden o preparen su realización;

---

23 Cuello Calón, citado por Rivera Silva Manuel. Ob. Cit. Página 171.

- Fracción II.-** Los que realicen por sí;
- Fracción III.-** Los que realicen conjuntamente;
- Fracción IV.-** Los que lo llevan a cabo sirviéndose de otros;
- Fracción V.-** Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;
- Fracción VI.-** Los que solamente presten ayuda o auxiliien a otro para su comisión;
- Fracción VII.-** Los que con posterioridad a su ejecución auxiliien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y
- Fracción VIII.-** Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

Fijado el concepto de responsabilidad, pasamos a estudiar el segundo elemento medular del auto de formal prisión. La probable responsabilidad.

En lo tocante a este tema, hay que manifestar que muchos autores hablan de

"presunta" responsabilidad; otros de "posible" e incluso aluden también a la "sospecha". Las leyes tampoco utilizan denominación uniforme; pues así el ejemplo, al artículo 297 del Código del Distrito alude a probable responsabilidad; al 302 del mismo Ordenamiento utiliza la palabra "Presunta"; el 161 del Federal utiliza los términos "suponerlo responsable" y la Constitución en el artículo 19. usa el término "probable". Lo más común y corriente es que se hable de "presunta" refiriéndose tal expresión a la Prueba Presuncional o circunstancial, lo cual entraña un superlativo error, ya que la prueba presuncional conduce a la plenitud probatoria y no es tal situación la que constituye el elemento medular que estamos examinando. Lo técnico es eslabonar el elemento medular en estudio con la probabilidad o con la posibilidad, ya que tanto una como otra palabra no indican comprobación absoluta, sino simplemente se refiere a lo que puede ser o existir, a lo que puede ser o existir, o a lo que se puede fundar en alguna razón, sin que por ello se concluya la prueba plena del proceder. Esta tesis es más o menos la que ha sostenido la Suprema Corte de Justicia cuando manifiesta



que para el auto de formal prisión se necesitan elementos que hagan suponer la responsabilidad.

En la tesis consignada en la página 96 del último Apéndice al Seminario Judicial de la Federación, se traslada el contenido casi literal del artículo 19 Constitucional, aludiéndose a probable responsabilidad del inculpado. Esta tesis reza: "El artículo 19 Constitucional, señala como elementos de forma que deberán expresarse en los autos de formal prisión;

- A).- El delito que se imputa al acusado y sus elementos constitutivos;
- B).- Las circunstancias de ejecución del tiempo y de lugar, y
- C).- Los datos que arroje la averiguación previa; como requisito de fondo que los datos sean suficientes para comprobar el tipo del delito y hacer probable la responsabilidad del inculpado".

En resumen, la probable responsabilidad existe cuando se presenta determinadas

pruebas, por las cuales se pueda suponer la responsabilidad de un sujeto.

El término presunta responsabilidad es el que usan nuestros Tribunales y el que se adquiere carta de naturalización en la práctica. Sin embargo, debe recordarse, como ya lo indicamos, que en éste caso, la palabra "presunta" no se identifica con la prueba circunstancial u que por tanto, lo único que debe comprobarse es la probable responsabilidad, como dice nuestra Constitución.

#### REQUISITOS FORMALES DEL AUTO DE FORMAL PRISION.

Los requisito formales del auto de formal prisión, se hallan señalados en el artículo 297 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y son:

- I.- La fecha y hora exacta en que se dicte. Este requisito de forma sirve para comprobar el cumplimiento de la obligación de tiempo que tiene el Juez para dictar la resolución.

II.- La expresión del delito imputado al indiciado por el Ministerio Público. Con ello se intenta robustecer la exigencia de que el órgano jurisdiccional no rebasa los límites de la acción penal ejercitada por el Representante Social. Respecto de este tema hay que la palabra "delito", no se utiliza como denominación legal atribuida a un proceder, si no como conjunto de hechos constitutivos de un ilícito.

III.- La expresión del delito o delitos por el que se deberá seguir el proceso, es indispensable a la fijación de esta base.

IV.- El nombre del Juez que dicte la determinación u del Secretario que autoriza.

Los demás requisitos que contiene la ley, son los que se han estudiado en el párrafo que antecede, como requisito medular. El Código Federal, en su artículo 161, señala únicamente elementos esenciales o medulares.

Considerando las últimas reformas al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, es pertinente indicar otros requisitos consignados en los artículos 305 y 314 del Ordenamiento invocado. Cuando el delito acreditado en el auto de formal prisión la ley le señala una penalidad que no exceda de 5 años, en el propio auto se deberá indicar:

- A).- Queda abierto el procedimiento sumario; y
- B).- Que el proceso queda a la vista de las partes para que en un término de 10 diez días propongan las pruebas pertinentes.

En lo que se refiere a los asuntos que no admiten el procedimiento sumario, en el auto de formal prisión se ordenará poner a la vista de las partes para que ofrezcan las pruebas que estimen pertinentes, dentro del término de 15 quince días, llevándose en este caso el procedimiento ordinario

#### EFFECTOS DEL AUTO DE FORMAL PRISION.

- I.- Da base al proceso. El auto de formal

prisión, al dejar comprobados los elementos del tipo del delito y la probable responsabilidad, da base al proceso. Solicita la intervención de un órgano jurisdiccional que decida sobre un caso concreto. Sin esta base, sería ocioso el proceso, pues obligaría a actuar a un órgano jurisdiccional, para decir el Derecho en un caso en que por no tenerse dados los elementos necesarios, no se necesita la procecución de intervención del Tribunal. En otras palabras, el Juzgado debe continuar actuando cuando crea se pueden presentar los elementos condicionantes de las consecuencias fijadas en la ley y esa creencia se justifica con el auto de formal prisión; sin ella es inútil cualquier proceder.

- II.- Fija el tema al proceso. Dando base al proceso el auto de formal prisión. como consecuencia lógica, señala el delito por el que debe seguirse el proceso, permitiendo así que todo el desenvolvimiento posterior (defensa, acusación y decisión) se desarrolle de

manera ordenada.

III.-Justifica la prisión preventiva. En cuanto el auto de formal prisión concluye afirmando la exigencia de un proceso, lógicamente señala la necesidad de sujetar a una persona al órgano jurisdiccional que tenga que determinar lo que la ley ordena y, por ende, el que no se sustraiga de la acción de la justicia. Sólo cuando hay base para un proceso (relacionada con un delito sancionado con pena corporal) debe prolongarse la detención del indiciado. Es éste el espíritu del artículo Constitucional que manifiesta que la detención por más de setenta y dos horas debe justificarse con auto de formal prisión.

IV.- Por último justifica el cumplimiento del órgano jurisdiccional de la obligación de resolver sobre la situación jurídica del indiciado dentro de las setenta y dos horas.

Para los efectos de la práctica, señalamos que los autos de Formal Prisión, dictados por

los jueces penales, constan generalmente de 5 cinco puntos resolutivos:

- 1.- La orden de que se decreta la formal prisión, especificando contra quién y porque delito;
- 2.- Orden de Identificar por lo medios legales al procesado
- 3.- Orden de solicitar el informe de anteriores ingresos a prisión.
- 4.- Orden de expedir las boletas y copias de ley ( las boletas hacen constar la situación jurídica de "Formalmente preso" y se hacen por triplicado) entregándose una al procesado, otra a l Reclusorio Preventivo correspondiente y quedándose la tercera en el Juzgado. Las copias son las que se entregan a cada una de las partes al momento de notificarse del auto de plazo constitucional, así como la copia autorizada que se entrega al Reclusorio respectivo, como lo refieren los artículos 164 del Código Federal Procesal y el 299 del Código Procesal

del Distrito Federal.

5.- La orden de notificar a las partes del auto de Plazo Constitucional, haciéndole saber al procesado el derecho y término que tiene para interponer el recurso de apelación.

6.- La orden de declarar abierto el procedimiento que corresponda Sumario u Ordinario, poniéndose el proceso a la vista de las parte, en el primero por 10 diez días, y el segundo por 15 quince días para el ofrecimiento de pruebas, las que se desahogarán dentro de los 10 y 30 días posteriores respectivamente a la admisión de las pruebas.



## LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICADAS DE LA RESPONSABILIDAD.

Las Circunstancia Modificadas en General.  
Comentario al Código Penal Español de Santiago Mir Puig, quien establece:

"1.- Es característico de los Códigos Españoles que prevean en la parte general una serie de "circunstancias Atenuantes" y "circunstancias agravantes" que tienen el efecto de disminuir o aumentar la pena con arreglo a ciertas reglas legalmente establecido.

2.- Las circunstancias modificadas son elementos accidentales del delito, en el sentido de que de ellos no depende el ser del delito, sino sólo su gravedad. Pero conviene hacer dos precisiones, La primera es que las circunstancias atenuantes y agravantes en sentido estricto no son los únicos elementos accidentales de los cuales depende la gravedad del hecho. La segunda precisión es que la expresión "elementos accidentales" con que

calificamos a las circunstancias modificativas no significa sólo que su concurrencia no sea necesaria para la presencia de un delito. Algunos elemento del delito, como el solo o el resultado pueden también dejar de concurrir sin que deje de existir un delito (que podrá ser imprudente o de mera actividad, respectivamente). Más estos elementos son esenciales en los delitos en que los exige la ley, mientras que las circunstancias nunca son exigidas por la ley para que concurra un delito, sino sólo que el delito vea modificada su gravedad.

- 3.- Se discute si las circunstancias modificativas han de estudiarse en el seno de la teoría del delito o dentro de la teoría de la pena. El segundo es el camino seguido en Alemania, mientras que el primero es el usual en España. Este tiene la ventaja de que vinculó a la teoría del delito la determinación de la pena por razón de circunstancias. La determinación de la pena pertenece a la teoría de la pena, pero no puede desvincularse de la gravedad de su

presupuesto, el delito, y dicha gravedad ha de poder explicarse según el esquema de la teoría del delito. En otras palabras: Si las circunstancias agravan o atenúan la pena es, en principio, porque aumenta o disminuye la cantidad de injusto o de culpabilidad del hecho. De ahí que importa decidir que circunstancias afectan al injusto y cuales a la culpabilidad. Ahora bien, mientras que las circunstancias modificativas afectan al delito en su gravedad, los efectos que la ley les atribuye sobre la pena corresponde a la teoría de la pena, dentro de la cual han de contemplarse las reglas de determinación de la pena.

- 4.- Según el artículo 60 del Código Penal Español: "Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistieren en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, "servirán para agravar o atenuar la reponsabilidad sólo de aquéllos culpables en quienes concurren",

mientras que "las que consistieren en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad únicamente de los que tuviere conocimientos de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito". Se establece, pues, el principio de que las "circunstancias personales no son comunicables a los intervinientes en quienes no concurren y, en cambio, las circunstancias objetivas son comunicables a todos los que las conozcan. Son reglas aplicables a los casos de colidencuencia, en los cuales se plantea la cuestión de que si la circunstancia por uno de ellos es o no comunicables a los demás (Comunicabilidad de las circunstancias modificativas)". 24

Ejemplos: Si sólo uno de los coautores es reincidente, no podrá comunicarse esta circunstancia a los demás, aunque la conozca, porque es una causa personal. En cambio, si uno de los coautores emplea astucia, fraude o disfraz tal circunstancia agravará la pena de todos los demás coautores que la conozcan.

Estas reglas previstas por el artículo 60 se refiere sólo a las circunstancias atenuantes o agravantes en sentido estricto por lo que no son aplicables directamente a los "elementos típicos accidentales", previstos en la parte especial. Es incorrecta la posición jurisprudencial y doctrinal que aduce el artículo 60, para resolver casos como los del extraño que induce al hijo a mata a su padre y viceversa en el sentido de castigar al extraño por asesinato (u homicidio) y al hijo por parricidio; aplicando la regla de la incomunicabilidad de las circunstancias personales. En esos casos ni siquiera se trata de verdaderos elementos accidentales, puesto que en ellos depende no sólo la gravedad del delito, sino la propia presencia de uno u otro delito. Su tratamiento depende de las reglas generales de la teoría de la codelinuencia y del

principio de accesoriadad de la participación. Cuando se trate de verdaderos elementos típicos accidentales, (porque no hagan varía la calificación del delito, sino sólo su gravedad), su comunicabilidad dependerá no del artículo 60, sino de una interpretación conforme al sentido material del elemento accidental correspondiente.

Así cuando afecte el desvalor del resultado podrá entenderse comunicable si conoce, mientras que si refiere a la intención, motivación, actitud interna u otra causa personal podrá considerarse intransferible.

Ejemplos: "La comisión del Robo en casa habitada, prevista en el artículo 506. 2. del Código Penal Español, es un elemento propiamente accidental, porque no cambia la calificación del Robo, afecta al desvalor del resultado y debe entenderse comunicable. En cambio, ha de considerarse incommunicable la reincidencia prevista en el artículo 381.II. del Código Penal Español, porque es una causa personal". 25

---

25 Mir Puig Santiago. Ob. Cit. Página 553.

5.- Declara el artículo 59 del Código Penal Español, porque no produce el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyese un delito, especialmente castigado por la ley o que ésta haya expresado al describirlo y sancionarlo. Se trata de dos modalidades de inherencia expresa. El artículo 59.II. del Código Penal Español, añade tampoco lo produce (el efecto de agravación), aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que, sin la concurrencia de ellas, no pudiera cometerse. Este es un caso de inherencia tácita.

"Según la ley, agrega Mir Puiq Santiago, el último supuesto no basta que normalmente no pueda cometerse el delito sin la circunstancia, ni que ésta sea necesaria en el caso concreto. En realidad, la ley exige más; que el delito no pueda cometerse. Esto ni siquiera sucede, por ejemplo en el delito de quebrantamiento de condena, que no necesariamente implica incurrir en la circunstancia de reincidencia. No obstante, en este caso, el Tribunal Superior niega la aplicabilidad de la reincidencia. Ahora bien,

si ésta solución de la jurisprudencia no puede fundarse en el artículo 59 si cabe mantenerla en base al principio de consunción; uno de los que preside la teoría del concurso de leyes que ha de poderse aplicar también a las circunstancias modificativas". 26

Sólo así puede abordarse esta problemática respecto a las atenuantes no mencionadas en el artículo 59.

La Jurisprudencia y la doctrina condicionan también la aplicación conjunta de dos o más circunstancias a que sean compatibles entre sí. Se entiende que no son compatibles cuando una de ellas implica la otra. Así por ejemplo: La agravante de abuso de superioridad puede considerarse incompatible con la de alevosía, pues aquélla puede verse como una especie de ésta.



## C A P I T U L O   I V

### MODALIDADES DELICTUOSOS.

1.- **Agravantes.**

2.- **Atenuantes.**

## 1.- AGRAVANTES.

I.- Las Agravantes, manifiesta Santiago Mir Puig; que:

"No hay unanimidad en cuanto a la naturaleza de las circunstancias agravantes. En el siglo pasado, mientras que Silvela creía que todas eran objetivas, Dorado Montero las consideraba subjetivas, por indicar mayor peligrosidad del reo.

En realidad es lógico que la calificación dependa de la concepción dogmática que se adopte.

Por ello tampoco coincidirán causalistas y finalistas, como discreparán quienes sostengan determinados conceptos diferentes de culpabilidad. Aquí partimos de que en la culpabilidad no se contienen la parte subjetiva del hecho, ni tampoco la actitud interna del sujeto, sino sólo los elementos que condiciona la atribuibilidad del injusto a su autor. Lo único que se pregunta en la culpabilidad, es, según esto si las condiciones en que tuvo lugar la motivación del autor son normales y permiten atribuirle plenamente el injusto, o sino anormales, y entonces no pueden atribuirseles en absoluto

o sólo parcialmente.

Así entendida como condición de atribución del injusto, la culpabilidad puede faltar e impedir la atribución o hallarse disminuida y permitir sólo una atribución parcial. No puede en cambio, crear un nuevo desvalor que no prevenga ya del injusto porque no puede más que atribuir el injusto que concorra. Toda la fundamentación de la gravedad del hecho corresponde al injusto, la culpabilidad sólo condiciona la atribución total o parcial de dicha gravedad. O impide por completo la atribución o funciona como un filtro que sólo deja pasar (atribuir) una parte del desvalor del injusto. La culpabilidad puede atenuar, pero no agravar". 27

Se sigue de este planteamiento dogmático que todas las circunstancias agravantes deben aumentar lo injusto del hecho, sin que puedan elevar la culpabilidad, indica Mir Puig Santiago:

"II.- Clasificación de las circunstancias agravantes.

Que todas las agravantes eleven la gravedad del injusto no impide que una se "subjetiva" y otras "objetivas", puesto que el injusto comprende una arte objetiva y otra subjetiva. Por otra parte, dentro de cada una de ambas clases de agravantes cabe señalar distintas razones de la agravación. Resulta así la siguiente clasificación.

1.- Circunstancias objetivas.

A).- Denotan mayor peligrosidad del hecho: a) por la especial facilidad de comisión determinada por los medios (alevosía, veneno, astucia y fraude), por los sujetos (abuso de superioridad o de confianza, carácter público y cuadrilla) o por la ocasión (nocturnidad y despoblado); b) por la especial facilidad de impunidad (disfraz, precio) c) por ambas razones (gente armada y otras de las mencionadas).

B).- Producen mayor extensión del mal (publicidad, ensañamiento, desprecio de dignidad, morada). 2.- Circunstancias subjetivas.

A).- Agrava la relación psicológica;  
Premeditación

B).- Revelan una actitud más reprobable  
en el sujeto: reincidencia, calamidad o  
desgracia.

Importa destacar que, pese a la  
clasificación propuesta de las  
agravantes como objetivas o como  
subjetivas, todas ellas requieren la  
concurencia de elementos objetivos y  
subjetivos. Así cuando son objetivas no  
por ello puede dejarse de conocer y  
querer sus elementos objetivos, como  
requiere la exigencia de todo. Y cuando  
son subjetivas, requiere también algunos  
elementos objetivos. Hablo pues, de  
agravantes objetivas y subjetivas en el  
sentido de que en ellas es una razón  
objetiva o subjetiva respectivamente, la  
causa primera de la agravación.

### III.- Análisis de las distintas agravantes.

#### 1.- Circunstancias Objetivas.

A) Agravantes que denotan mayor  
peligrosidad del hecho.

a) Por la especial facilidad de

comisión.

Constituye el grupo más numeroso de agravantes.

Aumentan el injusto porque supone (ex ante) en mayor medida a los hechos realizados por medios o sujetos o en ocasión especialmente peligroso con objeto de que la mayor penalidad haga desistir al sujeto de utilizar tales vías, con lo que se pretende dificultar su uso así proteger los bienes jurídicos de los ataques más peligrosos. Pero el sujeto ha de querer utilizar las mencionadas circunstancias objetivas que facilitan el hecho, para lo cual basta aprovecharlas concientemente.

aa).- La alevosia es una agravante paradigmática de las que consisten en el empleo de medios que facilitan el hecho. La define el artículo 10, 1º. diciendo "Hay alevosia cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa especialmente a

asegurarla, sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido".

Por tratarse de una agravante referida a los Medios de comisión ("medios, modos o formas en la ejecución" en la doctrina se ha señalado la improcedencia de su estimación por el hecho de que el sujeto pasivo sea un niño o un ser indefenso constitucionalmente.

En contra se manifiesta la jurisprudencia tradicional salvo en alguna sentencia como la de 29 de septiembre 45. Según autores, debería aplicarse en estos casos de agravante de abuso de superioridad pero, como se verá el Tribunal Superior requiere que esta otra circunstancia suponga no sólo una objetiva desigualdad, sino además un abuso de ella y frente a los sujetos inevitablemente desprotegidos como los mencionados, no cabe evitar la desigualdad.

La alevosía exige que los medios tiendan directa y especialmente a asegurar la

ejecución, evitando el riesgo de una posible defensa del ofendido. Ejemplo de ataques alevosos son lo que se producen por la espalda y sin desafío previo, o estando la víctima en la cama o de rodillas. Los ataques a traición son alevosos. Puesto que la ley exige que se tienda a evitar un posible defensa procedente del ofendido, no concurrirá alevosía por el hecho de que evite una defensa proveniente de terceros. Así se desestimó la agravante en atentados a Reyes con escolta.

bb).- El ejemplo de veneno y, el de astucia o fraude son también agravantes que suponen medios de ataques especialmente peligrosos. En cuanto tienden a asegurar la ejecución, serán incompatibles con la alevosía, de forma que no podrán apreciarse junto con ésta. Ello sucederá siempre con el veneno, medio alevoso por excelencia salvo si el veneno se aplica abiertamente por la fuerza, en cuyo caso desaparece la específica peligrosidad del veneno, que consiste



en el hecho de actuar por sorpresa, y no hay que estimar la agravante 3a. En cuanto a la astucia o fraude, si sólo se emplea para dificultar el descubrimiento del hecho, podrían ser compatibles con la alevosía.

Como la alevosía el veneno es una circunstancia cualificativa del asesinato, por lo que cuando cumpla esta función no podrá apreciarse además como agravante genérica. La astucia y el fraude son inherentes a ciertos delitos. que supone un engaño, lo que sucede en las estafas y tiene una zona común con la agravante de abuso de confianza, con la que según el autor, puede resultar incompatibles.

cc).- El abuso de superioridad y el abuso de confianza el carácter público y la cuadrilla agravan también el sujeto para facilitar la comisión del hecho, pero más por razón de la posición del sujeto activo respecto del pasivo que por los medios utilizados. En cambio, "El emplear medio que debilite la defensa", a que también se refiere el

artículo 10, B°. tiene una naturaleza alevosa que la hace incompatible con la alevosía. Su utilidad, como la de otras agravantes alevosas, es la de resultar aplicables en toda clase de delitos y no sólo a los delitos contra las personas, a diferencia de lo que ocurre con la alevosía". 28

El abuso de superioridad se basa tradicionalmente por el Tribunal Superior en el mero desequilibrio de fuerzas entre los sujetos. Las STS 28 de octubre 63 cambió de criterio y fue seguida por otras sentencias: Ya no basta el mero uso, sino que es preciso el abuso de la superioridad, por lo que supone haberla buscado ex-profeso ello no sucedería en el caso del forzado que no puede evitar su fuerza.

El abuso de confianza requiere: a).- La existencia de un vínculo moral de confianza, expresa p tácita; b).- El aprovechamiento de la situación derivada de la confianza. El Tribunal Superior ha

---

28 Mir Puig Santiago. Ob. Cit. Páginas 573 y 574.

ampliado demasiado el alcance de ésta circunstancia al contentarse con una situación objetiva de facilidad, por cargo, relación o situaciones especiales. Es preciso que concurra además, el vínculo moral de confianza, confianza que ha de ser cualificada y no sólo la moral en ciertas relaciones profesionales etcétera. Así por ejemplo no ha de bastar la confianza genérica de que un empleado no hurtara.

La circunstancia de "prevalecerse del carácter público que tenga el culpable", exige tres elementos: a).- La cualidad del funcionario público o encargado de un servicio público; b).- El abuso de poderes o deberes inherentes a tal condición c).- La finalidad de utilizar las ventajas del cargo para ejecutar el delito más fácilmente o con menor riesgo. Esa circunstancia es inherente a los delitos de funcionarios públicos, por lo que no puede apreciarse en ellos.

"Hay cuadrilla cuando concurra a la comisión del delito más de tres malhechores armados". Creada en 1871

para combatir el bandolerismo posterior a la Revolución, de 1868, pasó del delito de robo a agravante genérica en 1932. No obstante, sigue previéndose con efectos especiales para el robo en el artículo 502.

La agravante es próxima a la de ejecutar el delito con auxilio de gente armada pero a diferencia de ésta exige que los sujetos armados concurren a la comisión del hecho y no sólo protejan la huida, etcétera. Si se da tal concurrencia ambas circunstancias serán incompatibles.

dd).- La nocturnidad y el despoblado, son circunstancias que elevan el injusto porque proporcionan una ocasión más peligrosa para el bien jurídico, al facilitar tanto la ejecución del hecho como la huida posterior. Este fundamento de las agravantes ahora examinadas debe servir de guía a su interpretación. Así deberá rechazarse la estimación de nocturnidad cuando a pesar de cometerse el hecho de noche, ello no aumente su peligrosidad, como

de suceder en un día de verbena y en plenas fiestas iluminadas, o a las 7 de la tarde en medio del intenso tráfico del centro de una gran ciudad. Para que pueda admitirse la agravante de despoblado éste deberá encontrarse a cierta distancia de la población, que asegure que el delincuente no será visto ni perseguido. Aunque la ley ni limita los delitos en los que son aplicables ambas circunstancias, no parecen apropiadas para muchos delitos (por ejemplo, de falsedades), en los cuales no es relevante el momento u ocasión en que se cometa.

b).- Por la especial facilidad de impunidad.

Señala Mir Puig, que: "El disfraz y el precio (la recompensa o la promesa pueden verse como circunstancias que elevan la intensidad de la prohibición (del injusto), por cuanto facilita la impunidad y, con su esperanza, una decisión de delinquir que de otro modo, por medio del descubrimiento y al castigo, tal vez no se adoptaría. Resultan, así medios que favorezcan la

lesión de bienes jurídicos. Sabido es que la confianza en que podrá evadirse la acción de la justicia constituye un factor criminógeno de primer orden. Que el disfraz tiene este fundamento es bastante evidente. Más discutible puede ser la fundamentación de la agravante de precio, recompensa o promesa, que también se ha visto a veces como expresión de mayor perversidad o de una motivación vil. La cuestión depende, en parte de si ésta agravante es aplicable al ejecutor por precio o aquel que se le promete o da. Respecto al ejecutor puede admitirse que el precio constituye un motivo bajo, sobre todo en los delitos en las personas (en el asesinato constituye una de las posibles circunstancias que lo cualifican) u otros contra el honor, la libertad, la seguridad etcétera, que los delitos que persiguen un beneficio económico tal motivo ya es inherente al hecho y no puede estimarse de nuevo como agravante. Pero es discutible si esta agravante es aplicable también al inductor o sólo al ejecutor.

El Tribunal Superior considera aplicable en ambos, la circunstancia 2a., del artículo 10 del Código Penal Español, un sector de la doctrina entiende, en cambio que sólo es aplicable al autor material, porque la ley exige: "Cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa". Esta última posición podría defenderse fácilmente para el supuesto en que la circunstancia de precio, recompensa o promesa despliega su función de convertir el homicidio en asesinato -supuesto especialmente importante en la práctica-. En efecto, el artículo 406 se refiere al que matare a otro "por precio, recompensa o promesa". Parece evidente que el que paga el precio no mata por precio. Más el artículo 10, 2º, cuando contempla el precio como agravante genérica no dice "por precio", sino "mediante precio". Todo depende, entonces de lo que se entienda por "cometer el delito", que es lo que la ley exige que se haga mediante el precio. A mi juicio, tiene razón el Tribunal Superior considerar que también el inductor comete un delito mediante precio y ello por varias razones. En

primer lugar, del artículo 49 se desprende, que todos los "autores" del artículo 14 "cometen" el delito; en segundo lugar en todo caso la inducción también es en sí misma un "delito", distinto al de autor. Puesto que también constituyen un "delito" la complicidad y el encubrimiento, a ambos será así mismo, aplicable la agravante si la cooperación o el encubrimiento tiene lugar mediante o por el precio.

Siendo aplicable la agravante tanto al que paga como al que recibe el precio, puede verse un fundamento común a ambos y otro referido específicamente al ejecutor. El fundamento común reside en la mayor peligrosidad que supone la dificultad de descubrir a los responsables cuando media el precio. Este rompe la cadena motivacional que une al inductor con el delito, mientras que el autor material no tiene ningún motivo que pueda relacionarlo con la víctima. El fundamento específico para el autor material es el motivo bajo, que representa el precio y que afecta al desvalor subjetivo del injusto.



La doctrina discute si el precio, recompensa o promesa han de ser económicos o pueden tener también otro carácter. En favor de la interposición económica restrictiva si alega que a otros móviles no son tan reprochables. Más debe tenerse en cuenta que, como se ha visto, al carácter bajo del móvil que pueden representar el precio, la recompensa o la promesa no es el único fundamento de la agravante y que no afecta en absoluto al inductor, mientras que, por otra parte, hay beneficios honoríficos y profesionales no económicos que pueden constituir motivos perfectamente equiparables a los económicos (así como por ejemplo, si alguien accede a cometer un delito bajo la promesa de obtener un importante cargo político). Por lo demás la letra de la ley parece favorecer la interpretación amplia, puesto que junto al "precio" añade los términos de "recompensa o promesa" que han de ser distintos de aquél". 29

**B).- Agravantes que producen mayor extensión del mal.**

Algunas circunstancias del artículo 10º., Código Penal Español, aumenta lo injusto del hecho porque supone una mayor cantidad o extensión del mal producido, agrega Mir Puig Santiago:

**"a).- El artículo 10,4º, considera circunstancia agravante:**

"Realizar el delito por medio de la imprenta, radio difusión u otro medio que facilite la publicidad". El empleo de estos medios pueden extender el alcance del mal causado, por lo que se ha dicho que éstas circunstancias constituyen en el plano moral lo mismo que en el físico el esañamiento o los estragos.

De ahí cabe derivar la imposibilidad de aplicarla cuando no afecte a la gravedad del daño: Así por ejemplo, cuando se aplica una nota de la prensa para estafar a una persona, lo que no es más grave que estafarla de otro modo igualmente eficaz. No es aplicable en

los delitos de imprenta, ni a las calumnias por escrito o con publicidad, puesto que ya es inherente a todos estos hechos.

b).- El esañamiento se prevé como agravante genérica en el artículo 10, 5º del Código Penal Español, "Aumentar deliberadamente el mal del delito causado otros males innecesarios a su ejecución". También constituye una circunstancia cualificativa del asesinato, que concurre cuando se mata a otro "con esañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido".

El fundamento de ésta circunstancia suele verse en el móvil de brutalidad. Este carácter subjetivo quizá resulte más claro en el asesinato en dónde se exige que se actúe "inhumanamente", lo que en cambio no se requiere en el artículo 10. 5º. Este se contenta con la objetividad de los males innecesarios, por lo que su fundamento ha de partir del dato objetivo del aumento de lesión del bien jurídico. el adverbio

"deliberadamente" no añade ningún móvil o actitud subjetiva que no sea el dolo de producir aquél aumento innecesario del mal.

¿ Que debe entenderse por aumenta el mal del delito?

El Tribunal Superior suele referirse al dolor físico o moral de la víctima, mientras que algún autor plantea la posibilidad de que con independencia de ello se estime la agravante en delitos que conminan con una misma pena lesiones que pueden ser de muy diversa gravedad cuando el sujeto causa el mal más grave. Así en el delito de injurias afrentosas (artículo 458, 3º.), basta una sola, pero pueden también concurrir varias, sin que varíe la penalidad típica, en el delito de raptó o de detenciones ilegales la privación de la libertad puede prolongarse durante años, sin que pueda elevarse la penalidad típica: Si en todos los casos el sujeto lleva la lesión a límites superiores a los normalmente necesarios para realizar el delito, estaría indicada la agravación de la pena mediante la estimación del

artículo 10, 5º, del Código Penal Español.

El aumento del mal ha de ser innecesario para la ejecución del hecho. Esto puede entenderse de dos modos; que debe ser innecesario según el plan del agente (punto de vista concreto), o que ha de serlo en general, con independencia de aquél plan (punto de vista abstracto). El tribunal Superior ha acojido a veces el primer punto de vista, negando el ensañamiento en casos de pluralidad de heridas o en que se machacó el cráneo de la víctima como forma de matar, por entender que siendo el plan del autor al producir la muerte por tales vías, las mismas resultaban necesarias para su ejecución. Según el punto de vista abstracto, en cambio, en estos casos concurriría ensañamiento porque, prescindiendo del plan del autor, éste hubiere podido matar sin necesidad de acudir a aquéllos procedimientos tan brutales.

c).- Las circunstancias enumeradas en el nº 16 del artículo 10 aumenta la

gravedad de lo injusto al añadir a la lesión típica otras lesiones relativas a la persona de la víctima o al lugar en que se produce el delito. El artículo 10, 16°. dice: "Ejecutar el hecho con ofensa de la autoridad o desprecio del respecto que por la dignidad o edad mereciese el ofendido, o en su morada, cuando no haya provocado el suceso". El desprecio de la "dignidad", se prevé en función de un sistema de valores que va quedando superado por la evolución social de los últimos tiempos. La ofensa de la autoridad no ha de llegar a constituir delito independiente, como el desacato, que daría lugar a concurso de delitos. lo mismo ha de decirse de la ejecución de hecho en la morada de la víctima, que no debe constituir el delito de allanamiento de morada.

El concepto de "morada", puede entenderse en un sentido estricto, equivalente al del lugar en que se habita (pero que no es preciso que sea el domicilio ni el lugar de residencia más habitual), o en sentido más amplio.

como lugar en que se realiza cualquier actividad con exclusión de otras persona. En el artículo 10, 16º., parece preferible la primera interpretación puesto que la ley se refiere a "su" morada, es decir, la morada de la víctima, y en el contexto del precepto parecen vincularse de algún modo las ofensas a la condición de la víctima con la que supone el lesionarse en su propia morada" 30

## 2.- CIRCUNSTANCIAS SUBJETIVAS.

A).- La premeditación.

Manifiesta Mir Puig Santiago: "Es circunstancia agravante, según el artículo 10, 6º, del Código Penal Español, la de "premeditación conocida". También se prevé por el artículo 406 como circunstancia típica del asesinato. En la práctica su aplicación generalmente se limita a los delitos contra las personas, pese a que no lo impone la ley como en la alevosía. Hay no obstante, importantes excepciones: Se ha estimado en los delitos de incendio,

robo con fuerza en las cosas, hurto y, con carácter más general, robo con violencia o intimidación en las personas. En algunos delitos se considera inherentes; por ejemplo: En los de falsificación, estafa o apropiación indebida. De hecho todas estas consideraciones resultan artificiosas y más bien ocultan el deseo de justificar la voluntad de no aplicar esta agravante más allá de su ámbito más característico, el de algunos delitos contra las personas (no todos: piénsese en el aborto). Sería aconsejable una forma legal que redujera a tal ámbito la aplicabilidad de la premeditación.

Varios han sido los puntos de vista utilizados por la doctrina para fundamentar su efecto agravante: 1º).- El criterio ideológico según el cual lo decisivo es el hecho de la deliberación y la consideración sopesada de los motivos 2º).- el criterio cronológico que atiende a la duración de la voluntad criminal; 3º), el criterio psicológico, que se fija en la frialdad de ánimo y la persistencia de la violación; 4º), el



crisintomático, atento a la valoración de los motivos como expresión de la personalidad, que varía tras la premeditación una personalidad perversa o peligrosa. En realidad, la ley no exige algunas de las notas referidas, como la frialdad de ánimo, sino sólo que concorra meditación previa de la decisión de delinquir (premeditación). La exigencia de que sea "conocida", sólo tiene el sentido de excluir que esta circunstancia se presuma a diferencia de lo que antes de 1983 disponía el artículo 1 respecto a la voluntariedad: La premeditación tiene que probarse positivamente. Aunque la ley no lo dice expresamente, parece razonable exigir que la meditación previa se traduzca en una voluntad sostenida hasta la ejecución, pues tendría distinto significado, inmerecedor de la agravación, una meditación previa que no lleva a una resolución firme o que se abandona, aunque luego, en el último momento, vuelva a tomarse la decisión.

B).- Reincidencia.

Según el artículo 10, 15º del

Código Penal Español, es circunstancia agravante: "Ser reincidente.- Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiese sido condenado ejecutoriamente por el delito de los comprendidos en el mismo capítulo de ese Código, por otro, al que la ley señale igual o mayor pena, o por dos o más a los que aquella señale pena menor.- A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que hubieran podido serlo".

Esta redacción procede de la Reforma de 1983. Con anterioridad distinguía el Código las circunstancias de "reiteración" y "reincidencia", en los números 14 y 15 del artículo 10, respectivamente. La Reforma de 1983 dejó sin contenido el número 14 y acabó con la designación de "reiteración", que comprendía los casos en que el nuevo delito no pertenece al mismo Título del Código que el anteriormente castigado. Pero su contenido ha pasado casi sin modificaciones al actual número 15. La anterior circunstancia de "reincidencia" sufra una restricción al exigirse ahora

que el nuevo delito pertenezca no sólo al mismo Título, sino también al mismo Capítulo del Código que el antes condenado. También es nuevo el último párrafo referente a los antecedentes penales cancelados o que hubieran podido serlo, que es de aplaudir.

Pero la mayor significación de la Reforma de 1983 ha de verse en la supresión de la figura de la "multirreincidencia", que, según él también derogado número 6º., del artículo 61 Código Penal, permitía la imposición de la pena superior en grado a la señalada al delito (único supuesto en que ello era posible).

A pesar de la unificación operada en el actual artículo 10, 15º, del Código Penal Español, convendrá seguir distinguiendo una "reincidencia específica" y otra "genérica". la primera corresponde a la anterior "reincidencia", primera modalidad del actual artículo 10, 15º, y la segunda a la anterior "reiteración". No obstante, todas ellas responden a un estructura

genérica común y planea una importante problemática político-criminal y dogmática coincidente. Dicha estructura genérica es la siguiente: "Comisión de una infracción penal por parte de quien, con anterioridad a la misma, ha sido condenado por otra infracción". Sobre la estructura básica hay que añadir las distintas notas específicas que diferencian a cada manifestación. Pero la noción general propuesta permite ofrecer el siguiente esquema de análisis de los distintos elementos requeridos por la Ley:

- A).- ELEMENTOS DE PASADO: Condena por una infracción anterior;
- B).- ELEMENTO DEL PRESENTE: Comisión de otra infracción posterior;
- C).- ELEMENTO RELACIONAL: Relación en que deben encontrarse los elementos anteriores.

Antes de analizar brevemente estos elementos, diremos que todas las modalidades de reincidencia responden a un mismo fundamento común: denotan en el sujeto una actitud de mayor desprecio y

rebeldía frente a los valores jurídicos que aquél tuvo ocasión de apreciar no sólo en su formulación abstracta e impersonal por parte de la ley, sino sobre sí mismo, "en carne propia", y en la medida en que ni siquiera ello ha servido para motivar al autor de forma suficiente para que no cometiera la nueva infracción. Si se concibe la culpabilidad como en este texto, como mera condición de atribuibilidad del injusto, que puede impedir la atribución total o parcialmente pero no puede aumentar la gravedad atribuible al hecho, aquella actitud de desprecio y rebeldía deben considerarse causas de elevación de lo injusto del hecho. Ello no obsta a que pueda reputarse políticamente inconveniente a la agravación de la pena por reincidir. Es, en efecto, rechazable que agrave la pena, en un Derecho Penal respetuoso del fuero interno y que quiera limitarse a proteger bienes jurídicos (social-externos), una mera actitud interna del sujeto que no afecta al grado ni a la forma de la lesión producida, cuando por otra parte, tal actitud suele ir

acompañada por una menor capacidad de resistencia frente al delito (menor culpabilidad) en quien ha pasado por la experiencia carcelaria.

a).- Elemento de pasado

Es preciso que al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado por otro u otros delitos. Es ejecutoria la sentencia firme, esto es, aquella contra la que no cabe recurso alguno. No puede general reincidencia las condenas de Tribunales extranjeros, salvo en los casos en que se establezca lo contrario. Tampoco son validas las condenas de Tribunales Militares por delitos militares, puesto que el concepto de "delito" del Código de Justicia Militar es irreconducible al Código Penal a que se refiere el artículo 10, 15º., en relación a la reincidencia específica, la misma conclusión se derivaría de la necesidad de que los delitos anterior y actual se hallen en el mismo capítulo del Código Penal. En cambio, cabe, perfectamente apreciar la reincidencia genérica en base a delitos anteriores

previstos en Leyes Penales especiales, puesto que así lo permite el artículo 7° del Código Penal, que erige a éste en supletorio de lo no previsto por las leyes especiales. Los actos preparatorios punibles, la tentativa, la frustración, las formas de participación y el encubrimiento constituyen "delitos" que pueden dar lugar a reincidencia genérica, igual como sucede con los delitos imprudentes.

- b).- La reincidencia se aprecia "al delinquir", el culpable. De suyo, este término abarca tradicionalmente y en el uso del Código vigente tanto a los "delitos" en sentido estricto como a las "faltas", por lo que en este sentido amplio cabe entenderlo para la reincidencia genérica. En la reincidencia específica debe restringirse a los "delitos" porque en ella es preciso que las infracciones anteriores y actual constituya todas ellas "delitos comprendidos en el mismo capítulo de este Código". La reincidencia genérica también cabe en delitos o faltas previstas en Leyes

Penales especiales. Por lo dicho respecto a los delitos anteriores, no cabe considerar "delinquir" en el sentido del Código Penal a la comisión de "Delitos militares", pero sí a los actos preparatorios punibles, tentativa, frustración, formas de participación y encubrimiento, así como a los delitos imprudentes.

El momento del "delinquir" ha de ser posterior a la condena ejecutoria. Tal momento debe precisarse con arreglo a la teoría de la actividad, lo que plantea problemas en los casos en que el castigo o condena recaen durante la ejecución de un hecho que se prolonga en el tiempo aquí deben aceptarse las agravantes", - durante la comisión de un delito continuado aquí sólo pueden admitirse las agravantes cuando los actos parciales no son cuantificables durante la realización de un delito permanente - aquí procede la agravación. La reincidencia deja de poder estimarse cuando el nuevo hecho se produce habiéndose cancelado los antecedentes penales o habiendo podido hacerlo. Así



se declara en el último párrafo del nuevo artículo 10, 15°.

c).- Elementos relacionales.

Los hechos anteriormente condenados y el cometido con posterioridad deben hallarse en una determinada relación. Mientras que la reincidencia específica exige que se trate de delitos "comprendidos en el mismo capítulo de este Código" la reincidencia genérica exige sólo que el culpable hubiere sido condenado por delito a que la ley señale pena igual o mayor o por dos o más delitos a que aquélla señale pena mayor. La relación exigida para la reincidencia específica pretende ser cuantitativa y asegurar una cierta semejanza entre los hechos en juego. La relación exigida para la reincidencia genérica es cuantitativa y requiere una determinada gravedad en los antecedentes.

Las modificaciones legislativas que afecten a la presencia de algunos de los elementos de la reincidencia (así, suprimiendo el carácter delictivo o

disminuyendo la gravedad del hecho anterior) y tenga lugar con posterioridad al cumplimiento de la anterior condena, plantean importantes problemas que deben resolverse atendiendo el criterio de que el artículo 24 del Código Penal impone la retroactividad de las leyes penales más favorables. -en donde por "ley penal" no hay que extender las procesales. No puede exceptuarse las modificaciones de cuantías de los delitos contra la propiedad que, al elevar la frontera que lo hace constitutivos de "delito" convierten en faltas delitos anteriores. por mucho que estas modificaciones no responden fundamentalmente a cambios valorativos, sino a la voluntad de adaptar la ley penal al nuevo valor adquisitivo del dinero consecuencia de su devaluación, lo cierto es que rechaza la retroactividad de la nueva legislación supondría una aplicación analógica de la ley.

Las circunstancias de reinteracción son personales e incommunicables a los coautores o partícipes en quienes no

concurran, pero no por ello deja de ser preciso que, para que concurran, el sujeto conozca sus presupuestos objetivos. 31

IV.- La circunstancia mixta de parentesco, indica Mir Puig Santiago:

"I.- Según el artículo 11 del Código Penal, "es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano por naturaleza, adoptivo, o a fin en los mismo grados del ofensor".

En la práctica, suele considerarse éstas una circunstancia agravante en los delitos contra las personas en los cuales la propia ley considera más grave el parricidio que el homicidio -y atenuante en los delitos contra la

---

31 Mir Puig Santiago. Ob. Cit. Página 579 a 584.

propiedad- siguiendo el criterio del Código al eximir de pena a los que cometan ciertos delitos contra la propiedad de determinados parientes. No obstante, no hay que olvidarse y así lo tiene en cuenta la jurisprudencia a los "motivos" del delito, lo que debe interpretarse en el sentido de que no puede atenderse sólo y automáticamente a la "naturaleza" abstracta del delito. El Tribunal Superior llega a negar la estimación de todo efecto, atenuante o agravante, al parentesco previsto en el artículo 11 cuando entiende que no opera como motivo dotado de la suficiente intensidad, y aunque se trate de delitos en los que en otras ocasiones se estime la circunstancia.

- 2.- Se discute la naturaleza dogmática de la circunstancia de parentesco y, en concreto, si afecta al injusto o a la culpabilidad. Sí puede agravar la pena ya se comprende que, según el planteamiento dogmático que defendemos, no puede afectar a la culpabilidad. Y, ciertamente, no modifica ni la imputabilidad ni la normal exigibilidad

de la conducta. Las expectativas sociales derivadas de la relación de parentesco pueden conferir al hecho una mayor o menor gravedad. Ello afecta al grado del injusto (en su parte objetiva -"naturaleza" y "efectos" del delito- y en su parte subjetiva "motivos" del delito-), y no a su posibilidad de atribución al sujeto (culpabilidad).

- 3.- Para que el parentesco pueda tenerse en cuenta, el Tribunal Superior requiere que de hecho no haya perdido su significado de vinculación entre los parientes. Así la sentencia 23 de abril de 70 rechaza la circunstancia cuando por concurrir "profunda enemistad y odio mutuo", "no puede hablarse de vínculos de parentesco entre los protagonistas", puesto que "había cesado toda relación familiar y se conducían como extraños".

Ello sucederá, a fortiori, cuando el agente desconozca la relación de parentesco, por lo que es preciso el conocimiento de dicha relación. La necesidad de la existencia de una

efectiva vinculación entre los parientes viene a confirmarse por la nueva redacción del artículo 11, cuando habla de la "análoga relación de afectividad".

32

## 2.- ATENUANTES.

### II. CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

En el Código Penal Español, son circunstancias atenuantes (estricto sensu), las previstas en el artículo 9. Cabe distinguir, por de pronto, las eximentes incompletas a que se refiere el artículo 9, 1, las expresadas en los números 2 a 9 del mismo artículo y, por último, las atenuantes analógicas a las anteriores, permitidas expresamente por el artículo 9,10 del Código Penal Español.

1.- Eximentes incompletas. Continúa Mir Puig Santiago al señalar que: "A).- Como ha habido ocasión de ver con relación a las eximentes según el artículo 9, 1, del Código Penal Español, son circunstancias atenuantes (privilegiadas porque atenúan la pena en mayor medida que las ordinarias), las expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren los requisitos necesarios para eximir la responsabilidad en sus respectivos casos. Esta fórmula procede

de 1963, en que se volvió a la formulación de 1848. Entre tanto se ha producido una cierta evolución jurisprudencial y doctrinal.

- a).- En un principio, la Jurisprudencia se limitó a aplicar el artículo 9, aquellas eximentes a las que la ley exige expresamente varios requisitos (la legítima defensa y el estado de necesidad).
- b).- Más tarde se cambió el criterio aceptándose paulatinamente aunque no sin contradicciones, en otras eximentes (por ejemplo la enajenación), además de las antes referidas. Ello venía abonando por la opinión de Pacheco Groizard, por una parte Silvela (con menor amplitud), por otra parte se distinguían tres grupos de eximentes.
- 1.- Las que consisten en un hecho indivisible, como la minoría de edad penal
  - 2.- Las que pueden fraccionarse o graduarse aunque la Ley no lo haya hecho, como el miedo insuperable.



3.- Las que se hayan fraccionadas por la ley, como la legitima defensa. Las primeras no podrian estimarse en forma completa, pero si la de los dos grupos siguientes.

c).- En 1932 se quizó acabar de ampliar, la ampliación del artículo 9 diciendo: "Todas las expresadas en el capítulo anterior..." así se mantuvo en 1944. Más a tal formulación se oponía la evidente imposibilidad de apreciar como incompletas las eximentes de caso fortuito y de minoría de edad supuesto que el artículo 64 remitía al 565 cuando faltara alguno de los requisitos del artículo 8,8. y del propio artículo 9, 3. prevé como atenuante la edad de 16 a 18 años. Por eso se volvió a la forma originaria.

B).- Al examinar las distintas eximentes, primero las justifican y luego las que excluyen la culpabilidad se ha ido diciendo cuales permiten sus apreciación incompleta y qué requisitos exigen para ello. Basta aquí recordar

el principio general: Es preciso que, faltando algún requisito no fundamental de la eximente, subsistan los que sustentan su base. Sin estos ya no podría decirse que se trata de la misma circunstancia incompleta (así no hay agresión ilegítima no puede hablarse de defensa incompleta porque no hay defensa alguna). Que desde luego no pueden faltar todos los requisitos de la eximente, sino que ésta debe concurrir de forma parcial, lo abona el tenor del artículo 66, que en relación con el artículo 9, 1º, establece la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, "cuando el hecho no del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir la responsabilidad en los respectivos casos..."

En relación con las causas de justificación, su apreciación incompleta según el artículo 9, 1º. ésta pensaba, en principio para los casos de actuación dolosa y la atenuación operará sobre la case del hecho doloso. Pero también puede estimarse sobre imprudencia,

cuando el exceso se produce sin intención o incluso quedar descartada por ser fortuito el exceso y proceder la exención".

Respecto a las causas de inculpabilidad, basta recordar aquí que se estimación incompleta requiere que se produzca en forma no plena pero notable el efecto psicológico correspondiente que afecta a la normal motivación del sujeto". 33

2.- Las atenuantes ordinarias, sigue diciendo Mir Puig Santiago:

"A).- Llamamos ordinarias a las atenuantes contempladas en los números 2. a 9º. porque ni tienen la naturaleza y efectos especiales de la eximentes incompletas ni requieren el recurso a la analogía, como las analógicas del artículo 9, 10º del Código Penal Español. Se acostumbra a estudiarlas siguiendo su orden legal. En un estudio evolucionado de la teoría del delito que distingue claramente injusto y culpabilidad es preferible clasificar las atenuantes atendiendo a

esta división sistemática. Sólo así se mantiene, además la necesaria coherencia con el tratamiento doctrinal de las eximentes, que se distingue según su naturaleza justificativa o exculpante y no según su orden en el artículo 8, del Código Penal Español.

Por otra parte es importante penetrar en el sentido material de las atenuantes para decidir su compatibilidad entre sí y cuales pueden ser análogas a ellas.

Disminuye el injusto en su parte subjetiva la atenuante de preterintencionalidad.

Aminoran la culpabilidad por disminuir la imputabilidad las atenuantes de embriaguez, de minoría de edad de 18 años y arrebató u obcecación.

La atenuante de arrepentimiento espontáneo disminuye la Punibilidad.

B).-LA PRETERINTENCIONALIDAD, como atenuante que disminuye el injusto subjetivo.

La atenuante de preterintencionalidad se expresa en el artículo 9, 4º del Código Penal Español: "La de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo". La problemática que plantea la no preterintencionalidad se examinó en una lección anterior. Basta recordar que esta atenuante supone que el sujeto quizá el delito pero sin buscar un mal de tanta gravedad, es decir que exista una discrepancia entre el mal acusado y el perseguido, pero como señaló Silvela dentro del mismo delito. Sería incorrecto según esto, aplicar la atenuante a los casos mal llamados del "homicidio preterintencional", como sin embargo, hacia la jurisprudencia tradicional. La atenuante cabrá en delitos dolosos cuyo tipo sea susceptible de graduación y no haya sido buscado por el sujeto en toda su gravedad alcanzada. No será aplicable en delitos imprudenciales y así lo afirma el Tribunal Superior por que los mismo ya aplican necesariamente la falta de intención (inherencia). Como ejemplo paradigmático de delito en que es

aplicable la preterintencionalidad se ha considerado por la doctrina el de lesiones graves. Que prevé distintos supuestos de diferente gravedad.

Cuando como sucede en las lesiones del artículo 420 la ley señala distintas penas según la gravedad del hecho, el artículo 9, 4º del Código Penal Español, sólo será aplicable si la producción de un mal más grave al buscado no obsta a la subsistencia del dolo respecto al concreto subtipo especialmente castigado. Ello implica que sea graduable la entidad del resultado castigado con una misma pena.

Si se admite que el dolo eventual queda fuera de la "intención", a que se refiere el artículo 9, 4º, éste pudiera ampliarse también para atenuar la pena cuando concorra ésta clase de dolo, lo que permitía una muy conveniente matización de la diferencia de gravedad que supone respecto del dolo directo. Puesto que el artículo 9, 4º se refiere a casos en que el sujeto no tiene intención de causar un mal de tanta

gravedad, parece que lo menos supondrá alguna intención de causar un mal de menor gravedad; supuesto de intención inicial lesiva con resultado último más grave de lo perseguido, pero abarcando por el de lo eventual. Pero cuando falte toda intención inicial lesiva, cabrá acudir a la atenuante analógica, pues sería injusto que todos estos casos menos graves no pudieran beneficiarse de la atenuación.

- C).-ATENUANTES que disminuyen la culpabilidad.
- a).- La embriaguez como atenuante.

Según el artículo 9, 2º del Código Penal Español, es circunstancia atenuante "la embriaguez no habitual siempre que no se haya producido con propósito de delinquir". Se funda esta circunstancia en una disminución de la imputabilidad. Su ámbito depende del que se atribuya al artículo 8, 1º y al 9, 1º con relación a la embriaguez. Sino se admitiera que la embriaguez puede eximir como una forma de trastorno mental transitorio o dar lugar a menos a la

eximente incompleta, lo que sostiene algún autor resultaría que la embriaguez sólo podría tener los efectos atenuantes previstos en el artículo 9, 2º; éste comprendería todos los supuestos de embriaguez relevantes para el derecho penal, desde la plena hasta la que no lo es. No es la solución correcta, puesto como se vio en su momento no hay motivo para excluir del trastorno mental transitorio los casos de embriaguez que lo produce, sea en forma plena, y entonces procederá la exención. Sean en forma semiplena, supuesto que cabe estimar la eximente incompleta. Para el artículo 9, 2º, queda: que la embriaguez no llega a la intensidad del trastorno pleno o semipleno y reúne los requisitos previstos por aquel precepto; que no se haya producido con propósito de delinquir y no sea habitual.

Sobre el requisito de falta de provocación dolosa, de la embriaguez véase lo dicho al respecto en relación con la fórmula del artículo 8, 1º del Código Penal Español. En cuanto a la exigencia de no habitualidad, es



criticable, porque no hace falta para exención y si en cambio para la atenuante del artículo 9, 2º del Código Penal Español. Algún autor llega incluso a considerar del todo aplicable este precepto, por entender que supone un trato injustamente desigual y en contra del reo en comparación con lo que le permite la eximente incompleta de embriaguez; parece absurdo que ésta no exija la falta de habitualidad y si lo haga, en cambio, la atenuante.

La jurisprudencia y la doctrina interpreta la habitualidad objetivamente, como ("embriagarse con frecuencia"), no como hábito incorporado al sujeto.

- b).- MINORIA DE 18 años entre la edad, en que resulte excluida por completo la responsabilidad penal (hasta los 16 años), y aquella en que dicha responsabilidad es completa, existe una zona en que la ley prevé una pena atenuada; quien delinque habiendo cumplido 16 años y no alcanzado aún los 18, tiene atenuada su responsabilidad

penal según el artículo 9, 3º., salvo lo que en seguida se dirá: .

Al artículo 9, 3º del Código Penal Español, viene a constituir una especie de eximente incompleta especialmente prevista: Sus efectos en la atenuación de la pena son los mismos (artículos 65: rebaja de la pena en uno o dos grados), y es evidente, por otra parte, que no cabe otra eximente incompleta de minoría de edad. Sin embargo, tiene la particularidad, desde 1944, de que permite al Tribunal sustituir la pena atenuada por una medida de reforma por tiempo indeterminado hasta conseguir su corrección criticable medida con ausencia total de garantías, que fue introducida ilegalmente en 1944, pues nos se hallaba prevista en la Ley de Bases.

En orden a los problemas relacionados con el momento de cumplimiento de la edad señalada por la ley, ver lo dicho al respecto en relación con la exmitente 2a. del artículo 8.

c).- ARREBATO U OBCECACION.

Es circunstancia atenuante "la de obrar por estímulos tan poderosos que, naturalmente, haya producido arrebató u obcecación u otro estado pasional de semejantes entidad".

El fundamento de esta atenuante es una disminución de la imputabilidad (a) que resulta comprensible para el hombre medio (b).

Supone, en efecto, un arrebató u obcecación o un estado pasional de semejante entidad (a), producido por estímulos suficientes para que resulte comprensible ("naturalmente") (b). Ello nada tiene que ver con la valoración que merezcan los motivos, sino sólo con su intensidad, pues nos moveremos ahora en el ámbito del injusto, sino en el de la culpabilidad. De ahí que resulte criticable la dirección jurisprudencial que requiere que el arrebató u obcecación no haya sido causado por una conducta lícita de la víctima.

a) El arrebató debe distinguir de la

obcecación como la emoción de la pasión. Son célebres las imágenes que empleó Kant para diferenciarlas; La emoción es el agua que rompe con violencia el dique para enseguida esparcirse, mientras que la pasión es el torrente que excava su lecho y en él se encausa. La emoción es súbita (así la ira), la pasión es pertinaz (así la envidia, los celos=). Este era el sentido expreso de la contraposición de arrebató y obcecación en el Código de 1928, que se refería al "arrebató momentáneo y obcecación pertinaz". Entre los "estados pasionales" habrá que poder seguir incluyendo los casos de provocación y vindicación próxima antes previstos en los derogados números 5º y 6º del artículo 9 del Código Penal Español.

- b) El arrebató u obcecación, como los demás estados pasionales han de tener lugar por motivos tan poderosos que los produzcan "naturalmente". El Código fija aquí un límite que garantice que no puede alegarse cualquier clase de excitación o de estado pasional, sino sólo aquellos que se presenten como

comprensibles y creíbles a la vista de los motivos. Téngase en cuenta que ello puede juzgarse necesario para tratarse de alteraciones emocionales que no llegan a tener la gran intensidad propia de un trastorno mental transitorio completo o incompleto. Cuando, en cambio concurre un verdadero trastorno mental transitorio la perturbación ha de ser tan acusada que no es preciso exigir la garantía de unos movimientos poderosos.

Ahora bien, si los motivos producen "naturalmente" el trastorno mental transitorio pleno o semipleno no dejarán de ser aplicable los artículos 8, 1º ó 9, 1º del Código Penal Español, respectivamente, y, no deberá acudirse a la atenuante de arrebató u obcecación: La exigencia del carácter natural del arrebató u obcecación por parte del artículo 9, 8º, no persigue delimitar la atenuante por arriba, respecto del trastorno mental transitorio, con objeto de evitar su aplicación cuando aquel requisito concorra, sino limitar la atenuante por abajo, respecto de estados emocionales no creíbles o

incomprensibles, para que estos no puedan atenuar.

El sentido de límite de garantía del requisito de la "naturalidad" del arrebató u obcecación es el asegurar un mínimo de intensidad cuantitativa en aquellos. Por ello, no cabe convertir tal requisito en un límite cuantitativo, que conduzca a valorar positiva o negativamente los motivos y a condicionar la atenuación a que los motivos sean lícitos o admisibles éticamente.

D).- EL ARREPENTIMIENTO ACTIVO, como causa de disminución de la punibilidad.

El N° 9 del artículo 9 del Código Penal Español dice: "La de haber procedido el culpable antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, y por impulsos de arrepentimiento espontáneo, a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las Autoridades la infracción".

El fundamento de esta atenuante es politico-criminal, fomentar la reparación del daño o la persecución judicial. Para que la reparación del daño o la confesión a las Autoridades tenga valor politico-criminal, es preciso que no haya sido forzada por las circunstancias (así, que el sujeto no se haya enterado de su descubrimiento por la policía), porque si así fuera ya habría fracasado el intento de motivación del artículo 9, 9°. Por ello se exige el arrepentimiento espontáneo y la anterioridad a la apertura del procedimiento judicial.

Nada tiene que ver todo ello con lo injusto del hecho cometido ni con la culpabilidad de su autor, puesto que se trata de datos posteriores a la comisión del hecho. De ahí que esta atenuante no pueda disminuir ni lo injusto ni la culpabilidad, sino sólo la punibilidad del hecho -categoría dogmática- ésta que se refiere a aquellos factores politico-criminales, de la pena que no afecten ni al injusto ni a la culpabilidad.

Los elementos de la atenuante 9a., son según, se ha visto a) objetivamente, una actividad de reparación o disminución de los efectos del delito, de satisfacción del ofendido o de confesión a las Autoridades, todo ello antes de conocer la apertura del procedimiento judicial; b) subjetivamente, que muevan al sujeto impulsos de arrepentimiento espontáneo. El examen de estos elementos suscitan algunas cuestiones:

a).- ¿Hace falta que se alcance un resultado efectivo de reparación, disminución o satisfacción? Doctrina y Jurisprudencia no lo consideran necesario. No obstante, según Córdoba debe exigirse que el sujeto quiera reparar todo el daño que sea posible, de modo que no bastaría querer restituir sólo una parte de lo hurtado, puesto que en casos como éste faltaría el necesario arrepentimiento.

b).- Las Autoridades son las gubernativas o judiciales competentes en abstracto (no se precisa la competencia concreta) (sobre la distinción de competencia abstracta y concreta).



La declaración tiene que ser veraz. Se discute si el precisa la presentación del sujeto y su puesta a disposición lo que debe negarse, puesto que la ley sólo requiera la confesión.

- c).- ¿ Cuándo tiene lugar la apertura del procedimiento judicial? El Tribunal Superior sostiene que a partir de las diligencias policiales, pero lo correcto es entender que debe separarse a la incoación del sumario.

Ello no obsta a que el conocimiento de que la Policía se halla tras la pista del culpable pueda privar a la confesión de éste de la espontaneidad que subjetivamente requiere la presente atenuante. Por otra parte, la jurisprudencia admite la atenuante analógica respecto a la examinada del artículo 9, 9º cuando, a pesar de conocer el sujeto la apertura del procedimiento judicial era, grandes las posibilidades de no ser descubierto.

- d).- El requisito subjetivo de

arrepentimiento espontáneo plantea, por una parte, la cuestión del concepto de arrepentimiento y, por otra, la de su espontaneidad. El arrepentimiento no debe entenderse en un sentido moral de sentimiento de pesar o de remordimiento. El Derecho penal propio de un Estado social democrático de Derecho no de condicionar el castigo a consideraciones morales internas del sujeto. El arrepentimiento debe concebirse en términos jurídicos. Como voluntad de apartamiento del delito y de cooperación con el Derecho. La espontaneidad del arrepentimiento falta cuando el sujeto actúa coaccionado por las circunstancias, pero no desaparece por el hecho de que la decisión de arrepentirse proceda de otra persona, se ésta se ha limitado a aconsejarla. La problemática de la espontaneidad es, por lo demás paralela a la de la voluntariedad en el desestimiento de la tentativa, a cuyo estudio nos remitimos. Es importante, en cualquier caso, destacar que la jurisprudencia presume la concurrencia del arrepentimiento espontáneo salvo que aparezca

desvirtuado por datos en contrario". 34

---

34 Mir Puig Saniaco. Ob. Cit. Páginas 557 a 566.

### 3.- LAS ATENUANTES ANALOGICAS.

"El artículo 9º concluye diciendo, en su N.º., 10º: "últimamente cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores". Por esta vía se admiten expresamente como atenuantes todas aquellas circunstancias que sean análogas a las especialmente enumeradas por la ley. Si se aceptan que la analogía in bonam partem no se halla prohibida por la ley como creo correcto, el artículo 9, 10º, no se será más que una manifestación específica de la posibilidad general de tal clase de analogía.

La fórmula legal es fruto de repetidos intentos de una ampliación. En el Código Penal de 1848 se decía: "De igual entidad y análoga" lo que requería más. En el Código Penal de 1932 se exigió sólo que la circunstancia fuera: "análoga", y en el Código Penal de 1944 se quizá flexibilizar éste adjetivo introduciendo la actual expresión "de análoga significación". No hace falta, pues el parecido externo de las

circunstancias, sino, sólo equivalencias de su significado. Y como el significado de las atenuantes es el de modificar el contenido de injusto o de culpabilidad, o la punibilidad, cualquier modificación de éstas categorías podría considerarse motivadora de la atenuante 10a. Sin embargo, la jurisprudencia la interpreta en forma más restrictiva, exigiendo analogía con los elementos de las circunstancias de que se trate.

Entre ambas vías tal vez sea preferible otra intermedia; debe existir analogía respecto al efecto de modificación de injusto, culpabilidad o punibilidad, pero también respecto a la específica razón que constituye el fundamento particular de cada atenuante, lo que debe llevar hasta exigir la analogía de elementos.

Un importante supuesto en que tal fórmula debe permitir la atenuante analógica es el de que, actuando el sujeto movido por la motivación que constituye la esencia de la atenuante, lo haga con error y, en realidad no

concurra los elementos subjetivos que deberían ser la base de la motivación.

Una cuestión particular que plantea el tenor del artículo 9, 10º del Código Penal Español, es la de si permite la analogía respecto a la circunstancia mixta de parentesco artículo 11 cuando tenga efectos atenuantes. Literalmente no lo conciente, pues se refiere a "las anteriores" circunstancias, y el artículo 11 es posterior. Sin embargo es evidente que no existe razón alguna que explique la exclusión del parentesco, por lo que algún autor rechaza esta interpretación y propone extender el artículo 9, 10, al parentesco por razones teleológicas". 35

Una vez hecho el análisis de las circunstancias modificativas del delito, es necesario establecer en que momento debe realizarse su estudio. Originalmente la Jurisprudencia número dos sustentada por el Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia

---

35 Código Penal Español.

Penal, publicada en el informe de labores rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por su presidente, el finalizar el año de mil novecientos ochenta y siete, cuyo texto se transcribe a continuación "AUTO DE FORMAL PRISION, DEBEN INCLUIRSE LAS MODALIDADES DE LOS DELITOS EN EL". Tesis de Jurisprudencia, cuyo criterio considera correcto, en virtud de respetar las garantías individuales del inculcado por algún delito, al ser congruente con lo establecido por el artículo 19 Constitucional, por determinar el delito o delitos por los que ha de seguirse el proceso, aún cuando no establece que deban estudiarse las circunstancias modificativas del delito, es evidente que deben estudiarse para el efecto de no dejar al procesado en esta de indefensión, porque al no estudiarse éstas t señalarse en el Auto de Formal Prisión, no podrá realizar su defensa en forma adecuada; siendo de considerase que para obtener la libertad provisional bajo caución, es necesario tomar en cuenta las modalidades del delito como lo previene el artículo 20

Constitucional, lo cual resulta contradictorio, ya que en el precepto procedente únicamente se indica que el proceso deberá seguirse por el delito de delitos que se señalen en el Auto de Formal Prisión. Por otra parte en contradicción a la Jurisprudencia del Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Material Penal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Contradicción de Tesis número 5/89, de fecha 3 tres de Mayo de 1989, bajo el rubro: AUTO DE FORMAL PRISION NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICACIONES DEL DELITO EN EL. Lo que resulta inconcebible que el Máximo Tribunal de la Nación, que siendo el primer vigilante de las garantías individuales, considera correcto que para conceder la libertad provisional deben estudiarse las modificativas del delito y al momento de resolver la situación Jurídica del inculpado no deben estudiarse, situación totalmente aberrante, considerando la siguiente Jurisprudencia: AUTO DE FORMAL PRISION, AUN CUANDO PARA EL ANALISIS DE PROCEDENCIA DE LA LIBERTAD PROVISIONAL SE DEBEN ATENDER LAS MODIFICATIVAS O



CALIFICATIVAS DEL DELITO, NO DEBEN INCLUIRSE EN EL DICTADO DEL.- Si bien es cierto que el artículo 20, fracción I, de la Constitución General de la República señala que las calificativas que para el delito material del ejercicio de la acción penal se invoquen por el Ministerio Público debe considerarlas el Juzgador al resolver sobre la procedencia de la libertad Provisional, también lo es que el artículo 19 de ese mismo ordenamiento, que rige el dictado del auto de formal prisión, sólo exige como requisitos para la validez de esa determinación que los datos que arroje la Averiguación Previa sean bastantes para acreditar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad penal de inculpado en su comisión, lo anterior aunado a que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Jurisprudencia número 37, publicada a fojas 301 del último apéndice al Semanario Judicial de la Federación ha establecido lo siguiente "CALIFICATIVAS PRUEBAS DE LAS.- LAS CIRCUNSTANCIAS CALIFICATIVAS DEL DELITO REQUIEREN SER

COMPROBADAS PLENAMENTE PARA EL QUE EL JUZGADOR PUEDA TOMARLAS EN CONSIDERACION AL DICTAR SU FALLO" lo que lleva a concluir que en estricto acatamiento a esos preceptos constitucionales y al criterio Jurisprudencial antes señalado, el análisis de las circunstancias modificativas o calificativas del delito no se debe realizar al momento de decretar la Formal Prisión del indiciado, sino hasta al sentencia que se dicte en cuanto al fondo del asunto, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. AMPARO EN REVISION 44/86. JUAN CARDENAS VARGAS. 19 DE MARZO DE 1986. UNANIMIDAD DE VOTOS, PONENTE J. JESUS DUARTE CANDO, SECRETARIO RUBEN MARQUEZ FERNANDEZ.- Todo lo anterior nos lleva a concluir que para el efecto de no violar garantías individuales del procesado deben estudiarse las circunstancias modificativas del delito al momento de dictarse el Auto de Formal Prisión, para no dejar en estado de indefensión al sujeto activo del delito y que el estudio sea obligatorio para el Juzgador al establecerse en forma clara y precisa

en la Ley Constitucional, para no permitir que la Suprema Corte de Justicia de la Nación sea la que determine en que momento estudiarse las modificativas del delito, por ser manifiesta su falta de concenso y amplio criterio para resolver una situación tan importante Jurídicamente.

## C O N C L U S I O N E S

PRIMERA.- El Proceso Penal de la antigüedad era instaurado a petición de la persona ofendida, quien tenía que exponer verbalmente a los jueces griegos su caso de viva voz, en tanto que el acusado tenía que defenderse por sí mismo y la función de declarar el derecho correspondía al Arcontado y al Tribunal de los Heliastas, que tomaban sus decisiones después de haber enarbolado el alegato de las partes y haber recibido las pruebas que éstas ofrecieron, por lo que se deduce que no existía Ministerio Público. el proceso era Sumarísimo y no existía el Auto de Plazo Constitucional.

SEGUNDA.- El Auto de Plazo Constitucional, aparece legislado por primera vez en la Constitución del Cádiz de 1812 en la que se establece que para que el arrestado se ponga en la cárcel o permanezca en ella se preverá "Auto Motivado", entregándose copia al Alcaide para que al inserten en el "Libro de Presos", ya que sin ello no se admitiría a un preso en tal calidad. En México. la Quinta Ley Constitucional, dispone que para prevalecer prisión a una persona, es

necesario "Información Sumaria", que en Derecho, merezca pena corporal y sea dictado por un Juez, apareciendo legalmente el Auto de Plazo Constitucional.

TERCERA.- El Auto de Formal Prisión, como Garantía Constitucional y base de un proceso debe dictarse dentro del término de 72 setenta y dos horas, ya que en caso contrario, el custodio del detenido lo pondrá en libertad, lo que demuestra que la Garantía de Legalidad Jurídica no debe ser violada, en virtud de que el Custodio que retenga al inculcado, sin tener la copia autorizada del Auto de Formal Prisión, lo estaría privando ilegalmente de su Libertad, lo que constituye un delito, para el custodio y una garantía para el detenido.

CUARTA.- El Auto de Formal Prisión, como Garantía de Seguridad Jurídica, establece que el proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en esta resolución, y en caso de acreditarse que se cometió un delito distinto, éste será motivo de acusación separada, por lo que el Juez deberá ordenar la inmediata Libertad, ya que no podrá rebasar la acusación de Ministerio

Público. Por ser ésta de estricto Derecho conforme al artículo 21 Constitucional.

QUINTA.- El Auto de Sujeción a Proceso, sin Restricción de su Libertad del inculpado, deberá dictarse dentro del término de 72 setenta y dos horas, aún cuando el delito imputado tenga como sanción pena alternativa o Pecunaria y se hagan valer por el Ministerio Público alguna agravante del delito ya que para el efecto de resolver la situación jurídica del indiciado sólo se tomará en cuenta el Tipo Básico del delito y no sus accesorios, para la formal prisión, se requiere que el hecho ilícito se castigue, como Penal Corporal, como lo dispone el artículo 19 Constitucional.

SEXTA.- El Auto de Formal Prisión, tiene como requisito de fondo el que se compruebe los elementos del Tipo Penal del delito de que se trate, y si la conducta desplegada por el sujeto del delito, no encuadra en la descripción del delito hecha por el Legislador, no debe ser considerada como delito por encontrarse así establecido en el artículo 19 Constitucional. lo que produciría consecuencia la Libertad del indiciado.

SEPTIMA.- El Auto de Formal Prisión, deberá contener también como requisito de fondo, pruebas suficientes que hagan probable la Responsabilidad del inculcado, en el delito que se le imputa no únicamente comprados los elementos del Tipo Penal, porque faltaría acreditarse el Nexó de Causalidad entre la conducta desplegada por el sujeto y el resultado obtenido con esta, siendo de primordial importancia esta Garantía porque al no acreditarse la probable responsabilidad deberá ordenarse la Libertad por Falta de Elementos para Procesar con las Reservas de Ley, conforme al artículo 302 del Código Procesar Penal.

OCTAVA.- a Jurisprudencia Sustentada, por el Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Penal, sostenía que las Modalidades del delito debían incluirse en el Auto de Formal Prisión, por considerar que éstas tenían repercusión en función de la pena, por lo que en caso de estudiarse, y seguir el proceso así, se violarían la Garantía de Defensa, consagrada en el artículo 20 Constitucional fracciones II a VII. y se dejaría en esta de indefensión al

sujeto.

NOVENA.- El Segundo Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Penal, señalaba que no deben incluirse las modificativas del delito en el Auto de Formal Prisión por considerar, que deberían ser estudiadas en la sentencia, situación por demás violatoria de Garantías de Legalidad y de Defensa, ya que no puede defenderse de una modalidad del delito que no existe en el Auto de Formal Prisión, lo cual deja en estado de Indefensión al procesado.

DECIMA.- La Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Unificadora de las Dos Tesis Contradictorias, resolvió que las Modificativas del delito debían ser estudiadas en sentencia, incluyendo las atenuantes, lo que resulta gravemente violatoria de Garantías porque al no estudiarse las Agravantes y Atenuantes del delito, tampoco podría obtener su Libertad Provisional Bajo Caución, siendo ésta una de las máximas Garantías que consagra nuestra Constitución en la Fracción I del artículo 20 Constitucional.



## P R O P U E S T A

PRIMERA.- Que siendo el Auto de Formal Prisión la base del proceso penal, que tiene que reunir tanto los requisitos de fondo y forma. También deben estudiarse las modalidades del delito, para el efecto de que el procesado pueda defenderse de la Acusación formulada en su contra por el Agente del Ministerio Público.

SEGUNDA.- Las Calificativas como Modificativas del delito deben estudiarse en el Auto de Formal Prisión, ya que de ellos depende que el sujeto obtenga su libertad en los delitos calificados y que el procesado pueda Plantear su defensa en forma correcta, teniendo como antecedente su situación Jurídica resuelta al vencer el término de 72 setenta y dos horas.

TERCERA.- Es evidente que el problema del estudio de las Calificativas, no es fácil de resolver, en virtud de que la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo que resolver en definitiva las tesis contradictorias sustentadas por el Primero y Segundo Tribunales Colegiados del Primer

Circuito en Materia Penal, ya que el primero sostenía que las modalidades del delito debían incluirse en el Auto de Formal Prisión y el Segundo sostiene que deben ser estudiados en sentencia, resolviendo la Corte que debía prevalecer el criterio del Segundo Tribunal, el que resulta violatorio de Garantías.

CUARTA.- Para evitar la controversia sobre los criterios de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Violación flagrante y permanente de las garantías individuales de los procesados, debe establecerse en la ley Penal, en forma clara y precisa que las calificativas del delito se estudiarán en el Auto de Formal Prisión y no dejar que la Jurisprudencia subsane las lagunas que existen en la Ley, como lo señala el artículo 14°. Constitucional, párrafo primero.

## B I B L I O G R A F I A

- 1.-Alcala Zamora y Castillo Niceto. Derecho Procesal Penal. Editorial Guillermo Kraftlida. Buenos Aires.
- 2.-Arilla Bas Fernando. El Procedimiento Penal Mexicano. Editorial Kratos. México 1984.
- 3.-Castro Juventino. En Ministerio Público En México Editorial Porrúa. México 1980.
- 4.-Colin Sánchez Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial. México 1984.
- 5.-Florian Egenio. Elementos de Derecho Procesal Penal. Libreria Bosch. Barcelona 1934.
- 6.-Franco Sodi Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano. Editorial Porrúa. Mexico 1939.
- 7.-García Ramirez Sergio. Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa. México 1983.
- 8.-Gonzalez Blanco Alberto. El Procedimiento Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México 1979.

- 9.-González Bustamante Juan Jose. Principio de Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa. México 1985.
- 10.-James Goldmidt. Principios Generales del Proceso. Editorial Obregon y Heredia, S.A. México 1983.
- 11.-Maduca Francisco. El Procedimiento Penal y su Desarrollo Científico. Madrid España Moderna 1934.
- 12.-Mir Puig Santiago. Derecho Penal Parte General. Editorial y Publicaciones Universitarias. Barcelona España.
- 13.-Mommsen Teodoro. Derecho Penal Romano Editorial Madrid, España Moderna 1898.
- 14.-Osorio Nieto Cesar Augusto. La Averiguacion Previa. Editorial Porrúa México 1985.
- 15.-Rivera Silva Manuel. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa. México 1982.

#### LEGISLACION.

- 1.-Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos; Editorial Pac, S.A. de C.V., México 1993.
- 2.-Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal. Editorial Pac, S.A. de C.V. México 1994.
- 3.-Código Federal de Procedimientos

Penales. Para El Distrito Federal.  
Editorial Pac, S.A. de C.V., México  
1993.

4.-Código Federal de Procedimientos  
Penales. Editorial Ediciones Andrade.  
S.A. de C.V., México 1988.