

Z.
Zey



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

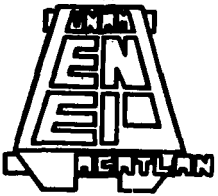
**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN**

FALLA DE ORIGEN

LA NECESIDAD DE INCREMENTAR LA PUNIBILIDAD
DEL DELITO DE CALUMNIA EN EL CODIGO PENAL
PARA EL DISTRITO FEDERAL

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
FERNANDO ACOSTA BARRERA



MEXICO, D. F.

1995



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

LA NECESIDAD DE INCREMENTAR LA PUNIBILIDAD DEL
DELITO DE CALUMNIA EN EL CODIGO PENAL PARA EL
DISTRITO FEDERAL

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

CAPITULO I

	Pag.
1.- DEL DERECHO PENAL.....	1
1.1.- ANTECEDENTES.....	2
1.2.- NATURALEZA Y OBJETIVOS.....	12
1.3.- LA SEGURIDAD JURIDICA COMO FIN DE LA SOCIEDAD.....	21

CAPITULO II

2.- EL DELITO DE LA CALUMNIA.....	30
2.1.- MODALIDADES DEL DELITO.....	30
2.1.1- SUS ELEMENTOS.....	35
2.2.- EL ERROR SUBSTANCIAL.....	43
2.3.- LOS CASOS DE EXCEPCION.....	51
2.4.- EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO POR LA NORMA.....	56

CAPITULO III

Pag.

3.-	LA CARBA DE LA PRUEBA EN MATERIA PENAL. (EL OFENDIDO).....	63
3.1.-	COMO SE INICIA EL PROCEDIMIENTO.....	72
3.1.1.-	LA DENUNCIA.....	78
3.1.2.-	LA ACUSACION.....	86
3.1.3.-	LA QUERELLA.....	88
3.2.-	LA AVERIGUACION PREVIA.....	94
3.3.-	LA PRIMERA ETAPA DE LA INSTRUCCION. (LA INICIACION).....	107
3.4.-	LA SEGUNDA ETAPA DE LA INSTRUCCION. (EL PROCESO).....	113
3.5.-	LA ACTUALIZACION DE LA ACUSACION.....	118
3.6.-	DANOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE LA SENTENCIA ABSOLUTORIA.....	122

CAPITULO IV

	pag.
4.- LA PENA.....	126
4.1.- FINALIDADES DE LA PENA.....	128
4.2.- LA PUNIBILIDAD Y SU DIFERENCIA CON LA PENA.....	138
4.3.- PENALIDAD EN LA CALUMNIA.....	141

CONCLUSIONES PROPOSITIVAS.

Con un profundo agradecimiento a mis padres por el apoyo moral y económico que me han -- brindado y por no haber dejado de creer en mí, para la culminación del presente trabajo de tesis.

Como un ejemplo a seguir para mi hija Elizabeth Rubi, y que en el futuro se sienta orgullosa de tener a su padre como profesionalista.

Un agradecimiento eterno a todos
mis hermanos, Raúl, Lourdes, --
Rocío y Alberto por haberme mo-
tivado para realizar este trabajo --
de tesis y darles el gusto de ver --
cumplida una meta profesional de
su hermano mayor.

El agradecimiento más grande por
la ayuda desinteresada que me
brindó para la elaboración del
presente trabajo de tesis a mi
cuñada Ma. de los Angeles
Emmert.

A todos mis maestros que con sus sabias experiencias me brindaron su incondicional apoyo profesional para lograr este humilde trabajo de tesis.

Todo mi agradecimiento al Lic. Antonio Solano Sánchez Davito quien con su dirección y orientación profesional he logrado esta meta tan anhelada de todo estudiante.

INTRODUCCION

El tema que se desarrolla en este trabajo de tesis profesional, no ha sido elegido en forma caprichosa por el sustentante, sino motivado por un interés en la seguridad jurídica que tiene todo gobernado para poder aportar los elementos necesarios de defensa en el supuesto caso de una acusación o denuncia realizada en forma dolosa ante el representante social.

Inspirado por esa seguridad que a la postre se traduce en la tranquilidad personal de las personas es que con esta modesta pero a la vez interesante investigación se trata de aportar un conocimiento general del delito de calumnia y que nos pueda dar como resultado la tranquilidad y paz social que se busca en todo conglomerado social.

Existen en nuestro regimen punitivo penal derechos y deberes fundamentales que buscan la seguridad y tranquilidad, pero las denuncias o acusaciones que se realizan en la actualidad han cobrado mayor interés

debido a la misma problemática social en que interactúan los seres humanos, por tal motivo considero de suma importancia la mayor punición al delito que se analiza, ya que en ocasiones las personas que sufren la acusación o denuncia dolosa de determinado delito no pueden tener a la mano los elementos necesarios para desvirtuar esa falsa acusación o denuncia, ocasionando con ello las indagaciones y consignaciones ante el órgano jurisdiccional de delitos altamente graves, y que al concluir el proceso correspondiente pudieran ser absueltos del delito imputado, dando como consecuencia un detonante de la pasión humana que puede en ocasiones acarrear incluso desgracias personales.

Es por ello que con este análisis del delito en estudio se pretende contribuir a una mayor claridad del grado de peligro que puede sufrir la persona calumniada, ya que cuando se llega a denunciar al calumniador y se llega a hacer la consignación respectiva, tomará conocimiento el juez de paz penal en virtud de ser un delito de baja penalidad.

CAPITULO I.

DEL DERECHO PENAL.

Durante la historia de la humanidad, las distintas civilizaciones se rigieron por costumbres de mutuo respeto como pronuncio de la solidaridad humana, de la coexistencia como garantía de la existencia.

Al romperse esa solidaridad humana, surge una instintiva reacción social que se desata por el crimen o lesión sufrida, impulsando al castigo del delincuente.

En esa lucha perenne contra el delito, la sociedad se ve obligada a conformarse como un estado, capaz de reprimir jurídicamente la ruptura del orden imperante reprimiéndole con fines adecuados, dando nacimiento al derecho penal como disciplina coercitiva de la conducta humana.

Es así que el derecho penal surge como una necesidad de convivencia social, encauzando en el marco de la legalidad la conducta humana.

1.1.- ANTECEDENTES

Dentro de las distintas denominaciones que se le han dado al derecho penal, encontramos que se le ha llamado derecho criminal, lo cual era apoyado por algunos autores franceses e italianos, dentro de éstos últimos tenemos al maestro Enrique Ferri y al profesor Mezger. Estimaban que el contenido del derecho criminal podía ser más vasto, ya que comprendía también a los no imputables y a las medidas de seguridad, en cambio, el término penal no encuadra con las más avanzadas tendencias.

Otros autores escogen distintos títulos, como el caso de Puglia que lo denominaba derecho represivo, Francisco de Luca se refería en su obra a los llamados principios de criminología, por su parte, Dorado Montero se refería al derecho protector de los criminales como un derecho que imperaría en el futuro.

El profesor Jimenez de Asúa nos dice que: "el derecho penal es un derecho público dado que el estado va a ser capaz de crear normas que definan delitos y así mismo impongan sanciones.

El derecho punitivo protege bienes jurídicos de gran valor y debido a ello el delito es sancionado por una pena; de la coacción penal será solo titular el estado y tendrá como destinatario, al juez y al pueblo." (1).

Con mayor actualidad, el Licenciado Raúl Carrancá y Trujillo estima que el derecho penal desde un punto de vista objetivo, es un conjunto de leyes mediante las cuales el estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación. Por su parte el derecho penal subjetivo es el conjunto de atribuciones del estado, emanadas de normas, para determinar los casos en que deben imponerse las penas y las medidas de seguridad.

Ahora bien, en su origen histórico, el derecho penal nace al castigar conductas que atentan y agreden a la colectividad social, esto es, que cuando la sociedad se va organizando trata de castigar algunas conductas lesionadoras del orden social imperante y por lo mismo les crea su sanción.

1.- JIMENEZ DE ASUA, RUB. - "Tratado de Derecho Penal I"; Editorial Losada, S.A., Buenos Aires.

En virtud de lo anterior, las sociedades al organizarse, crean códigos de conducta, y de éstos uno de los más antiguos y principales sin duda fué la legislación penal antigua.

Y de las legislaciones más antiguas que se conocen en la historia tal vez lo fué el Código de Hamurabi.

Sobre este Código, el maestro Margadant, nos expresa las siguientes concepciones: "Las legislaciones más antiguas de la que tenemos fragmentos concretos son Sumerias.

El primer texto legislativo que ha llegado hasta nosotros es un fragmento del Codex Ur-nammus, Sumerio expedido entre 2043 y 2061 A.C.... Un siglo después, cuando Hamurabi dicta su famoso Código Babilónico, que se conoce con bastante detalle, se observa a menudo, un retroceso respecto de los derechos Sumerio y Acadio de aquellos fragmentos.

Así, en caso de daño, Hamurabi establece como sanción la Ley del Talión, en tanto que el derecho Sumerio, anterior al él, estaba basado en la reparación del daño". (2)

(2).- MARGADANT, BULLERMO: "Panorama de la Historia Universal del Derecho"; México; Miguel A. Porrúa librero editor, 3a. edición, 1988, pags. 41 y 42.

De las anteriores citas, podemos ya ir estableciendo algunos de los elementos que van a darle vida al Derecho Penal, como es sin duda el concepto de reparación del daño ocasionado, o aquella venganza de sangre, o la norma de Hamurabi ojo por ojo.

En base a lo anterior, podemos decir que el Derecho Penal nace reglamentando una Institución como es la reparación del daño, aunque al irse desarrollando como veremos tiende más a evitar y prevenir el daño que a repararlo.

Uno de los derechos que mayores conceptos a aportado a las diversas legislaciones, es sin duda el Derecho Romano. Mismo derecho que basaba su justicia en el derecho a Jus Punendi, que otorgaba al Estado el derecho de punir ciertas conductas.

Esta legislación romana, ha sido base para el desarrollo de nuevas instituciones de derecho, toda vez que el derecho romano fué codificado, y gracias a esto, se podían tener digestos escritos y codificados para resolver tal o cual situación.

Por otro lado, queremos abundar un poco respecto del derecho de la pena que vió sus principios jurídicos estatales, en la

legislación romana. Esto lo entenderemos mejor una vez que hayamos hecho los comentarios que sobre al respecto nos hace el maestro Raúl Carranca y Trujillo al decir que:

"En la antigua Roma, Poena significaba tanto como composición. En las doce tablas, se ven consagradas la venganza privada, el talión y la composición . . . pero la fractura de un hueso o un diente a un hombre libre, pena de 300 ases; a un esclavo, 150 ases . . . posteriormente se distinguió entre delicta pública y delicta privada, según pudieran ser los delitos perseguidos en interés del Estado y por sus funcionarios o en interés de los ofendidos y éstos, diferenciándose, además, entre la disciplina doméstica, la común y la militar.

Del viejo tronco romano parten muchos de los principios que luego habían de recoger las escuelas clásica y positiva. Así, sobre tentativa, según legítima defensa, sobre locos o incapaces.

En el derecho romano se encuentran muchas palabras que hoy son universalmente repetidas: delictum, poena, carcer, crimen, supplitium, injuria, damnum, furtum."(3)

(3).- CARRANCA Y TRUJILLO, RAÚL: "Derecho Penal Mexicano", México, 1988, Editorial Porrúa, S.A., pag. 97.

Es de notarse el gran desarrollo en el derecho romano respecto del derecho penal, y que en el mismo ya se empezaban a dar las bases para que a través del derecho sancionador del Estado, se normaban las relaciones entre los individuos, y claro está entre los entes de la sociedad con el mismo Estado.

Las ideas romanas al desarrollarse, fueron causas de numerosos abusos, de tal manera que gracias a esos abusos, los abusadores fueron guardando el poder y el derecho para ellos, y en tales situaciones, se fueron creando imperios, reinados, ducados y demás, en donde la legislación solo emanaba del rey, y se aplicaba a capricho, además de que en cierta manera violaba derechos humanos, razones por las cuales se empiezan a dar las diversas revoluciones e independencias como la revolución inglesa, la independencia de los Estados Unidos, y en especial, la revolución francesa.

Un documento de gran importancia histórica sin duda, que pone fin a la revolución francesa, estableciendo derechos, es la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, misma que en su artículo 7 establece lo siguiente:

"7.- Nadie puede ser acusado, detenido o encarcelado mas que en los casos determinados por la ley y según las formas prescritas por ella. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar ordenes arbitrarias deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o detenido en virtud de la ley, debe obedecer al instante, haciéndose culpable por su resistencia".(4)

Nótese como la sociedad al evolucionar, va tratando de organizarse de la mejor manera, y el derecho entre las personas es sin duda una forma legítima que trata de dar a cada quien lo que es debido.

Gracias al gran desenvolvimiento que tuvieron las ideas de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, las detenciones de las personas habrían de ser conforme a derecho.

(4).- **LECCO ELAURI, OSCAR:** "LOS TIEMPOS MODERNOS Y CONTEMPORANEOS"; Buenos Aires Argentina, Edit. Kapelusq, 4a. Edición, 1965, pag. 165.

En otros términos, sólo podían ser acusadas las personas por los delitos previstos en la legislación, y que la misma legislación los consideraba delito.

Esta sin duda es otro de los elementos naturales del derecho penal del que hablaremos con mayor precisión en el siguiente capítulo, esto es el principio de que no existe delito si no existe la ley.

Así el derecho penal, ha evolucionado, y las ideas de las luchas sociales porque sus derechos sean respetados, han servido para establecer garantías de procedibilidad, para el efecto de que alguna persona sea privada de su libertad como pena por su conducta.

En nuestro país, encontramos ideas respecto de la evolución del derecho penal, que desarrollan las garantías ofrecidas por el mismo, y que además, se refieren directamente al término mediante el cual las personas han de ser juzgadas, ya que su privación de la libertad, no puede durar por tiempo indefinido.

Así el artículo 288 de la Constitución de Cádiz, establecía que: "El arrestado, antes de ser puesto en prisión, será presentado al juez siempre que no haya cosa que lo estorbe para que le reciba declaración, mas si esto no pudiere verificarse, se le conducirá a la carcel en calidad de detenido y el juez recibirá la declaración dentro de las veinticuatro horas".(5)

Es obvio cómo la dirección del derecho penal, va a ir respetando la seguridad jurídica de las personas y continuamente al evolucionar, va otorgando derechos, y obligando a la autoridad que tiene el derecho sancionador, a respetar ciertas limitantes establecidas por la ley, con el fin de que se tenga no solamente el derecho a la libertad, sino también de que llegue a ser oído y vencido de un juicio público en el que se le puedan recibir sus pruebas.

En nuestro país, a partir de 1857, año en que se expide la Constitución Liberal que nos habría de librar de aquel -

(5).- HERNANDEZ SANCHEZ, ALEJANDRO: "Los derechos del pueblo mexicano, las cortes de Cádiz"; México, Edición del Gobierno de Aguascalientes, 1a. Edición, 1979, pag. 434.

poder del Vaticano a través del clero en México, y que esto desataría nuevas guerras, y es hasta 1917, fecha en que se promulga nuestra Constitución Política mediante la cual ya tenemos las garantías individuales que a la fecha conocemos, y que vamos a estudiar en los dos incisos siguientes.

1.2.- NATURALEZA Y OBJETIVOS.

Como podemos observar en el inciso anterior, es la sociedad, la población, la interesada en que exista el Derecho Penal, y que éste responda a una naturaleza tal que permita subsistir armónicamente a dicha comunidad.

Para observar su naturaleza y objetivos del Derecho Penal, es necesario tomar en cuenta el carácter subjetivo de la conducta humana, relacionándola con el interés de la comunidad porque exista una reglamentación que le pueda dar vida y desarrollo a la misma.

Así, esta misma sociedad, persiguiendo sus fines como son el bien común, la justicia y la seguridad jurídica que veremos en el inciso siguiente; intenta a través de imponer estorbos políticos, que las conductas apasionadas y desordenadas, encuentren en el Derecho Penal una barrera que prevenga y restrinja dicha conducta.

En este sentido, el maestro del siglo **XVIII** el marquez de Beccaria, nos hace una exposición respecto de la proporcionalidad de la pena y su fin y objetivo al expresar sus siguientes conceptos: "Es imposible prevenir todos los desordenes en el combate universal de las pasiones humanas. Crecen éstas en razón compuesta de la población y de la trabazón de los intereses particulares, de tal suerte, que no pueden dirigirse geométricamente a la pública utilidad. Es necesario en la aritmética política sustituir el cálculo de la probabilidad a la exactitud matemática. Vuélvase los ojos sobre la historia, y se verán crecer los desordenes con los confines de los imperios; y menoscabándose en la misma proporción la máxima nacional, se aumenta el impulso hacia los delitos, conforme al interes que cada uno toma en los mismos desórdenes: así la necesidad de agravar las penas se dilata cada vez más por este motivo.

Aquella fuerza, semejante a un cuerpo grave, que oprime a nuestro bienestar, no se detiene sino a medida de los estobos que le son opuestos. Los efectos de esta fuerza son la confusa serie de las acciones humanas.

Si estas se encuentran y reciprocamente se ofenden, las penas que yo llamaré estobos políticos, impiden el mal efecto sin destruir la causa empuente, que es la sensibilidad misma, inseparable

del hombre; y el legislador hace como el hábil arquitecto, cuyo oficio es oponerse a las direcciones ruinosas de la gravedad, y mantener las que contribuyen a la fuerza del edificio.

El fin, pues (de las penas), no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas, aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo". (6)

Considero que si una persona que imputa a otra el delito de robo, sin que éste imputado lo haya cometido, provoca un desorden en la sociedad, y éste debe ser seguido como lo dice Beccaria por la pasión humana, en tal forma que adelantándonos un poco a nuestras consideraciones, el hecho de que la escasa punibilidad del delito de calumnias, mismo que veremos en el capítulo **IV**, no existe ese estorbo político, que haga retraerse la conducta del calumniador.

(6).— BONEBANO CESAR, MARQUEZ DE BECCARIA;
 "Tratado de los delitos y de las penas"; México,
 Editorial Porrúa, S.A., 3a. Edición, 1988, pags. 26, 27
 y 45.

Dicho de otra manera , es el caso de que una persona imputa una violación sin ser ésta cierta, provoca que el calumniado tenga que permanecer en un centro de observación y readaptación social, recluso.

Esto no solamente provoca daños y perjuicios civiles, sino además un descrédito moral y social, siendo que la sentencia absolutoria, va a tener el efecto de una prueba plena en contra del calumniador.

Ahora bien, si como dice Beccaria, el fin de la pena o del estobo político, es que se impida el causar daños a los ciudadanos, como naturaleza directa y objetivo del Derecho Penal, el delito de calumnia que tratamos en ésta tesis, ya no responde a la naturaleza y objetivo mismo del Derecho Penal, y por lo mismo, debe éste adecuarse a la realidad social en que vivimos actualmente.

Por otro lado, el fin directo del Derecho Penal, será sin duda la de proteger los intereses personales de la población, a través claro está, de los bienes jurídicos tutelados por la norma, de ahí que el legislador, debe ser muy atento , respecto de la evolución natural de la sociedad, y brindar a ésta la protección en su persona, bienes y derechos.

En este sentido, el comentario del maestro Raúl Carranca y Trujillo, nos expresa lo siguiente: "El fin del derecho en general es la protección de los intereses de la persona humana, o sea de los bienes jurídicos. Pero no corresponde al Derecho Penal tutelarlos todos sino solo aquellos intereses especialmente merecedores y necesitados de protección, dada su jerarquía, la que se le otorga por medio de la amenaza y ejecución de la pena; es decir, aquellos intereses que requieren una defensa más enérgica. De aquí arranca una distinción entre dos campos: el civil y el penal, correspondiendo al primero la reparación de las violaciones por medios que no son penales, medios pecuniarios, indemnizantes; y el segundo el empleo de los penales conforme al límite del poder coercitivo del Estado y mirando ese empleo a la defensa social frente a un daño, no solo individual, sino también social; y a la reparación particular de una ofensa de característica valoración y de especial jerarquía (la vida, integridad corporal, honor, libertad sexual, etc.), lo que no puede obtenerse por los medios que el derecho civil adopta y que tampoco no puede obtenerse por los medios que el civil adopta y que tampoco puede lograrse por el medio ofendido sin mengua del orden público."

(7)

(7).- CARRANCA Y TRUJILLO, RAÚL; "ob cit., pag. 26 y 27.

La norma penal, trata necesariamente de imponer ese estorbo político, a la inquietud de los delincuentes. Nuestro derecho penal de esencia preventiva actualmente, a través de las normas establecidas, impone un preventivo, y protege bienes que como dice Carrancá, especiales y que necesitan protección.

La vida, la integridad corporal, el honor, la libertad sexual, el patrimonio y otros bienes, son considerados por la sociedad a través de los legisladores, como merecedores de una protección tan elevada como es el Derecho Penal, que va a privar de la libertad a las personas que infringen la norma establecida, y que claro está buscará la reparación del daño como una de las situaciones naturales del Derecho Penal.

Otra naturaleza evidente del Derecho Penal es sin duda su sentido estricto que ha de seguir frente a la garantía de legalidad de las normas, en tal forma el párrafo tercero del artículo 14 de nuestra carta magna establece: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata."(8)

(8).- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.- México, Editorial Porrúa, S.A., 89 edición, 1990, pag.13.

La anterior naturaleza del Derecho Penal, hacen de éste derecho un derecho tajante y estricto que al perseguir los objetivos de protección de los intereses de las personas, finca la norma penal en la prevención de una conducta determinada, esto es que para que una conducta pueda ser considerada como penal, su descripción debe estar establecida en la legislación penal como delito.

En este sentido, tenemos los comentarios del maestro Héctor Fix Zamudio, quien al respecto establece las siguientes ideas: "En efecto, por lo que respecta al proceso penal, el tercer párrafo del artículo 14 Constitucional prohíbe imponer pena alguna que no esté establecida por una Ley exactamente (en realidad estrictamente) aplicable al delito de que se trata, principio esencial del enjuiciamiento criminal, que se conoce tradicionalmente con el aforismo: *NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE*, y que como bien indica la doctrina abarca también el de *NULLA POENA, SINE IUDICIO*".(9)

(9).- *FIX ZAMUDIO, HECTOR*: "Comentarios al artículo 14 Constitucional, dentro de: "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada"; México, U.N.A.M., 1985, pags. 38 y 39.

Así, no podrá existir un delito si no hay una ley que lo describa como tal, de tal manera que dicha descripción de la Ley o el tipo que es definido por el maestro Osorio y Nieto: "Tipo es la descripción legal de una conducta estimada como delito que lesiona o hace peligrar bienes jurídicos protegidos por la norma penal. El tipo es una concepción legislativa, es la descripción de una conducta hecha dentro de los preceptos penales." (10)

Consecuencia de lo anterior, en el momento en que existe el tipo, la conducta humana para que sea punibilizada conforme al Derecho Penal, debe encuadrarse la conducta al tipo, para darnos la tipicidad, misma que es definida por el maestro Castellanos Jena de la siguiente manera: "La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley, la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto." (11)

(10).- OSORIO Y NIETO, CÉSAR AUGUSTO: "Síntesis de Derecho Penal"; México Editorial Trillas, 1a. Edición, 1984, pag. 57.

(11).- CASTELLANOS JENA, FERNANDO: "Lineamientos Elementales de Derecho Penal"; México, Edit. Porrúa, S.A., 1974, pag. 166.

Así, la naturaleza y objetivos del Derecho Penal, van previniendo conductas de manera estricta que han de proteger bienes jurídicos tutelados, que son merecedores y necesitados de tal protección, a fin de que si estos en determinado momento se ven violados, exista la legalización suficiente, para buscar la reparación del daño ocasionado por el delito, y claro está punibilizar al delincuente con una pena corporal que ha de privarle de su libertad.

Considero que los comentarios hechos anteriormente; constituyen la esencia misma del Derecho Penal, y el objetivo; aunque, debemos precisar que, para completar la idea anterior, es necesario seguir aquel pensamiento, respecto de la: determinación del individuo en algún tiempo expreso; en tal forma que el término, también forma parte de su propia naturaleza, con el fin de brindarle la seguridad jurídica no solamente a las personas en general, sino también al delincuente, al respetarle su derecho de ser oído y vencido en juicio.

No queremos adelantarnos sobre los conceptos de la seguridad jurídica debido a que éstos los veremos en el capítulo siguiente.

1.3.- LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO FIN DE LA SOCIEDAD.

Para hablar de los fines de la sociedad, antes que nada debemos entender en sí qué es la sociedad.

En tales circunstancias, considero necesario hacer un concepto de lo que la sociedad debe de ser, a fin de poder entender la seguridad jurídica como fin de la sociedad.

En tales razonamientos, el maestro José Nodarse, nos explica sobre el concepto de sociedad al decir: "El concepto de sociedad resulta sobre manera impreciso por su extraordinaria amplitud, pues puede designar lo mismo la unión formada por dos individuos que mantienen relaciones conjugales definidas que la totalidad de los hombres que pueblan la tierra. O bien tanto las entidades mercantiles formadas con fines de lucro, como a las congregaciones religiosas, a las agrupaciones científicas, a las asociaciones deportivas y aún a las bandas de delinquentes . . . vamos a ceñir ahora el concepto de sociedad a una clase de -

agrupación humana permanente, que tiene una cultura definida y un sentimiento y una conciencia más o menos vivas de los vínculos que unen a sus miembros en la coparticipación de intereses, actitudes, criterios de valor, etc. En este caso podemos aceptar provisionalmente la definición que ofrece el sociólogo norteamericano *Hankins*, para el cual: "Sociedad es cualquier grupo humano relativamente permanente, capaz de subsistir en un medio físico dado y con cierto grado de organización que asegura su perpetuación biológica y un mantenimiento de una cultura, y que posee, además, una determinada conciencia de su unidad espiritual e histórica." (12)

Es obvio cómo el concepto de sociología, v a a estar aparejado con la vida misma del ser humano, así, la sociedad primitiva vivía en un estado de libertad, y cuando se fueron desarrollando y adquiriendo poderes diversos a los demás, impusieron un derecho a las partes, para poder coordinar sus esfuerzos, esto es en relación a aquellos intereses, actitudes y criterios de valor que nos explicaba el maestro *Nodarse*, siguiendo con la evolución de la sociedad llegó un momento en que tuvo que esa libertad primitiva,

(12).- *NODARSE, JOSÉ*; "Elementos de sociología"; México, Edit. Selector, 31a. reimpresión, 1989, pags. 2 y 3.

ceder parte de ella para sujetarse al derecho, por la continua lucha de poderes, y la coordinación entre los hombres.

De tal manera, surge un ente creado por esa misma sociedad como es el gobierno, el cual en este caso, tiene el Jus Punendi, a través del cual, aquella libertad sacrificada, va a asegurar aquella coordinación entre los hombres, para que el elemento de permanencia, pueda garantizarle a esa sociedad, una larga vida.

En tales aspectos, nace un contrato social entre los hombres, para el fin de que el mismo limitara su derecho, a través de un gobierno, con imperio de poder, para que pudiera éste hacer coercible al derecho.

En otras palabras, la sociedad para lograr su debida permanencia, ha de legislar derecho con el fin de que sus estructuras puedan seguir siendo permanentes y actuales.

Como consecuencia de lo anterior, la sociedad evoluciona, dependiendo de que exista una coordinación de derecho entre la lucha de poderes, y en especial la relación gobernado - gobernante.

Esto lo entenderemos mejor, cuando demos lectura a una parte de la esencia del contrato social del cual ROUSSEAU, quien citado por el maestro Ignacio Burgoa, se refiere a su contrato de la siguiente manera: "El hombre en un principio vivía en estado de naturaleza, es decir, que su actividad no estaba limitada por ninguna norma, que desplegaba su libertad sin obstáculo alguno; en una palabra, que disfrutaba de una completa felicidad para cuya consecución, no operaba la razón, sino el sentimiento de piedad. Con el progreso natural, se fueron marcando diferencias entre los individuos antes colocados en una posición de verdadera igualdad, y es entonces cuando suceden divergencias y pugnas entre ellos.

Para evitar éstos conflictos, los hombres, concertaron un pacto de convivencia, estableciendo de esta manera la sociedad civil, limitándose ellos mismos su propia actividad particular y restringiendo en ésta forma sus derechos naturales. Al crearse la sociedad civil, en oposición al estado de naturaleza, se estableció un poder a una autoridad supremos, cuya titular fué y es la comunidad, capaz de imponerse a los individuos. Este poder es la voluntad general". (13)

(13).- BURGOA ORRUELA, IGNACIO: "Las Garantías Individuales"; México, Edit. Porrúa., S.A., 9a. Edición, 1975, pag. 89 y 90.

Así la sociedad, va a ir persiguiendo sus fines con vista de lograr que el derecho pueda ser coercible, y arregle las diferencias entre los hombres.

En consecuencia, este derecho va a estar basado en tres fines de la sociedad como son: 1.- La Justicia, 2.- El bien común y, 3.- La seguridad jurídica.

La justicia como tal, nos dice el maestro Froylan Bañuelos Sanchez: "Justicia es la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno su derecho.

Justicia, es una función del Estado, que cualquiera que sea su estructura política, determina como fin supremo a sus subordinados". (14)

Uno de los fines de aquella sociedad que quiere lograr su permanencia sin duda será la justicia, el hecho de darle a cada quien su derecho, siendo que el Estado, entendido éste como la población asentada en un territorio con gobierno para su organización, esto es, que toda aquella sociedad debe de sujetarse a las normas para lograr su desarrollo.

(14).- BAÑUELOS SANCHEZ, FROYLAN: "Practica Civil Forense"; México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1a. edición, 1969, pag. 23.

Así, nace el imperio de derecho, por parte del gobierno, que en nuestro país está dividido en el Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Por el Ejecutivo, administrará los recursos naturales nacionales, así como proporcionará servicios de infraestructura de desarrollo, y sobre todo, cobrará la contribución respectiva.

Por el Legislativo, la población ha de representarse y será el medio por el cual ha de ejercer su soberanía, esto es a través de sus representantes de Distrito y del Estado como son Diputados y Senadores.

Este poder, irá haciendo la legislación que la misma sociedad vaya reclamando para sí, dependiendo de su natural evolución.

Por último, un Poder Judicial que es el que nos interesa, pues está investido de jurisdicción, capaz de lograr aquella coercibilidad del derecho, a través de esa misma jurisdicción.

Por lo que se refiere al bien común, el maestro Luis Recasens. Siches, refiriéndose al bien común, opina: "El derecho se inspira, no en la honestidad intrínseca de los actos, como la moral, sino en lo que requiera directa e inmediatamente el bien común.

Precisamente por esa diversidad de fin resulta que el contenido de lo jurídico es menos extenso que el de lo moral, y es también diverso el sentido que anima a ambas regulaciones . . . el derecho positivo no puede regular los comportamientos que se refieren a la perfección espiritual del individuo; no debe ordenar todas las virtudes, pues las relativas a la intimidad están excluidas de su fin; ni tampoco el derecho debe prohibir muchos vicios por horriblos y detestables que sean, cuando éstos no tienen inmediata y directa repercusión sobre el bien común". (15)

Consecuencia de la anterior cita sin duda será la idea de soberanía, ya que el derecho siempre debe de proteger al mayor cúmulo de personas, y decir mayor cúmulo de personas es decir la soberanía nacional.

En estos aspectos mientras el bien común, la población o la soberanía (como se le quiera llamar) quiera que exista el derecho y regule las situaciones, éste se irá modificando dependiendo cómo el bien común se va a desarrollar en nuestra sociedad.

(15).- RECAENOS DICHES, LUIS: "Tratado General de Filosofía del Derecho"; México, Edit. Porrúa, S.A., 6a. edición, 1978, pag. 196.

Ahora bien, otro de los fines directos es la seguridad jurídica, la cual, y según el maestro Preciado Hernández, es: "La seguridad es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación. En otros términos, está en seguridad aquel que tiene la garantía de que su situación no será modificada sino por procedimientos societarios y, por consecuencia regulares y legítimos conforme a la ley" (16)

Si el Derecho Penal, como pudimos observar en sus antecedentes, constituyó una lucha social para que éste pudiera existir, tal vez la base y fundamento filosófico de éste derecho en general, será sin duda la seguridad jurídica.

Ya que a través de ésta, el derecho en su sentido subjetivo, le otorga derecho a la personas, que en un momento determinado pueden hacerse valer.

(16).- PRECIADO HERNANDEZ, RAFAEL: "Lecciones de Filosofía del Derecho"; México, Edti. Jus, 10a. Edición, pag. 233.

Y por la otra parte, por la parte del infractor, a éste su situación debe de ser definida después de que haya sido oído y vencido en juicio, con las reglas establecidas por el derecho persiguiendo la seguridad jurídica de las personas.

Así, la seguridad jurídica como fin de la sociedad, va a constituir sin duda un antecedente del Derecho Penal, por el cual ha de existir el tipo y el delito.

La persona que ha sido calumniada, se desestabiliza, ya que a la misma se le inicia un proceso, por hechos falsos o que no han podido ser demostrados.

Si la Seguridad Jurídica como fin de la sociedad es garantizar la reparación del daño, y como vimos la naturaleza y objetivos del Derecho Penal será sin duda la de prevenir la conducta delictiva, entonces en éstos dos aspectos, la seguridad jurídica será base y objetivo del Derecho Penal a través de las normas, y por supuesto, presupondrá la misma una estructura jurídica que le permita su propia existencia.

El Derecho Penal nace, debido a que la sociedad como fin de la misma, será la de proporcionar la seguridad jurídica a las personas en general.

C A P Í T U L O I I

2.- EL DELITO DE CALUMNIA.

Para éste capítulo, vamos ya a desmenuzar el delito de calumnia, por lo que veremos los tipos o modalidades que éste delito presenta, sus elementos, haciendo una especial referencia al error sustancial, y los casos de excepción.

Uno de los objetivos directos de éste capítulo, será sin duda el observar el bien jurídico tutelado por la norma, como base para la implantación de aquella seguridad jurídica de la que hablamos en el inciso último del capítulo anterior.

2.1.- MODALIDADES DEL DELITO.

El Derecho Penal, sigue una regla muy estricta y rigurosa para su aplicación, dicha regla, está establecida en el párrafo tercero del artículo 14 constitucional, mismo que a la letra dice: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que

no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata".(17)

Esta idea citada, constituye el principio de que no existe alguna pena o delito si no lo ampara una ley.

Por tal motivo, la legislación penal señala tipos, mismos que según definición del maestro César Augusto Osorio y Nieto, quien sobre el tipo nos proporciona la siguiente definición: "Tipo es la descripción legal de una conducta estimada como delito que lesiona o hace peligrar bienes jurídicos protegidos por la norma penal. El tipo es una concepción legislativa, es la descripción de una conducta hecha dentro de los "preceptos penales."(18)

En tales conceptos, cualquier conducta que pueda ser delictiva, será en virtud de una ley que así la ha clasificado como delictiva.

(17).- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS: México, "Partido Revolucionario Institucional"; 1988, pag. 13.

(18).- OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO: "Síntesis de Derecho Penal"; México, Editorial Trillas, 1a. edición, 1984, pag. 57.

Además de que el tipo señala elementos que la conducta antijurídica debe llenar para que esté integrado totalmente el tipo y podamos hablar de delito.

Así, el tipo del delito que estamos estudiando, presenta tres modalidades de existencia, o tres formas descritas en el tipo de conductas delictivas tipificadas como calumnias.

Esto lo entenderemos mejor, cuando pasemos a transcribir el artículo en cuestión:

"A.P.J. 356.— El delito de calumnia se castigará con prisión de seis meses a dos años o multa de dos a trescientos pesos, o ambas sanciones, a juicio del juez:

I. Al que impute a otro un hecho determinado y calificado como delito por la ley, si este hecho es falso, o es inocente la persona a quien se imputa;

II. Al que presente denuncias, quejas o acusaciones calumniosas, entendiéndose por tales aquellas en que su autor imputa un delito a persona determinada, sabiendo que esta es inocente o que aquél no se ha cometido, y

III. Al que, para hacer que un inocente aparezca como reo de un delito, ponga sobre la persona del calumniado, en su casa o en otro lugar adecuado para ese fin, una cosa que pueda dar indicios o presunciones de responsabilidad.

"En los casos de las dos últimas fracciones, si el calumniado es condenado por sentencia irrevocable se impondrá al calumniador la misma sanción que a aquél." (19)

(19).- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, México, Editorial Porrúa, S.A., 44a. edición, 1988, pag. 118.

En tales circunstancias, ese perseguimiento de la seguridad jurídica por parte de la sociedad, y en relación a la naturaleza y objetivo directo del Derecho Penal, ha querido y ha legislado en esta forma las tres modalidades mediante las cuales, se ha de incurrir en el delito en estudio.

Así, este delito nos presenta un panorama genérico y otro específico, como el delito de fraude por ejemplo, sino que inmediatamente establece tres modalidades del mismo, sin establecer un tipo genérico.

2.1.1.- SUS ELEMENTOS

Los tres tipos que decíamos anteriormente, para poderlos entender debidamente, es necesario desmenuzar los elementos de cada uno.

Así, por lo que se refiere a la fracción I del tipo transcrito en el inciso anterior, podemos decir que el mismo se integra por los siguientes elementos:

- a).- Una imputación.
- b).- De una situación determinada y clara está, calificada como delito.
- c).- Ya sea que el hecho sea falso, y por último,
- d).- Que la persona sea inocente del delito que se le imputó.

La imputación a que se refiere el primer elemento, debe de consistir en una acusación directa y categórica, no en denuncia de hechos, debido a que en la misma se desconocería al sujeto que

ha cometido el ilícito. Ya que de las concepciones de denuncia, acusación y querrela, consideramos que a pesar de que pueda ser una querrela, ésta tiene que ser una acusación directa a un individuo.

Para entender éstas situaciones, el maestro Cesar Augusto Osorio y Nieto, nos proporciona las tres definiciones de los conceptos citados, diciendo: "Denuncia es la comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público de la posible comisión de un delito perseguible de oficio.

"Acusación es la imputación directa que se hace a persona determinada de la posible comisión de un delito, ya sea perseguible de oficio o a petición de la víctima u ofendido.

La Querrela puede definirse como una manifestación de voluntad, de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o el ofendido con el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie e integre la Averiguación Previa correspondiente y en su caso ejercite la acción penal."(20)

(20).- OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO: "LA AVERIGUACION PREVIA"; México, Editorial Porrúa, S.A., 1a. Edición, 1981, pag. 18 y 19.

Así, la acusación será el elemento determinante que dé vida al primer elemento de la fracción I; ahora bien, tiene que imputar a tal persona el hecho determinado por la ley como delito, esto es, que no podemos imputarle a una persona que sea religiosa o que sea apasionada por alguna cosa, ya que son normas no previstas en la legislación penal, y por aquel principio de no existir pena y delito sin ley, del que hablábamos anteriormente, se requiere que tal acusación vaya directamente a imputar un delito.

Y se requiere que exista la falsedad del hecho determinado, o que siendo éste verídico, el procesado pueda demostrar su inocencia.

La fracción **II** del artículo en cuestión, establece los siguientes elementos:

- a).- Al que presente denuncias, quejas o acusaciones.
- b).- En el que se impute delito a persona determinada.
- c).- Sabiendo que ésta es inocente o,
- d).- que el delito no se haya cometido.

Digue la misma suerte que las acusaciones que definíamos para la fracción I, ésto es, imputar un delito a una persona determinada, lo que como nos lo expresó el maestro Osorio y Nieto, constituye una acusación.

Por otro lado, en tal acusación, debe de hacerse a sabiendas que el procesado o acusado es inocente. Además la otra modalidad, que consistiría en que el delito aún no se haya cometido por ninguna persona.

Siendo que como podemos observar, las dos modalidades han de proceder de una acusación, y que tal acusación no responda a la realidad, aunque debemos de tomar en cuenta que para que sea

dictaminado que la situación imputada está fuera de la realidad, se requiere haber desahogado aquellos principios de seguridad jurídica, estableciéndose un juicio en el cual sea oído, y se dictamine la inocencia, o se demuestre el hecho falso imputado.

La fracción **III**, también presenta los siguientes elementos:

- a).- Hacer que un inocente aparezca como reo de un delito;
- b).- Que para lograrlo, ponga en la persona del calumniado, en su casa o cualquier otro lugar una cosa o indicios que sean medio de prueba para tratar de hacerlo aparecer como culpable.

Nos parece que a pesar de que las tres modalidades, del delito aparentemente son diversas, en esencia las tres responden a la acusación falsa.

En tales consideraciones, podemos ya empezar a pensar en como para integrar el tipo y punibilizar la conducta, se hace necesario que cada uno de éstos elementos pueda darse directamente en la realidad, ésto es, que exista la acusación y que la misma sea falsa.

La anterior idea, nos obliga a hablar de la falsedad, como un elemento genérico de las modalidades del delito, y para éste efecto, tomaremos los conceptos del maestro Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas, quienes sobre éste elemento opinan: "La falsedad del hecho debe ser objetiva y subjetiva: la falsedad objetiva se refiere a la comisión del delito imputado y concurre cuando éste no se ha cometido o cuando no ha sido cometido por la persona a quien se imputa.

Debe recaer en los elementos constitutivos del delito, siendo inoperante que para integrar el delito de calumnia cuando solo recae sobre las modalidades circunstanciales de un delito realmente cometido ó sobre la calificación del hecho.

Pero habría calumnia si se imputase dolosamente un delito a quien ha cometido otro distinto, no tratándose del caso de calificación errónea.

La falsedad subjetiva requiere que la gente animus injuriandi como constitutivo del dolo específico que, además del general, presumible en el artículo 9 del Código Penal, debe exigir en dicho agente: dolo específico consistente en su voluntad y conciencia de cometer un hecho injusto, para conocer que su imputación es idóneamente ofensiva..."(21)

En tales circunstancias pudiésemos decir que la falsedad irá en dos sentidos, uno en la cosa o circunstancia, y el otro directamente en la persona, y ámbos van a tener que responder a un ánimo de lesionar o dañar los intereses del calumniado.

Así, éstos dos tipos de falsedad, son los que encontramos en las modalidades del delito de calumnia, siendo que como dijimos anteriormente, la misma responderá a los elementos de acusación por un lado, y a la falsedad, que va a transformar la realidad en hechos no sucedidos, y por lo mismo no serán reales.

(21).- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA y RIVAS, RAUL: "Código Penal Anotado"; México, editorial Porrúa, S.A., 9a. edición, 1981, página 676.

Por último, una circunstancia que queremos hacer notar, es ya la punibilidad que se ha de imponer a los calumniadores, cuando ésa denuncia o queja, sea a sabiendas de la inocencia, o de que ni siquiera el hecho se ha cometido; además de las circunstancias de poner en la persona, casa u otro lugar del reo, huellas materiales que causen prueba en su perjuicio, y que puedan constituir en su contra indicios que presuman la responsabilidad del calumniado.

En esos casos, la reciprocidad del daño cometido, con las consecuencias del mismo, considero que la punibilidad establecida para éste caso, es la correcta; aunque necesitaríamos que fuera una sentencia condenatoria, que la misma haya causado estado, ésto es, que ya no sea recusable por ningún medio de defensa o juicio alguno.

Por lo anterior, los elementos de las modalidades del tipo en estudio, se identifican como lo hemos mencionado, en el hecho de la acusación y la transformación de la realidad sea ésta que recaiga en la persona inocente o que caiga sobre los hechos no realizados o

inventados por el mismo calumniador con el fin de dañar al calumniado, y de ésta manera, lograr su objetivo, ocasionándole un daño a un interés protegido por la sociedad en búsqueda de la seguridad jurídica de los individuos a quienes protege.

2.2.- EL ERROR SUBSTANCIAL.

Como hemos visto, el delito de calumnias, al momento en que éste se encuadra al tipo en las tres formas vistas en el punto 2.1., es menester que la imputación que se haga, proceda de un conocimiento cierto y verdadero.

Consecuencia de lo anterior, en ocasiones, el denunciante de algún delito, por estar mal informado, imputa a otro la comisión de algún delito, lo que produce esa excepción o esa excusa absolutoria, que ha de dejar sin castigo al supuesto calumniador, quien teniendo un conocimiento distinto de la verdad, denuncia algún delito.

Este error sustancial, lo encontramos establecido en el artículo 357 del Código Penal, en el cual se establecen los siguientes conceptos:

"ART. 357.- Aunque se acredite la inocencia del calumniado, o que son falsos los hechos en que se apoya la denuncia, la queja o la acusación, no se castigará como calumniador al que las hizo, si probare plenamente haber tenido causas bastantes para incurrir en error.

Tampoco se aplicará sanción alguna al autor de una denuncia, queja o acusación, si los hechos que en ellas se imputan son ciertos, aunque no constituyan un delito, y él, errónea o falsamente les haya atribuido ese carácter."(22)

(22).- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, México, 1990, Edit. Porrúa, S.A., 46a. Edición, pag. 118.

Para una mejor comprensión del error, es preciso que definamos el mismo; según el diccionario español ilustrado, consiste en:

"Concepto equivocado o juicio falso; Acción desacertada o equivocada; Cosa hecha erradamente." (23)

Así, la situación del denunciante, deberá estar relacionada al conocimiento de un hecho equívoco o falso.

O como lo dice la segunda parte del artículo 357 del Código citado, pensar que alguna conducta es típica sin serlo.

Y como consecuencia de esa situación de error, éste mismo impide que la conducta sea antijurídica, esto es que vaya en contra de la legislación; esto lo entenderemos mejor, después de los conceptos del error que nos proporciona el maestro Eugenio Raúl Zaffaroni, quien al respecto nos dice: "El error que afecta al conocimiento de la antijuridicidad puede ser directo cuando recae sobre el conocimiento

(23).- NUEVO DICCIONARIO ILUSTRADO SOPENA DE LA LENGUA ESPAÑOLA; Barcelona, Edit. Ramón Sopena, S.A., 1972, pag. 449.

de la norma prohibitiva (un sujeto ignora que el adulterio está prohibido en la Argentina; un sujeto ignora que cambiar la cerradura de un inmueble para impedir la entrada del legítimo poseedor es delito); o indirecto, cuando recae sobre la permisión de la conducta, pudiendo consistir en la falsa suposición de existencia de un precepto permisivo no reconocido por la ley (un sujeto cree que si alguien le deja su automóvil a reparar y no lo retira dentro de cierto plazo, puede venderlo por su cuenta para cobrarse; otro cree que está permitido vender mercadería del patrón para cobrarse los salarios que no le paga), o en admitir falsamente una situación de justificación que no está dada (se llaman justificantes putativas; un sujeto cree que es agredido y que se defiende, cuando en realidad se trata de una broma de amigos; otro cree que la amenaza de muerte en un incendio porque está encerrado, y rompe una ventana, cuando en realidad podría salir tranquilamente por la puerta).

El error de comprensión es el que afecta la comprensión de la antijuridicidad, pero no el conocimiento: el indígena que masca coca desde niño y no puede internalizar la norma que prohíbe su tenencia. Cabe recordar que no puede identificarse el error de prohibición con el error de derecho. La clasificación del error en

error de derechos y error de hecho está desprestigiada, y si queremos compararla con la de error de tipo y de prohibición, así como el error de tipo no es el mismo que el error de hecho, el error de prohibición tampoco es igual al error de derecho, porque la falsa admisión de una situación de justificación que no está dada, es decir, la llamada justificación putativa, es un error de hecho no obstante es un error de prohibición."(24)

Nótese como ya el maestro Jaffaroni, establece toda una teoría sobre el error, al hablarnos de la clasificación del error en error de tipo, de prohibición y de hecho; estableciendo una identificación, en el error de hecho con el error de prohibición.

Sea cual fuere el tipo de error que se trate, éste necesariamente deberá consistir en un concepto falso o equívoco de la situación, en tal grado que este error, pueda demostrarse, y el mismo vaya directamente enlazado al ánimo de querer hacer o perjudicar a una persona con la denuncia hecha.

(24).- JAFFARONI, EUGENIO RAUL: "Manual de Derecho Penal"; México, Cárdenas editor y distribuidor, 1a. Edición, 1986, pags. 578 y 579.

Lo que queremos decir es que una conducta no puede ser reprochada, cuando tenemos que la misma proviene de un error, aunque debemos de recordar en la clasificación del error en el golpe de el sujeto activo del delito, el cual a pesar de fallar en el golpe, su conducta por ser antisocial es reprochable.

Pero por lo que se refiere al sujeto pasivo, cuando éste desconoce la realidad o piensa que la conducta que de la cual es testigo es delito en alguna parte, y lo denuncia, el ánimo de ésta persona sujeto pasivo del delito o el denunciante en determinado momento, pudiésemos pensar que no existe el dolo o la culpabilidad encerrada en sí misma, lo que hace que su conducta no sea reprochable.

Nuestros anteriores comentarios, nos lo viene a reforzar la Jurisprudencia, al establecer ésta la siguiente idea.

"JURISPRUDENCIA.-ERROR DE PROHIBICION, LA CONCIENCIA DE LA ILICITUD EN EL.- Sea que se estime la conciencia de la ilicitud del hecho como un elemento del dolo, o bien de la culpabilidad, lo cierto es que el invencible error de prohibición, impide reprochar al autor su conducta típica y anti-jurídica.

(amparo directo 7884/79 - RAUL MURFADO HERNANDEZ - 13 de octubre de 1980 - cinco votos Ponente Francisco Pavón Vasconcelos - Eria. Josefina Ordoñez Reyna - informe 1980. 1a. Sala. Número 37. pag. 22.)"(25)

Es evidente cómo todos esos conceptos vertidos anteriormente, nos dan la esencia del error sustancial, el cual tiende a destruir el ánimo de denuncia en el denunciante o el supuesto ofendido, en tal forma que el dolo desaparezca; esto es que la culpabilidad dolosa, sea sustituida por una concepción equívoca y falsa de la realidad.

Así, debemos considerar que este error sustancial establecido en el artículo 357 que acabamos de observar, es sin lugar a dudas una excusa absolutoria, que deja sin castigo al calumniador, debido al error involuntario e inocente en que éste se hallaba al formular su denuncia, queja o acusación.

(25).- CASTRO JAVALETA, SALVADOR: "75 AÑOS DE JURISPRUDENCIA PENAL"; México, Cárdenas editor y distribuidor. 1a. Edición, 1981, pag. 419.

2.3.- LOS CASOS DE EXCEPCION.

La misma legislación, nos proporciona casos de excepción a la regla contenida en el artículo 357 del Código Penal, que analizamos en el inciso anterior.

El error sustancial no es absoluto, sino que presenta casos en los que no opera la excepción o la excusa, en tal forma que el artículo 358 del Código Penal establece ya la excepción a la regla que veíamos anteriormente, al expresar la siguiente idea:

"ART. 358.- No se admitirá prueba alguna de su imputación al acusado de calumnia, ni se librará de la sanción correspondiente, cuando exista una sentencia irrevocable que haya absuelto al calumniado del mismo delito que aquél le impute.".(26)

(26).- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL,
Ob. cit., pag. 118.

Nótese como el error sustancial del que hablábamos en el inciso anterior es vencido por causas de la legislación.

Esto es que la norma, tomando en cuenta aquella esencia de la que hablábamos anteriormente, entiende que ese error, debe de ser invencible o insuperable, en tal forma que cuando se tiene ya en las manos una sentencia absolutoria, quiere decir que ha habido tiempo bastante y suficiente, para que el que denuncia, tenga la posibilidad de investigar su error, y que éste en determinado momento, deje de existir, debido a las investigaciones que realizan durante la averiguación previa, y la instrucción.

En consecuencia, el denunciante tiene tiempo suficiente para que tome cuenta de el error de que se trata, en tal forma que otro elemento que pudiésemos decir prevalece para la idea del error sustancial, sería que éste sea invencible o insuperable.

Así, como consecuencia de el procedimiento penal, se puede tener en mente que el denunciante puede estar actuando con dolo, y que no podrá alegar error, en caso de que el acusado, sea absuelto o declarado inocente.

Para apoyar nuestro criterio, vamos a transcribir la siguiente Jurisprudencia:

"JURISPRUDENCIA.- ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICION. PARA SER EXIMIENTE REQUIERE SER INVENCIBLE O INSUPERABLE.- Tanto el error de tipo como el error de prohibición, para integrar eximientes de responsabilidad, requieren ser de naturaleza invencible o insuperable, pues siendo solo esencial, sin reunir dicho requisito, dejarían subsistente la culpa, cuando tal forma de culpabilidad pudiera darse en la específica figura delictiva de que se trata." (amparo directo 7884/79.- Raúl Hurtado Hernández 13 de octubre de 1980.- cinco votos Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos.- Lra. Josefina Ordoñez Reyna.- informe 1980. 1a. Sala. No. 39. Pag. 23)"(27)

(27).- CASTRO JAVALETA, SALVADOR; Ob. Cit., pag. 420.

Con los elementos hasta aquí expuestos, debemos dejar asentado claramente que aquella regla general del error sustancial, debe demostrarse plenamente, esto es que el denunciante, de hechos falsos, debe demostrar tajante y fehacientemente, el error en su conciencia que existía en el momento de la denuncia, y la falta de dolo para perjudicar a quien denunció.

Así, cuando el error es invencible o insuperable, éste evidentemente hará que opere la excepción o la excusa absolutoria.

Aunque si en la secuela del procedimiento el acusado demuestra fehacientemente la situación verdadera, y el denunciante o acusador no reflexiona sobre el error en que ha incurrido, éste necesariamente incurrirá en el delito de calumnias.

Nos amplía la idea, los maestros Carrancá, al expresarnos sobre ésta excepción los siguientes conceptos:

"Es regla general, reconocida implícitamente por la ley, que el querrellado por el delito de calumnia tiene el derecho de probar la verdad de su imputación, por reconocerse eficacia a la exceptio veritatis, y al contrario de lo que ocurre con el delito de difamación. El artículo 358 del Código Penal establece una excepción a dicha regla; pero tal excepción solo operará en el caso de que el querrellado

no conozca la existencia de la sentencia irrevocable absolutoria y pruebe plenamente haber tenido causas bastantes para incurrir en error como dice el primer párrafo del artículo 357 C.P.. Entonces podrá tratarse del delito de injurias."(28)

Nótese como todos los conceptos vienen a desembocar en la idea expresada por los maestros Carrancá, dicho de otra manera, el error sustancial del que hablabamos anteriormente, debe forzosamente ser evidente. Fehaciente.

Esa situación contraria a la verdad, además de responder a las ideas de ser invencible o insuperable, debe de permanecer en el conocimiento del denunciante continuamente, dándole una versión errónea de la verdad, lo que hace que en determinado momento cuando en el procedimiento penal se tiene una sentencia absolutoria con ésta situación, el que hace la denuncia puede reflexionar, y superar su error declarándolo así antes de la resolución motivada por su denuncia.

(28).- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL Y CARRANCA Y RIVAS, RAUL: "Código Penal Anotado"; México, Edit. Porrúa, S.A., 9a. Edición, 1981, pag. 679.

2.4.- EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR LA NORMA

Es interesante tener en mente, el bien jurídico protegido por la norma establecida en el artículo 356 el Código Penal misma que veíamos en el inciso 2.1 del presente trabajo.

Antes de precisar el objeto del bien jurídico protegido por el delito de calumnias, debemos explicar lo que el bien jurídico es, a fin de entender el porqué la norma protege alguna situación, dada.

Sobre esta necesidad de la existencia de la norma, el maestro César Augusto Osorio y Nieto, nos expresa lo siguiente:

"En todo agregado humano existen intereses individuales y colectivos, en muchas ocasiones dichos intereses pueden ser real o aparentemente incompatibles lo que engendra conflictos; para -

resolver, esta problemática en forma obligatoria y definitiva opera la norma jurídica que aparte de resolver los conflictos en forma razonable, protege bienes jurídicos elementales y esenciales del ser humano, tales como la vida, la integridad corporal, la libertad, la propiedad, la organización familiar y un sinnúmero de bienes que son objetos de la tutela jurídica; si no existieran estas normas jurídicas la vida individual y social sería punto menos que imposible, sólo encontraríamos caos, anarquía y desorden. Las citadas reglas son necesarias para el desarrollo individual y colectivo de forma ordenada y armónica que genere paz y seguridad para los individuos y la comunidad."(29)

De la exposición hecha por el maestro Osorio y Nieto nos lleva a pensar que la sociedad ha querido que bienes elementales para a la vida humana en sociedad, deban de estar protegidos, en tal forma que se crea la norma mediante la cual se tratan de proteger.

En éste sentido, el maestro Raúl Goldstein, nos ofrece otra definición de lo que el bien jurídico es, al decir:

(29).- OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO: "Síntesis de Derecho Penal"; Parte General; México, Editorial Trillas, 3a. Edición, 1990, pag. 17.

"La tutela del bien jurídico es común a todo el ámbito del derecho; pero adquiere especial importancia por el ámbito penal, por su particular forma de otorgar esa protección, utilizando la amenaza y la pena, y también es su función específica la defensa más enérgica de los intereses especiales dignos, al punto de que se dice que el penal es el protector de los demás derechos. Pero, en cierto modo, el bien como objeto de protección del derecho implica una abstracción, porque es un concepto generalizador. Es el interés medio o genérico tenido en cuenta por el orden jurídico y cuya lesión constituye el contenido material del injusto.

El bien jurídico, así entendido, puede presentarse como objeto de protección de la ley o como objeto de ataque contra el que se dirige el delito, por lo cual no debe confundirse con el objeto de la acción, que pertenece al mundo sensible . . . en el orden penal, el concepto de bien jurídico cumple un rol importante: permite conocer con exactitud la función del orden jurídico penal, facilita la comprensión del tipo, es la base para la exposición sistemática de la parte especial y es de suma importancia práctica para la correcta interpretación de la ley. Así, en el hurto, el objeto de la acción es la cosa; el objeto de protección, o bien jurídico protegido, la propiedad." (30)

Cuando la conducta ilícita se exterioriza, se dice que la misma llega a ser típica porque reúne los elementos del tipo; pero, no basta que la conducta infrinja el tipo, sino que se requiere que el bien jurídico tutelado por la norma, sea violado.

En el delito de robo, que el derecho de propiedad sea infringido; en el delito de violación, que la libertad sexual no fuese respetada; en general, debe de existir entre la conducta y el resultado, no solamente el encuadramiento de la conducta al tipo, sino que también para que se integre debidamente, se debe de violar el bien jurídico tutelado por la norma, para que sea ésta infringida por los particulares.

Ahora bien, entre la conducta y el resultado, al que Jiménez de Asúa llama nexo de causalidad, existe entre éstos, una íntima relación que conforma la violación de la norma y de su bien jurídico tutelado, así, el maestro Luis Jiménez de Asúa al hablarnos sobre el nexo de causalidad, nos expone tres supuestos que son enunciativos al decir:

(30).- GOLDBEIN, R. A. U.: "Diccionario de Derecho Penal y Criminología"; Buenos Aires, Argentina, Edit. Astrea, 2a. Edición, pag. 85.

"a).- La relación causal entre la conducta voluntaria y el resultado . . . b).- La relevancia jurídica de la conexión causal, que ha de determinarse en cada tipo; c).- La culpabilidad del sujeto en orden al resultado." (31)

Tomando en cuenta las anteriores acepciones vertidas pudiésemos decir, que el delito de calumnia, por estar dentro de el Título que se refiere a los delitos contra el honor, será éste precisamente el bien jurídico tutelado que la norma penal trata de proteger a través de punibilizar la conducta calumniadora.

Así, cuando entre el sujeto activo y el resultado, existe un nexo de causalidad que deshonra a una persona, pudiésemos pensar que dicha conducta es típica y que además a violado e infringido el bien jurídico tutelado por la norma.

En las condiciones apuntadas, el honor de las personas es el principal bien que la norma jurídica protege, en tal forma que los delitos previstos por nuestro Código punitivo, tales como la difamación y la calumnia, van a proteger directamente la honra de las personas, como uno de los fines que ha perseguido la sociedad.

Por otro lado, este bien jurídico tutelado por la norma, va a estar infringido, una vez que se esté dado el nexo de causalidad que liga la conducta con el resultado, y el resultado debe forzosamente ser la deshonra que sufra alguna persona.

A través de la imputación que se haga de algún delito a persona determinada, de hechos falsos o aún a sabiendas que dicha persona es inocente, esta circunstancia, provoca que la sociedad en general, repudie con justificada razón la conducta infractora de la norma, ya que a través de ésta, que podría traducirse en el ánimo de dañar, produce en ese momento un daño formal que deshonra en contra de su acusado.

De tal forma que la legislación, a través del bien jurídico protegido por la norma, trata de que las personas no utilicen la imputación de un delito sólo para perjudicar a otra persona, con lo que tenemos que, siguiendo las ideas expresadas, el delito de --

(31).- JIMENEZ DE ALBA, LUIS; "La ley y el Delito", Buenos Aires Argentina, Editorial Sudamericana, 13^{ra}. Edición, 1984. pags. 229 y 230.

calumnias, va a proteger, que la comunidad en general, respete la honra de sus integrantes, y no se permita que se utilice al delito para perjudicar el honor de las personas, y se tenga la respetabilidad necesaria en las relaciones sociales.

CAPÍTULO III

3.- LA CARGA DE LA PRUEBA EN MATERIA PENAL.
(EL OFENDIDO)

Antes de entrar al estudio de la carga de la prueba en materia penal, será necesario hacer una breve referencia a los conceptos de sujeto pasivo, ofendido y víctima del delito, a fin de tener una idea precisa de tales terminos dentro del campo del Derecho Penal.

Dentro de la vida gregaria de toda sociedad, será imprescindible que la relación e interacción de sus miembros conlleven una respetabilidad y armonía, con el propósito de que exista la tranquilidad y paz deseada por el Estado.

Al romperse ésa armonía entre sus miembros, existe una transgresión al ordenamiento jurídico en el que intervienen los sujetos que se ven involucrados en dicha ruptura.

Así, el Estado se ve obligado a proteger a los sujetos que sufren un daño o perjuicio con motivo del actuar violento o transgresor de dicho ordenamiento jurídico, surgiendo en ese instante la potestad de los individuos afectados a reclamar o demandar ante las Autoridades competentes, los derechos que se les han violado con el objeto de preservar esa armonía que existía antes de su rompimiento.

Pues bien, dentro del campo del Derecho Penal, los sujetos que intervienen en dicha ruptura se conocen como sujeto activo y pasivo del delito.

El primero, es aquel que realiza una conducta o hecho contrario a las relaciones o interacciones de los individuos que se desenvuelven en la sociedad, afectando de manera directa o indirecta al sujeto pasivo que lo resiente o a la víctima.

El sujeto pasivo es aquel sobre el cual recae la conducta o hecho infractor del ordenamiento jurídico penal.

Para darnos una idea más clara de las acepciones antes expuestas, el maestro César Augusto Osorio y Nieto nos precisa los conceptos anteriores, al decir que: "El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido por la norma penal y es quien resiente, directamente, los efectos del delito, el ofendido es la persona que sufre de forma indirecta los efectos del delito. Generalmente concurren la calidad de ofendido y de sujeto pasivo o víctima, pero puede darse el caso de que no haya esta concurrencia, como sucede en el caso del homicidio, en el cual el pasivo o víctima es el sujeto al que se priva de la vida y los familiares de éste vienen a ser ofendidos."(32)

Por su parte, el maestro Colín Sánchez nos expresa su punto de vista al decir que: "El ofendido por el delito es la persona física que resiente directamente la lesión jurídica en aquellos aspectos tutelados por el Derecho Penal."(33).

(32).- OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO: "Síntesis de Derecho penal"; Editorial Trillas, 3a. Edición, México, 1990, pag. 56.

(33).- COLIN SANCHEZ, GUILLERMO: "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales"; Editorial Porrúa, S.A., 6a. Edición, México, 1980, pag. 192.

Y con respecto al concepto de víctima, lo diferencia de la siguiente forma: "La víctima es aquel que por razones sentimentales o de dependencia económica con el ofendido resulta afectado con la ejecución del hecho ilícito."(34).

Ahora bien, resulta interesante mencionar el criterio adoptado por el maestro Carlos Oronoz Santana, quien sobre al respecto nos manifiesta: "Se entiende y se reputa como parte ofendida, a aquella que haya sufrido algún perjuicio con motivo no del delito como señala el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal con escasa fortuna de técnica procesal, sino con motivo de los hechos denunciados. No se puede soslayar el hecho de que el Ministerio Público no investiga delitos propiamente, sino hechos presuntivamente constitutivos de delito, y éste se perfecciona a la luz del Derecho cuando queda comprobado el cuerpo del delito, y sólo en el proceso puede darse ese momento."(35).

(34).- *Ibidem.*, pag. 193.

(35).- OROÑOZ SANTANA, CARLOS M.: "Manual de Derecho Procesal Penal"; Editorial Limusa, S.A. de C.V., México 1989, pag. 69.

De lo antes expuesto, se debe hacer incapié en que los hechos denunciados a que alude la cita transcrita, deberán de ser transgresores del ordenamiento jurídico penal; esto es, que rompan con la armonía y tranquilidad de la que hablábamos anteriormente y éstos necesariamente deberán de presumirse delictuosos.

Ahora bien, una vez analizadas las anteriores acepciones y conceptos de sujeto pasivo, ofendido y víctima del delito, pasaré a exponer en forma breve y concisa lo que es la carga de la prueba en materia penal.

Desde mi personal punto de vista, considero que en el Derecho de Procedimientos Penales, si existe la carga de la prueba, aunque algunos autores le niegan su existencia, en virtud de que ésta nace en el instante mismo de la perpetración de los actos o hechos que se consideran o presumen delictuosos.

Como su nombre lo indica, la carga de la prueba se refiere al peso que recae en la necesidad de determinado sujeto, para demostrar con los elementos de que disponga, la existencia de sus pretensiones y éstas —tenderán a crear convicción o certeza para el logro de un fin.

Así por ejemplo, el maestro Eduardo Pallares nos define ésta en la forma siguiente: "La carga de la prueba consiste en la necesidad jurídica en que se encuentran las partes de probar determinados hechos, si quieren obtener una sentencia favorable a sus pretensiones." (36).

Por su parte el Licenciado Francisco Ramirez Fonseca, nos dice al respecto que: "La palabra carga indica, en el Derecho Procesal, la necesidad de desarrollar una actividad, dentro del proceso, para obtener un resultado favorable." (37)

A pesar de que el concepto de carga de la prueba que se viene analizando tiene en su naturaleza y connotación aspectos de carácter civilista, en materia procesal penal tiene plena validez y aplicación en determinados momentos procesales, porque en su esencia implica un gravamen en el sujeto o sujetos, de demostrar el interés que los impulsa a lograr el fin perseguido.

(36).- PALLARES, EDUARDO: "Derecho Procesal Civil"; Editorial Porrúa, S.A., 9a. Edición, México, 1981, pag. 359.

(37).- RAMIREZ FONSECA, FRANCISCO: "La prueba en el Procedimiento Laboral"; Editorial Pac., 6a. Edición, México, 1985, pag. 105.

Respecto al tema que se analiza, el maestro Carlos Ornoz Santana, nos expone su punto de vista al decir: "El concepto de la carga procesal está referido al hecho mismo de que las partes en el proceso deben demostrar sus respectivas pretensiones, por lo que se considera que tanto está obligado a probar el que afirma como el que niega, siendo que en tal caso las partes se encuentran en la necesidad de probar la aseveración de su dicho; resultando que el Ministerio Público, dada la postura que guarda en el proceso, deba aportar las pruebas de inculpa, así como las que exculpen al procesado."(38).

Como ejemplo de las posturas que le niega su existencia, me permito transcribir la que guarda el maestro Guillermo Colón Sánchez, el cual nos manifiesta que: ". . . la carga de la prueba no opera en el procedimiento penal; éste es de interés público; ante la inactividad del Ministerio Público, o del procesado y su defensor el tribunal puede tomar la iniciativa necesaria para que se realicen los fines específicos del proceso."(39).

(38).- *Ob. cit.*, pag. 123.

(39).- *Ob. cit.*, pag. 327.

A pesar de tal postura, nuestro vigente Código Procesal Penal, reconoce su aplicación al decirnos en su artículo 248 lo siguiente:

"Art. 248.- El que afirma está obligado a probar. También lo está el que niega, cuando su negación es contraria a una presunción legal o cuando envuelve la afirmación expresa de un hecho."(40).

Para concluir, diremos que, siendo el Ministerio Público la primer autoridad que conoce de una supuesta infracción al ordenamiento jurídico penal, la carga de la prueba en primera instancia le corresponde al sujeto pasivo u ofendido, o al sujeto que pone en conocimiento del órgano investigador los hechos presumiblemente constitutivos de delito, ya que éstos, en unión de aquél, tendrán la necesidad de reunir los elementos necesarios que hagan presumir la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del sujeto activo del delito.

(40).- OBREGÓN HEREDIA, JORGE: "Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal"; Editorial Porrúa, S.A., 4a. Edición actualizada, México, 1987, pag. 156.

Me parece acertada la definición que hace el Licenciado Juan Palomar de Miguel, quien al respecto de la carga de la prueba nos manifiesta lo siguiente: "Parte principal de la carga procesal, en virtud de la cual la persona que alega un hecho ante la justicia o reclama un derecho, se ve en la obligación de probar la realidad de aquel o la procedencia de éste." (41).

En éste orden de ideas, y tomando en cuenta las acepciones y conceptos de los autores vertidos sobre el tema, podremos concluir que la carga de la prueba en materia penal, se da en diferentes momentos del procedimiento penal que nos rige.

(41).- PALOMAR DE MIGUEL, JUAN: "Diccionario para Juristas"; Ediciones Mayo, S. de R.L., México, 1981, pag. 226.

3.1.- COMO SE INICIA EL PROCEDIMIENTO.

Como hemos visto, y de acuerdo con los puntos que se han analizado, no se puede iniciar una investigación por meras suposiciones o sospechas, ya que será necesario que exista una conducta transgresora del ordenamiento jurídico penal, que rompa la tranquilidad, armonía y paz social que el Estado pugna por preservar.

Para tal objeto, el Estado encomienda por mandato Constitucional, a un órgano público y de carácter permanente, que será el encargado de velar, entre otras funciones, por la paz y seguridad social de los individuos que se ven afectados por las acciones delictuosas.

Es así como surge la Institución denominada Ministerio Público, quién tendrá como misión, la investigación y esclarecimiento de los hechos posiblemente delictivos de que tenga noticia.

O como con mejor precisión nos lo dice el maestro Juvenino V. Castro: ". . . el más fiel guardián de la ley: órgano desinteresado y desapasionado, que representa los intereses más altos de la sociedad; Institución que lo mismo debe velar por la defensa de los débiles o los incapaces y los ausentes, que decidido alzarse --- pero sin ira ni espíritu de venganza---, pidiendo la justa penalidad de un criminal en defensa de la sociedad. Más meticoloso y empeñado en que brille la inocencia de un acusado que su propio defensor, y más severo en el castigo del culpable que la víctima del delito. En resumen: el más celoso guardián del cumplimiento estricto de las leyes." (42).

Es así, cómo el artículo 21 Constitucional, en tratándose de delitos, le fija su campo de acción, al decir.

"ARTICULO 21. . . . 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." (43).

(42).-- CASTRO, JUVENINO V.: "El Ministerio Público en México"; Editorial Porrúa, S.A., 1a. Edición, México, 1976, pag. 13.

De igual forma, el artículo 102 del mismo ordenamiento nos da la pauta para la ingerencia del Ministerio Público Federal, al indicar:

"ARTICULO 102. . . . Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculpados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine."(44).

Para lograr la intervención del Ministerio público ó de la policia judicial, sera necesario e imprescindible que se den los "requisitos de procedibilidad" de la acción penal, sin los cuales jamás podría tener

(43).- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS; Impreso en Talleres Gráficos de la Nación, México, 1990, pag. 39.

lugar su actuación, y en consecuencia, dar inicio el procedimiento penal, excepción hecha en el caso de flagrante delito, en donde cualquier persona puede aprehender al o a los delincuentes y ponerlos a disposición de la Representación Social o a la policía.

Es la propia Constitución, en su artículo 16, la que nos da las bases de tales requisitos, al señalar lo siguiente:

"ARTICULO 16. . . . No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, . . . (45).

Los "requisitos de procedibilidad" a que alude al artículo en cuestión, son la denuncia, acusación y la querrela de hechos que se presumen delictuosos; supuestos legales que deben cumplirse para poner en marcha la actividad investigadora y persecutoria del Representante Social.

(44).— Ob. cit., pag. 138.

(45).— Ob. cit., pag. 31.

Resulta interesante exponer la postura del Licenciado César Augusto Osorio y Nieto, quien sobre al respecto nos dice: "Los requisitos de procedibilidad son las condiciones legales que deben cumplirse para iniciar una averiguación previa y en su caso ejercita la acción penal contra el probable responsable de la conducta típica."(46).

Por su parte, el maestro Carlos Oronoz Santana nos expresa su punto de vista al decir: "Se denominan requisitos de procedibilidad los que son menester que se den para que se inicie el procedimiento, tal es el caso de la querrela y de la denuncia, pero también se consideran dentro de éstos requisitos la excitativa, que consiste en la solicitud que hace un país extranjero para que se persiga al que ha injuriado a dicha nación; y por último la autorización que es el permiso concedido a una autoridad para que pueda proceder en contra de algún funcionario que la misma ley señala, por la comisión de un delito de orden común."(47)

(46).- OSORIO Y NIETO, CESAR AUBUSTO: "La Averiguación Previa"; Editorial Porrúa, S.A., 2a. edición, México, 1983, pag. 21.

(47).- ORONÓZ SANTANA, CARLOS M.: "Manual de Derecho Procesal Penal"; editorial Limusa, S.A. de C.V., 3a. edición, México, 1989, pag. 73.

En este orden de ideas, podemos llegar a concluir que los requisitos de procedibilidad de la acción penal, son las condiciones o supuestos legales necesarios, sin los cuales no podrían tener lugar la serie de actividades realizadas por el Ministerio Público en una averiguación previa y, en consecuencia, no se iniciaría el procedimiento penal correspondiente.

Estos requisitos van a surgir, una vez consumado el acto o hecho considerado ilícito, creando la potestad al ofendido o víctima del delito, de dar la comunicación al Órgano Investigador de la conducta o hecho transgresor del ordenamiento jurídico penal, motivando con ello la actividad que lo caracteriza en la investigación y esclarecimiento de los mismos, los cuales se pueden presentar en cualquiera de sus tres modalidades a saber; la denuncia, la acusación y la querrela.

El Ministerio Público, puede tener conocimiento de un hecho delictuoso en forma directa y en forma indirecta.

En forma directa se da, cuando es hecha la comunicación o noticia por conducto de los sujetos directamente afectados.

Y en forma indirecta, cuando la comunicación se realiza por conducto de los familiares del ofendido o de la víctima; por

medio de la policía, por medio de quien esté encargado de un servicio público; por la autoridad judicial en ejercicio de sus funciones cuando haya presunción de haberse cometido un delito; o de cualquier otra persona que tenga conocimiento de los hechos presumiblemente delictuosos, siempre y cuando ésta tenga capacidad legal para presentarla.

A continuación, pasaré a exponer en forma breve, cada una de las modalidades que presentan los requisitos de procedibilidad de la acción penal, con los cuales da inicio el procedimiento penal.

3.1.1.- LA DENUNCIA

La denuncia, es uno de los medios por los cuales el Ministerio Público se entera de los hechos presumiblemente delictuosos.

Es una relación de hechos que debe hacerse en forma cronológica, es decir, tal y como sucedieron en su momento histórico procurando no omitir los pequeños detalles que se estimasen insignificantes, porque ligados con otros de igual naturaleza pueden amoldarse y conformar el acaecer histórico de los hechos considerados ilícitos. Dicho en otras palabras, de la verdad aparente a la verdad real.

En éste sentido, el maestro Carlos Oronoz Santana, nos expresa su punto de vista al decir: ". . . la denuncia es la relación de hechos que se consideran delictuosos ante el órgano investigador, quien inicia la diligencia que se conoce como averiguación previa, y que presenta las siguientes características:

1. Una narración de hechos presumiblemente delictivos.
2. Se presenta ante el órgano investigador.
3. Puede ser hecha por cualquier persona.

Por cuanto se refiere al primer elemento, consiste en exponer en forma sencilla los hechos presuntamente delictuosos que integran la posible comisión de un delito, sin que exista en el ánimo de quien los narra el deseo de que se castigue al sujeto activo del delito.

La segunda característica es que dicha narración debe hacerse precisamente ante el órgano investigador, y no ante otro distinto, significando con ello que sólo ante él es válida la denuncia, en virtud de que a éste órgano se le encomendó en exclusiva la investigación de los delitos.

Como tercer elemento se encuentra la posibilidad de que tal narración puede ser expuesta por cualquier individuo, testigo de los hechos o no, en donde se presenta un problema práctico, que en el ejercicio cotidiano se subsana al exigirle algún elemento de convicción que haga creíble su dicho." (48).

En este orden de ideas, nos resulta interesante mencionar la postura del maestro Colín Sánchez, quien nos manifiesta que: "Dentro del ámbito del Derecho de Procedimientos Penales, es importante distinguir la denuncia como medio informativo y como requisito de procedibilidad.

Como medio informativo, es utilizada para hacer del conocimiento del Ministerio Público lo que se sabe acerca del delito, ya sea que el propio portador de la noticia haya sido afectado; o bien, que el ofendido sea un tercero.

Comúnmente, no se entiende el alcance de la palabra mencionada y, algunos la consideran como condición para que el Ministerio Público se avoque a su función característica, durante la averiguación previa.

(48).— Ob. cit., pag. 66.

Sin duda alguna, el Constituyente de 1917, instituyó la denuncia como condición de procedibilidad a cargo del Ministerio público. . . . la denuncia viene a ser una facultad potestativa.

Y concluye estimando que: . . . la denuncia es un deber de toda persona, y su justificación está en el interés general para conservar la paz social." (49).

Entre los autores citados, existe una gran similitud entre sus opiniones y conceptos vertidos sobre el tema en estudio.

Al igual que éstos, el maestro César Augusto Osorio y Nieto nos da su punto de vista al decir: "Es la comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público de la posible comisión de un delito perseguible por oficio." (50).

Para poder entender el concepto citado, será preciso dejar en claro qué debe entenderse por delito perseguible de oficio.

Los delitos perseguibles de oficio, serán aquellos de los que una vez iniciada una averiguación previa, deberá de continuar ésta y el procedimiento respectivo sin necesidad de que intervenga la voluntad de los sujetos que hagan la denuncia.

(49).- Ob. cit., pag. 236 y 237..

(50).- Ob. cit., pag. 21.

Ahora bien, respecto a la forma en que puede presentarse la denuncia, ésta reviste dos características a saber:

1o.- En forma personal, compareciendo físicamente el denunciante con objeto de exponer verbalmente los hechos considerados infractores del ordenamiento penal, y ante la presencia del Ministerio Público que corresponda.

2o.- Mediante la denuncia de hechos realizada por escrito, y dirigido al C. Procurador General de Justicia del Distrito Federal ó ante el Procurador General de la República, según corresponda al ámbito de su competencia, en el cual se les hará saber en una narración circunstanciada el desarrollo de los hechos o actos que considera le causan agravio, sin que sea necesario manifestar su deseo de que se castigue al o a los indiciados, debiendo ratificar el mismo en el momento de su presentación, a efecto de que el órgano investigador se avoque a su función característica, y esté en posibilidad de determinar en su momento oportuno, si los mismos son constitutivos de delito o nó.

En lo referente a la capacidad del denunciante, el artículo 16 Constitucional establece:

"ARTICULO 16. . . . No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquellas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe . . . (51)

Al indicarnos el citado artículo que la denuncia, acusación o la querrela, deben estar apoyadas por declaración de persona digna de fe, y que declare además bajo protesta de decir verdad, solamente fija éstas dos características que estarán supeditadas al arbitrio del Ministerio Público, para calificar la idoneidad y crédito del sujeto que la hace.

Todo ello hace notar una apreciación bastante subjetiva por parte del órgano investigador, para poder levantar un acta de inicio de averiguación, por lo que, el Representante Social tiene la más amplia facultad para estimar la mencionada capacidad del denunciante.

Considero a mi juicio, que para el Ministerio Público pueda dar inicio al levantamiento del acta respectiva, y si el denunciante o querellante no le aporta ningún elemento ó indicio que haga suponer credibilidad o convicción del hecho que estima delictuoso, sería conveniente que éste se auxiliara inmediatamente por elementos de la policía judicial dandoles la intervención, con el objeto de allegarse de indicios o elementos básicos de los hechos que someten a su conocimiento, siempre y cuando isto fuera posible, atendiendo a las circunstancias y modalidades del acto o hecho considerado ilícito, con el fin de estar en aptitud de otorgarle crédito al denunciante, y proceder en esta forma al levantamiento del acta de averiguación previa que corresponda.

Respecto al fundamento Constitucional de la denuncia y la querrela, instituciones iniciadoras del procedimiento penal, se establecen en su fracción 111 del artículo 20 de nuestro máximo ordenamiento jurídico, al imponer al juez el deber de hacer saber al acusado el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, pues implícitamente hace suponer la precedencia de una acusación.

El criterio tradicional que señala como fundamento el artículo 16 es inexacto, ya que la denuncia, acusación o la querrela de un hecho determinado que la ley castiga con pena corporal de que nos habla éste artículo, es sólo un requisito para poder librar la respectiva orden de aprehensión.

3.1.2.- LA ACUSACION.

En el inciso que a continuación trataré, haré una breve exposición de lo que debe entenderse por acusación, desde el punto de vista del Derecho de Procedimientos Penales, entendiéndolo como un elemento que revisten los requisitos de procedibilidad de la acción penal, en nuestro vigente sistema jurídico.

Aunque a la acusación no se le puede atribuir como un requisito de procedibilidad, por ser en su esencia un elemento intrínseco de toda denuncia y querrela, nuestra ley procesal penal solamente se refiere a la misma sin hacer una connotación propia que la diferencie de éstas.

En éste sentido, la acusación viene a ser el medio a través del cual se delata un determinado hecho estimado transgresor del ordenamiento jurídico penal, que acarrea consecuencias jurídicas.

O como mejor nos lo explica el maestro Cesar Augusto Osorio y Nieto, quien sobre el tema nos dice: "Es la imputación directa que se hace a persona determinada de la posible comisión de un delito, ya sea perseguible de oficio o a petición de la víctima u ofendido." (52)

En estas condiciones, resulta evidente que la acusación es un elemento que se encuentra inmerso en la denuncia y la querrela y que tiene por objeto el señalamiento a una persona determinada de una conducta o hecho estimado delictuoso, imputándosele su posible responsabilidad en su consumación.

(52).- *Ob. Cit.*, pag. 22

3.1.3.- LA QUERRELLA.

La querrela, es otro medio a través del cual es posible iniciar una Averiguación Previa ante el Representante Social, y se define como la relación de hechos considerados como delictuosos que expone el ofendido ante el órgano investigador, expresando en el mismo acto, su deseo de que se persiga y castigue al autor del delito.

La Constitución Política que fundamenta y gobierna las actuaciones que se realizan en el período dirigido a la preparación de la acción penal, estatuye a la querrela como uno de los requisitos previos para el proceso.

Dicha instancia procesal ha sido tema de diversas controversias doctrinales, y por su naturaleza, apreciada de distintas formas por diversos autores.

Así, el maestro Eugenio Florián, la define como "la exposición que la parte lesionada hace a los órganos adecuados para que se inicie la acción penal. Es una acción privativa de los delitos para los cuales la acción penal no se puede ejercitar, sino a instancia de parte."

La considera a su vez, desde el punto de vista del procedimiento penal, como: "El conjunto de condiciones de procedibilidad que determinan el ejercicio de la acción penal", aunque piensa que doctrinalmente no debe aceptarse tal condición y que además la querrela es una declaración de voluntad de la parte lesionada por el delito, aclarando que en los delitos perseguibles a instancia de parte, no es ésta quien ejerce la acción penal, sino el Ministerio Público, lo que permite que en ninguna forma, deben considerarse alteradas las características de la mencionada acción penal, o que la existencia o negación de un delito determinado, dependa de la voluntad de la colectividad, la que por conductos debidos, considera ciertos hechos como delitos.

La Querrela, a diferencia de la denuncia, debe presentarse por el directamente ofendido ante la autoridad investigadora, haciendo una relación de hechos en la misma forma que la señalada para la denuncia.

Sólo excepcionalmente la ley permite que un tercero pueda presentar la querrela a nombre del ofendido.

Estos casos excepcionales se encuentran contemplados en el artículo 264 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el cual separa la situación de los menores, de los mayores de edad y de las personas morales, en la siguiente forma.

Por lo que hace a los menores de edad, el citado artículo prevee tres hipótesis a saber.

- a).- Que el menor formule directamente su querrela;
- b).- A nombre del menor puede querrellarse lícitamente el ofendido, entendiéndose por tal, "toda persona que haya sufrido algún perjuicio con motivo del delito", (es decir, cuando otra persona

resulta afectada, aparte del directamente ofendido por el hecho delictuoso), y;

c).- En el supuesto de que el menor sea un incapáz (o de que la persona mayor de edad también lo sea), pueden formular la querrela los ascendientes y, a falta de éstos, los hermanos o los que representen legalmente al incapacitado.

Respecto a los mayores de edad, la querrela obviamente puede ser presentada por los sujetos pasivos del delito, aunque también pueden ser representados en la forma siguiente:

a).- Cuando se trata de los delitos de raptó, estupro o adulterio, la querrela puede ser formulada por los ascendientes, hermanos o representantes legales. La misma regla es igualmente aplicable cuando el ofendido es un incapáz.

b).- En los demás casos, puede presentarse la querrela mediante apoderado, siendo suficiente un poder general con cláusula especial.

De lo expuesto, se deduce otra diferencia de la querrela con respecto a la denuncia:

1).- En la querrela, el sujeto pasivo u ofendido manifiesta expresamente su voluntad para que se persiga el autor del delito.

1 bis.).- En la denuncia, es el Representante Social quien de oficio realiza tal manifestación.

2).- En los delitos perseguibles por querrela (simple o necesaria), procede el otorgamiento del perdón a fin de extinguir la acción persecutoria de la acción penal, por parte del sujeto pasivo u ofendido.

2 bis.).- En la denuncia, no procede dicho perdón, en virtud del principio de la oficialidad en la persecución del delito por parte del Ministerio Público.

Para concluir en éstos puntos, reitero que las figuras aquí analizadas son requisitos indispensables para lograr la iniciación de todo procedimiento penal, y que los efectos de ambas figuras jurídicas

(la denuncia y la querrela) son, en términos generales hacer del conocimiento del Ministerio Público la comisión de un hecho delictivo, con la consecuente obligatoriedad de dar inicio a su labor indagatoria y persecutoria que lo caracteriza.

De los presupuestos a los que nos hemos referido, el agente investigador deberá practicar todas las diligencias necesarias (las señaladas en la ley y las que la averiguación previa requiera), que tiendan al esclarecimiento de la existencia del posible delito de que tiene noticia y de la probable responsabilidad de su autor, a fin de que en su oportunidad pueda integrar la investigación del mismo y de considerarlo pertinente pueda estar en aptitud de ejercitar la acción penal respectiva, excitando en ese momento al órgano jurisdiccional competente a fin de que se resuelva sobre el mismo en definitiva.

3.2.- LA AVERBUACION PREVIA

Ahora entraremos al estudio de la Averiguación Previa a fin de conocer y precisar su contenido y alcance, dentro del procedimiento penal.

La Averiguación Previa es una etapa procedimental básica y necesaria, que tiende a determinar en su momento oportuno, si los hechos de que conoce el Ministerio Público pueden ser constitutivos de delito, por una parte, y por la otra, de igual forma determina sobre la probable responsabilidad de su autor.

En éste orden de ideas podemos decir que la labor del Representante Social en éste etapa se justifica, al desarrollar las dos clases de actividades que son características de su función social a saber, la investigadora y la persecutoria, las cuales estudiaremos mas adelante.

Ahora bien, se entiende a la *Averiguación Previa* como la etapa procedimental, que comprende desde que la autoridad investigadora conoce de hechos que posiblemente pueden configurar un delito, los cuales se conocen a través de la presentación de la denuncia o la querrela, y se integra con las diligencias necesarias que en cada caso concreto deban practicarse, a fin de encontrar los elementos suficientes que hagan suponer que el sujeto activo es el probable responsable de la consumación del delito del cual fue investigado, debiendo integrar en ese acto el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del mismo (elementos fundamentales con los cuales el Ministerio Público ejercita la acción penal).

Dicho de otra manera, la *averiguación previa* es el conjunto de actos que, relacionados entre sí, nos darán un fin determinado, motivando con ello las diferentes determinaciones a que puede llegar el Representante Social y cumplir así con su función que lo caracteriza.

La autoridad competente en esta etapa será siempre el Ministerio Público, órgano creado por el Poder Ejecutivo para hacer efectivo el derecho plasmado en la Constitución, constituyéndose como el representante de la sociedad, titular de el ejercicio de la acción penal.

El fin perseguido en la etapa de averiguación previa es, la integración del cuerpo del delito y la probable responsabilidad de una persona (sujeto activo).

Así lo dispone el artículo 19 Constitucional al decir.

"ARTICULO 19. . . y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. . ."(53)

Considero pertinente hacer una breve reflexión en la cita transcrita, pues desde el punto de vista técnico jurídico, es erróneo el decir "comprobar", debiendo decir "estimar integrado", ya que la comprobación del cuerpo del delito será materia de sentencia y no para formular el auto de formal prisión o de sujeción a proceso como nos lo presenta el artículo en cita.

(53).- CONSTITUCION POLITICA.- Ob. cit.

Dentro de la actividad investigadora, las actuaciones practicadas por el Ministerio Público deberán estar apegadas conforme a derecho, y cada una de las diligencias que realice deberán estar coordinadas, siguiendo un curso lógico que a la postre nos permitan encontrar el fin característico de la misma, ó en su caso la determinación por parte del Ministerio Público de ejercitar o no la acción penal.

En la actividad persecutoria de los delitos, el Ministerio Público vislumbra un contenido y una finalidad, intrínsecamente entrelazados; el contenido se refiere a la realización de las actividades necesarias para que el autor de un delito no evada la acción de la justicia; la finalidad, en que se observe la justa aplicación de las normas jurídicas, castigando a quienes las han infringido. Dicha función persecutoria implica la integración de dos actividades concretas: la investigadora y el ejercicio de la acción penal.

La postura del Licenciado Carlos Oronoz Santana nos parece un poco carente de técnica jurídica, quien sobre al respecto nos dice: "Por lo que se refiere a la averiguación previa, el Ministerio Público se convierte en un auténtico investigador, pues realiza --

diligencias en busca de las pruebas que permitan acreditar su dicho en el sentido de que los elementos del delito se encuentran comprobados, y que la presunta responsabilidad se haya acreditado.

Y concluye diciendo que: "El ejercicio de la acción penal consiste en que el Ministerio Público deja de ser investigador para convertirse en parte del proceso, y pretende mediante su actuar que el Juez resuelva conforme a Derecho, ya sea imponiendo una pena o dejando en libertad a la persona procesada." (54)

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 21 Constitucional, el Ministerio Público y la policía judicial, están facultados para la persecución de los delitos, en éste sentido, actuarán de oficio cuando tengan conocimiento de actos delictuosos, salvo en las siguientes situaciones: cuando se trate sobre delitos en los cuales sólo se pueda proceder a petición de parte agraviada y; cuando no se hayan cumplido los requisitos que la ley señala como previos, para poder dar inicio al procedimiento penal.

(54).- Ob. Cit., pag. 61

La persecución de los delitos responde a las necesidades de seguridad social, que el estado se compromete y pugna por preservar, cuando ciertas conductas la ponen en peligro, provocando con ello el movimiento de la maquinaria del poder judicial, cuyos órganos deberán restaurar y mantener el orden jurídico violado.

Investigar un delito, o más bien estimado el hecho como tal, no consiste solamente en informarse acerca de la naturaleza de cierto tipo de conductas violatorias del orden establecido, sino en determinar su realidad fáctica, así como determinar la posible responsabilidad del o de los autores del mismo integrando de igual manera la relación de causalidad entre el hecho y la imputación.

El Ministerio Público deberá realizar la función investigadora que le compete, mediante la práctica de las diligencias que se requieran en cada caso, para poder integrar en su oportunidad los elementos constitutivos de la figura delictiva descrita concretamente por la legislación penal, y establecer en forma presuntiva la probable responsabilidad del sujeto al que se le atribuye su actuar.

Las mencionadas diligencias son de dos clases a saber:

a).- Las obligatorias; éstas se encuentran señaladas específicamente en la ley, a fin de estimar por comprobados todas clase de delitos, o para determinados casos en particular.

b).- Las discrecionales; que son aquellas que sin estar expresamente señaladas en la ley, son lógicamente necesarias para poder integrar los elementos del delito.

Las diligencias en primer término citadas, encuentran su fundamento en las disposiciones contenidas en los artículos 94 al 103 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y el artículo 123 del Código Federal de Procedimientos Penales.

En síntesis, podemos decir que dichas diligencias consisten en su conjunto, en establecer de una manera auténtica, la existencia de personas, lugares y cosas, y en describir las características que presentan y el estado que guardan, a fin de evitar que se pierdan, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho delictuoso.

La integración de la averiguación previa, no está sujeta a un lapso determinado, en virtud de que no existe en ningún precepto legal, el tiempo dentro del cual deberá quedar integrada la misma, de tal suerte que estará sujeta al arbitrio y a los elementos de que disponga el Ministerio Público encargado de la investigación.

Ahora haré una breve explicación de las diferentes determinaciones a la que puede llegar el Ministerio Público, durante la etapa que ocupa nuestra atención.

Las determinaciones que se pueden dar en la etapa de la averiguación previa, pueden derivar hacia dos situaciones diferentes a saber:

1o.- Cuando no se reúnan los requisitos señalados en el artículo 16 Constitucional, caso en el cual se puede subdividir a su vez en otras dos situaciones:

a).- Que esté agotada la averiguación previa, y de la misma no se desprendan elementos suficientes que tipifiquen la conducta infractora, dando por resultado que el órgano investigador decreta el no ejercicio de la acción penal.

b).- En el supuesto de que no se integre la averiguación previa, por faltar elementos que materialmente no pueda superar el Ministerio Público, en cuyo caso el agente investigador deberá reservar las diligencias provisionalmente, en tanto se aportan o llegasen a aparecer nuevos elementos para la debida integración ó, como nos lo expresan nuestras leyes, comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del sujeto activo relacionado.

Respecto a la determinación del no ejercicio de la acción penal, el Licenciado César Augusto Osorio y Nieto nos expresa su punto de vista, al decir: "El no ejercicio de la acción penal se consulta en el caso de que agotadas las diligencias de la averiguación se determina que no existe cuerpo del delito de ninguna figura típica y por supuesto no hay presunto responsable. . . . En estos casos el Agente del Ministerio Público propone el no ejercicio de la acción penal y el archivo de la Averiguación previa, los Agentes del Ministerio Público Auxiliares del Procurador opinan sobre la procedencia o improcedencia de autorizar el no ejercicio de la acción

penal y los Subprocuradores, cualquiera de ellos, por delegación de atribuciones del Procurador, autorizarán o negarán el no ejercicio de la acción penal citado. . . La reserva de actuaciones tiene lugar cuando existe imposibilidad de cualquier naturaleza para proseguir la averiguación previa y practicar más diligencias y no se ha integrado el cuerpo del delito y por ende la presunta responsabilidad, o bien cuando habiéndose integrado el cuerpo del delito no es posible atribuir la presunta responsabilidad a persona determinada.

Los Agentes del Ministerio Público Auxiliares del Procurador, autorizarán la ponencia de reserva.

Las Ponencias de no ejercicio de la acción penal y de reserva, en modo alguno significan que la averiguación previa haya concluido o que no pueden efectuarse más diligencias, pues en el supuesto de que aparecieran nuevos elementos, el Ministerio Público, en tanto no haya operado una causa extintiva de la acción penal, tiene obligación de realizar nuevas diligencias, pues la resolución del no ejercicio de la acción penal es una resolución que no causa ejecutoria. La práctica de nuevas diligencias puede llevar inclusive al ejercicio de la acción penal." (55).

(55).- OSORIO Y NEJO, CESAR AUGUSTO: "La Averiguación Previa"; Editorial Porrúa, S.A., 2a. edición, México 1983, pag. 40.

2o.- Cuando quedan reunidos los requisitos que el comentado artículo 16 de nuestro máximo ordenamiento jurídico establece pueden presentarse a su vez, otras dos situaciones:

a).- Que el presunto responsable o indiciado, se encuentre detenido, a disposición de la autoridad competente.

b).- Que el presunto responsable no se encuentre detenido.

En la primera situación que se plantea, el agente del Ministerio Público en el supuesto caso de haber integrado el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del sujeto en cuestión, deberá consignar al indiciado, poniéndolo a disposición del juez penal que corresponda, en el interior de la prisión preventiva, junto con las diligencias de averiguación previa y el pliego de consignación respectivo, el cual determinará la posible comisión de un delito determinado.

En la segunda hipótesis mencionada, esto es, cuando no se encuentra detenido el indiciado o presunto responsable, el Ministerio Público deberá hacer la consignación de la Averiguación Previa, una vez que ha quedado integrada, esto debiendo entenderse que de las diligencias practicadas, se encuentran reunidos los elementos necesarios para hacer presumir que la conducta desplegada por el sujeto activo se encuadra dentro de la norma penal y que dicho sujeto es imputable del mismo, teniendo en éste caso integrado el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad de un sujeto determinado.

En tales circunstancias, el Ministerio Público remitirá las diligencias respectivas ante el Órgano Jurisdiccional que corresponda y solicitará a su vez en el caso de proceder, el libramiento de la orden de aprehensión respectiva.

Se establece una excepción a esta situación, ya que en los casos de delitos que tengan señalada pena alternativa o no privativa de libertad, en cuyo caso únicamente se solicitará el libramiento de la orden de comparecencia o presentación que corresponda.

En este orden de ideas, podemos concluir que la etapa de la Averiguación Previa termina una vez que se ha ejercitado la acción penal por parte del órgano investigador.

3.3.- LA PRIMERA ETAPA DE LA INSTRUCCION. (LA INICIACION)

Antes de abordar el tema que ocupa éste espacio, debemos de atender al significado gramatical y jurídico que se nos presenta con el término Instrucción.

Desde el punto de vista gramatical, instrucción significa: "La acción y efecto de instruir o instruirse; caudal de conocimientos adquiridos; curso que sigue en proceso o expediente; impartir conocimientos."(56)

56.- GARCIA PELAYO Y GROSS, RAMON.-
Diccionario Practico Español Moderno.- Ediciones
Larousse.-

Ahora bien, desde el punto de vista jurídico, la instrucción es: "la etapa procedimental en donde se llevan a cabo los actos procesales encaminados a la comprobación de los elementos del delito y al conocimiento de la plena responsabilidad o inocencia del supuesto sujeto activo."(57)

Otra acepción nos la proporciona el propio maestro Don Juan José González Bustamante en su obra citada, el cual nos define a la instrucción como "la fase preparatoria o juicio, que tiene por objeto la reunión de las pruebas y el uso de procedimientos y formalidades para poner un negocio en estado de ser juzgado."(58)

A grandes rasgos, la "Instrucción" es la fase del proceso en que se recogen y coordinan las pruebas con sujeción a las normas procesales, se perfecciona la investigación se prepara el material indispensable para la apertura del juicio, proporcionando al juez las pruebas que han de servirle para pronunciar su fallo, y al Ministerio Público y a la defensa los elementos necesarios para fundar sus conclusiones y sostenerlos durante el proceso.

57.- GONZÁLEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSÉ:
 "Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano".-
 Editorial Porrúa Hnos., S.A. de C.V. México, 1983.

Por nuestra parte, consideramos que la instrucción es la etapa del procedimiento penal en la que el juezador, valorando las declaraciones vertidas, testimonios, peritajes y demás pruebas aportadas, declara en su momento mediante la Sentencia Definitiva y en virtud de no existir más medios probatorios que aportar y desahogar, para que con base en ello, esté en aptitud de resolver en una primera instancia, la situación jurídica imputada por el Ministerio Público al procesado, declarando la participación u omisión que haya tenido el procesado respecto al delito por el cual se le formó la instrucción y del cual se le decretó su formal prisión, o bien declarando, por así haberlo comprobado, el grado de participación u omisión del sujeto en un ilícito penal determinado.

Para algunos autores, el período de la instrucción se inicia en el momento en que el juezador dicta el auto de radicación con el cual dicen, se manifiesta en forma efectiva la relación procesal. Inclusive, la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en el sentido de que el proceso se inicia con el auto de radicación.

De hecho, la apertura de la Instrucción es la consecuencia de la consignación realizada por el Ministerio Público ante el Órgano Jurisdiccional, entendida ésta como el conjunto de actividades realizadas para poder integrar el cuerpo del delito y determinar la presunta responsabilidad del sujeto determinado, y con el propósito de que aquél, pueda en un momento dado declarar el derecho respecto al delito por el cual se le dictó su formal prisión o sujeción a proceso, instruyéndosele el proceso correspondiente y del cual el Ministerio Público enderezó la acusación.

A su vez, la acción penal nace en el instante mismo de haberse cometido el hecho transgresor del orden social del que hablábamos en los capítulos anteriores y que se estima delictuoso, en virtud de haberse roto esa armonía social que privaba antes de su consumación.

Una vez de iniciada la instrucción, principiarán las actividades de las partes del procedimiento penal ante el órgano jurisdiccional, etapa durante la cual se definirá la situación jurídica del inculcado, principiando con el término de setenta y dos horas

que tiene el juzgador para determinar la situación jurídica del inculpado, una vez que a sido puesto a su disposición, término durante el cual declarará su formal prisión o dejando en libertad al indiciado por considerar la falta de los elementos necesarios para iniciar el proceso respectivo.

Durante el tiempo en que se dicta el auto de término constitucional, el agente del delito ó sujeto activo tiene el carácter de indiciado, mientras no se determine por el juzgador dentro del lapso constitucional de setenta y dos horas, la situación jurídica del supuesto sujeto activo del delito.

Otra acepción nos la ofrece el ilustre maestro Guillermo Colín Sánchez, al decir que: "La instrucción es la etapa procedimental en donde se llevarán a cabo actos procesales, encaminados a la comprobación de los elementos del delito y al conocimiento de la responsabilidad o inocencia del supuesto sujeto 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 ordena la "radicación del asunto", principiando así el proceso, y consecuentemente, la trilogía de actos que lo caracterizan: acusatorios, de defensa y decisorios."(59)

Como hemos podido observar, dentro de la instrucción se practicarán todas las actividades necesarias tendientes a demostrar la responsabilidad o inocencia del sujeto activo dentro de las diferentes etapas que por disposición de la ley son obligatorias en toda instrucción procesal penal.

59.- COLÓN SANCHEZ, GUILLERMO.- "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales"; Editorial Porrúa, S.A., México, 1980, pag. 264

3.4.- LA SEGUNDA ETAPA DE LA INSTRUCCION. (EL PROCESO)

Dentro del punto o inciso a tratar, esto es, el proceso, entendido éste como la etapa dentro de la cual tendrán verificativo los actos de las partes tendientes a deslindar o imputar una determinada responsabilidad o inocencia ante el órgano jurisdiccional competente de un determinado sujeto ó sujetos, partiendo claro esta, a partir del momento en que la autoridad encargada de la instancia judicial decreta su formal prisión ó sujeción al proceso del delito ó delitos imputados por el Ministerio Público investigador.

Es la etapa concatenada del procedimiento procesal penal en la cual se ventilarán la trilogía de actos de la que nos hablaba el maestro Colín Sanchez, y que culminará con el acto decisivo emitido por el juzgador en una Sentencia Definitiva que resolverá, como se dijo anteriormente, en una primera instancia la situación jurídica planteada.

En este orden de ideas, y para una mayor claridad del concepto "proceso", el maestro Manuel Rivera Silva nos expresa que: "El error más grande que han cometido los procesalistas del Derecho Penal consiste en haber querido trasplantar doctrinas de corte civil, . . . a los ámbitos del derecho procesal penal, provocando así una clara confusión." y continuando con su definición, manifiesta que el proceso es: "el conjunto de actividades, debidamente reglamentadas y en virtud de las cuales los órganos jurisdiccionales, previamente excitados para su actuación por el Ministerio Público, resuelven sobre una relación jurídica que se les plantea".(60)

Como se advierte de lo expresado en este punto a tratar, el proceso es una serie de actos concatenados entre sí, para dar por resultado la clarificación de una determinada conducta estimada delictuosa, actos que serán regidos por normas procesales y a los cuales se sujetarán las partes intervinientes de todo procedimiento penal.

60.- RIVERA SILVA, MANUEL.- "El procedimiento Penal"; Editorial Porrúa, S.A., México, 1989, pag. 179.

Resulta igualmente interesante lo expresado por el maestro Colín Sánchez, al indicar que: "De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 19 Constitucional y las leyes adjetivas, Federal y del Distrito, el auto de formal prisión es la resolución pronunciada por el juez, para resolver la situación jurídica del procesado al vencerse el término constitucional de setenta y dos horas, por estar comprobados los elementos integrantes del cuerpo de un delito que merezca pena corporal y los datos suficientes para presumir la responsabilidad; siempre y cuando no esté probada a favor del procesado una causa de justificación, o que extinga la acción penal, para así determinar el delito o delitos por los que ha de seguirse el proceso." (61)

Desde mi punto de vista, considero que a la persona que se le tenga como indiciado ante el órgano jurisdiccional, no se le puede denominar procesado, en virtud de que aún no existe el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, al vencerse el término Constitucional de setenta y dos horas, auto que resolverá de una

61.- COLÍN SANCHEZ, GUILLERMO.- "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales". Editorial Porrúa, S.A., México 1980, pag. 288.

forma provisional la situación jurídica del mismo, además que de los elementos integrantes a que se refiere la cita transcrita deben de tenerse por integrados mas no comprobados, pues es la Sentencia la que decidirá si se encontraron o no comprobados.

Para algunos tratadistas, el proceso se inicia a partir de que el órgano jurisdiccional interviene para radicar las diligencias de averiguación que le fueron remitidas y asignar a las mismas un número de registro.

Haciendo un análisis de lo anterior, encontramos que si bien es cierto que a partir del auto de radicación que dicta el juzgador aparece la actividad que le a sido encomendada, también lo es que las actividades indicadas no se las fija directamente la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 19 constitucional, pues dicho ordenamiento nos indica que el proceso iniciara cuando exista la certeza de la comisión de un delito determinado y datos suficientes de los que se pudiera suponer una responsabilidad.

Como podemos advertir, el proceso comenzará una vez que el órgano jurisdiccional determine la situación jurídica de una persona o personas determinadas y sobre las cuales pesa la

presunción de haber cometido un ilícito determinado, dentro del término constitucional de setenta y dos horas, ya sea que dicho sujeto se encuentre detenido a su disposición dentro de alguna prisión preventiva o ante su presencia.

Ya para finalizar, nos referiremos a los límites del proceso penal, para lo cual el Licenciado Manuel Rivera Silva nos da su punto de vista al decir: "Para terminar lo relativo a los límites del proceso, nos resta manifestar que nosotros, siguiendo un criterio completamente jurídico, y apoyados en la hermenéutica de nuestras leyes, fijamos como iniciación del proceso el auto de formal prisión, y como límite extremo la sentencia ejecutoriada."(62)

3.5.- LA ACTUALIZACION DE LA ACUSACION

Como hemos podido observar en los incisos anteriores, la acusación como medio utilizado a través del cual se va a delatar un determinado hecho ilícito y que conjuntamente con el va la imputación directa a un sujeto determinado es su consumación, representa para su autor un medio que reviste gran trascendencia jurídica, pues su imputación necesariamente obligará hacersela del conocimiento al Ministerio Público, único órgano competente para investigar los hechos que la sociedad repudia por considerarlos transgresores del orden social.

En este orden de ideas, todas aquellas personas que directa o indirectamente resientan los efectos del ilícito deberán hacerlos del conocimiento de la autoridad ministerial cuando tengan las bases e indicios necesarios que hagan presumir esa conducta merecedora de sanción.

Por tal motivo, la acusación deberá ser de un hecho actual o inminente, pues de no ser así, se prestaría a presentar querrelas o denuncias de hechos carentes de todo crédito llevando a presumir hechos preparados o maquinados para perjudicar a un inocente por individuos faltos de toda ética o moral.

Ya refiriéndonos al delito en estudio, podemos decir que es un delito intencional y doloso, por lo que será necesario internarnos en el camino del delito *ITER CRIMINIS*.

Para darnos una mejor idea de éste, el maestro Cesar Augusto Osorio y Nieto nos expresa lo siguiente: "Por iter criminis podemos entender el camino que recorre el delito, desde su ideación hasta su culminación, es decir, desde que en la mente del activo surge la idea criminosa hasta que agota su conducta delictiva. Este trayecto es propio de los delitos intencionales o dolosos, y no se recorre en los delitos imprudenciales o culposos." (63)

63.- OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO.- "Síntesis de Derecho Penal parte general"; Ediciones Trillas, 3a. edición, México, 1990, pag. 77.

Como se advierte, el delito de calumnia es un delito intencional, porque es aquí en donde se exterioriza la voluntad del activo al hacer una imputación delictiva a determinado sujeto, ideando el posible delito del cual lo culpará y buscando los elementos necesarios como testigos, documentos u otras pruebas que le sirvan de incriminación.

Es doloso, porque la incriminación que se hace es con la firme convicción de hacer el mal que se pretende, al presentar indicios y elementos apócrifos que durante el proceso y solo en él se podran desvirtuar con las pruebas que nuestra ley adjetiva nos permite.

Esto es lo que se conoce como la fase externa del iter criminis, que según el propio Autor nos lo explica de la siguiente forma: "La fase externa se integra también de tres momentos que son: manifestación, preparación y ejecución.

La manifestación es el momento en que el sujeto externa su pensamiento delictivo, cuando proyecta al exterior sus ideas criminosas, pero precisamente sólo como una idea o un pensamiento.

Esta manifestación no es sancionable, excepto en el caso de las amenazas en las que el simple anuncio o manifestación de causar un mal a la persona, honor o derechos propios o ajenos integran la figura típica del delito de amenazas.

La preparación consiste en la realización de actos en sí mismos lícitos con el propósito de llegar a la ejecución del delito, pero en los cuales no es apreciable la vinculación de la idea criminal con la transgresión de la norma penal. Se trata de un momento intermedio entre manifestación y ejecución ésta fase tampoco es sancionable.

La ejecución es el momento en el cual el sujeto activo agota su conducta para la realización del tipo, la fase dentro de la cual el sujeto lleva a cabo todos los actos que supone necesarios para realizar la conducta delictiva, ideada, deliberada, resuelta, manifestada y preparada. Si se colman y reúnen todos los elementos típicos del delito se estará en presencia del delito consumado, en caso contrario, de la tentativa, . . . (64).

Como hemos podido observar, la calumnia es un delito que por sus características puede atravesar por la fase interna y externa del camino del delito, mas nunca se podría dar como tentativa en virtud de que su ejecución se cumple al hacerla del conocimiento de la Representación Social.

3.6.- DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE LA SENTENCIA ABSOLUTORIA.

Independientemente de los daños y perjuicios que se causan a una persona y que afectan directamente en su patrimonio, existe otro tipo de daño que se caracteriza por no menoscabar el patrimonio de la víctima, este daño es conocido como extrapatrimonial; extramaterial, moral y también "como dinero del dolor".

Para el Licenciado Arilla Bas, nos dice que "la persona física es obviamente una individualidad psicosomática, además de jurídica, es decir, ser sujeto de derechos y obligaciones. Como individualidad psicosomática es portador de bienes inmateriales, que

existen en los ámbitos espiritual y axiológico. (honor, reputación, crédito, dignidad, libertad, intimidad, seguridad, etc.), que pueden ser lesionados por un acto ilícito, causándose un daño moral."(65)

Por su parte el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, sostiene que:

ART. 1916.- Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. . . .(66)

Por lo anterior, considero que el daño moral es aquel que afecta bienes subjetivos, es decir, aquellos que no se pueden palpar, ni ver, pero existentes en el ente humano, de ahí que solamente la persona física es susceptible de daño moral.

65.- ARJOLA BAS, FERNANDO.- "Manual Práctico del Litigante"; Editorial Kratos, México, 1983, pag. 361.

Las personas morales carecen de conciencia y por lo tanto, éstas no pueden sufrir un daño moral, propio de las personas físicas, en cuanto afectan bienes inmateriales señalados en el artículo transcrito.

Por su parte, la fracción **II** del artículo 30 del Código Penal para el Distrito Federal establece la obligación de reparar el daño moral causado, al disponer lo siguiente:

ART. 30.- . . .

II. La indemnización del daño material y moral y de los perjuicios causados, y . .

Como hemos podido observar en muchas ocasiones el daño moral causa al mismo tiempo un daño material y en otras ocasiones únicamente se refleja en una forma esencialmente moral, es decir, afectando aquellos bienes inmateriales, base de la vida espiritual y psicosomática de todo individuo.

Tomando en consideración las anteriores acepciones considero que en el delito de calumnias, además de dañar la salud intrínseca o psicosomática de la persona, de igual forma afecta en su patrimonio, en virtud de que si en el caso el calumniador logra obtener que con la imputación dolosa de un delito se consigne al calumniado ante el órgano jurisdiccional, por un delito perseguible de oficio, los problemas que ésto le acarrearán serán económicos, laborales y morales, máxime que si se le sujeta a proceso y se llegará a dictar Sentencia Absolutoria, se le ocasionarían al calumniado daños y perjuicios irreversibles que de los cuales el propio calumniador no podría resarcir.

CAPITULO IV

4.- LA PENA

La pena nace como una reacción de la sociedad contra el delito, en un principio como venganza privada, posteriormente como venganza familiar y más tarde con la organización jurídica de la sociedad y la aparición del Estado, el cual se convierte en una sanción social.

Llegando a la conclusión de que la pena es un mal necesario que fué exigiendo la misma sociedad, primero como ejemplo de los delincuentes y posteriormente como conservación del orden social.

Algunos autores nos expresan su concepto de pena de la siguiente forma; para Carrancá y Trujillo nos dice que: "es un mal inflingido legalmente al delincuente, como consecuencia del delito y del proceso correspondiente." (67)

Para el maestro Cuello Calón es "un sufrimiento impuesto por el Estado en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal." (68)

Etimológicamente la palabra pena procede del latín POENA, pues equivale a dolor, fatiga o sufrimiento que purifica de una acción mala.

Así, con estas acepciones podemos concluir que la pena como tal, sirve para dar escarmiento a los delincuentes que infringen el orden social al cometer conductas que lesionan directamente a los individuos que viven en sociedad.

Como objetivos generales de la pena, podemos señalar los siguientes: la prevención de la reincidencia de los delincuentes y el estudio de los efectos de las medidas penales sobre aquellas personas que no han sido sometidas a las mismas, esto es, los delincuentes en potencia y los no delincuentes.

Uno de los principales objetivos que se le han asignado a la sanción es la intimidación, según lo explicaba Beccaria y Carrara, los cuales señalaban que la pena iba a tener un efecto intimidante, el cual varía según el tipo de delito, según la forma de transmitir la amenaza, así como la credibilidad y consecuencias de la amenaza. Habrá diferencias considerables en la manera de estudiar los efectos de la intimidación dado que va a depender primeramente del tipo de sociedad, de los individuos que la componen, de los delitos, de la forma de transmitir la amenaza, de la aplicabilidad y credibilidad de la misma y finalmente de sus consecuencias.

4.1. FINALIDADES DE LA PENA

En cuanto a las finalidades que persiguen la imposición de las penas, la doctrina ha establecido diversos criterios.

Hemos considerado de importancia destacar los criterios que sobre las finalidades que deben cumplir las penas han señalado los siguientes autores penalistas:

Ceniceros y Garrido, autores del anteproyecto del Código Penal vigente, en su obra "La Ley Penal Mexicana", admiten que "el medio fundamental de la lucha contra el delito es la pena, vivida ésta en nuestras instituciones de reclusión como sufrimiento . . . ejemplaridad y expiación . . ." (69). Sin embargo, más adelante expresan que "la aplicación de la pena provoca en cada sujeto variados efectos y no porque en la ley se fijen . . . determinados fines . . ." (70)

69.- ALVAREZ VILLA. "Funciones de la Pena", p. 293.

70.- *Loc. cit.*

Fernando A. Villa, en su artículo "Funciones de la Pena", señala que para Ferri, ni la ley, ni el juez pueden determinar sino empíricamente la proporción entre la peligrosidad del delincuente y la pena, por la que el Estado debe limitarse a proveer a la más eficaz "defensa social" porque el valor social de las leyes se determina por su resultado. Entonces, según él, para "Ferri, la función de la pena no puede ser" sino la redención y reutilización rápida y segura de los delincuentes menos peligrosos, y la defensa social frente a los peligrosos".(71).

El mismo autor señala que Mezguer, atribuye a la pena una función de prevención general, porque ésta debe estar dirigida con cierta eficacia hacia toda la colectividad, lo que deduce, del hecho de que la fase criminal sea un fenómeno común a todas las personas. Esto significa que todos los miembros de una sociedad son potencialmente delincuentes, por que en todos existe una criminalidad latente, de ahí que para Ferri sea necesario que la pena contrarrestre estas inclinaciones criminales intrínsecas, de manera que la pena cumpla en la sociedad una función pedagógica social (72).

71.- *Ibidem*, pag. 38.

72.- Álvarez Villa, *op.cit.*, 292.

Mezguer, también le atribuye a la pena por haber incurrido en alguna conducta considerada por la ley como delito, con el fin de evitar que el delincuente vuelva a delinquir y que en esta prevención especial la pena específicamente debe tener una función humanitaria de respeto a la personalidad e integridad del delincuente (73)

Carrara, señala: "...la función de la pena no consiste en que se cumpla la justicia, ni en que el ofendido sea vengado, ni en que el daño sufrido por éste sea reparado, ni en que los ciudadanos sean intimidados, ni en que el culpable expíe su culpa, ni en que se obtenga su enmienda; todas estas cosas pueden ser consecuencias accesorias y algunas de ellas pueden ser deseables, pero la pena sería un acto inatacable aún cuando todos estos resultados se cumplieran,... la función principal de la pena es el restablecimiento del orden externo de la sociedad."(74). Y añade "...el peligro de la víctima ha pasado puesto que se ha convertido en un mal efectivo, pero el peligro de todos los ciudadanos es ahora

73.- Ibidem pag. 294.

74.- Carrara, Francesco. Programa del curso de derecho criminal desarrollado en la Universidad de Pisa, pag. 614 y 615, citado por Rodríguez Manganera, op.cit., p.23.

presente, el peligro de que el culpable si se le deja inmune renueve en contra de otros su hazaña y el peligro de que otras personas estimuladas por el mal ejemplo se propongan a su vez violar la ley."(75).

Cuello Calón, por su parte, adopta la postura eclética al señalar que la asignación de diversos fines que persigue la pena es la más correcta, toda vez que no es posible eliminar por completo o casi por completo, como algunas doctrinas sostienen, la idea de la retribución y la prevención general, que para él son base fundamental del derecho penal y sin ellas no sería posible hablar de justicia penal. Y agrega que la naturaleza retributiva de la pena no es obstáculo para que se aplique su finalidad readaptadora, a la que debe de aspirar con mayor empeño cuando tal fin deba y pueda alcanzarse (76).

Fernando A. Villa, en el análisis que hace de las funciones, que él mismo le atribuye a la pena militar, establece que estas son fundamentalmente dos: la retribución que da a la pena un sentido de sufrimiento, de castigo en expiación del delito cometido. Y la prevención, que aspira a prevenir e inhibir la comisión de nuevos delitos.(77).

75.- Loc. cit.

76.- Cuello Calón, op.cit., p.20

77.- Álvarez Villa, op.cit., págs. 293 y 294.

Sebastián Soler, señala: "...la finalidad de la pena es siempre la seguridad social, no habiendo en la pena una necesidad intrínseca y única las doctrinas divergan considerablemente acerca de la interpretación del modo en que la pena actúa para el logro de aquella finalidad, y acerca de tal *modus operandi* de que en la pena sea único, o de que a ésta deban acordársele efectos (fines inmediatos) diversos y concurrentes".(78). Entre los fines inmediatos señala: la retribución, la prevención general y la resocialización.

En el mismo sentido se pronuncia Ignacio Villalobos, al afirmar: "La pena tiene como fines últimos: la justicia y la defensa social; pero como mecanismos o como fines inmediatos, debe ser: a) intimidatoriab) ejemplar... c) correctiva... d) eliminadora...".(79). Fernando Castellanos Jena, comparte esta misma opinión(80).

El alemán Jescheck, considera que son dos las ideas básicas a través de las que puede descubrirse el "sentido" de las penas y que son:

-
- 78.- Soler, Sebastián, op.cit., pag. 378
 79.- Villalobos, Ignacio, op. cit., 531
 80.- Castellanos Jena, op.cit., pag. 307

la retributiva y la preventiva. Y que el punto de referencia de la retribución es la culpabilidad del delincuente y el de la prevención, su peligrosidad. Y considera que dentro de la prevención, la función de la pena se divide en prevención general y prevención especial o personal, y que en esta última existe la posibilidad de readaptar y reeducar al delincuente(81).

Una teoría más reciente, como la que propone Mir Puig, señala que la función de la pena varía según sea la función que cada tipo de Estado desempeñe en la sociedad.

"Cada uno de los modelos de Estado...ha supuesto una peculiar fundamentación del derecho penal y, como consecuencia determinadas posibilidades de concebir la función de la pena lo que es confirmación de que la función de la pena depende de la función que se atribuye el Estado"(82).

Sin embargo, este autor le asigna a la pena, en los diferentes modelos de Estado que manera, las mismas funciones que tradicionalmente se le han asignado: retribución, prevención y readaptación.

81.- Jescheck, Hans, op. cit., pags. 90 y ss.

82.- Mir Puig, op. cit., pag. 17.

De las diferentes teorías e ideas que acabamos de señalar, consideramos que las finalidades fundamentales que se le asignan a las penas son las siguientes:

A).- *Retributiva.* La retribución que se traduce en la imposición de un castigo, de un mal al delincuente, que es, en nuestra opinión, la materialización de la facultad exclusiva que tiene el Estado de castigar las conductas delictivas, esto es, el "ius puniendi". Porque el derecho de castigar es esencialmente retributivo y eminentemente represivo.

Aquí la pena da la idea de operar como venganza que el Estado realiza en nombre de la víctima pero buscando un beneficio social: la seguridad y la paz pública.

La reparación del daño, en cambio, considerada en nuestra legislación como pena, no tiene ningún fin retributivo, sino que es eminentemente indemnizatorio, pues busca la indemnización, el pago, la restitución o reparación de un daño causado. La pena, es pues, un mal, la reparación un remedio.

Al respecto, Eugenio Florián, apuntaba: "...la pena es una coacción que inmediata o subsidiariamente afecta a la persona, mientras

que el resarcimiento es constricción que normalmente afecta al patrimonio, no a la persona; la pena es un mal que hiere al delincuente, el resarcimiento tiende a curar la herida producida por el delito sin agradarla a causar otra, es decir, el resarcimiento se dirige a suprimir las consecuencias materiales del delito y a restaurar directa o indirectamente, el estado del hecho precedente; la pena agrega algo a esa reparación y va más allá de la misma..."(85)

B) Preventiva. La mayoría de los autores le atribuyen además a la pena una función preventiva, porque consideran que contiene una amenaza que intimida el ánimo de potenciales delincuentes. Y añaden que la prevención puede ser de dos tipos: general y especial. Y la primera, señalan, consiste en que la amenaza de un mal contenida en la norma no está dirigida a un individuo, ni a un grupo en particular sino a toda la colectividad a efecto de prever la comisión de futuras conductas delictivas.

Es decir, la pena ejerce sobre la colectividad una "coacción psicológica" (86).

85.- Florián, Eugenio. Part General del Derecho Penal, p. 112, se puede consultar también a Ignacio Villalobos, en su obra citada, págs. 17 a 20.

86.- Feuerbach, citado por Sebastián Soler, op. cit., pag. 59.

Y se dice que la pena cumple una función de prevención especial o personal, cuando la amenaza contenida en la norma penal transgredida, se hace efectiva en el transgresor de dicha norma, con el fin de que no vuelva a incurrir en la misma conducta o en otras consideradas por la ley como punibles. Y que al hacerse efectiva la amenaza se está reforzando la prevención general.

En nuestra opinión la pena es eminentemente retributiva, represiva e intimidatoria, y a lo que se refieren los autores citados cuando hablan de la prevención es a la intimidación que produce en el ánimo de los sujetos la imposición de las penas. Ahora bien, que la pena tenga efectos preventivos e intimidatorios es por su propia naturaleza represiva. La prevención es una consecuencia de la pena no una finalidad. La pena se establece para castigar y no para prevenir.

La pena de reparación del daño, por consecuencia, tampoco cumple con la finalidad de prevención, pero a diferencia de las otras penas tampoco es intimidatoria, porque lo que intimida el ánimo de un sujeto a no cometer delitos, no es obligación que se le ha de exigir de resarcir un posible daño, que cause con su conducta, sino la imposición de un mal como puede ser la privación de su libertad.

C).- *Readaptación Social.*- En los últimos años ha tomado auge el criterio de que la pena debe tener fundamentalmente una finalidad readaptadora, como lo manifiesta el maestro Marcó del Pont: "...el fin (de la pena) es que no se vuelva a delinquir, y esto se logra por la readaptación social del delincuente..."(87). Con la readaptación se busca reincorporar al delincuente a la vida social. Sin embargo, esta finalidad es difícil de cumplirse en aquellos delincuentes que no pueden ser sujetos de readaptación, por contar, por ejemplo, con una falta de formación cultural y moral respetable, pero que debido a situación circunstanciales se ven involucrados en la comisión de un delito, ya sea éste imprudencial o movido por un fuerte impulso pasional. Es también difícil readaptar a la vida social, a los delincuentes que han hecho del delito su "modus vivendi".

Consideramos que la reparación del daño tampoco cumple con la finalidad readaptadora que se le ha atribuido a la pena, porque esto implica la utilización de mecanismos como serían: la educación, atención médica, capacitación en el trabajo, medios de esparcimiento y recreación, servicios públicos, etc. etc. Y el hecho de reparar un daño que se puede traducir en la entrega de una cantidad de dinero, no readapta ni reeduca al delincuente.

87.- Marco del Pont, Luis. *Penología y Sistemas Carcelarios*, pag. 4.

4.2.- LA PUNIBILIDAD Y SU DIFERENCIA CON LA PENA.

Entre los estudiosos de la Teoría del Delito, gran controversia ha suscitado el tema de la punibilidad, por lo que únicamente podemos decir que ésta tiene una especial relevancia jurídica en virtud de que nos subsume en la consecuencia postrimera al proceder de la conducta material u objetiva penalmente reprochable, causando como resultado su sanción.

Algunos autores, como el Licenciado César Augusto Osorio y Nieto nos expresan su concepto al decir: "El hecho típico, antijurídico y culpable debe tener como complemento la amenaza de una pena, o sea, debe ser punible y sancionado con una pena el comportamiento delictuoso.

La punibilidad, como elemento del delito, ha sido sumamente discutida. Hay quienes afirman que efectivamente es un elemento del delito y otros que manifiestan que es sólo una consecuencia del mismo."(88).

88.- "Síntesis de Derecho penal, parte general"., Ob. cit. pag. 71.

Por su parte, el Licenciado Raúl Carranca y Trujillo se pronuncia en similares términos al decir: "La acción antijurídica, típica y culpable para ser incriminable ha de estar conminada con la amenaza de una pena, es decir, que ésta ha de ser la consecuencia de aquella." (89)

El Licenciado Fernando Castellanos, en su obra *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, se refiere a la punibilidad de la forma siguiente, al expresar: "La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta.

. . . En resumen, punibilidad: a) Merecimiento de penas; b) Conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales; c) Aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley." (90)

Así, el ilustre maestro Cuello Calón nos manifiesta al respecto que: "El delito es acción punible. La punibilidad es uno de sus caracteres más destacados. Como ya vimos, para que una acción constituya delito, además de los requisitos de antijuridicidad, tipicidad y culpabilidad debe reunir el de su punibilidad, siendo éste de todos ellos, el de mayor relieve penal.

89.-"Derecho Penal Mexicano, parte general", Ob. cit., pag. 408.

90.-Ob. cit., pag. 275.

... Por tanto realmente la punibilidad no es más que un elemento de la tipicidad, pues el hecho de estar la acción conminada con una pena constituye un elemento del tipo delictivo."(91)

Como hemos podido observar con las anteriores concepciones sobre el tema, podemos llegar a concluir que la diferencia de la punibilidad con respecto a la pena radica en que mientras no se satisfagan los requisitos de la conducta material u objetiva de la conducta típica, antijurídica y culpable y no haya establecida una sanción penal, no podrá considerarse punible, y la pena es la consecuencia lógica de la sanción merecedora de castigo penalmente considerada.

91.- CUELLO CALÓN, EUGENIO. - "Derecho Penal"; Tomo I, parte general, 9a. edición, Editora Nacional, S.A., México, 1951, pag. 522.

4.3.- PENALIDAD EN LA CALUMNIA.

En la legislación penal para el Distrito Federal, se señala en su artículo 356 la penalidad con que se castiga el delito de calumnia, el cual a la letra dice:

"ART. 356.- El delito de calumnia se castigará con prisión de seis meses a dos años o multa de dos a trescientos pesos, o ambas sanciones, a juicio del juez."

Como podemos observar, en el delito mencionado contiene una pena alternativa de prisión o multa, o ambas sanciones a juicio del juez, si consideramos que este delito dentro del cuadro de delitos contra el honor tiene una especial gravedad, atendiendo al delito que el indiciado o calumniador haya imputado al ofendido calumniado, la pena debería ser mayor a la señalada, si tomamos en cuenta que durante el proceso correspondiente al presunto responsable no se le dicta auto de formal prisión sino de sujeción a proceso.

Así mismo se publicará la sentencia a petición del interesado, cuando éste fuere absuelto por el hecho imputado o no constituya delito o el no lo hubiere cometido, pena esta que se deja al libre albedrío del ofendido.

Esta publicación establecida como pena accesoria correrá a cargo del inculcado calumniador.

Al hablar sobre la penalidad del delito de calumnia considero de suma importancia el sugerir el incremento a su penalidad, tomando como base el delito imputado y la intención dolosa, reflejada en las causas generadoras de dicha imputación, y así salvaguardar el bien jurídico tutelado que lo es el honor, ya que al imputar hechos delictuosos o delitos en especial y hacer aparecer culpable a un inocente de un delito que este no cometiese o en su defecto de un delito inexistente es una acción sumamente reprochable ya que se efectúa con la malsana intención de causar un daño desde el punto de vista penal a otro individuo, y de conllevar la voluntad de privarle de uno de los dones más sagrados del ser humano que es la libertad.

CONCLUSIONES PROPOSITIVAS

Siendo la acusación o denuncia un derecho como se repite constantemente en la doctrina, el incumplimiento de éste debe traer como consecuencia ser copartícipe del delito que se cometió.

Importa al orden público asegurar éste derecho, pero también reprimir el abuso del mismo penalmente, porque las falsas denuncias o acusaciones son particularmente peligrosas; perturbam el orden público, engañan a la justicia y expone a los particulares a soportar indagaciones injustas y tal vez a sufrir procesos indebidos y condenas injustas.

Por tal motivo, el Derecho Penal ha buscado conciliar estos intereses aplicando al calumniador una sanción penal justa a fin de lograr el bienestar común de la colectividad y prevenir en esta forma su reincidencia.

1.— La denuncia y acusación calumniosa es un delito que no solamente atenta contra el bien jurídicamente tutelado, sino que hace sufrir moral, patrimonial y laboralmente a todo individuo al cual se le imputa la comisión de determinado delito, a sabiendas de que éste es inocente o de que aquel no se ha cometido.

Así se han manifestado algunos autores como Francesco Carrara al decir: "Aunque el acusado hubiere puesto en claro su propia inocencia, sería justo imponer siempre una pena al denunciante, ya que en éste existió el ánimo de desahogar una pasión injusta sin ejercer un derecho."

2.- Hoy en día es necesario llevar a cabo una actualización de la sanción del delito de calumnia, que deba responder al objeto de la tutela penal y que en esta forma se logre ése bien común perseguido por la colectividad.

Se debe de aplicar esa pena actualizada a cada individuo o sujeto que lo comete atendiendo a la intención que lo motiva a hacer la acusación o denuncia, su peligrosidad y readaptabilidad. Dar a cada quien lo suyo es hacer justicia.

Para poder aplicar la pena adecuada será necesario conocer los factores causales que impulsaron a imputar la comisión de determinado delito, ya que en ocasiones es la declaración del propio denunciante la que nos hace inferir el móvil pasional que lo impulsa a señalar a determinado sujeto o sujetos como autores de su perpetración.

Concretamente en el delito en estudio, por ser un delito de los denominados "leves" o "no graves" por nuestra legislación penal, ocasiona que frecuentemente no se inicien averiguaciones previas por las autoridades investigadoras y si en cambio puedan ordenar detenciones arbitrarias con imputaciones dolosas sin tener los elementos necesarios para practicar dichas diligencias, pues les basta creer en la buena fe de dichos denunciante para intervenir en la captura y detención, y más aún. en la consignación del sujeto sólo con escasas diligencias o testimonios rendidos por individuos carentes de todo crédito y sin escrúpulos.

Considero que sería adecuado una mayor penalidad del delito en estudio y que se encuentra todavía tipificada en nuestra legislación penal, con el objeto primordial de que el sujeto calumniador sienta esa intimidación que se busca con la pena a efecto de evitar su reincidencia.

La calumnia además de lesionar el renombre y la consideración de una persona en su aspecto ético y moral, también puede repercutir sobre las cualidades y capacidades necesarias para el desempeño de la profesión, cargo o comisión públicos a las que se dedique y en general a las actividades que el ofendido ejerza.

3.— Las falsas imputaciones sólo pueden constituir calumnia, cuando constituyan un agravio al decoro, dignidad o reputación personal o profesional del ofendido, realizadas ante el Ministerio Público ya que la crítica personal o profesional que se les haga, aún la más severa, no puede considerarse punible si no se hace ante la Representación Social y se impute alguna conducta penalmente reprochable.

Tomando como punto de partida que el delito en estudio por ser un delito perseguible por querrela del ofendido, y debido a la baja penalidad que actualmente se consigna en nuestra ley sustantiva penal, las personas tienden a buscar el desahogo de sus pasiones humanas, iniciando averiguaciones previas por delitos maquinados en forma dolosa, con el único ánimo de perjudicar, por todo esto considero necesaria la modificación de su penalidad, atendiendo principalmente a la gravedad del delito imputado y denunciado, y de igual forma al peligro corrido con dicha imputación, con todas sus consecuencias jurídicas y sociales.

4.- Para que el juzgador pueda valorar adecuadamente la individualización de la sanción al sujeto procesado por calumnia, será necesario que esta se aplique con rigor y con amplio criterio de conformidad con lo dispuesto por los artículos 51 y 52 del Código Penal en vigor, acatando con estricto apego a derecho y para una correcta valoración jurídica será necesario e imprescindible un estudio de personalidad del calumniador, lo cual nunca se realiza (sic), y además si lo considera necesario un estudio socioeconómico a fin de determinar con pleno conocimiento de causa la situación personal y ambiente social en que se desenvuelve dicho sujeto, y que a la postre dará como resultado una verdadera impartición de justicia.

5.- En caso de ser el calumniado, condenado por sentencia en primera instancia y después se demuestra con el juicio de garantías su inocencia, el calumniador deberá ser objeto de procesamiento y condena en iguales términos en que lo fue sentenciado el calumniado, siendo la publicación de la sentencia pena accesoria a la principal, corriendo los gastos de la misma a cargo del calumniador más el pago por concepto de indemnización del daño moral o social que se le haya causado, tomándose como base los daños patrimoniales, laborales, pecuniarios, que el propio calumniado pueda demostrar ante el juez instructor.

Y en caso de insolvencia del calumniador para cubrir la sanción pecuniaria impuesta en la sentencia, se le permutara ésta por una pena privativa de libertad a juicio del juez, o a la prestación de servicios a la comunidad sin retribución salarial por el tiempo de condena en la privativa de libertad más una mitad de la misma.

En ocasiones, los problemas que se suscitan con la interucción de los seres humanos los llevan a maquinan delitos de tal magnitud, graves, y que incluso el propio personal de las agencias investigadoras les "proporcionan" el asesoramiento para poder iniciar una averiguación previa y los elementos necesarios del delito que se pretende imputar, desencadenando efectos de pasión humana y que en un momento dado les pueda retribuir algún lucro adicional, ya sea de una parte o de la otra, apartándose de la labor constitucional que les fué encomendada y propiciando con este proceder un mayor número de averiguaciones previas.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- 1.- ABELLA BAS, FERNANDO
El procedimiento penal en México.- Editores mexicanos unidos,
S.A. 4a. Edición.- 1973.
- 2.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL
Derecho Penal Mexicano.- Edit. Porrúa.- México. 1988.
- 3.- CASTRO, JUVENTINO V.
El Ministerio Público en México.- Edit. Porrúa.- México.
1976.
- 4.- CASTELLANOS JENA, FERNANDO
Lineamientos Elementales del Derecho Penal.- Edit. Porrúa.-
15a.- Edic. 1981.
- 5.- COLIN LANCHEZ, GUILLERMO
Derecho Mexicano de Procedimientos Penales.- Edit. Porrúa.-
2a.- Edic. 1970.

- 6.-DOMES BLANCO, ALBERTO
El procedimiento penal mexicano. - Edit. Porrúa. - 1975.
- 7.-CARDENAS, RAUL
Derecho Penal Mexicano. - Edit. Porrúa. - 1988.
- 8.-JIMENEZ HUERTA, MARIANO
Derecho Penal Mexicano. - Edit. Porrúa. - 1968. TOMOS I al IV.
- 9.-OBORJO Y NEJO, CESAR AUGUSTO
Síntesis del Derecho Penal. - Edit. Trillas. - 1986.
- 10.-PRECIADO HERNANDEZ, RAFAEL
Lecciones de Filosofía del Derecho. - Edit. Jus. - 10a. ed. - 1979.
- 11.-DÍAZ DE LEÓN, MARCO ANTONIO
Tratado sobre las pruebas penales. - Edit. Jus. - 10a. ed. - 1979.

- 12.- **IMENEZ DE ALBA, LUIS**
La ley y el delito. - Edit. Sudamericana. - Buenos Aires, Argentina. - 13a. edic. - 1984.
- 13.- **GAFFARONI, RAUL**
Manual de Derecho Penal. - Edit. Cárdenas. - 1986.
- 14.- **RIVERA SILVA, MANUEL**
El procedimiento Penal. - Edit. Porrúa, S.A. - 11a. edic. - México, 1980.
- 15.- **CASTRO JAVALETA, SALVADOR**
75 años de jurisprudencia penal. - Cárdenas editor y distribuidor. - México, 1a. edición, 1981.
- 16.- **CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS, RAUL**
Código Penal anotado. - Editorial Porrúa, S.A. - México, 9a. edición, 1981.
- 17.- **OSORIO Y NIETO, CESAR SUBUSTO**
La averiguación previa. - Editorial Porrúa, S.A. - México, 1a. edición, 1981.

- 18.- *RECAENES SICHES, LUIS*
Tratado general de filosofía del derecho.- Editorial Porrúa,
S.A.- México, 1978, 6a. edición.
- 19.- *BURBOSA ORSMUELA, INNACIO*
Las garantías individuales.- México, editorial Porrúa, S.A.,
9a. edición, 1975.
- 20.- *CUELLO CALON, EUBENSO*
Derecho Penal, Tomo I, parte general.- Editora Nacional,
S.A., 9a. edición, México, 1951.
- 21.- *BONGALEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSE*
Principios de derecho procesal penal mexicano, Editorial Porrúa
Hnos., S.A. de C.V., México, 1983.
- 22.- *OBREYON HEREDIA, JORGE*
Código de procedimientos penales para el Distrito Federal.-
Editorial Porrúa, S.A., 4a. edición actualizada, México, 1987.

- 23.- BONEBANO CEBAR, MARQUEZ DE BECCARIA
Tratado de los delitos y de las penas.- Editorial Porrúa, S.A.
3a. edición, México, 1988.
- 24.- OROÑOZ SANJANA, CARLOS M.
Manual de Derecho Procesal Penal.- Editorial Limusa, S.A.
de C.V., 3a. edición, México, 1989.