

823
2ej



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL**

EL BENEFICIO DE LIBERTAD PROVISIONAL EN LOS
DELITOS GRAVES DEL ORDEN COMUN EN LA
LEGISLACION PENAL POSITIVA PARA EL
DISTRITO FEDERAL, EJECUTADOS EN GRADO
DE TENTATIVA.

T E S I S

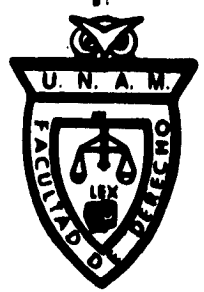
QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :

ANTONIO SALGADO ROSSAINZ

ASESOR: LIC. MIGUEL ANGEL GRANADOS ATLACO

MAYO 1995

FALLA DE ORIGEN





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A mis padres, por haberme otorgado el mejor regalo de mi vida: una educación profesional. GRACIAS.

A mis hermanos José Luis, Oscar y Alberto; gracias por su constante apoyo.

A mis amigos de toda la vida: Rodolfo Soberanis Hernández y Carlos Ortiz Muñoz. Gracias.

A mis amigos de la Universidad: Guillermo Colín Valle, Héctor Sámano López de Liergo, Martín Carlos Espinosa Martínez, Marco Antonio Arriola Pérez y Ricardo Laguna Guerrero. Gracias.

Un especial agradecimiento al Licenciado Miguel Ángel Granados Atlaco; por su brillante dirección y profesionalismo en la realización de este trabajo.

El mayor de los reconocimientos a la Universidad Nacional Autónoma de México, por haberme albergado en el seno del conocimiento.

INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO PRIMERO

LA LEY PENAL, LOS PRINCIPIOS QUE LA RIGEN Y SU INTERPRETACIÓN

1.1. PRINCIPIOS GENERALES DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL	
1.1.1. PROSCRIPCIÓN DE LA ANALOGÍA.	1
1.1.2. LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA O EL PRINCIPIO DE "IN DUBIO PRO REO".	5
1.1.3. PRINCIPIO DE INTRASCENDENCIA O DE PERSONALIDAD DE LA PENA.	7
1.1.4. EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD.	9
1.2. INTERPRETACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL.	12
1.2.1 INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL SEGÚN EL SUJETO.	14
1.2.2. INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL SEGÚN EL RESULTADO.	18
1.2.3. INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL SEGÚN LOS MÉTODOS EMPLEADOS	22

CAPITULO SEGUNDO

EL DELITO

2.1. DELITO	
2.1.1 DELITO (CONCEPTO JURÍDICO FORMAL)	26
2.2. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS.	31
2.2.1. DELITOS EN FUNCIÓN DE SU GRAVEDAD.	31
2.2.2 DELITOS SEGÚN LA FORMA DE LA CONDUCTA DEL AGENTE.	36
2.2.3. DELITOS POR SU RESULTADO.	38
2.2.4. DELITOS POR EL DAÑO QUE CAUSAN.	40
2.2.5. DELITOS POR SU DURACIÓN.	41
2.2.6. DELITOS POR EL ELEMENTO INTERNO O CULPABILIDAD.	46
2.2.7. DELITOS SIMPLES Y COMPLEJOS.	49

2.2.8. DELITOS UNISUBSISTENTES Y PLURISUBSISTENTES.	52
2.2.9. DELITOS UNISUBJETIVOS Y PLURISUBJETIVOS.	54
2.2.10. DELITOS POR LA FORMA DE SU PERSECUCIÓN.	55
2.2.11. DELITOS COMUNES, FEDERALES, OFICIALES Y MILITARES.	58
2.2.12. DELITOS POR SU CLASIFICACIÓN LEGAL.	65

CAPITULO TERCERO

LOS GRADOS DE EJECUCIÓN DEL DELITO.

3.1. ITER CRIMINIS.	67
3.1.1. FASE INTERNA DEL ITER CRIMINIS.	70
3.1.2. FASE EXTERNA DEL ITER CRIMINIS.	76
3.2. TENTATIVA	
3.2.1 CONCEPTO.	81
3.2.2. LA TENTATIVA ACABADA.	84
3.2.2.1. LA TENTATIVA ACABADA PROPIA.	85
3.2.2.2. LA TENTATIVA ACABADA INPROPIA O IMPOSIBLE.	86
3.2.3. LA TENTATIVA INACABADA.	87
3.3. CONSUMACIÓN DEL DELITO.	90

CAPITULO CUARTO

LIBERTAD PROVISIONAL

4.1. LA LIBERTAD.PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN	92
4.1.1. CONCEPTO.	93
4.1.2. MOMENTO PROCEDIMENTAL EN QUE PUEDE SOLICITARSE.	97
4.1.3. SUJETOS PROCESALES FACULTADOS PARA SOLICITARLA.	99
4.1.4. CASOS EN QUE PROCEDE.	100
4.1.5. TRAMITACIÓN DE LA LIBERTAD.	102

4.2. LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO PROTESTA.	105
4.2.1. CONCEPTO.	105
4.2.2. REQUISITOS PARA SU PROCEDENCIA.	107
4.2.3. MOMENTO PROCEDIMENTAL EN QUE OPERA.	110

CAPÍTULO QUINTO

DOCTRINA Y DISTINCIÓN DE CRITERIOS EN LA PROCEDENCIA E IMPROCEDENCIA DEL BENEFICIO LEGAL DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN.

5.1. LA DOCTRINA.	111
5.2. CRITERIO DE PROCEDENCIA EN LA LIBERTAD PROVISIONAL SEGÚN LA INTERPRETACIÓN PRIVADA.	116
5.3. CRITERIO DE IMPROCEDENCIA EN LA LIBERTAD PROVISIONAL SEGÚN EL SISTEMA LEGAL MEXICANO	128
CONCLUSIONES.	134
PROPUESTA.	136
FUENTES.	139

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo profesional, no tiene como objeto realizar un estudio basado en la historia y cronología del beneficio legal de libertad provisional en los delitos graves del orden común en el Distrito Federal cuando éstos se ejecutan en grado de tentativa, sino que su intención es realizar un estudio doctrinario jurídico y procesal respecto a las reformas suscitadas en materia constitucional, penal y procesal penal, ligadas a los criterios de procedencia doctrinal e improcedencia judicial y legislativa del beneficio de referencia. Criterios que se han gestado a raíz de las modificaciones constitucionales, adjetivas y sustantivas, a nivel federal y local, en el período sexenal de nuestro expresidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Licenciado Carlos Salinas de Gortari.

No obstante, antes de iniciar el estudio correspondiente, es menester hacer la advertencia al lector de que los temas elegidos y que conforman el capitulado de la presente tesis, han sido seleccionados tan específicamente que sólo pretenden solucionar la controversia que existe entre los dos criterios y opiniones sobre la procedencia y la improcedencia, en su caso, del beneficio constitucional de la libertad provisional bajo caución, cuando los delitos son calificados como graves, según el orden común del Distrito Federal, y a su vez tienen su ejecución en grado de tentativa o conato.

Si bien es cierto que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es clara cuando nos dice a la letra en su artículo 20 fracción I que ..."En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías: I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al

inculpado y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio.

El monto y la forma de caución que se fije deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución inicial;

El juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón al proceso.", y en el párrafo segundo del citado artículo agrega "...Las garantías previstas en las fracciones V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos que las leyes establezcan; lo previsto en las fracciones I y II no estará sujeto a condición alguna."

La enumeración de los delitos a los que por su gravedad la ley expresamente prohíbe conceder ese beneficio, la encontramos plasmada en el cuarto párrafo del artículo 268 según la legislación adjetiva aplicable en el Distrito Federal que nos indica : "Para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, se califican como delitos graves, los siguientes: Homicidio por culpa grave previsto en el artículo 60 párrafo tercero; terrorismo previsto en el artículo 139 párrafo primero; sabotaje previsto en el artículo 140 párrafo primero; evasión de presos previsto en los artículos 150 con excepción de la parte primera del párrafo primero y 152; ataques a las vías de comunicación previsto en los artículos 168 y 170; corrupción de menores previsto en el artículo 201; violación previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis; asalto previsto en los artículos 286 párrafo segundo y 287; homicidio previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315 bis, 320 y 323; secuestro previsto en el artículo 366 exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo; robo calificado previsto en los artículos 367 en relación con el 370 párrafos segundo y

tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracción VIII, IX y X, y 381 bis; y extosión previsto en el artículo 390 todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero común y para toda la República en Materia de Fuero Federal."

Sin embargo también se desprende de los artículos anteriormente citados que el legislador omite gravemente relacionarlos con el artículo 12 del ordenamiento legal sustantivo aplicable en el Distrito Federal, es decir que los delitos graves son nada más y nada menos que delitos consumados, y por ningún motivo hace referencia el legislador a los delitos graves ejecutados en grado de tentativa, que en sí representan una atenuante al momento de la individualización de la pena, circunstancia que nos siembra la duda respecto de si debe proceder o no el beneficio de libertad provisional, cuando su grado de ejecución es el conato, pues resulta que para el caso en que el indiciado, procesado, abogado litigante, u otra persona soliciten el beneficio de ley en el momento procesal oportuno ante el Juzgador o ante el Agente del Ministerio Público, según sean las circunstancias peculiares del caso, y éstos a su vez nieguen tal procedencia, quebrantarían el sagrado principio general de interpretación del derecho penal de proscripción de la analogía que conlleva intrínsecamente el de exacta aplicación de la ley.

Ya una vez contemplada tal situación por demás gravosa para la sociedad mexicana, en el desarrollo del presente trabajo pretendemos única y exclusivamente avocarnos al problema relativo a la legislación común aplicable para el Distrito Federal, pues enfocarnos a los delitos federales o a los delitos graves de otros órdenes jurídicos de los estados de la República Mexicana, resultaría el desarrollo de un análisis enorme que superaría la intención básica y esencial de este estudio.

CAPITULO I

LA LEY PENAL, LOS PRINCIPIOS QUE LA RIGEN Y SU INTERPRETACIÓN

1.1. PRINCIPIOS GENERALES DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

Antes de iniciar el estudio procesal en razón de la procedencia o la improcedencia del beneficio legal de libertad provisional, debemos enfocarnos a los principios generales de la interpretación de la ley penal; dichos principios nos muestran las bases generales a las que toda disposición normativa de carácter penal deberá apegarse en una realidad jurídica, pues los principios generales consagran máximas que contienen en sí el verdadero sentimiento humano de lo justo.

Ahora bien, tales principios son cuatro desde el punto de vista doctrinal;

1. El de Proscripción de la Analogía.
2. El Principio de "in dubio pro reo".
3. El Principio de Intrascendencia.
4. El Principio de Humanidad.

1.1.1. PROSCRIPCIÓN DE LA ANALOGÍA

En cuanto hace al principio de proscripción de la analogía, tomaremos el acertado comentario del Doctor Eugenio Raúl Zaffaroni, quien en su obra titulada *Manual de Derecho Penal* nos dice:

Si por analogía en derecho penal se entiende completar el texto legal en forma de entenderlo como prohibiendo lo que la ley no

reprochable lo que no reprocha, o en general punible lo que no pena, basando la conclusión en que prohíbe, no justifica o reprocha conductas similares, este procedimiento de interpretación queda absolutamente vedado del campo de la elaboración científico-jurídica del derecho penal. Ello obedece a que sólo la ley del Estado es la que resuelve en que casos éste tiene injerencia resocializadora afectando los bienes jurídicos del penado con la pena, no pudiendo el juez "completar" los supuestos. Como el derecho penal es un sistema discontinuo, la misma seguridad jurídica, que requiere que el juez acuda a la analogía en el derecho civil, exige que se abstenga de semejante procedimiento.¹

De tal opinión se desprende que para efectos de nuestra materia, la ley penal se debe interpretar estrictamente al contenido de su espíritu, más no podremos analogar o comparar o agregar un supuesto al contenido de las leyes penales, pues hacerlo equivaldría a romper con este principio y avocarnos a la analogía que domina en el área de lo civil.

Ahora bien, para efectos de este subtema, es importante hacer referencia en la locación de dicho principio, es decir, hay que encontrar ese espíritu humano en la legislación positiva para la República Mexicana. En efecto, tal sentimiento de proscripción de la analogía lo encontremos plasmado en el artículo 14 de nuestro máximo ordenamiento legal, que en su párrafo tercero nos dice:

"En los juicios del orden criminal quede 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."

¹ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1986, pp 141.

Una vez encontrado tal sentimiento, pasaremos a la opinión del Doctor Carrancá y Trujillo quien en su obra denominada *Derecho Penal Mexicano* nos aporta a ese respecto lo siguiente:

Sobre la analogía, que otras legislaciones extranjeras admiten en materia civil y que más que problema de interpretación se ha dicho que lo es de licitud o ilicitud de la aplicación de la ley penal en casos no previstos por ella, cabe diferenciar, sin embargo, entre el procedimiento analógico y la interpretación analógica. En el primero se reconoce como delito lo que no está señalado con el tipo; se olvida la ley; por su parte la interpretación afirma la ley misma. La doctrina ha sostenido que debe admitirse la aplicación analógica de la ley cuanto se trata de causas de justificación, excusas absolutorias o circunstancias atenuantes, si los motivos han sobrepasado a los límites previstos por la misma ley, lo que no sería sino interpretación extensiva y favorable. En las legislaciones totalitarias el procedimiento analógico ya ha sido reconocido; así en Rusia cuando se trata de la defensa del Estado, pues se establece que en caso de ausencia en el código penal de normas específicas para algún delito particular, se conformarán las penas o las medidas de defensa social a aquellos artículos que contemplan delitos análogos por su importancia o cantidad, observándose las reglas de la parte general del Código: cuando un acto socialmente peligroso no estuviese expresamente previsto en el presente código, el fundamento y la extensión de su responsabilidad se determinarán conforme a los artículos del mismo relativos a los delitos de índole análogos... El principio de la estricta legalidad penal, base del *nullum crimen nulla poena sine lege*, aunque muy combatido por los que niegan el derecho liberal, debe mantenerse no obstante la indefensión social que en ocasiones pueda significar; pues sólo el

garantiza la libertad humana frente a las arbitrariedades del poder, que en la aplicación analógica de la ley penal ha encontrado un instrumento de represión dirigido contra los adversarios políticos. La rigidez de ese principio sólo cabría atenuarla tratándose de excluyentes de incriminación, siempre que se tratara de las causas extralegales de justificación y por cuanto en éstas no hay antijuricidad.

Por lo que hace a nuestro derecho, la Constitución prohíbe la interpretación analógica de la ley penal consignando que no es válida, como tampoco le es la por mayoría de razón (art. 14 párr. 3 const.).

Pero es claro que, fundándose la prohibición en el dogma *nullum crimen nulla poena sine lege*, que resultaría negado de concederse al juez la facultad de crear delitos no tipificados legalmente, la prohibición constitucional sólo regirá para la interpretación judicial, mas no para la auténtica.²

Dicha interpretación la analizaremos más cuidadosamente en subtemas posteriores; por el momento, y vista la opinión que antecede, entendemos que existen dos posturas fundamentales para la llamada proscripción analógica en materia penal. La primera corresponde al llamado procedimiento analógico, que se avoca exclusivamente al contenido del artículo 14 del párrafo tercero de la Constitución Federal, en el que se prohíbe crear tipos penales análogos; la segunda es la doctrinaria, que nos otorga un derecho extensivo en la analogía, en el sentido de aplicar cierta analogía cuando se trate de causas de justificación, excusas absolutorias o circunstancias atenuadas, situación que nos interesa peculiarmente, pues para efectos de elaboración del presente trabajo profesional la retomaremos más adelante.

² Raúl Carrancá y Trujillo, *Derecho Penal Mexicano*, México, Porrúa, 1980, pp 178, 179.

1.1.2. LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA O EL PRINCIPIO DE "IN DUBIO PRO REO"

Tal principio debe ser analizado desde su contenido mismo, el que implica para un juzgador; ser mejor absolver a un culpable que condenar a un inocente, hasta llegar a los grandes excesos en que ha derivado su uso extensivo. Dicho principio contiene en sí grandes ideas, pues cuando de un sujeto no se tiene la certeza de que si ha cometido o no algún delito; desde el punto de vista jurídico formal, se deberá estar a lo más favorable para el inculpado, es decir no se le deberá condenar sino absolver. Tales motivos son objeto de análisis, pues omitirlos en el presente trabajo sería tasar un factor fundamental de los principios generales de interpretación de la ley penal. Al respecto el ya citado Doctor Zaffaroni, en su misma obra, nos da la siguiente opinión:

El principio de que en la duda hay que estar en favor del reo es ampliamente aceptado en el derecho procesal penal, pero se ha puesto seriamente en cuestión en el campo penal. En el campo penal, el principio nos obligaría a una interpretación siempre restrictiva de la punibilidad. Para rechazar esta consecuencia, suele afirmarse que el principio "in dubio pro reo" no es una regla de interpretación sino un criterio de valorización de prueba.

A partir del rechazo del principio "in dubio pro reo" se pretende que la interpretación de la ley pueda ser extensiva, literal o restrictiva en cuanto al alcance de la punibilidad. Creemos que hay un límite semántico del texto legal, más allá del cual no puede extenderse la punibilidad, pues deja de ser interpretación para convertirse en analogía. Dentro de los límites de resistencia de la flexibilidad semántica del texto son posibles interpretaciones más amplias o más restrictivas de la punibilidad, pero no creemos que ello pueda hacerse

a gusto, sino que debe ser conforme a ciertas pautas, como también entendemos que el principio in dubio pro reo tiene vigencia penal sólo que a condición de que se lo aplique correctamente.

a) En principio, rechazamos la "interpretación extensiva", si por ella se entiende la inclusión de hipótesis punitivas que no son toleradas por el límite máximo de la resistencia semántica de la letra de la ley, porque eso sería analogía.

b) No aceptamos ninguna regla apodíctica dentro de los límites semánticos del texto. Cuando se dice "donde la ley no distingue no se debe distinguir", ello es correcto, pero a condición de que se agregue "salvo que haya imperativos racionales que nos obliguen a distinguir" y claro está, siempre que la distinción no aumente la punibilidad saliéndose de los límites del texto.

c) Hay supuestos en que el análisis de la letra de la ley da lugar a dos posibles interpretaciones, una más amplia de punibilidad y otra más restringida... En síntesis: entendamos que el principio "in dubio pro reo" nos señala la actitud que necesariamente debemos adoptar para entender una expresión legal que tiene sentido doble o múltiple, pero puede desplazarse ante la contradicción de la ley así entendida con el resto del sistema.³

Nuestra opinión coincide con la del citado autor, en el sentido en que no es una regla de interpretación sino un criterio de valorización de la prueba, tan es así que el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su Título Segundo, Capítulo Décimo Cuarto, denominado "Valor Jurídico de la Prueba" y propiamente en el artículo 247 nos indica que en caso de duda debe absolverse,

³ E. Zaffaroni, op. cit. pp. 143, 144.

agregando en el texto mismo del citado numeral que no podrá condenarse a un acusado, sino cuando se pruebe que cometió el delito que se le imputa. Ahora bien, tal principio llevado a la praxis, nos muestra excesos cuando los abogados litigantes en materia penal, con el ánimo de "salvar" a su defenso, hacen uso excesivo de las llamadas contradicciones en las declaraciones del procedimiento, aludiendo éstos a que por el hecho de no concordar una declaración con la otra, deberá absolverse al inculpado, pues en caso de condenarlo, se afectaría el contenido de lo dispuesto en el ya citado artículo. Así pues concluimos que el principio de "in dubio pro reo", se debe utilizar única y exclusivamente cuando exista duda fundada en que el procesado fue o no quien intervino en alguna forma en la perpetración del delito que se le imputa, sustentándose tal hipótesis en que se estará a la valoración jurídica de la prueba y no a la interpretación jurídica de la ley. Luego entonces entendemos que es un principio general de interpretación de la ley penal en el sentido estricto de valoración jurídica de la prueba, y no así un principio de interpretación de la ley penal en general.

Es pues este principio una máxima que para el caso que nos ocupa no tomaremos tan en cuenta, pues desvía la idea fundamental del presente trabajo, que a manera de recordatorio, pretende esclarecer la diversidad de opiniones y criterios en cuanto respecta a la procedencia o la improcedencia del beneficio de libertad provisional en los delitos graves del orden común para la legislación penal positiva para el Distrito Federal, cuando éstos son ejecutados en grado de tentativa; sin embargo hubo que hacer mención al respecto, pues éste integra uno de los principios que rigen la interpretación de la ley penal.

1.1.3. PRINCIPIO DE INTRASCENDENCIA O DE PERSONALIDAD DE LA PENA

Resulta inoperante detenernos a realizar un estudio minucioso del presente subtema, pues como ya observamos, para los efectos del presente trabajo nos

interesa estudiar a fondo el principio de proscripción de la analogía más que cualquier otro principio, sin embargo es necesario hacer una referencia clara de este principio de personalidad de la pena, pues de no hacerlo omitiríamos hacer el estudio de uno de los principios generales de la interpretación de la ley penal, que es el objeto importante de este primer capítulo.

Como su nombre lo indica, la pena tiene que ser exclusiva y propia del autor o de los autores que intervienen de alguna forma en la perpetración del delito o delitos, según sea el caso, pues trascenderla a quienes no han intervenido sería de resultados garrafales desde un punto de vista social y humano, al respecto, el autor ya citado de la obra *Manual de Derecho Penal*, nos aporta lo siguiente:

Nunca puede interpretarse una ley penal en el sentido de que la pena trasciende de la persona que es autora o partícipe del delito. La pena es una medida de carácter estrictamente personal, como que es una injerencia resocializadora sobre el penado. De allí que deba evitarse toda consecuencia de la pena que afecte a terceros. Este es un principio que en el actual estado de nuestra ciencia no requiere mayores consideraciones, pero sucedió lo mismo en otros tiempos en que la infamia del reo pasaba a sus parientes, lo que era común en los delitos contra el soberano.⁴

Desde nuestro muy particular punto de vista, el principio de intrascendencia o de personalidad de la pena es ampliamente aceptado en nuestra legislación positiva, pues lo encontramos primeramente consagrado en el numeral 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual prohíbe una serie de penas físicas, excesivas, inusitadas, trascendentales, etcétera, indicándonos a la letra: "Quedan porhíbidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la

⁴ E. Zaffaroni, op. cit. pp. 144, 145.

confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales...”, no obstante tal disposición, en lo relativo a las penas trascendentales, el legislador plasma tal contenido en el numeral 10 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal, mismo que nos dice: “La responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delincuentes, excepto en los casos especificados por la ley”.

De lo anterior podemos concluir que el principio de personalidad de la pena, lo ha acogido nuestro orden positivo en los artículos 22 y 10 de la Constitución Federal y del Código sustantivo, respectivamente. También podemos aseverar que dicho principio es de suma importancia para la legislación, pues sin éste se podría castigar la integridad física y patrimonial de los terceros; asimismo, para el contenido del presente capítulo es necesario conocerlo, con la reserva de que éste carece de valor primordial para los fines de este estudio.

1.1.4. EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD

El principio de humanidad de la pena lo encontramos plasmado, como una garantía para el delincuente en el artículo 22 de nuestra Carta Magna, cuando prohíbe de manera determinante las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales, consagrando en favor de todos aquellos que, habiendo sido ya sentenciados, deban cumplir las condenas correspondientes, por lo cual atiende a la prohibición de la aplicación de penas que tiendan a menoscabar la integridad corporal, la dignidad de la persona humana y el patrimonio de los condenados; con respecto a las multas excesivas es de mencionarse que son aquellas que no se hallan previstas en las leyes vigentes o positivas de nuestro país, en cuanto hace a las penas inusitadas y trascendentales, quedaron explicadas en el subtema que

precede. Ahora bien, por lo que respecta a la prohibición de confiscación de bienes, existen dos hipótesis de excepción; la primera según la cual la retención de bienes del autor del delito no se estima como tal, ya que en este caso atiende a resarcir la reparación del daño por vía civil, cuando proviene de un ilícito de carácter penal y la segunda, cuando se aplica a los servidores públicos que se han enriquecido ilícitamente o en forma inexplicable, añadiendo en el texto del citado artículo la prohibición de la pena de muerte en los delitos de carácter político. En efecto, del texto mismo se desprende que el principio de humanidad, se encuentra intimamente ligado con el principio de proscripción de la pena cruel, que en contrario sentido sería la permisibilidad de imponer una pena racional o humana, que presumiblemente son aquellas que contienen nuestros códigos sustantivos.

En relación a esto, vertiremos el criterio sustentado por el Doctor Eugenio Zaffaroni, que nos muestra:

El principio de humanidad es el que dicta la inconstitucionalidad de cualquier pena o consecuencia del delito que cree un impedimento físico de por vida (muerte, amputación, castración o esterilización, intervención neurológica, etc.) como también cualquier consecuencia jurídica imborrable del delito... Una pena puede no ser tan cruel en abstracto, es decir, en consideración a lo que tiene lugar en la generalidad de los casos, pero bien puede plantearse el problema de que sea cruel en el caso concreto. Esto puede suceder, por ejemplo, si la mujer del criminalizado se halla enferma y los hijos abandonados y aún recurso, si el criminalizado padece o ha contraído una grave enfermedad o tiene próxima la muerte, si ha sufrido un accidente o una violencia carcelaria grave, etc.

Cabe preguntarse si en esos supuestos extremos el juez puede exceder en menos el límite mínimo de la pena (sic), adecuándola a una cuantificación que no sea violatoria del principio de humanidad de las penas. Entendamos que el principio de humanidad de las penas tiene vigencia absoluta y que no debe ser violado en los casos concretos, es decir, que debe regir tanto la acción legislativa –lo general– como la acción judicial –particular–, lo que indicaría que el juez debe cuidar de no violarlo. Comprobados los extremos fácticos que conduciría a una violación de tal principio en el caso concreto entendemos que la sentencia, como acto que “dicta el derecho” (“jurisdiccional”, de *juris dictere*) no puede decir lo antijurídico, o sea, no puede violar el principio de humanidad.⁵

Ante esta última alusión, tenemos que hacer referencia a nuestra legislación positiva para el Distrito Federal, pues en nuestro orden legal se prevé dicha situación, ampliando por lo tanto la opinión del eminente jurista, respecto a que si en un caso extremo el juez podría exceder en menos el límite de la pena, para no romper con el principio de humanidad de la pena, pues por lo que toca a nuestra legislación penal sustantiva para el Distrito Federal, no rompe con tal principio, ello se desprende de la lectura de los artículos 51, 52, 55 en relación con el 60 y demás relativos y aplicables, donde se establece la obligación del juzgador, al momento de aplicar las sanciones, de tomar en consideración las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente, tomando en cuenta lo indicado por el artículo 52 que nos dice que en la aplicación de sanciones penales se tendrá en cuenta: 1. La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla, y la extensión del daño causado y del peligro corrido; 2. La edad, la educación, la ilustración, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir y sus condiciones económicas; 3. Las condiciones especiales en que se encontraba

⁵ E. Zaffaroni, op. cit. pp. 145, 146.

en el momento de la comisión del delito y los demás antecedentes y condiciones personales que puedan comprobarse, así como sus vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones sociales, la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor temibilidad, etc. Así pues, para efectos de imposición de la pena el juzgador deberá atender a tales circunstancias y si fuera insuficiente, también deberá aplicar proplamente el principio de humanidad de la pena, que encontramos plasmado sin temor a equivocarnos en el artículo 55 del ordenamiento citado, dicho numeral nos alude lo siguiente: "Cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su persona o por su senilidad o su precario estado de salud, fuere notoriamente innecesaria e irracional la imposición de una pena privativa y restrictiva de libertad, el juez, de oficio o a petición de parte motivando su resolución, podrá preacindir de ella o sustituirla por una medida de seguridad. En los casos de senilidad o precario estado de salud, el juez se apoyará en dictámenes de peritoa. De lo anterior inferimos que para estos casos el juzgador se encuentra posibilitado para actuar de oficio o a petición fundada de parte para imponer una pena que carezca de sentido humano, consagrándose así el principio de humanidad de la pena.

1.2. INTERPRETACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL

A manera de introducir al lector de la tesis, al aentido entrañable de la interpretación de la ley penal, hemos decidido tomar algunas lineas del Doctor Raúl Carrancá y Trujillo:

Esa estricta legalidad o estricta aplicación de la ley penal no obsta para que sea posible su interpretación, ya que interpretar no es otra cosa que desentrañar el sentido de una cosa, y ai la ley ea confusa, interpretarla será aclarar su sentido y si es clara será entender su

contenido para adecuarla al caso específico en cuestión, referir el precepto abstracto a la vida real a que se aplica. Esa búsqueda y explicación del sentido verdadero de la norma, de la voluntad de la ley, o sea su interpretación, pertenece todavía a la estática del derecho, mientras que su dinámica es ya la aplicación misma.⁶

Exactamente, como lo plantea el Doctor Carrancá es como debemos interpretar la ley penal, desentrañando el sentido abstracto de una ley, entendiendo su contenido y aplicarlo a un caso concreto controvertido, como es el nuestro en la elaboración de la presente tesis, motivo por el cual iniciaremos el estudio a través del presente tema, con tres subtemas a saber; el primero la interpretación de la ley penal según el sujeto; el segundo la interpretación de la ley penal según el resultado, y por último la interpretación de la ley penal según los medios o métodos empleados. Para esclarecer los puntos anteriores hemos tomado la iniciativa de desarrollar el siguiente cuadro sinóptico:

		1. PRIVADA O DOCTRINAL.
	POR SU ORIGEN O POR LOS SUJETOS QUE LA REALIZAN	2. JUDICIAL O JURSDICCIONAL.
		3. AUTÉNTICA O LEGISLATIVA.
		1. GRAMATICAL.
INTERPRETACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL	POR LOS MEDIO O MÉTO- DOS EMPLEADOS.	2. LÓGICA.
	POR SUS RESULTADOS	1. DECLARATIVA.
		2. EXTENSIVA.
		3. RESTRICTIVA.
		4. PROGRESIVA.

⁶ R. Carrancá, op. cit. .pp 175.

1.2.1. INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL SEGÚN EL SUJETO

Claramente desprendemos del cuadro sinóptico anterior que la interpretación de la ley penal según el sujeto se divide en tres; la primera de ellas es la llamada privada o doctrinal, la segunda es la llamada judicial o jurisdiccional y por último tenemos a la llamada auténtica o legislativa.

a) PRIVADA O DOCTRINAL.- Es aquella que, como su nombre lo indica, se refiere a la interpretación que realizan los particulares, es decir, es la que realizan los estudiosos del derecho; para efectos de esta tesis tomaremos el criterio que sigue el Doctor Fernando Castellanos Tena en su obra titulada *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, en la que nos muestra tal estudio de la siguiente manera:

Es la interpretación que de las leyes realizan los particulares; de ahí su nombre de privada. Se le denomina doctrinal cuando es hecha por los estudiosos del Derecho, por los doctos en la materia, ya sea mediante tratados, artículos en revistas y periódicos o en la cátedra. Esta forma de interpretación es de gran utilidad, frecuentemente sirve de guía a los juzgadores para normar su criterio, máxime cuando procede de personas cuyos razonamientos poseen capacidad de convencimiento.⁷

Igualmente coinciden las opiniones del Doctor Carrancá y la Licenciada Amuchategui Requena cuando nos dice el primero de ellos:

⁷ Fernando Castellanos Tena, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, México, Porrúa, 1986, pp. 85,86.

Se distinguen tres clases de interpretación según el sujeto: doctrinal, auténtica y judicial. La primera, operando mediante la investigación de los juristas, no tiene por sí influencia sino a través de las otras dos.⁸

Al respecto, la maestra mencionada supra abunda:

También se le conoce como interpretación privada, porque la realizan los particulares. Otros la llaman científica, cuando llevan a cabo los estudiosos del derecho y los doctrinarios por medio de su obra escrita o de la palabra oral (conferencias, discursos, cátedras, etcétera).⁹

Como hemos observado, los tres autores citados coinciden en que la interpretación privada de la ley penal es la que realizan los particulares y en su caso los estudiosos del derecho, pues bien, una vez que ha quedado explicado el tema al que nos avocamos, pasaremos al estudio de la interpretación judicial de la ley penal.

b) JUDICIAL O JURISDICCIONAL.- Es aquella que es realizada por los tribunales y consiste en la interpretación legal que hacen los jueces, respecto de los juicios que conocen dentro de su ámbito competencial, al respecto vertimos el criterio del Doctor Castellanos Tena, quien de su obra ya citada desprendemos:

La llevan a cabo los jueces y tribunales en su diaria tarea de impartir justicia. Para lograrla, generalmente toman en cuenta la interpretación legislativa, si existe, y la doctrinal, si la hay, así como su propio criterio, resultando una interpretación sui generis.¹⁰

Al respecto, el Doctor Carrancá y Trujillo, opina en razón a la interpretación doctrinal y judicial conjuntamente lo siguiente:

⁸ R. Carrancá, op. cit. pp. 175.

⁹ Irma Griselda Amuchategui Requena, *Derecho Penal*, México, Harla, 1993, pp. 24.

¹⁰ F. Castellanos op. cit. pp. 88.

La interpretación judicial y la doctrinal pueden ser de varias especies, según los medios elegidos. Se distingue entre interpretación gramatical y teleológica. La primera fija la connotación de las palabras en sus acepciones común y técnica y el contenido de las oraciones gramaticales, precisando además la referencia al tiempo de nacimiento de la ley, pues así se descubre su voluntad sobre este punto cabe decir que el código penal ha sido interpretado conforme a la connotación más usual de las palabras en el medio filológico mexicano y no según la Academia de la Lengua. Como la connotación de las palabras conduce a la de las oraciones, todas las partes de éstas son materia de análisis.

En cuanto a la interpretación teleológica, se vale de los varios elementos que permiten establecer la voluntad de la ley, incluso del elemento gramatical, a fin de fijar su auténtico sentido. Para ello acopia los elementos históricos y sociológicos que constituyeron como la atmósfera en que nació la ley; los trabajos preparatorios, que le dieron gestación; el Derecho comparado cuando sus preceptos arrancan de otras legislaciones; los precedentes jurisdiccionales y la doctrina.¹¹

De los razonamientos vertidos con anterioridad y para los fines específicos de este tema, hay que hacer hincapié en un factor importante, siendo éste el que nos menciona el Doctor Carrancá en el sentido estricto de interpretación judicial y doctrinal, pues éste nos muestra cómo dicha interpretación deberá ser gramatical y teleológica; entendiéndose por gramatical la acepción común y técnica de las oraciones gramaticales y por teleológica el establecimiento de la voluntad de la ley, incluso absorbiendo el elemento gramatical a fin de fijar su auténtico sentido,

¹¹ R. Carrancá, op. cit. pp. 177.

es pues de gran importancia lo indicado ya que para el estudio que posteriormente perfeccionaremos nos interesa, toda vez que para los objetivos de esta tesis los necesitaremos para interpretar el fin auténtico del artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Para reforzar las ideas anteriores, incluiremos en este estudio la opinión de la Licenciada Amuchategui Requena, quien en su obra *Derecho Penal*, nos vierte la siguiente idea:

También conocida como jurisdiccional o forense, es la que llevan a efecto los juzgadores (juez, magistrado o ministro), con el fin de aplicarse la norma jurídica a los casos concretos y con justicia de manera que desentrañen el verdadero sentir del legislador cuando creó la norma.¹²

c) AUTÉNTICA O LEGISLATIVA.- Por lo que hace a esta clasificación, la entendemos como aquella que hace el legislador, respecto de las normas que formula, haciendo esta interpretación en el texto mismo de la ley o en su caso en otro escrito por separado; para efecto de dejar esclarecido este tópico, tomamos en consideración la certera opinión del Doctor Castellanos Tena:

La emite el propio legislador para precisar el sentido de las leyes que dicta. Puede ser contextual o posterior, según se haga en el mismo texto legal o en otro expedido después; es decir, formula normas aclaratorias de otras en el mismo cuerpo legal, o bien en una ley diferente alusiva a la que pretende desentrañar.¹³

¹² G. Amuchategui, op. cit. pp. 24.

¹³ F. Castellanos op. cit pp. 86.

Al respecto la Licenciada Amuchategui coincide de la siguiente manera:

También se le conoce como legislativa y es la que realiza el legislador para precisar o aclarar la significación de la norma jurídica.¹⁴

Así, ambos autores coinciden en que la legislativa se refiere a la que realiza el legislador respecto a las normas.

1.2.2. INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL SEGÚN EL RESULTADO

Ahora entraremos al estudio sobre la interpretación de la ley penal según el resultado que produce, siguiendo en lo que respecta la opinión del Doctor Castellanos Tena, que de su obra multicitada se desprende lo siguiente:

Según este criterio, la interpretación puede ser declarativa, extensiva, restrictiva y progresiva.

a) **DECLARATIVA.** Es declarativa si, a juicio del intérprete las palabras usadas en el texto significan exactamente lo que su entendimiento idiomático, o sea cuando descubre que la ley dice precisamente lo mismo que expresan las palabras empleadas "Es declarativa --según Villalobos--, cuando sólo expresa el significado estricto de la disposición. Porte Petit, por su parte afirma: "La interpretación es declarativa, estricta o lata, cuando se establece la conformidad de la letra de la ley con la voluntad de ésta".¹⁵

¹⁴ G. Amuchategui, op. cit. pp. 24.

¹⁵ Citado por F. Castellanos, op. cit. pp. 87.

b) EXTENSIVA. Es extensiva, si el intérprete concluye que las palabras empleadas en el precepto expresan menos que la voluntad de la ley; el intérprete descubre que es más amplio el ámbito de la disposición. En la interpretación extensiva se amplía el significado estricto de las palabras empleadas, para lograr que coincida con lo que se quiso expresar, pero que no lo dicen claramente los vocablos utilizados (*minus dixit quam voluit*). En la interpretación extensiva no se pretende ir más allá de la voluntad de la ley, sino descubrirla, a pesar de que en un sentido estricto las palabras dicen menos de lo que se pretendió expresar con ellas. "Es extensiva cuando comprende, por referirse al espíritu de la ley y no sólo a su forma literal, casos, circunstancias, elementos o condiciones que en un rigor gramatical pudiera creerse que no están expresados en el precepto."¹⁶

Para Porte Petit "la interpretación es extensiva, cuando se extiende el texto de la ley a la voluntad de ésta " y niega el criterio de Ruggiere que estima la interpretación extensiva como una verdadera y propia integración de las normas.

c) RESTRICTIVA. Cuando según el intérprete las palabras empleadas en la ley expresan más de lo que significan, se habla de una interpretación restrictiva (*potius dixit quam voluit*). "Es restrictiva cuando se descubre que las palabras tienen mayor vaguedad o amplitud de la que conviene a la intención o a la mente de la ley y se desecha todo lo que no corresponde a estas últimas, aún cuando en los términos impropios o descuidados del precepto pudieran haber cabido."¹⁷ Manuel Pavón Aparicio lo define como "aquella que reduce el alcance

¹⁶ Citado por F. Castellanos, op. cit. pp. 88.

¹⁷ *Ibidem*.

del precepto legal por considerar que la letra tiene un significado menor del que aparenta.¹⁸

d) PROGRESIVA. "Atiende a elementos cambiantes de cultura, de costumbres y de medio social, comprendidos en la ley o supuestos por ella, y evoluciona de acuerdo con esos factores, aun cuando la redacción del precepto permanezca inalterada.¹⁹ Para *Porte Petit* consiste en "ajustar el texto de la ley a las necesidades imperantes."²⁰

A su vez Griselda Amuchategui Requena coincide de la siguiente forma:

"Por sus resultados. La interpretación puede ser declarativa, extensiva, progresiva o restrictiva.

Declarativa. En la interpretación declarativa coincide la voluntad de la ley con la letra de ésta, de modo que existe identidad entre el texto literal y la intención del legislador.

Extensiva. En la interpretación extensiva, la intención de la ley es mayor que lo expresado en el texto, de manera que la letra es más restringida que la voluntad legal. El intérprete deberá encontrar lo que la ley quiere decir, sin excederse en su interpretación.

Restrictiva. La interpretación restrictiva es lo contrario de la extensiva, de modo que el texto legal no expresa más que lo pretendido por el legislador. La letra va más allá de la voluntad legal.

¹⁸ Citado por F. Castellanos op. cit. pp 88.

¹⁹ *Ibidem.*

²⁰ *Ibidem.*

Progresiva. Algunos autores la llaman también interpretación evolutiva, como Porte Petit, quien al respecto expresa: "La interpretación progresiva o evolutiva consiste en adaptar o adecuar el texto de la ley a las necesidades importantes."²¹ Una norma que no se adapta a los cambios sociales es anacrónica, obsoleta y por tanto ineficaz.²²

De la interpretación de la ley penal según el resultado y propiamente del tema que nos ocupa, hay que hacer hincapié en la sección relativa a la extensividad, pues ésta nos impone que debemos atender a las palabras empleadas en la ley cuando expresan más de lo que significan, esto es que se deben tomar en consideración las palabras empleadas dentro del texto legal, más no agregar palabras que no se encuentran en el texto mismo de la ley, pues para el caso de hacerlo, estaríamos completando el texto legislativo y como ya lo observamos en el tema relativo a los principios generales de la interpretación de la ley y más específicamente en el tema relativo a la proscripción de la analogía, esto debemos eliminarlo del campo de la elaboración científico-jurídica del derecho penal, pues en caso de no hacerlo, estaríamos contraviniendo, por un lado la opinión del Doctor Zaffaroni que ya una vez aceptamos y por el otro la opinión del Doctor Carrancá, en el sentido en que la doctrina ha sostenido que debe admitirse la aplicación de la analogía de la ley cuando se trate de causas de justificación, excusas absolutorias o circunstancias atenuantes, si los motivos han sobrepasado a los límites previstos por la ley misma, situación que más adelante retomaremos en capítulos posteriores y en la conclusión misma de este trabajo, pues ahondar más en el tema, implicaría que el lector desviara su atención a temas que no han sido expuestos todavía.

²¹ Citado por G. Amuchategui op. cit. pp. 26.

²² Ibidem.

1.2.3. INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL SEGÚN LOS MÉTODOS EMPLEADOS

Para efectos de este último tema emplearemos nuevamente el certero criterio del Doctor Castellanos Tena, pues resulta muy didáctico para el lector:

De acuerdo con este punto de vista, la interpretación puede ser gramatical y lógica o teleológica.

a) GRAMATICAL. Consiste en atender exclusivamente al estricto significado de las palabras empleadas por el legislador al expedir el texto legal.

b) LÓGICA Correctamente debe denominarse teleológica y tiene por objeto determinar el verdadero sentido de la ley, mediante el análisis del texto legal, por el estudio de la exposición de motivos y de las actas de los trabajos preparatorios. Procura descubrir la atmósfera en donde nació la ley a la vida jurídica, para desentrañar el fin que persigue. "Para hacer ese descubrimiento --dice Villalobos--, del fin perseguido por una ley y dar su justo sentido a las palabras empleadas en ella, se ha recomendado siempre un método histórico que consiste en ponerse en las mismas condiciones en que se produjo la disposición, a fin de advertir la necesidad que provocó su expedición, el mal que trató de remediarse, el hecho social que quiso impulsar, mantener o prevenir, el interés que debió ampararse jurídicamente, las leyes o doctrinas que sirvieron de modelos o de inspiración y aún el sentido usual que tenían las palabras o frases empleadas. Todo ello contribuirá a trazar la línea directriz hacia el fin que se propuso la ley de que se trate y hacia la exacta interpretación

de la misma.²³ Para esta interpretación finalista o teleológica deben tenerse presentes, según la anterior transcripción, los factores sociológicos, éticos, políticos e históricos, en consonancia con el Derecho comparado.

La interpretación lógica o teleológica debe hacerse, naturalmente, en forma sistemática; por tanto es preciso atender a todo el ordenamiento jurídico y no sólo a la norma que se interpreta, la cual forma parte de un cuerpo de leyes y éste, a su vez del ordenamiento total. El derecho es uno solo y en él hay armonía perfecta. En caso de aparente contradicción de unas normas con otras, deberá tenerse presente la jerarquía de las leyes.²⁴

Ahora, por ser una nueva clasificación la propuesta por la Licenciada Amuchategui Requena y vista la innovación que plantea, es de suma importancia tal vertimiento en este trabajo:

"Por el método La interpretación puede ser histórica, gramatical, lógica, sistemática o analógica.

Histórica. La interpretación histórica consiste en que la norma debe entenderse en relación con el momento en que se creó, considerando las circunstancias sociales, políticas y económicas prevalecientes en el lugar y momento de su creación y, por último, entender el por qué y para qué de su origen

Gramatical. La interpretación gramatical, conocida también como interpretación filológica o literal, consiste en esclarecer la norma.

²³ Citado por F. Castellanos, op. cit. pp. 86, 87.

²⁴ *Ibidem*.

según el sentido estrictamente literal de la disposición. Se trata de encontrar el significado de la norma por medio de las palabras empleadas, precisando su significación y connotación dentro de la gramática.

Lógica. La interpretación lógica también llamada interpretación teleológica o racional, parte de un análisis histórico, de modo que, en cierta manera, se funden la interpretación histórica y la lógica. Consiste en revisar las circunstancias importantes en el momento en que se creó la norma, conocer la exposición de motivos respectiva, y saber bajo cuáles factores se desenvolvía la sociedad en aquel momento.

Sistemática. La interpretación sistemática implica conocer y comprender todo el cuerpo legal a que pertenece la norma por interpretar, para no considerarla aisladamente.

En dicha interpretación deben tenerse en cuenta las doctrinas, corrientes y escuelas que ejercieron influencia en la norma y la orientación jurídica del Estado.

Analógica. La interpretación analógica consiste en interpretar la norma de manera que se recurra a normas o casos similares entre sí, a fin de desentrañar su sentido.²⁵

Desde luego, como podrá observarse de las siguientes opiniones, la Licenciada Amuchategui, nos da tres nuevas clasificaciones dentro de este rubro, siendo éstas; la histórica, la analógica y la sistemática, sin embargo caber hacer mención que el doctor Castellanos Tena las contempla en el rubro de "Lógica".

²⁵ G. Amuchategui, op. cit. pp. 24, 25.

En efecto, seleccionamos este tema como último del capítulo pues marca la vertiente de opiniones respecto a la procedencia o la improcedencia del beneficio de libertad provisional en los delitos graves del orden común, cuando éstos son ejecutados en grado de tentativa.

Por un lado tenemos el camino de interpretación de la ley penal según el sujeto y el resultado, bajo los rubros de doctrinal o privada y extensiva, respectivamente, que nos indican que tenemos que interpretar la ley en el caso que nos ocupa como privados, pues somos particulares, es decir, estamos obligados, según la doctrina, a hacer el análisis en forma privada; en cuanto a la extensiva, ésta nos dice que podemos ampliar el significado estricto de las palabras empleadas en el texto legal, más no completar los textos legales, pues si lo hacemos rompemos con el principio de proscripción de la analogía que ya hemos aludido.

Ahora bien, por el otro lado nos encontramos en la interpretación de la ley penal según el sujeto y por el método empleado, por lo cual, del tema relativo a la interpretación de la ley penal según el sujeto, tenemos que en la clasificación auténtica o legislativa, es la que hace el legislador respecto de las normas que formula, haciéndose dicha interpretación en el texto mismo de la ley o en su caso por escrito separado, pues bien ese escrito separado nos canaliza a la interpretación de la ley penal según los métodos empleados y como ya vimos, nos conduce a la clasificación "Lógica", que determina el verdadero sentido de la ley mediante el análisis del texto legal mediante el estudio de la exposición de motivos y actos de los trabajos preparatorios. Esto es en sí el tema de controversia por la diversidad de criterios y opiniones entre la procedencia o la improcedencia del beneficio legal de libertad provisional, tema en el que ahondaremos más en el último capítulo de este trabajo y que expondremos con claridad en las conclusiones, pues por el momento tenemos que estudiar otros temas para poder llegar a la parte medular de nuestro tema de tesis.

CAPITULO II

EL DELITO

2.1. DELITO

2.1.1 DELITO (CONCEPTO JURÍDICO FORMAL)

Este segundo capítulo pretende esclarecer al lector la definición jurídico formal de lo que es el delito, más no buscar una definición filosófica con validez universal, fincada en valores inmutables, pues es de sabido que una definición de este tipo variaría según la vida social temporal y jurídica de los pueblos; sin embargo, tomaremos exclusivamente como referencia la conceptualización de algunos juristas para luego entrar en la definición que constituye el objeto primordial de este tema.

Primeramente tomaremos la definición del jurista Carrara, genuino representante de la Escuela Clásica, definió el delito así: la infracción de la ley del estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.

Para Carrara, el delito no es un hecho sino un "ente jurídico", esto es, una infracción a la ley, una contradicción entre la conducta y la ley.²⁶ Por ahora no nos detendremos a analizar la concepción Carrariana de delito, sino mencionaremos brevemente la noción sociológica del delito, por lo cual comentaremos sobre la escuela positiva y su máximo representante Rafael Garófalo;

²⁶ citado por Miguel Angel Cortés Ibarra, *Derecho Penal*, México, Ed. Cardenas Editor y Distribuidor, 1987, pp. 119,120.

La escuela positiva sostuvo en sus postulados la concepción del delito como "Hecho natural", resultando de causas antropofísicas y sociales. Rafael Garófalo, el jurista de esta tendencia doctrinal, construyó la definición de delito natural, entendiéndolo como "La violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad". Con esta definición pretendió encontrar una noción inalterable del delito valedera en todo lugar y tiempo.²⁷

Una vez comentadas las anteriores conceptualizaciones de lo que se ha tratado de definir como delito, entraremos al estudio propio de la conceptualización jurídico formal del delito, ésta la encontramos plasmada en el artículo séptimo del Código Penal sustantivo para el Distrito Federal, que nos dice: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales...", definición sustancial demasiado pobre, pues ésta no incluye dentro de la definición los elementos que constituyen la esencia misma del acto delictivo, fundando su noción como delito, en el carácter punible del Estado, al decir que sancionan la leyes penales. Desafortunadamente la definición es muy pobre, sin embargo ahondaremos un poco con el comentario del profesor Ignacio Villalobos:

Definición legal o formal.— Sin embargo, a generalizar ese concepto del delito han contribuido algunas legislaciones que declaran oficialmente: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". La palabra "delito", deriva del supino *delictum* del verbo *delinquere*, a su vez compuesto de *linquere*, dejar, y el prefijo *de*, en la connotación peyorativa, se toma como *linquere viam o rectam viam*: dejar o abandonar el buen camino. Por eso Carrara dijo que el delito es, esencialmente, una infracción; separación del camino y de la disciplina trazados por el Derecho; transgresión de las disposiciones que regulan el orden social. Y si nuestro primer ordenamiento penal, del año 1871, definió el delito como "la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda", era fiel a la significación del vocablo y a la importancia que Carrara dio al elemento específico del delito por definir, afirmando con frase enfática que el delito no es una acción (elemento acromático que corresponde

²⁷ M. A. Cortés, Op. Cit. pág. 120, 121.

por igual a un crimen que a una conducta ejemplar) sino una infracción por ser este dato de antijuricidad lo que lo identifica y lo distingue; lo que hace que el delito sea tal y no otra cosa...

A mediados de diciembre de 1929, se puso en vigor un efímero intento de legislación positiva que definía el delito como "la lesión a un derecho protegido legalmente por una sanción penal"; pero en 2 de junio del año siguiente habría sido necesario ordenar su reforma y en agosto de 1931 se aprobó el nuevo Código Penal. La reciente experiencia vivida con las leyes de 1929 debía quebrantar el fervor por las doctrinas que lo inspiraban, pero más o menos oculta seguía cultivándose su admiración y acaso aún se quería ostentar como audacia y rebeldía el mantener sus postulados, duplicidad que desgraciadamente habría de traducirse en inevitable confusión respecto a puntos irreductibles en que no es posible conciliar lo contradictorio y respecto a los cuales el nombre de "eclecticismo" no puede amparar sino indecisión y falta de sistema definido.

Por lo demás, decir que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, sugiere de inmediato la cuestión de saber por qué lo sancionan o cual es la naturaleza de ese acto para merecer los castigos o las sanciones penales, con la cual estaremos de lleno nuevamente en aquello que se quiso evitar: la infracción del orden jurídico.

En otros términos: el cambio de palabras adoptado abandona la naturaleza intrínseca del delito que se trata de definir, que es precisamente su antijuricidad y su voluntariedad, su oposición al derecho, su carácter de infracción del mismo, para usar una perfrasis y hacer una referencia extrínseca, circunstancial y consecuente; una especie de sugerencia a distancia que no puede tener ventajas técnicas en ningún caso, pero mucho menos en una definición; si bien permite, caracterizando el acto sólo por sus consecuencias penales, que sean otros los que se compromentan en las inferencias inevitables de antijuricidad y voluntariedad. A tanto equivaldría desechar la definición que se diera del presidente de una república, como jefe del poder ejecutivo, para decir que es el hombre con quien colaboran los secretarios y a quien hace honores la guardia de palacio.²⁸

Corresponde ahora analizar las ideas del profesor Francisco González de la Vega quien opina al respecto en su *Código Penal Comentado*:

²⁸ Ignacio Villalobos, *Derecho Penal Mexicano*, México, Editorial Porrúa, 1990, pp. 203, 204, 205.

El dogma de legalidad --nadie puede ser castigado sino por los hechos que la ley previamente ha definido como delitos, no con otras penas que las en ella establecidas están (nullum crimen nulla poena sine lege)--, se encuentran consagrado en el artículo 7o., que no es sino corolario de las garantías consignadas en el artículo 14 constitucional.

Aún cuando la mayor parte de los Códigos no se preocupan por definir el delito en general, nuestra legislación, siguiendo la tradición española, ha creído prudente hacerlo. Así el Código Penal de 1871, artículo 4o. decía: Delito es: La infracción voluntaria de una ley penal haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda. El de 1929, artículo 11, decía: Delito es: La lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal.

Más útil que definir formalmente el delito resulta el análisis jurídico de su sustancia intrínseca. Generalmente los autores señalan las siguientes características genéricas: a) Es un acto humano entendido por él conducta actuante u omisa (acción u omisión); b) típico, es decir previsto y descrito especialmente en la ley; c) antijurídico, o sea, contrario al derecho objetivo por ser violador a un mandato o a una prohibición contenidos en las normas jurídicas; d) imputable, entendiéndose aquí por imputabilidad la capacidad penal referida al sujeto; e) culpable, en cualquiera de las formas del elemento moral o subjetivo (intencionalidad o imprudencial); f) punible, amenazado con la aplicación de una pena; y g) conforme a sus condiciones objetivas de punibilidad, porque, en ocasiones, aparte de la reunión de los anteriores elementos, el legislador exige que se cumpla un requisito externo a la acción criminal para que se integre la figura perseguible.²⁹

²⁹ Francisco González de la Vega, *El Código Penal Comentado*, México, Editorial Porrúa, 1994, pp. 11, 12.

No obstante las acertadas opiniones que preceden, es menester cerrar este tema con el criterio del Doctor Francisco Pavón Vasconcelos;

Aunque en algunos Códigos se ha pretendido dar una definición del delito, como en el del Distrito Federal, en el cual se le hace consistir en el acto u omisión que sancionan las leyes penales (artículo 7), tal concepto es puramente formal al caracterizarse por la amenaza de sanción a ciertos actos y omisiones, otorgándoles por ese único hecho el carácter de delitos. Los propios autores del Código de 1931 han admitido lo innecesario de la inclusión del precepto definitorio, por no reportar utilidad alguna y por el inconveniente de ser, como toda definición, una síntesis incompleta.³⁰

En conclusión podemos decir que el contenido del artículo 7o. del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, es incompleta desde el punto de vista jurídico, pues se refiere a las figuras típicas que traen como consecuencia una sanción de carácter penal, en resumen, no es la definición jurídica de lo que es delito, sino la mención de que es un ilícito penal, por lo cual merece una pena. Por lo que hace a la teoría del delito, que propiamente contiene los elementos esenciales del delito, sólo hacemos mención de ésta, ya que ahondar en el tema no es el objeto de ésta tesis y desviaría la atención del lector, no obstante para finiquitar este tema, nos quedaremos con la definición que nos da el Código penal sustantivo; *"El acto u omisión que sancionan las leyes penales"*, pues para efectos de este trabajo, resulta irrelevante pretender crear un concepto con valores inmutables de lo que significa el delito en la sociedad mexicana, quedándose como consecuencia, un tema de suma importancia para estudios posteriores.

³⁰ Francisco Pavón Vasconcelos, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, México, Editorial Porrúa, 1991, pp. 164, 165.

2.2. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS

De la clasificación de los delitos resulta un estudio importante, toda vez que nuestro ordenamiento doctrinal y legal de los ilícitos penales implica una de las bases fundamentales del tema a resolver; ahora bien, los doctrinarios no se han puesto de acuerdo en la creación de un criterio uniforme para la clasificación en general de los delitos, no obstante, por nuestra parte pretendemos adecuar las diversas clasificaciones en un cuadro uniforme y conciso, para concordarlas a las nuevas reformas de la legislación sustantiva y adjetiva del Distrito Federal, así como la ya conocidas reformas en materia constitucional, pues como ya aludimos en la introducción del trabajo, sólo nos avocaremos a la legislación común en el Distrito Federal y a aquellas en donde sustentan su base constitucional, pues abarcar a otras legislaciones de la República Mexicana, superaría la intención básica de este estudio.

Iniciaremos tal clasificación de la siguiente manera: 1. Delitos en función a su gravedad, 2. Delitos según la forma de la conducta del agente, 3. Delitos por su resultado, 4. Delitos por el Daño que causan, 5. Delitos por su duración, 6. Delitos por el elemento interno o culpabilidad, 7. Delitos simples y complejos, 8. Delitos unisubsistentes y plurisubsistentes, 9. Delitos unisubjetivos y plurisubjetivos, 10. Delitos por la forma de su persecución, 11. Delitos comunes, federales, oficiales y militares, 12. Delitos por su clasificación legal.

2.2.1. DELITOS EN FUNCIÓN A SU GRAVEDAD

Según se desprende de la clasificación del Doctor Fernando Castellanos Tena, la clasificación de los delitos en función a su gravedad es la siguiente:

Tomando en cuenta la gravedad de las infracciones penales, se han hecho diversas clasificaciones. Según una división bipartita se distinguen los delitos de las faltas; la clasificación tripartita habla

de crímenes, delitos y faltas o contravenciones. En esta división se consideran crímenes los atentados contra la vida y los derechos naturales del hombre; delitos, las conductas contrarias a los derechos nacidos del contrato social, como el derecho de propiedad; por faltas o contravenciones, las infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno.

En México carecen de importancia estas distinciones, porque los Códigos Penales sólo se ocupan de los delitos en general,...la represión de las faltas se abandona a disposiciones administrativas aplicadas por autoridades de ese carácter.³¹

De lo anterior desprendemos que la clasificación bipartita distingue delitos de faltas y la tripartita distingue entre crímenes, delitos y faltas, las primeras consideradas como aquellas violaciones a la ley que lesionan derechos naturales como la vida, la libertad, etc..., de los segundos, los entendemos como aquellos que violan los derechos derivados del contrato social y del último como aquellas infracciones cometidas contra los reglamentos de policía y buen gobierno.

Sin embargo esta clasificación doctrinal se vuelve inútil para los motivos de este estudio, por lo cual haremos una nueva clasificación, tomando en cuenta las reformas constitucionales y del fuero común en materia penal procesal, toda vez que la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fué reformada según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 3 de Septiembre de 1993, y fe de erratas al decreto citado, publicado en el mismo diario el día seis.

Así es, antes de fundar los motivos que influyeron en la determinación de crear una nueva clasificación de los delitos en función a su gravedad, plasmaremos

³¹ F. Castellanos, op. cit. pp. 135.

el texto anterior a la reforma consitutucional citada; la fracción I del artículo 20 en su párrafo primero nos decía

En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías: fracción I. Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo caución, que fijará el juzgador, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito, incluyendo sus modalidades; merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de la autoridad judicial, u otorgar otra caución bastante para asegurarla, bajo responsabilidad del juzador en su aceptación.

Pues bien, de este texto solamente se tomaría en cuenta para obtener la libertad la circunstancia personal y la gravedad del delito imputada al probable responsable, considerando el término medio aritmético del delito, es decir sumando la mínima y la máxima del delito imputado y dividiéndolo entre dos y por consecuencia el resultado no debía ser mayor de cinco años, más no hacía distinción de cuales eran los delitos graves, sino más bien se basaba en el término aritmético para clasificarlo como grave, situación que a raíz de las reformas trae como resultado que el legislador innove en el texto mismo de la fracción I del artículo en comento, quedando de la siguiente manera:

En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías: I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio.

En efecto tal innovación acarrea como consecuencia la creación de delitos graves que la ley expresamente clasifica, quedando dicha clasificación plasmada en el cuarto párrafo del artículo 268 según la legislación adjetiva aplicable en el Distrito Federal (Reformado por el Artículo Tercero del Decreto publicado en "Diario Oficial" de 10 de enero de 1994, en vigor el primero del febrero del mismo año), para quedar como sigue:

Para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, se califican como delitos graves, los siguientes: Homicidio por culpa grave previsto en el artículo 60 párrafo tercero; terrorismo previsto en el artículo 139 párrafo primero; sabotaje previsto en el artículo 140 párrafo primero; evasión de presos previsto en los artículos 150 con excepción de la parte primera del párrafo primero y 152; ataques a las vías de comunicación previsto en los artículos 168 y 170; corrupción de menores previsto en el artículo 201; violación previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis; asalto previsto en los artículos 286 párrafo segundo y 287; homicidio previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315 bis, 320 y 323; secuestro previsto en el artículo 366 exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo; robo calificado previsto en los artículos 367 en relación con el 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracción VIII, IX y X, y 381 bis; y extorsión previsto en el artículo 390 todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

Pues bien, para efectos de este trabajo tomaremos en cuenta para clasificar a los delitos en función a su gravedad, los mencionados anteriormente y clasificaremos, vistos los textos anteriores, de la siguiente manera: La clasificación de los delitos en función a su gravedad tendrá dos vertientes; la

primera: son delitos graves, los contenidos en el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. En segundo lugar: son delitos no graves todos los demás por exclusión.

Una vez comprendido esto, nos tomamos el atrevimiento de hacer el siguiente cuadro sinóptico, desde luego desechando la clasificación de los delitos en función de su gravedad del eminente jurista Fernando Castellanos Tena, para quedar como sigue:

CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS EN FUNCIÓN A SU GRAVEDAD

1. Homicidio por culpa grave. (Art. 60 párrafo tercero C.P.D.F.)
2. Terrorismo. (Art. 139 párrafo primero C.P.D.F.)
3. Sabotaje. (Art.140 párrafo primero C.P.D.F.)
4. Evasión de Presos (Arts. 150 (con excepción de la parte primera del párrafo primero), 152 C.P.D.F.)
5. Ataques a las vías de comunicación (Art. 168, 170 C.P.D.F.)
6. Corrupción de menores (Art. 201 C.P.D.F.)
- DELITOS GRAVES** 7. Violación (Arts. 265, 266, 266 bis C.P.D.F.)
- (Art. 268 C.P.P.D.F.) 8. Asalto (Arts. 286 párrafo segundo, 287 C.P.D.F.)
9. Homicidio (Arts. 302 en relación al 307, 313, 315-bis, 320, 323 C.P.D.F.)
10. Secuestro (Art. 366 exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo C.P.D.F.)
11. Robo Calificado (Arts. 367 en relación con el 370 párrafos segundo y tercero cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381, fracción VIII, y 381-bis C.P.D.F.)
12. Extorsión (Art. 390 C.P.D.F.)

DELITOS NO GRAVES. Todos los no previstos en el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

2.2.2. DELITOS SEGÚN LA FORMA DE LA CONDUCTA DEL AGENTE

De dicha clasificación nos avocaremos nuevamente a la opinión doctrinal del Doctor Castellanos Tena, pues éste nos resulta bastante didáctica, no sin antes mencionar al lector que hablaremos de otras opiniones.

SEGÚN LA FORMA DE LA CONDUCTA DEL AGENTE. Por la conducta del agente, o como dicen algunos autores, según la manifestación de voluntad, los delitos pueden ser de acción y de omisión. Los de acción se cometen mediante un comportamiento positivo; en ellos se viola una ley prohibitiva. Eusebio Gómez afirma que son aquellos en los cuales las condiciones de donde deriva su resultado, reconocen como causa determinante un hecho positivo del sujeto. En los delitos de omisión el objeto prohibido es una abstención del agente, consistente en la no ejecución de algo ordenado por la ley. Para el mismo Eusebio Gómez, en los delitos de omisión, las condiciones de que deriva su resultado reconocen, como causa determinante, la falta de observancia por parte del sujeto de un precepto obligatorio. Debe agregarse que los delitos de omisión suelen dividirse en delitos de simple omisión y de comisión por omisión, también llamados delitos de omisión impropia.

Los delitos de simple omisión, o de omisión propiamente dichos consisten en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, con independencia del resultado material que produzcan; es decir, se sanciona por la omisión misma; tal es el caso previsto en el artículo 400, fracción IV, de nuestro Código Penal, que impone a todos la obligación positiva de auxiliar a las autoridades para la averiguación de los delitos y para la persecución de los delincuentes.

Los delitos de comisión por omisión, o impropios delitos de omisión, son aquellos en los que el agente decide no actuar y por esa inacción se produce el resultado material. Para Cuello Calón, consisten los falsos delitos de omisión en la aparición de un resultado delictivo de carácter positivo, por inactividad, fórmula que se concretiza en la producción de un cambio en el mundo exterior mediante la omisión de algo que el Derecho ordenaba hacer. Como ejemplo del delito de comisión por omisión, se cita el de la madre que, con el deliberado propósito de dar muerte a su hijo recién nacido, no lo amamanta, produciéndose el resultado letal. La madre no ejecuta acto alguno, antes bien, deja de realizar lo debido.

En los delitos de simple omisión, hay una violación jurídica y un resultado puramente formal, mientras en los de comisión por omisión, además de la violación jurídica se produce un resultado material. En los primeros se viola una ley dispositiva; en los de comisión por omisión se infringe una dispositiva y una prohibitiva.³²

Para Francisco Pavón Vasconcelos --tomando la opinión de Porte Petit-- los delitos de acción se constituyen cuando la conducta se manifiesta a través de un movimiento corporal o conjunto de movimientos corporales voluntarios y los delitos de omisión se constituyen cuando la conducta consiste en una actividad, en un no hacer de carácter voluntario, desde luego estas opiniones coinciden y por lo tanto la de nosotros.

Por nuestra parte, hicimos el siguiente cuadro con el fin de ilustrar la clasificación que estamos analizando, así como para su mayor entendimiento:

³² F. Castellanos, op. cit. pp. 135, 136, 137.

**CUADRO SINÓPTICO DE LA CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS
SEGÚN LA FORMA DE LA CONDUCTA DEL AGENTE**

SEGÚN LA FORMA DE LA CONDUCTA DEL AGENTE.	<p>1. DELITOS DE ACCIÓN.- Hecho positivo que viola una ley prohibitiva.</p> <p>2. DELITOS DE OMISIÓN.- Hecho negativo consistente en no ejecutar algo ordenado por la ley, se divide en dos:</p> <p style="padding-left: 40px;">a) Simple Omisión.- No hacer lo que la ley obliga a hacer, trayendo como consecuencia un resultado formal y violando una ley dispositiva.</p> <p style="padding-left: 40px;">b) Comisión por Omisión.- Dejar de hacer lo que el derecho ordena hacer, trayendo como consecuencia un resultado material y violando una ley dispositiva y una prohibitiva.</p>
--	--

2.2.3. DELITOS POR SU RESULTADO

Los delitos según el resultado que producen son formales y materiales; los primeros son aquellos en que se sanciona la conducta del agente, dicha conducta puede ser de acción o de omisión, por lo cual no producen un resultado externo, agotándose el tipo a la mera actividad o inactividad del agente; en cuanto se refiere a los segundos, son aquellos en los cuales se requiere para su integración que se produzca un resultado de tipo material u objetivo. Al respecto, Miguel Angel Cortés opina:

Según el resultado los delitos se dividen en: formales o de mera actividad y materiales o de resultado material.

a) Delitos Formales.- En esta clase de delitos la realización de la conducta agota integralmente el tipo penal, sin producir un

resultado material externo, perceptible a los sentidos. Por ejemplo: el allanamiento de morada.

b) Delitos Materiales.- Son aquellos que para su integración requieren la producción de un resultado material. Por ejemplo: homicidio, lesiones, daños.³³

Coincide la opinión de Irma Griselda Amuchategui, ya que al respecto dice:

Según la consecuencia derivada de la conducta típica, el delito puede ser:

a) Formal, de acción o de mera conducta. Para la integración del delito, no se requiere que se produzca un resultado, pues basta con realizar la acción (omisión) para que el delito nazca y tenga vida jurídica, por ejemplo, portación de arma prohibida.

b) Material o de resultado. Es necesario un resultado, de manera que la acción u omisión del agente debe ocasionar una alteración en el mundo, por ejemplo, lesiones y fraude.³⁴

Para mayor comprensión del lector, desarrollamos el siguiente cuadro sinóptico:

CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS POR SU RESULTADO

POR SU RESULTADO

1. FORMAL.- Agotan el tipo penal sin producir resultados materiales.

2. MATERIAL.- Agotan el tipo penal produciendo un resultado material u objetivo.

³³ M.A. Cortés, op. cit. pp.168.

³⁴ G. Amuchategui, op. cit. pp. 58.

2.2.4. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS POR EL DAÑO QUE CAUSAN

Estos delitos se refieren al daño sufrido por el pasivo del delito y se dividen en dos vertientes fundamentales, la primera conocida como delitos de "lesión", mismos que causan un daño cierto y efectivo en el bien jurídico tutelado por la disposición normativa de carácter penal; en cambio, la segunda vertiente se refiere a los que se conocen como delitos de "peligro", considerados como aquellos que pretenden causar un peligro al bien jurídicamente tutelado por la norma penal. En cuanto a esta clasificación, tenemos el punto de vista del Doctor Castellanos Tena, quien nos aporta lo siguiente:

Con relación al daño resentido por la víctima, o en razón del bien jurídico, los delitos se dividen en delitos de lesión y de peligro. Los primeros, consumados causan un daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la norma violada, como el homicidio, el fraude, etc; los segundos no causan daño directo a tales intereses, pero los ponen en peligro, como el abandono de personas, la omisión de auxilio. El peligro es la situación en que se colocan los bienes jurídicos, de la cual deriva la posibilidad de causación de un daño.³⁵

Resulta necesario esquematizar tal clasificación para mayor entendimiento al lector:

1. DELITOS DE LESIÓN.- Causan un daño cierto y efectivo en el bien jurídico tutelado por la norma penal.

**DELITOS POR
EL DAÑO QUE
CAUSAN**

2. DELITOS DE PELIGRO.- Amenazan causar un daño, al bien jurídico tutelado por la norma penal.

³⁵ F. Castellanos, op. cit. pp. 137

2.2.5. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS POR SU DURACIÓN

Tal clasificación la encontramos contenida en nuestra legislación positiva en las fracciones I, II y III del artículo 7 del Código Penal para el Distrito Federal, que en el párrafo segundo del citado numeral nos dice: "El delito es: I. Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos; II. Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y III. Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal."

Por su duración. Los delitos se dividen en instantáneos, instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes.

Nuestra Ley Penal reformada (según Decreto publicado el 13 de enero de 1984), en su artículo 7 sólo alude a tres especies de delitos en función a su duración: instantáneo, permanente o continuo y continuado.

INSTANTÁNEO. La acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento. "El carácter de instantáneo --dice Soler--, no se lo dan a un delito los efectos que él causa sino la naturaleza de la acción a la que la ley acuerda el carácter de consumatoria."³⁶ El delito instantáneo puede realizarse, mediante una acción compuesta de varios actos o movimientos. Para la calificación se atiende a la unidad de la acción, si con ella se consuma el delito no importando que a su vez, esa acción se descomponga en actividades múltiples; el momento consumatorio expresado en la ley da la nota al delito instantáneo. Existe una acción y una lesión

³⁶ Citado por el F. Castellanos, op. cit. pp.137, 138.

jurídica. El evento consumativo típico se produce en un sólo instante, como el homicidio y el robo.

Actualmente la fracción I del artículo 7 lo define así: "Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos."³⁷

Amuchategui lo resume:

Instantáneo. El delito se consume en el momento en que se realizaron todos sus elementos; en el mismo instante de agotarse la conducta se produce el delito, por ejemplo el homicidio³⁸

Por nuestra parte concluimos que los delitos instantáneos son aquellos que se consuman mediante la realización de una conducta momentánea, agotándose todos los elementos constitutivos del tipo con esa realización.

INSTANTÁNEOS CON EFECTOS PERMANENTES. Siguiendo la clasificación de Castellanos:

Instantáneos con Efectos Permanentes. Es aquel cuya conducta destruye o disminuye el bien tutelado, en forma instantánea, en un sólo momento, pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo. En el homicidio, por ejemplo, se destruye instantáneamente el bien jurídico de la vida y la supresión del mismo, consecuencia de la conducta, perdura para siempre; en las lesiones, el bien jurídico protegido (la salud o la integridad corporal), disminuye instantáneamente como resultado de la actividad humana, pero la alteración en la salud permanece por un detrimento en el tiempo.

³⁷ F. Castellanos, op. cit. pp. 138.

³⁸ G. Amuchategui, op. cit. pp. 60.

CONTINUADO. En este delito se dan varias acciones y una sola lesión jurídica. Es continuado en la conciencia y discontinuo en la ejecución. Con razón para Carrara la continuidad en este delito debe buscarse en la discontinuidad de la acción. Se dice que el delito continuado consiste: 1o. Unidad de resolución; 2o. Pluralidad de acciones (discontinuidad en la ejecución); y, 3o. Unidad de lesión jurídica. Como ejemplo puede citarse el caso del sujeto que decide robar veinte botellas de vino, mas para no ser descubierto, diariamente se apodera de una, hasta completar la cantidad propuesta.

Según Alimena, en el delito continuado las varias y diversas consumaciones no son más que varias y diversas partes de una consumación sólo mientras para Soler este delito se comete cuando una sola resolución delictiva se ejecuta por medio de varias acciones, cada una de la cuales importa una forma análoga de violar la ley.

Nuestro código penal, no hacía referencia al delito continuado; ahora con las reformas de 1984 lo define en la fracción III del artículo 7; expresa: Continuado cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal.³⁹

Se produce mediante varias conductas y un solo resultado; los diversos comportamiento son de la misma naturaleza, ya que van encaminados al mismo fin. Así, se dice que hay pluralidad de conductas y unidad de resultado, por ejemplo la vendedora de una casa de modas que cada día roba alguna prenda, hasta completar un ajuar de novia.⁴⁰

³⁹ F. Castellanos, op. cit. pp. 138, 139.

⁴⁰ G. Amuchategui, op. cit. pp. 60

Resumiendo, el delito continuado es aquel en que con unidad de propósito y pluralidad de acciones se viola una misma disposición jurídica, es decir que con la única intención de cometer un ilícito penal, se realizan varias conductas encaminadas a lesionar el mismo bien jurídico tutelado por el estado.

PERMANENTE.- Continuando con la temática de Castellanos Tena, nos aporta:

Sebastian Soler lo define en los términos siguientes: Puede hablarse de delito permanente sólo cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que se la pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del Derecho en cada uno de sus momentos. Para Alimena existe el delito permanente cuando todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación. Permanece no el mero efecto del delito, sino el estado mismo de la consumación, a diferencia de lo que ocurre en los delitos instantáneos de efectos permanentes. En el delito permanente puede concebirse la acción como prolongada en el tiempo; hay continuidad en la conciencia y en la ejecución; persistencia del propósito, no del mero efecto del delito, sino del estado mismo de la ejecución; tal es el caso de los delitos privativos de la libertad como el rapto, el plagio, etc.

Actualmente la ley después de identificar al permanente con el continuo, menciona que existe cuando la consumación se prolonga en el tiempo. (art. 7 fracción III).

Alimena con fines exclusivamente didácticos, expresa que el delito instantáneo, es instantáneo con la conciencia e instantáneo con la ejecución; el continuado es continuado en la conciencia y discontinuo en la ejecución y, el permanente, es continuado en la conciencia y continuado en la ejecución. El mismo tratadista

expresa que el delito instantáneo puede representarse gráficamente por un punto (.); el continuado con una sucesión de puntos (...); y, el permanente, con una raya horizontal (—). Para Soler el elemento acción puede presentar tres aspectos diversos con relación al tiempo: a) Desarrollarse y perfeccionarse en un momento relativamente corto, y entonces se está en presencia del delito instantáneo, como en el homicidio; b) Desenvolverse sin solución de continuidad en una forma idénticamente antijurídica, dándose en ello el delito permanente como el rapto; y, finalmente, c) Consistir en una serie discontinua de acciones parciales que mutuamente se integran, formando entre todas una sola agresión de conjunto al Derecho, y eso sucede en el continuado.

Porte Petit enumera como elementos del delito permanente: a) una conducta o hecho; y, b) una consumación más o menos duradera. A su vez el segundo elemento comprende tres momentos a saber: a') un momento inicial identificado con la comprensión del bien jurídico protegido por la ley; b') un momento intermedio, que va desde la comprensión del bien jurídico hasta antes de la cesación del estado antijurídico; y, c') un momento final, coincidente con la cesación del estado comprensivo del bien jurídico.⁴¹

Por nuestra parte concluimos que los delitos permanentes son aquellos en que una vez que los realiza el activo del delito, éste se prolonga en el tiempo por la propia voluntad del agente y en perjuicio del bien jurídico tutelado por la disposición normativa de carácter penal.

⁴¹ F. Castellanos, op. cit. pp. 139, 140.

2.2.6. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS POR EL ELEMENTO INTERNO O CULPABILIDAD

Para el estudio de este tema, los delitos se clasifican según el elemento interno o culpabilidad en: dolosos, culposos y preterintencionales; cabe destacar que la última clasificación desapareció de nuestro Código Penal sustantivo para el Distrito Federal, al ser reformado el artículo 8 por decreto del 21 de diciembre de 1993, publicado en el Diario Oficial el día 10 de Enero de 1994, quedando como sigue: "Las acciones y omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente." Desapareciendo así de nuestro Código la figura de la preterintencionalidad, que a nuestra manera de ver no debió haber desaparecido pues ésta implicaba que el activo fuera más allá del resultado querido; sin embargo para efectos de este tema, la estudiaremos brevemente por considerarla una clasificación doctrinal importante, no sin antes aplaudir la nueva idea del legislador al desaparecer la clasificación de intencionales y no intencionales o de imprudencia y plasmar en su lugar a las figuras penales de dolo y culpa, pues ahora con la nueva reforma se puede entender claramente si la intencionalidad del activo es dolosa o culposa.

Pues como ya observamos los delitos pueden ser dolosos y culposos; en cuanto a los primeros podemos decir que son aquellos que como dice nuestro código en comento en el reformado artículo 9: "obra dolosamente el que conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere y acepta la realización del hecho descrito por la ley"; en cuanto a los segundos dice: "obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales...", de tal reforma tomaremos el acertado comentario de González de la Vega:

La nueva reforma viene a definir el actuar doloso previniendo con una mayor precisión los elementos constitutivos del tipo, que son el

2.2.6. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS POR EL ELEMENTO INTERNO O CULPABILIDAD

Para el estudio de este tema, los delitos se clasifican según el elemento interno o culpabilidad en: dolosos, culposos y preterintencionales; cabe destacar que la última clasificación desapareció de nuestro Código Penal sustantivo para el Distrito Federal, al ser reformado el artículo 8 por decreto del 21 de diciembre de 1993, publicado en el Diario Oficial el día 10 de Enero de 1994, quedando como sigue: "Las acciones y omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente." Desapareciendo así de nuestro Código la figura de la preterintencionalidad, que a nuestra manera de ver no debió haber desaparecido pues ésta implicaba que el activo fuera más allá del resultado querido; sin embargo para efectos de este tema, la estudiaremos brevemente por considerarla una clasificación doctrinal importante, no sin antes aplaudir la nueva idea del legislador al desaparecer la clasificación de intencionales y no intencionales o de imprudencia y plasmar en su lugar a las figuras penales de dolo y culpa, pues ahora con la nueva reforma se puede entender claramente si la intencionalidad del activo es dolosa o culposa.

Pues como ya observamos los delitos pueden ser dolosos y culposos; en cuanto a los primeros podemos decir que son aquellos que como dice nuestro código en comento en el reformado artículo 9: "obra dolosamente el que conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere y acepta la realización del hecho descrito por la ley"; en cuanto a los segundos dice: "obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales...", de tal reforma tomaremos el acertado comentario de González de la Vega:

La nueva reforma viene a definir el actuar doloso previniendo con una mayor precisión los elementos constitutivos del tipo, que son el

intelectual y el volitivo permitiendo distinguir con claridad por parte del juzgador, lo que debe ser el dolo directo y el dolo eventual y por otra parte por lo que se refiere a la junta se ha agregado el elemento "previsible" que no se encontraba antes de la reforma, permitiendo al juzgador distinguir en los casos específicos y concretos la culpa con la previsión o consciente y la culpa sin previsión o en forma inconsciente a efecto de la individualización de la pena en su momento, de acuerdo con las circunstancias y condiciones personales del activo.

En virtud de la Reforma al artículo 16 Constitucional que ahora establece la acreditación de los elementos que integran el tipo penal, y en el que se modificó el vocablo "cuerpo del delito" consideramos que no debe confundirse el concepto de "tipo penal" con el de "cuerpo del delito" ya que el primero sus elementos son: a) conducta o hecho, b) tipicidad, c) antijuricidad, d) culpabilidad, e) punibilidad; Mientras que el segundo la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo ha decidido como: "el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley, ejemplo en el caso de robo que lo son o eran: 1. Apoderamiento, 2. Cosa Mueble, 3. La cosa Ajena, 4 El Apoderamiento sin derecho y 5. El apoderamiento sin consentimiento. A mayor abundamiento en las Reformas del 10 de Enero de 1994 tanto al Código de Procedimientos Penales, en Materia Común para el Distrito Federal como en Materia Federal se ha establecido "El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

I. La existencia de la correspondiente acción y omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico del protegido;

II. La forma de intervención de los sujetos, activos; y

III. La realización culposa o dolosa de la acción omisión.

Asimismo se acreditará, si el tipo lo requiere: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribubilidad de la acción y omisión; c) El objeto material; d) Los medios utilizados; e) Las circunstancias de lugar, tiempo y modo y ocasión; f) Los elementos normativos; g) Los elementos subjetivos específicos y h) Las demás circunstancias que la ley prevea (arts. 122 y 168 respectivamente).

Por otra parte nos parece infortunada la redacción del artículo 9o. en su primera parte que establece que "obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal o previniendo como posible resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley", ya que consideramos que no es posible que conozca en forma plena los elementos del tipo penal por todos los gobernados, pues si bien es cierto que la ignorancia de la ley a nadie le beneficia, es injusta la redacción en comento.

Siendo la preterintencionalidad una forma especial del dolo en la que el agente, proponiéndose causa un mal menor, realiza uno mayor distinto a su deseo original, por ejemplo, quiere lesionar y causa la muerte.⁴²

⁴² F.González de la Vega, op. cit. pp. 20, 21, 22.

Pues bien, en los delitos por el elemento interno o de culpabilidad, Griselda Amuchategui nos hace la siguiente clasificación, llamándolos delitos de intencionalidad:

La intención del activo determina el grado de responsabilidad penal; es algo subjetivo en ocasiones difícil de probar. Así el delito puede ser:

a) *Doloso Intencional:* Cuando el sujeto comete el delito con la intención de realizarlo. Se tiene la voluntad y el dolo de infringir la ley;

b) *Culposo, Imprudencial no Intencional:* El delito se comete sin la intención de cometerlo; ocurre debido a negligencia, falta de cuidado, impravisión, imprudencia, etc, por ejemplo el homicidio, lesiones y daño en propiedad ajena con motivo del tránsito de vehículos.

c) *Preterintencional o ultraintencional:* El agente desea un resultado típico, pero de menor intensidad o gravedad que el producido, de manera que éste ocurre por imprudencia, por ejemplo el sujeto activo quiere lesionar a alguien y lo mata.⁴³

2.2.7. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS SIMPLES Y COMPLEJOS

Algunos autores como Miguel Angel Cortés Ibarra los clasifican como delitos en razón a la índole de la infracción, dividiendo ésta en Simples y Complejos de la siguiente manera:

⁴³ G. Amuchategui, op. cit. pp. 58, 59.

a) SIMPLES.- Son aquellos en los cuales la infracción es única. Ejemplo: homicidio, daños, lesiones, robo, etc.

b) COMPLEJOS.- Son aquellos en los cuales la figura jurídica consta de la unificación de dos infracciones, cuya fusión da nacimiento a una figura delictiva nueva, superior en gravedad a las que la componen, tomadas aisladamente. Por ejemplo: delito de robo en lugar cerrado. El allanamiento de morada, que es un delito menor se subsume en el robo, integrando una nueva figura agravada en su penalidad.⁴⁴

Como ya dijimos, diversos autores encuadran esta clasificación bajo otro rubro, tal es el caso de Griselda Amuchategui:

Por su estructura. Este criterio hace alusión al tipo de afectación producida al bien tutelado. Así se tiene:

a) Simples.- Cuando el delito producido sólo consta de una lesión.

b) Complejo.- Cuando el delito en su estructura consta de más de una afectación, y da lugar al surgimiento de un delito distinto y de mayor gravedad, por ejemplo, la violación tiene una penalidad como delito simple, pero si la comete un ascendiente será agravada (algunos creen, erróneamente que hay concurso de violación e incesto, cuando en realidad se trata sólo de violación agravada, pues el incesto, implica la voluntad de ambos sujetos para cometerlo).⁴⁵

⁴⁴ M. A. Cortés, op. cit. pp. 170.

⁴⁵ G. Amuchategui, op. cit. pp. 59.

Por su parte Castellanos Tena nos dice:

En función de su estructura o composición, los delitos se clasifican en simples y complejos. Liámanse simples aquellos en los cuales la lesión jurídica es única, como el homicidio. En ellos la acción determina una lesión jurídica inescindible. Delitos Complejos son aquellos en los cuales la figura jurídica consta de la unificación de dos infracciones, cuya fusión da nacimiento a una figura delictiva nueva, superior en gravedad a las que la componen, tomadas aisladamente. Edmundo Mezger, por su parte, estima que el delito complejo se forma de la fusión de dos o más.

No es lo mismo delito complejo que concurso de delitos. En el delito complejo la misma ley en un tipo crea el compuesto como delito único, pero en el tipo intervienen dos o más delitos que pueden figurar por separado; en cambio, en el concurso, las infracciones no existen como una sola, sino separadamente, pero es un mismo sujeto quien las ejecuta.

El delito de robo puede revestir las dos formas, es decir, es dable considerarlo como delito simple, cuando consiste en el mero apoderamiento de bienes muebles ajenos, sin derecho y sin consentimiento de la persona autorizada para disponer de los mismos con arreglo a la ley; pero el Código Penal vigente erige en el artículo 381-bis, una calificativa (agravadora de la penalidad del robo simple) para el robo cometido en casa habitada; fórmese así un tipo circunstanciado que subsume el robo y el allanamiento de morada, delitos que poseen vida independiente; mas si el ilícito patrimonial de referencia se realiza en lugares habitados o destinados para habitación no es dable aplicar las penas del

allanamiento de morada, sino precisamente las correspondientes a la figura compleja.⁴⁶

2.2.8. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS UNISUBSISTENTES Y PLURISUBSISTENTES

La clasificación de unisubsistente y plurisubsistente se refiere básicamente a la acción o las acciones del activo en la perpetración del delito, al respecto Francisco Pavón Vasconcelos comenta:

El delito es unisubsistente cuando la acción se agota en un solo acto; es plurisubsistente cuando la acción requiere, para su agotamiento, de varios actos. El acto dispositivo en el abuso de confianza integra la acción por ser tal delito de acto único; en el homicidio se puede privar de la vida mediante varios actos, pero también con un solo acto. Si la acción se agota mediante un solo movimiento corporal, el delito es unisubsistente; si la acción permite su fraccionamiento en varios actos el delito será plurisubsistente.

El interés de ésta clasificación se estima orientado a distinguir, (o a obtener cuando menos un criterio válido) los delitos que admiten la tentativa de los carentes de un proceso ejecutivo, así como para resolver el problema del tiempo y del lugar de comisión del delito. Se considera a los delitos unisubsistentes no susceptibles de tentativa, como sucede en el abuso de confianza, delito en el cual el puro acto dispositivo consuma la conducta ilícita. A pesar de ello, ese criterio no es absoluto, pues siendo cierto que en algunos casos resulta acertado, en otros no es eficaz. Así por ejemplo sucede tratándose del delito de robo, recogido en el artículo 367

⁴⁶ F. Castellanos, op. cit. pp. 141, 142.

del Código Penal, en que la acción constitutiva es el apoderamiento, pues a pesar de ser en algunos casos un delito de acto único, unisubsistente, admite sin embargo la tentativa.

Porte Petit, al referirse a estos delitos, expresa que es un delito unisubsistente aquel que se consuma en un solo acto y plurisubsistente cuando se consuma con varios actos. Aquí insistimos en distinguir el acto de la acción, ya que podemos estar frente a un delito unisubsistente, constituido por una acción, y ésta por tanto, por un acto o ante un delito plurisubsistente igualmente constituido por una acción, y ésta a su vez por varios actos. En el primer caso, el acto forma la acción, y en el segundo, los actos la constituyen también, o sea, en este caso la acción fue susceptible de fraccionamiento.⁴⁷

Como lo considera el maestro Fernando Castellanos Tena en su obra titulada *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*:

Por el número de actos integrantes de la acción típica, los delitos se denominan unisubsistentes y plurisubsistentes; los primeros se forman por un solo acto, mientras los segundos constan de varios actos. Expresa Soler que en el delito plurisubsistente, a diferencia del complejo, cada uno de los actos integrantes de una sola figura no constituye, a su vez un delito autónomo. Así, sigue diciendo, para imputar el ejercicio ilegal de la medicina es preciso que la actividad imputada conste de varios hechos homogéneos, pues para la existencia del delito es requerida la habitualidad. El delito plurisubsistente es el resultado de la unificación de varios actos, naturalmente separados, bajo una sola figura; el complejo, en cambio, es el producto de la fusión de dos hechos en sí mismos

⁴⁷ F. Pavón, op. cit. pp. 233, 234.

delictuosos. El delito plurisubsistente es fusión de actos; el complejo, fusión de figuras delictivas.

Para algunos penalistas, tanto extranjeros como nacionales, el delito plurisubsistente se identifica con el llamado "de varios actos", sean éstos idénticos o no; en tales condiciones, un mismo delito se da unas veces mediante diversos actos y otras con uno solo, como ocurre con el homicidio, cuyo elemento objetivo puede manifestarse en un movimiento único o por varios y el conjunto acarrea el resultado letal. Nosotros, siguiendo a Soler, sólo consideramos plurisubsistente el delito que comporta en su elemento objetivo una repetición de conductas similares que aisladamente no devienen delictuosas, porque el tipo se colma del concurso de ellas. De acuerdo con este punto de vista, el homicidio siempre es unisubsistente, mientras el contemplado por la fracción I del artículo 171 es plurisubsistente: "Al que viole dos o más veces los reglamentos o disposiciones sobre tránsito o circulación de vehículos, en lo que se refiere a exceso de velocidad", porque cuando esa violación ocurre una sola vez, no se integra el tipo y, en consecuencia, no se conforma el delito.⁴⁸

2.2.9. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS UNISUBJETIVOS Y PLURISUBJETIVOS

Como su nombre lo indica, tal clasificación atiende al número de sujetos que intervienen en la perpetración del delito, quedando como delitos unisubjetivos, aquellos que son perpetrados por un solo sujeto y entendiendo a los plurisubjetivos como aquellos en que intervienen varios sujetos.

⁴⁸ F. Castellanos, op. cit. pp. 142, 143.

De acuerdo con la cantidad de agentes que deben intervenir en el delito, éste puede ser:

a) **UNISUBJETIVO.**- Para su integración se requiere un solo sujeto activo.

b) **PLURISUBJETIVO.**- Para su configuración se requiere la concurrencia de dos o más sujetos. Por ejemplo: adulterio, incesto.

2.2.10. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS POR SU FORMA DE PERSECUCIÓN

Esta clasificación se refiere a la forma en que los órganos del Estado procederán en contra del inculpado, son dos: de oficio y de querrela necesaria; la primera se refiere a la denuncia que formula cualquier persona, haciendo del conocimiento del agente del ministerio público los hechos que presumiblemente constituyen algún delito, en estos casos el órgano investigador iniciará los procedimientos de investigación forzosamente; en cuanto a la querrela necesaria, ésta solo procederá a petición de parte legítima, es decir procederá mediante los hechos que haga del conocimiento al agente del ministerio público, quien considere haber sido lesionado en su esfera jurídica, con la diferencia de que aquí la legislación permite al querellante, proceder o no en contra del activo, además se caracteriza porque en estos casos procede el perdón al ofendido por parte del querellante o de quien represente sus derechos.

Pues bien, los delitos por su forma de persecución o por su procedibilidad o perseguibilidad, Griselda Amuchategui, en su obra titulada *Derecho Penal*, nos dice:

Se refiere a la forma en que debe procederse en contra el delincuente, a saber:

a) De Oficio.- Se requiere la denuncia del hecho por parte de cualquiera que tenga conocimiento del delito. La autoridad deberá proceder contra el presunto responsable en cuanto se entere de la comisión del delito, de manera que no sólo el ofendido puede denunciar la comisión del delito.

La mayoría de los delitos se persiguen de oficio, en cuyo caso no procede el perdón del ofendido.

b) De Querella Necesaria.- A diferencia de los anteriores, éste sólo puede perseguirse a petición de parte, o sea, por medio de querrela del pasivo o de sus legítimos representantes.

La situación anterior se presenta en función de la naturaleza tan delicada y personal del delito. La ley deja a criterio de la propia víctima proceder o no contra el delincuente, pues en algunos casos la consecuencia llega a tener una afectación casi tan grave como el propio delito, a veces incluso mayor. Por su naturaleza, procede el perdón del ofendido y cabe destacar que la minoría de los delitos son perseguibles por querrela de la parte ofendida.

La regla para saber si un delito se persigue de oficio o por querrela es la siguiente: cuando se persigue por querrela de parte, el propio precepto legal lo indica, ya sea en el mismo artículo donde se define el delito o en otro; en cambio los delitos perseguibles de oficio no tienen dicho señalamiento de manera que al ser omisa esa prescripción, se entiende que son perseguibles de oficio.⁴⁹

⁴⁹ G. Amuchategui, op. cit. pp. 60, 61.

No obstante la facilidad con que lo expone Griselda Amuchategui, tomaremos reiterativamente la opinión del Doctor Castellano Tena, pues como ya aludimos, resulta por demás didáctica para el lector:

Como una reminiscencia del período de la venganza privada, se conserva en las legislaciones un grupo de delitos que sólo pueden perseguirse si así lo manifiesta el ofendido o sus legítimos representantes. Estos delitos son llamados probados o de querrela necesaria, cuya persecución sólo es posible si se llena el requisito previo de la querrela de la parte ofendida. Manuel Rivera Silva --entre otros-- opina que no deben existir delitos perseguibles según el criterio de los ofendidos: el Derecho Penal, tan sólo debe tomar en cuenta intereses sociales y, por lo mismo, no abrazar situaciones que importen intereses de carácter exclusivamente particular. Si el acto quebranta la armonía social, debe perseguirse independientemente de que lo quiera o no la parte ofendida y si por cualquier razón vulnera únicamente intereses particulares, ese acto debe desaparecer del catálogo de los delitos para ir a hospedarse a otra rama del Derecho.

La razón por la cual se mantiene en las legislaciones estos delitos perseguibles por querrela de la parte ofendida, se basa en la consideración de que, en ocasiones, la persecución oficiosa acarrearía a la víctima mayores daños que la misma impunidad del delincuente.

Los delitos perseguibles de oficio son todos aquellos en los que la autoridad, previa denuncia, está obligada a actuar, por mandato legal, persiguiendo y castigando a los responsables, con independencia de la voluntad de los ofendidos. Consecuentemente, en los delitos perseguibles de oficio no surte

efecto alguno el perdón del ofendido, a la inversa de lo que ocurre en los de querrela necesaria.

La mayor parte de los delitos se persiguen de oficio y sólo un reducido número a petición de la parte agraviada. Entre éstos pueden citarse el adulterio, el estupro, el rapto (hoy derogado), el abuso de confianza, etc.⁵⁰

2.2.11. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS COMUNES, FEDERALES, OFICIALES, MILITARES Y POLÍTICOS

Esta clasificación resulta por demás importante para el desarrollo de este capítulo, pues al tema que nos ocupa, diferenciaremos cuales son los delitos comunes y cuales los federales, a su vez realizaremos un nuevo cuadro sinóptico en relación a cuáles son los delitos graves comunes, pues sin este último tema resultaría irrelevante haber hecho tal estudio, no obstante hemos da recordar al lector que lo que se pretende con este estudio, es graficar la diversidad de criterios respecto a la procedencia o la improcedencia del beneficio legal de libertad provisional en los delitos graves del orden común para el Distrito Federal, cuando dichos delitos son ejecutados an grado de tentativa.

DELITOS COMUNES Y FEDERALES

Para comenzar la clasificación de los delitos comunes y federales, tomaremos la opinión de Castellanos Tena:

Los delitos comunes constituyen la regla general; son aquellos que se formulan en las leyes dictadas por las legislaturas locales; en cambio, los federales se establecen en las leyes expedidas por el Congreso de la Unión. Por carecer el Distrito Federal de Poder

⁵⁰ F. Castellanos, op. cit. pp. 144.

Legislativo propio, el mismo Congreso Federal legisla en materia común (interna en el Distrito), equiparándose --cuando ejerce estas funciones-- a la Cámara local de las Entidades Federativas.⁵¹

En efecto, existe una confusión entre las competencias federales y las locales, para diferenciar cuales delitos son los comunes y cuales son los federales en el Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común (aplicación común en el Distrito Federal en los ámbitos de competencia que fijen las leyes a los juzgados penales comunes) y para toda la República en Materia Federal.(aplicación federal en los ámbitos de las competencias que fijen las leyes a los juzgados penales federales.), pues a este respecto nos comenta Francisco González de la Vega

Teniendo un carácter mixto, importa fijar las reglas determinadoras de las competencias de los tribunales comunes y de los federales. Las reglas generales contenidas en el Libro I no ofrecen dificultad de diferenciación porque, por su propio carácter de generalidad, son aplicables a los delitos de ambos fueros.

En materia de delitos en particular se presenta el problema de su distinción en federales o del orden común. Para resolverlo, las normas primordiales nos las proporciona la constitución a saber:

a) Por regla general, el conocimiento de los delitos compete a las autoridades comunes de los Estados de la República y del Distrito Federal, porque nuestro sistema federal está basado en el principio de que a la federación corresponde sólo las facultades expresamente determinados en la constitución. *Las facultades que no están expresamente determinadas en esta constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados* (art. 124 Constitucional).

⁵¹ F. Castellinos, op. cit. pp. 144, 145.

b) El catálogo general de facultades federales está incluido en el artículo 73 Constitucional, que determina las atribuciones reservadas al Congreso de la Unión; su fracción XXI lo autoriza: Para definir los delitos y faltas contra la federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse.

c) Corresponde a los tribunales de la federación conocer: I. De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales, o con motivo de los tratados celebrados con las potencias extranjeras...(Parte del artículo 104 constitucional). En lo que concierne a este último precepto, adviértase que en materia criminal no cabe aplicar el principio de que cuando la materia federal sólo afecte intereses particulares, aparte de las autoridades de la Federación podrán conocer también, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común, dado que el Derecho penal es una rama del Derecho Público y su aplicación interesa en forma fundamental a la colectividad; en consecuencia, las violaciones delictivas federales son de la exclusiva competencia del fuero federal.

d) En materia penal los jueces de distrito con jurisdicción en la materia, de acuerdo con la fracción I del artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, conocerán: I De los delitos del orden federal: a) Los previstos en las leyes federales y en los tratados; b) Los señalados en los artículos 2o. a 5o. de Código Penal; c) Los oficiales o comunes cometidos en el extranjero por los agentes diplomáticos, personal oficial de las legaciones de la república y cónsules mexicanos; d) Los cometidos en las embajadas y legaciones extranjeras; e) Aquellos en que la federación sea sujeto pasivo; f) Los cometidos por un funcionario o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con

motivo de ellas; g) Los cometidos en contra de un funcionario o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas; h) Los perpetrados con motivo del funcionamiento de un servicio público federal, aunque dicho servicio este descentralizado o concesionado; i) Los perpetrados en contra del funcionamiento de un servicio público federal o en menos cabo de los bienes afectados a la satisfacción de dicho servicio, aunque éste se encuentre descentralizado o concesionado; j) Todos aquellos que ataquen, dificulten o imposibiliten el ejercicio de alguna facultad reservada a la Federación.⁵²

(Es nuestro deber aclarar que el artículo citado ya no corresponde a la Actual Ley Orgánica del Poder Judicial Federal ya que el ordenamiento citado fue abrogado por el artículo tercero transitorio de la nueva ley, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el día 26 de Mayo de 1995.)

Desde luego, si nos basamos en lo que dice el artículo 124 de nuestro máximo ordenamiento legal, comprenderemos que una de las facultades que no esta expresamente concedida a los funcionarios federales y por lo tanto se encuentran reservadas a los Estados, es aquella que el artículo 73 del mismo orden legal alude: "El Congreso tiene facultad: fracción XXI.- Para definir los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse;" por lo tanto en sus facultades Constitucionales el Congreso ejerce a través del artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación la competencia de los Juzgados de Distrito en materia penal, en cuanto hace a delitos federales y por exclusión los reservados a los Estados quedarían comprendidos en otro rubro, y por ende, a la competencia de los juzgados penales del fuero común.

Cabe aclarar al lector que desarrollamos un cuadro sinóptico de los delitos graves del orden común para el Distrito Federal, pues elaborar un cuadro

⁵² F. González de la Vega, op. cit. pp. 3, 4.

sinóptico de los delitos del orden común resulta irrelevante para las finalidades esenciales de esta tesis profesional.

CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS GRAVES DEL ORDEN COMÚN EN EL DISTRITO FEDERAL

1. Homicidio por culpa grave. (Art. 60 párrafo tercero C.P.D.F.)
2. Corrupción de menores (Art. 201 C.P.D.F.)
3. Violación (Arts. 265, 266, 266 bis C.P.D.F.)
4. Asalto (Arts. 286 párrafo segundo, 287 C.P.D.F.)
5. Homicidio (Arts. 302 en relación al 307, 313, 315-bis, 320, 323

DELITOS GRAVES C.P.D.F.)

- (Art. 268 C.P.P.D.F.)
6. Secuestro (Art. 366 exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo C.P.D.F.)
 7. Robo Calificado (Arts. 367 en relación con el 370 párrafos segundo y tercero cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381, fracción VIII, IX y X, y 381-bis C.P.D.F.)
 8. Extorsión (Art. 390 C.P.D.F.)

Resulta de capital importancia desarrollar un cuadro sinóptico de los delitos federales, pues fuera de este rubro se entienden comprendidos los delitos del orden común para el Distrito Federal.

CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS FEDERALES

(Art. 50 Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación)

- a) Los previstos en las leyes federales y en los tratados.**
- b) Los señalados en los artículos 2o. a 5o. de Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal.**
- c) Los cometidos en el extranjero por los agentes diplomáticos, personal oficial de las legaciones de la república y cónsules mexicanos.**
- d) Los cometidos en las embajadas y legaciones extranjeras.**
- e) Aquellos en que la federación sea sujeto pasivo.**
- f) Los cometidos por un servidor público o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas.**
- g) Los cometidos en contra de un servidor público o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas.**
- h) Los perpetrados con motivo del funcionamiento de un servicio público federal, aunque dicho servicio esté descentralizado o concesionado.**
- l) Los perpetrados en contra del funcionamiento de un servicio público federal o en menoscabo de los bienes afectados a la satisfacción de dicho servicio, aunque éste se encuentre descentralizado o concesionado.**
- j) Todos aquellos que ataquen, dificulten o imposibiliten el ejercicio de alguna facultad reservada a la Federación.**
- k) Los señalados en el artículo 389 del Código Penal, cuando se prometa o se proporcione un trabajo en dependencia, organismo descentralizado o empresa de participación estatal del Gobierno Federal.**
- l) Los cometidos por o en contra de funcionarios electorales federales o de funcionarios partidistas en los términos de la fracción II del artículo 401 del Código Penal,**

DELITOS OFICIALES Y MILITARES

En cuanto a los delitos oficiales, los mencionaremos someramente, pues resultan de poca importancia; ya que son aquellos cometidos por un empleado o funcionario público en el ejercicio de sus funciones y como ya vimos, estos delitos son federales, al respecto comenta Castellanos Tena:

Los delitos oficiales son los que comete un empleado o funcionario público en el ejercicio de sus funciones (mejor dicho en abuso de ellas).⁵³

En cuanto a los delitos militares, comenta Ignacio Villalobos:

Son delitos del orden militar aquellas infracciones que afectan la disciplina del Ejército: bien porque directamente signifiquen su desconocimiento y violación o bien porque alguna circunstancia de tiempo, de lugar, de persona o de ocasión, haga que un delito común quebrante a la vez los deberes o las especiales prerrogativas y necesidades del Instituto Militar (artículo 57 del Código de Justicia Militar).

Las preocupaciones de momento, al expedirse nuestra Constitución de 1917, se reflejan en el artículo 13 de dicho Cuerpo de Leyes que, por una parte, acenúa la restricción del fuero del guerra iniciada por ley de 22 de noviembre de 1855, circunscribiéndolo, como se ha dicho, a los delitos y faltas contra la disciplina militar; y por otra elimina toda posibilidad de que un paisano pudiera ser objeto de abusos y atropellos, a la sombra de un fuero más rígido y menos estorbado por garantías y limitaciones técnicas, declarando que "los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo

⁵³ F. Castellanos, op. cit. pp. 145.

podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército."⁵⁴

2.2.12. DELITOS POR SU CLASIFICACIÓN LEGAL

Para este capítulo resulta de importancia remitimos al Libro Segundo del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, pues este libro nos da la clasificación legal como sigue:

- 1.- Delitos contra la seguridad de la nación.
- 2.- Delitos contra el derecho internacional.
- 3.- Delitos contra la humanidad.
- 4.- Delitos contra la seguridad pública.
- 5.- Delitos en materia de vías de comunicación y de correspondencia.
- 6.- Delitos contra la autoridad.
- 7.- Delitos contra la salud.
- 8.- Delitos contra la moral pública.
- 9.- Revelación de secretos.
- 10.- Delitos cometidos por servidores públicos.
- 11.- Delitos cometidos en la administración de justicia.
- 12.- Responsabilidad profesional.
- 13.- Falsedad.
- 14.- Delitos contra la economía pública.
- 15.- Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual.
- 16.- Delitos contra el estado civil y bigamia.
- 17.- Delitos en materia de inhumaciones y exhumaciones.
- 18.- Delitos contra la paz y seguridad de las personas.
- 19.- Delitos contra la vida y la integridad corporal.

⁵⁴ I. Villalobos, op. cit. pp. 223.

20.- Delitos contra el honor.

21.- Privación de la libertad y de otras garantías.

22.- Delitos en contra de las personas en su patrimonio.

23.- Encubrimiento.

24.- Delitos electorales y en materia de Registro Nacional de Ciudadanos.

CAPITULO III

LOS GRADOS DE EJECUCIÓN DEL DELITO

El estudio de este tercer capítulo resulta importante para el objeto de este tema, toda vez que orientará al lector en los distintos grados en que se ejecutan los delitos; así mismo comprende el análisis completo que hace el delincuente en la participación de los ilícitos penales; partiendo por lo tanto desde su ideación, hasta la consumación misma del ilícito penal.

3.1. ITER CRIMINIS

El Iter Criminis, es la senda a través de la cual camina el delincuente para cometer un delito, esta fase comprende dos etapas; una psicológica y otra física; la primera pertenece al mundo de las ideas o al mundo interno y la segunda pertenece al mundo fáctico o al mundo externo, al respecto el jurista Eugenio Raúl Zaffaroni opina:

En el delito doloso no se pena solo la conducta que llega a realizarse totalmente o que produce el resultado típico, sino que la ley prevé la punición de la conducta que no llega a llenar todos los elementos típicos, por quedarse en una etapa anterior de realización.

Por supuesto que esa etapa anterior debe haber alcanzado cierto grado de desarrollo para que pueda considerársela típica, pues de lo contrario se perdería toda seguridad jurídica. Tengamos en cuenta que el delito se inicia cronológicamente como una idea en la mente del autor, que a través de un proceso que abarca la concepción (idea criminal), la decisión, la preparación, la ejecución, la consumación y el agotamiento, llega a afectar el bien jurídico tutelado en la forma

descrita por el tipo. Este proceso o camino, que va desde la concepción hasta el agotamiento del delito, se llama *iter criminis*. No todo el *iter criminis* puede ser penado, porque de ser así, la seguridad jurídica se desbarataría puesto que estaríamos penando la idea, el pensamiento mismo, es decir, etapas que son puramente internas del autor, lo que violaría el elemental principio jurídico de que el pensamiento no puede soportar ninguna *pena (cogitationis poenam nemo patitur)*.⁵⁵

En razón al propio *Iter Criminis*, Carlos Fontán Balestra, en su obra titulada, *Tratado de Derecho Penal* nos aporta el siguiente razonamiento:

El hecho delictuoso se genera en la mente del autor y se exterioriza en actos, hasta llegar al total agotamiento del delito. Este proceso psicofísico es denominado desde la época de los "prácticos", *iter criminis*.

En ese espacio que va desde la idea a la consumación, se distinguen cuatro etapas: a) la idea; b) los actos preparatorios; c) los actos de ejecución; d) la consumación.

Las ideas y con ellas la decisión del delito, no son punibles: *cogitationis poenam nemo patitur*. Vimos, al ocuparnos de la definición del delito, que es esa una de las funciones de garantía que se logran al concebir el delito como acción.

En cuanto al delito consumado, excluido por definición de la tentativa, se caracteriza por su adecuación directa a una figura delictiva: la tentativa, en cambio, es alcanzada por obra de la norma en la que se

⁵⁵ E. Zaffaroni, op. cit. p. 639

prevé la ampliación de los tipos para llegar a la punición de acciones que sólo concretan parcialmente el tipo objetivo del delito. Descartadas las ideas y la consumación del concepto de tentativa, por los distintos motivos señalados, restan los actos dirigidos a la consumación del delito, sin lograrlo. Pero esa característica es propia tanto de los actos preparatorios como de los de ejecución. La diferencia entre unos y otros significa tanto como distinguir el acto impune del punible, puesto que sólo los actos de ejecución constituye tentativa. Por otra parte es preciso diferenciar los actos de ejecución que sólo concretan parcialmente la acción típica, de los que la cumplen en su totalidad. Este distingo entre actos de tentativa y actos de consumación --que son también actos ejecutivos-- implica determinar la aplicación de la pena fijada para el delito o la que corresponde a la escala de reducción prevista para la tentativa en los códigos que, como el argentino, adoptan en este punto un criterio objetivo.

En la distinción de esas tres situaciones radica uno de los problemas más arduos que presenta el estudio de la tentativa.⁶⁶

También tomaremos la sabia opinión del maestro Raúl Carrancá y Trujillo, en su obra titulada *Derecho Penal Mexicano*:

Fases del iter criminalis.- En el *iter criminalis*, o sea, según los prácticos italianos del siglo XIII en adelante, el camino que recorre el delincuente para dar vida al delito, pueden advertirse dos fases: la interna o psíquica y la externa o física. En la vida del delito concurren una actividad mental y una muscular. A la primera pertenece la idea criminosa (*motivo, deliberación y resolución*); a la segunda, la

⁶⁶ Carlos Fontán Balestra, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Argentina, Editorial Abelardo-Perrot, 1980, p. 374, 375.

manifestación de la idea (*proposición, conspiración, inducción*), la preparación, los actos ejecutivos (*tentativa*) y los de consumación. Salvo en los delitos formales e instantáneos, como el de injurias, en que no caben más que la idea criminosa y la fase externa de consumación, todos los aspectos de cada una de ambas fases se ofrecen más o menos completamente en todos los delitos, si bien no se dan todos los momentos de cada aspecto, pues sólo cuando el dolo es deliberado y no de ímpetu pueden distinguirse con relativa nitidez fases y momentos.⁵⁷

En efecto, todos los juristas coinciden en que el *Iter Criminis* es el camino que recorre el sujeto delincuente, o, si se prefiere llamarle el activo del delito, en la perpetración para la consumación del delito, de este camino se desprenden dos figuras a saber: una fase interna o psíquica y otra fase externa o fáctica, de la primera podemos decir que aún no se exterioriza la conducta del hombre para la comisión del delito y de la segunda decimos que es aquella en la que el activo del delito ejecuta los actos en el mundo real para que se produzca el resultado típico previsto por la ley.

Para un mayor ahondamiento hemos dividido este capítulo en tres temas; el primero se ocupará del *iter criminis*, el segundo de la tentativa y el último de la consumación del delito.

3.1.1. FASE INTERNA DEL ITER CRIMINIS

Tal fase interna del delincuente, se refiere por regla general a la idealización del sujeto en la que concibe, delibera y resuelve para la materialización del delito, a esto le llamaremos fase interna del *iter criminis*; al respecto Francisco Pavón

⁵⁷ R. Cerrancá, op. cit. p. 639.

Vasconcelos en su obra titulada *Breve ensayo sobre la Tentativa*, nos hace la siguiente referencia:

El primer fenómeno (*ideación*) se produce al surgir en la mente del sujeto la idea de cometer un delito.

Esta primera fase se encuentra precedida de varios momentos siempre necesarios. Como ya lo observó Enrique Ferri, si el curso de los sentimientos y de las ideas se agota pasivamente o se neutraliza con los sentimientos o ideas opuestas que tienen carácter inhibitorio, la idea queda como emoción íntima y posteriormente como recuerdo sin llegar a ser decisión volitiva tendiente a una actuación exterior y material; pero, si las fuerzas inhibitorias no son bastantes, el proceso psíquico de las sensaciones entra a formar parte del sentimiento, determinando una idea delictuosa.⁵⁸

Puede suceder que la idea sea rechazada en forma definitiva o bien, suprimida en principio, surja nuevamente, iniciándose la llamada deliberación. Por ésta se entiende el proceso psíquico de lucha entre la idea criminosa y aquellos factores de carácter moral o utilitario que pugnan contra ella. La deliberación supone por tanto, facultad de determinar la voluntad libremente, pues el antagonismo surgido entre la idea criminal y los factores señalados, hacen preciso en el sujeto la plena capacidad de discernimiento y auto determinación.

Entre el momento en que surge la idea criminal y su realización puede transcurrir un corto tiempo o un intervalo mayor, según sea el ímpetu inicial de ella y la calidad de la lucha desarrolla en el psique de sujeto, pero si en éste persiste la concepción criminosa, después de haberse

⁵⁸ Citado por Francisco Pavón Vasconcelos, *Breve Ensayo Sobre la Tentativa*, México, Editorial Porrúa, 1982, p.10.

agotado el conflicto psíquico de la deliberación, se ha tomado ya la resolución de delinquir.

La fase subjetiva no tiene trascendencia penal, pues siendo inexistente la materialización de la idea criminal en actos o palabras, es imposible la lesión de algún interés protegido penalmente; mientras la idea delictuosa permanece en lo íntimo de la conciencia, no se da infracción alguna al orden jurídico. El Derecho regula, esencialmente, relaciones entre personas y por ello el pensamiento no delinque, principio consagrado en la fórmula *Cogitationis poenam nemo patitur*, recogida en el Libro II de la Séptima Partida, en su Título 31, que proviene de la más vigorosa tradición jurídica romana (Ulpiano, 1. 18 D. 48, 19).⁶⁹

No obstante lo anterior, así plantea el maestro Castellanos Tena el tema que nos ocupa:

La fase interna abarca tres etapas o períodos; idea criminosa o ideación, deliberación y resolución.

IDEA CRIMINOSA O IDEACIÓN.- En la mente humana aparece la tentación de delinquir, que puede ser acogida o desairada por el sujeto. Si el agente le da albergue, permanece como idea fija en su mente y de ahí puede surgir la deliberación.

DELIBERACIÓN.- Consiste en la meditación sobre la idea criminosa, en una ponderación entre el pro y el contra. Si la idea resulta rechazada, es anulada en la mente misma, pero puede ocurrir que

⁶⁹ F. Pavón, *op. cit.* p. 10, 11.

salga triunfante. En la deliberación hay una lucha entre la idea criminosa y las fuerzas morales, religiosas y sociales inhibitorias.

RESOLUCIÓN.- A esta etapa corresponde la intención y voluntad de delinquir. El sujeto, después de pensar lo que va a hacer, decide llevar a la práctica su deseo de cometer el delito; pero su voluntad, aunque firme, no ha salido al exterior, sólo existe como propósito en la mente.

El problema de la incriminación de las ideas. En frase que se ha hecho célebre decía Ulpiano; "Cogitationis poenam nemo patitur" (nadie puede ser penado por sus pensamientos) y Rossi, el ilustre clásico, afirmaba: "El pensamiento es libre, escapa a la acción material del hombre; podrá ser criminal, pero no podrá ser encadenado...Por la amenaza de un castigo lo único que se lograría hacer, es que la manifestación del pensamiento fuera mucho más rara; se disminuiría el número de los imprudentes para acrecentar el de los malhechores. Esto es cubrir las chispas para tener el placer de asistir al incendio."⁶⁰ Por su parte Francisco Carrara, el insigne clásico, sostiene que el ejercicio de la justicia está delegado en virtud de la ley del orden, a la autoridad social, para que sean protegidos los derechos del hombre, gracias a una coacción eficaz; pero los derechos del hombre no se ofenden con actos internos; la autoridad humana no puede mandar sobre las opiniones y sobre los deseos. Los pensamientos, sin cometer abusos, no pueden tenerse como delitos. La defensa del orden externo sobre la tierra corresponde a la autoridad; la tutela del orden interno sólo a Dios. Y cuando se dice que la Ley Penal no ha de castigar los pensamientos, se quiere significar que se sustrae a su dominio toda la serie de momentos que

⁶⁰ Citado por F. Castellanos, op. cit. pp. 284, 285.

integran el acto interno: pensamiento, deseo, proyecto y determinación, mientras no hayan sido llevados a su ejecución.⁶¹

A lo anterior sólo agregaremos que la incriminación de las ideas equivaldría a una radical invasión al campo propio de la moral, desentendiéndose entonces el Derecho de su misión especialísima y esencial, a saber; armonizar las relaciones puramente externas de los hombres en vista a la convivencia y a la cooperación indispensables en la vida gregaria.⁶²

Por su parte Miguel Angel Cortés Ibarra opina:

Fase Interna.- El sujeto, generalmente antes de ejecutar materialmente la conducta delictiva, concibe, delibera y resuelve. Es la ideación, deliberación, y resolución, las sucesivas etapas del proceso íntimo.

En la primera, el sujeto se representa mentalmente la realización criminal; surge en él la idea delictiva. Una vez concebida se presenta la deliberación. ésta se caracteriza por el sostenimiento de una lucha interna entre la idea malvada y los factores de solidaridad social que la rechazan.

Una vez agotado el período de contienda, el sujeto toma la decisión de delinquir. Esta es la resolución: es el triunfo de la idea criminal sobre los factores de convivencia social que se oponían.

⁶¹ Citado por F. Castellanos, op. cit. p. 285.

⁶² *Ibidem*.

En nuestro derecho, se ha mantenido el principio de la impunidad de las ideas, que se ha consagrado en la fórmula "Cogitationis poenam nemo petitur". Se considera que ningún episodio de la fase interna entraña lesión o peligro a un interés jurídicamente tutelado. Es imposible objetivizar un daño efectivo sin la manifestación externa que se revela en actos de fundamental carácter material. El proceso interno aislado puede afectar profundamente altos principios de moralidad, pero nunca causar el quebrantamiento de bienes jurídicos.

A pesar de lo expuesto, existe lo que Jiménez de Asúa llama "Zonas intermedias entre la fase interna y la externa" y que a nuestro criterio pertenecen a la fase externa por constituir verdaderas resoluciones manifestadas. Su opinión se justifica en especiales razones de seguridad o prevención. Tales son los delitos de conspiración, amenazas, provocación de un delito. Comete el delito de amenazas: "I. Al que de cualquier modo amenace a otro con causarle un mal en su persona, en su honor, en sus bienes o en sus derechos o en la persona, honor bienes o derechos de alguien con quien esté ligado por algún vínculo, y II al que por medio de amenazas de cualquier género trate de impedir que otro ejecute lo que tiene derecho a hacer". (Art. 282 CP). El delito de conspiración se tipifica respecto a aquellos que resuelvan "de concierto cometer uno o varios de los delitos del presente título (Delitos contra la seguridad de la nación) y acuerden los medios de llevar a cabo su determinación" (Art. 141 C.P.). El dispositivo 209 del mismo ordenamiento legal contiene el ilícito de "Provocación de un Delito y Apología de éste o de algún Vicio." Al que provoque públicamente a cometer un delito o haga la apología de éste o de algún vicio se le aplicarán prisión de tres días a seis meses y multa de 5 a 50 pesos, si el delito no se ejecutare; en

caso contrario, se aplicará al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido.

En estos tipos delictivos se sanciona el propósito externado por poner en peligro un bien jurídicamente tutelado.

No se incrimina la fase interna, sino la manifestación del propósito criminal que es constitutivo del ilícito penal.

Es propiamente el acto exteriorizado mediante movimientos corpóreos o expresiones verbales, lo que se pune, por poner en peligro bienes que la propia ley procura salvaguardar.⁶³

Para dejar esclarecido este tema, realizamos el siguiente cuadro sinóptico:

	IDEA CRIMINOSA O IDEACIÓN.
FASE INTERNA	DELIBERACIÓN.
	RESOLUCIÓN.
ITER CRIMINIS	
	MANIFESTACIÓN.
FASE EXTERNA	PREPARACIÓN.
	EJECUCIÓN.

3.1.2. FASE EXTERNA

De la fase externa, podemos decir que es aquella que da inicio al término de la última resolución, es decir, una vez que el sujeto activo decide llevar a cabo su

⁶³ M.A. Cortés, op. cit. pp. 397-399.

abominable resolución, ésta pasa del mundo de las ideas, al mundo de lo fáctico. De la fase externa, podemos distinguir tres grandes rubros; el primero de ellos conocido como la manifestación; es decir cuando la idea delictuosa surge del interior del activo; este rubro todavía no trasciende jurídicamente, ya que el activo, sólo manifiesta su voluntad en delinquir o invitar a ello y por lo tanto hay forma de castigarlo jurídicamente, salvo los casos conocidos como zonas intermedias entre la fase interna y la externa que plantea Jiménez de Asúa; en cuanto al segundo, se le conoce como la preparación y consiste en los actos preparatorios que realiza el activo para la perpetración del delito; sin embargo, estos actos no son sancionables jurídicamente, a menos que por sí solos constituyan ya una infracción a la ley penal, y por último la ejecución, que consiste en cumplimentar la intención primordial del sujeto delincuente, a su vez éste abre dos caminos; uno la tentativa y el otro la consumación misma del delito. Es importante aclarar estos dos últimos temas, por lo que los estudiaremos uno a uno para su mejor entendimiento.

Al respecto Francisco Pavón Vasconcelos dice:

Quando la resolución criminal se exterioriza a través de la realización de actos materiales, estamos ya dentro de la fase externa u objetiva del delito; penetramos a lo que algunos autores denominan el proceso ejecutivo del delito. Para Maggiore tal proceso comprende: a) la preparación; b) la ejecución; y c) la consumación. La ejecución puede ser subjetivamente completa y objetivamente imperfecta, en cuyo caso se habla de delito frustrado; subjetiva y objetivamente incompleta o imperfecta en el que se habla de delito tentado, tentativa o conato.⁶⁴

Inicialmente se adoptó la clasificación bipartita, diferenciándose entre delito consumado y tentativa, sin distinguir, en cuanto a ésta, si los

⁶⁴ Citado por Francisco Pavón Vasconcelos, *Manual de Derecho Penal*, México, Editorial Porrúa, 1991, pp. 470, 471.

actos realizados agotaban o no subjetivamente el delito. Más tarde los clásicos italianos, con fino sentido analítico, distinguieron la tentativa (conato) del delito frustrado, señalando como carácter de aquel su imperfección respecto a la actividad ejecutiva, al contrario de la frustración, en donde el sujeto realiza todos los actos subjetivamente necesarios para producir el resultado, sin que éste llegue a verificarse por causas ajenas a su voluntad.⁶⁵

La mayoría de los autores y de los Códigos modernos han abandonado ya esta concepción tripartita (tentativa-delito frustrado-delito consumado) para volver a la antigua clasificación bipartita (tentativa-delito consumado), distinguiendo ahora entre la tentativa acabada y la inacabada.⁶⁶

El eminente jurista Fernando Castellanos Tena, en su obra titulada *Linamientos Elementales de Derecho Penal*, opina:

Comprende desde el instante en que el delito se hace manifiesto y termina con la consumación. La fase externa abarca; manifestación, preparación y ejecución.

***Manifestación.* La idea criminosa aflora al exterior, surge ya en el mundo de relación, pero simplemente como idea o pensamiento exteriorizado, antes existente sólo en la mente del sujeto.**

La manifestación no es incriminable. Por excepción, existen figuras de delitos cuyo tipo se agota con la sola manifestación ideológica. El artículo 282 del Código Penal sanciona al que amenace a otro con

⁶⁵ F. Pavón, op. cit p 170.

⁶⁶ Ibidem. p. 470.

causarle un mal en su persona, en su honor o en sus derechos, o en la persona, honor, bienes o derechos de alguien con quien esté ligado con algún vínculo. En este caso y en algunos otros, la manifestación consume o tipifica el ilícito; normalmente, sin embargo, no integra delito. Nuestra Constitución establece como garantía que la manifestación de las ideas no puede ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, a menos que ataque a la moral, los derechos de tercero, perturbe el orden público o provoque algún delito. (Art. 6 Constitucional.)

Preparación. Los actos preparatorios se producen después de la manifestación y antes de la ejecución. Dice Jiménez de Asúa que los actos preparatorios no constituyen la ejecución del delito proyectado, pero se refieren a él en la intención del agente.⁶⁷

Sebastián Soler los define como aquellas actividades por sí mismas insuficientes para mostrar su vinculación con el propósito de ejecutar un delito determinado y para poner en peligro efectivo un bien jurídico dado.⁶⁸

Los actos preparatorios se caracterizan por ser de naturaleza inocente en sí mismos y pueden realizarse con fines ilícitos o delictuosos; no revelan de manera evidente el propósito, la decisión de delinquir. Con razón para Cuello Calón, en el acto preparatorio no hay todavía un principio de violación de la norma penal. El delito preparado es un delito en potencia, todavía no real y efectivo. El pensamiento es casi unánime en el sentido de la no punición de dichos actos. Por excepción, nuestro Código sanciona algunos que

⁶⁷ Citado por F. Castellanos, op. cit. p. 286.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 286.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

por sí mismos agotan el tipo relativo, más no significa que al erigirlos la ley en delitos, permanezcan como actos preparatorios, habida cuenta de que los comportamientos colman los tipos correspondientes, pero intrínsecamente poseen la naturaleza de verdaderos actos preparatorios; tal es el caso del artículo 256 al establecer sanciones para los mendigos a quienes se aprehenda con un disfraz, ganchúas, armas o cualquier otro instrumento que dé lugar para sospechar su propósito de cometer un delito. (es importante aclarar al lector que el artículo que cita el Doctor Castellanos, fue derogado por reforma publicada en el Diario Oficial el día 30 de Diciembre de 1991). Este precepto, sea dicho de paso, además de anacrónico, rompe con el principio de igualdad, porque los potentados portadores de los instrumentos señalados, jamás pueden cometer el delito de referencia.

Ejecución. El momento pleno de ejecución del delito, puede ofrecer dos diversos aspectos: tentativa y consumación. Se llama consumación a la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal.⁶⁹

Una vez entendido que la fase externa no es punible salvo vía de excepción, sino hasta su ejecución que ésta a su vez se divide en manifestación, preparación y ejecución, siendo la última de éstas punible por nuestra legislación penal, pasaremos al estudio relativo a la tentativa y después a la consumación misma del delito.

⁶⁹ F. Castellanos, op. cit. p. 287.

3.2. TENTATIVA

3.2.1. CONCEPTO

El presente tema abarcará el concepto de la tentativa, más adelante, hablaremos de la tentativa que fundamenta nuestra legislación penal positiva para el Distrito Federal; por el momento, tomaremos el estudio que hace Jiménez Huerta al respecto:

La figura de la tentativa, cual violación en grado inferior de la norma incriminadora, se encuentra lógicamente --dice Vannini-- sólo en la concepción realista del delito: fuera de semejante concepción no existe puesto para ella. No existe puesto para la tentativa allí donde un sistema penal conciba el delito de otro modo que como una particular ofensa causada a un determinado bien jurídico por un comportamiento culpable. Sólomente cuando el delito se ha entendido realísticamente, esto es, como violación de un bien o protegido por la norma, es concebible la consideración jurídica de un culpable comportamiento del bien jurídico que no llega a inferir la ofensa prohibida por la norma misma.⁷⁰

Es necesario, para que pueda entrar en función, que la figura típica que trata de ampliar admita una ejecución graduada, susceptible de quedar incompleta en alguno de los momentos de su realización. No puede, por tanto, ontológicamente entrar en función en aquellas figuras que se consuman por un solo acto, esto es, en los delitos unisubsistentes, o sea, en aquellos que no admiten un fraccionamiento de la conducta en diversos actos, sólo en orden al los

⁷⁰ Citado por Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, Tomo I, México, Editorial Porrúa, 1972, p.229.

delitos plurisubsistentes entra, pues, en juego el dispositivo de la tentativa...⁷¹

Para determinar el ámbito objetivo del dispositivo de la tentativa es preciso partir, en cada caso concreto, de la base típica, como punto de origen. La base típica representa la idea del delito perfecto, o séase, del que, por considerarse consumado, es objetiva y abstractamente tipificado en la ley;⁷² pues si el dispositivo de la tentativa tiene como ratio amplificar el tipo penal, obvio es que forzosamente ha de partirse del concreto tipo que se trata de ampliar; si así no fuere, se perdería la forzosa conexión conceptual que tiene que existir entre la figura típica y el dispositivo legal que hace posible esta amplificación. La amplificación típica que se logra en virtud de este dispositivo, no acrecienta el tipo en todos sus elementos, sino que, cubriendo la función para que fue creada, alarga solo su contorno y dimensión temporal, ya que capta otros momentos de la propia conducta antijurídica del sujeto activo, diversos y anteriores al consumativo que el tipo recoge.⁷³

El dispositivo de la tentativa tiene su límite máximo en la imagen del delito perfecto o consumado que se recoge en la base típica del concreto delito. Su ámbito conceptual se ubica con anterioridad a dicha base. Y como también en el universo filosófico de las esencias todo tiene principio, el dispositivo de la tentativa presenta asimismo un límite mínimo, a modo de conceptualizar la frontera en la que finaliza esta temporánea amplificación.⁷⁴

⁷¹ Citado por M. Jiménez, op. cit. p. 230.

⁷² *Ibidem*, p. 233.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 229, 233.

Respecto a la tentativa, Miguel Angel Cortés Ibarra opina:

Hay tentativa cuando se realizan actos encaminados objetiva y subjetivamente a la consumación de un delito, si éste no se produce por la invasión de causas interrumpidas, externas y ajenas a la voluntad del agente. Para Carrara la tentativa es un delito imperfecto, incluso, que no agota los substanciales elementos materiales y subjetivos necesarios para la consumación. El delito presenta una degradación en la fuerza física, porque no está perfecta la ofensa a la ley (Carrara).

La genérica noción de tentativa se desmembra en los siguientes elementos:

1o. Intención de cometer un delito. En la tentativa el agente debe realizar su conducta con propósito criminal, de aquí la imposibilidad de presentarse este instituto en los delitos culposos o preterintencionales, aunque Mezger lo admita.

2o. Actos enderezados materialmente a ejecutar un delito (elemento objetivo). La conducta debe, directa y adecuadamente, dirigirse a darle realidad íntegra a un delito. Aquí se plantea el problema del delito imposible que oportunamente analizaremos.

3o. Intervención de causas ajenas a la voluntad del agente ya que impiden el acaecimiento del resultado dañoso; por ejemplo: la llegada de una persona que sorprende al ladrón; o la acción del extraño que desapodera del puñal al agente en los momentos precisos en que éste se lanzaba contra su víctima amenazadoramente. El desistimiento

y el arrepentimiento son capítulos incluidos en este fundamental elemento.⁷⁵

Del asentamiento de Mariano Jiménez Huerta, hay que resaltar que no todos los delitos admiten la tentativa; solamente admitirán la tentativa aquellas figuras típicas que admiten en su ejecución una graduación al momento de su realización.

No todos los delitos graves del orden común para el Distrito Federal son susceptibles de esta graduación o de ejecutarse en grado de tentativa; en cuanto toca a Miguel Angel Cortés Ibarra, hay que resaltar tres momentos: 1. La intención del activo en cometer un delito (exclusivamente delitos dolosos), 2. Los actos ejecutados materialmente deben ser encaminados a ejecutar el delito. (elemento objetivo) y, 3. Intervención de causas ajenas a la voluntad del agente en la realización del delito. Hay que hacer mención al lector que estos temas los retomaremos al finalizar el capítulo, así mismo haremos un cuadro sinóptico de los delitos graves del orden común en el Distrito Federal que son susceptibles de ejecutarse en tentativa.

3.2.2. LA TENTATIVA ACABADA

Se habla de tentativa acabada o delito frustrado, cuando el agente emplee todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecuta los actos encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no se produce por causas ajenas a la voluntad.⁷⁶

Cuando el autor ha concluido los actos corporales del caso para producir el resultado, de modo que para la realización ya sólo

⁷⁵ M.A. Cortés, *op. cit.* pp. 400, 401.

⁷⁶ F. Castellanos, *op. cit.* p. 291.

importan acontecimientos que están más allá de la acción, tenemos entonces la tentativa concluida.

Señala Frank y con él Mezger, que la distinción entre tentativa acabada o inacabada sólo podrá hacerse en relación con el plan del autor, pues la misma conducta externa puede constituir tentativa acabada o inacabada, según que el autor entienda su actividad ya concluida o entienda su actividad ya concluida o entienda que exige aún continuarse.⁷⁷

Los autores coinciden en que la tentativa acabada es aquella que por algunos autores también es conocida como delito frustrado; consiste en que el agente activo del delito realice todos los actos necesarios y que éstos a su vez los encamine al resultado típico prohibido por la ley, sin que tenga vida por causas ajenas a la voluntad del activo. Si bien este tema resulta relevante en la praxis, para este estudio resulta necesario mencionarlo y no tan importante es ahondar en él.

3.2.2.1.LA TENTATIVA ACABADA PROPIA

Así mismo, en cuanto a la frustración, puede distinguirse entre la propia, en la que se realizan todos los actos de ejecución, pero el resultado no se consuma por causas ajenas (p.e. administrar un veneno, pero la oportuna intervención médica impide la muerte).⁷⁸

En efecto, la tentativa acabada propia no es más que una modalidad de la tentativa acabada que consiste en la ejecución idónea de los actos materiales por parte del sujeto activo, para la realización típica prohibida por la ley, sin embargo

⁷⁷ C. Fontan, op. cit. pp. 392, 393.

⁷⁸ R. Carrancá, op. cit. p. 642.

estos actos son impedidos por una causa ajena de la voluntad del agente, es decir, es acabada objetivamente e incompleta subjetivamente.

3.2.2.2. LA TENTATIVA ACABADA IMPROPIA O IMPOSIBLE

La impropia o imposiblees aquélla en que:

...realizandose también todos los actos de ejecución, el resultado es imposible por una radical imposibilidad (*sic*) (p.e. administrar un abortivo a una mujer no embarazada...La frustración impropia es también llamado delito imposible.⁷⁹

No obstante haber producido el inicio de un comportamiento finalísticamente encaminado a la realización de un delito, puede acontecer que dicho comportamiento devenga atípico por ser inadecuado para alcanzar el resultado propuesto, ora debido a la inconcurrencia fáctica de alguno de los elementos que conforman la figura típica, ora debido a la imposibilidad causal de la acción.

Con un criterio estrictamente formal puede ya afirmarse que a extramuros del círculo de las acciones típicas, hállanse aquellas conductas que temporal, espacial, personal u objetivamente se emprenden --como subraya Beling-- fuera del mundo circundante que integra el contenido del tipo... Pero aparte y al unisono de esta imposibilidad formal a que se acaba de hacer mención, existe una imposibilidad ontológica. Si la razón de la incriminación de la tentativa radica en la necesidad de extender la protección que los tipos otorgan a determinados bienes jurídicos, a aquellos actos que implican un peligro de lesión, se perfila conceptualmente el

⁷⁹ R. Carrancá, op. cit. p. 642.

pensamiento de que tan sólo es punible la tentativa racionalmente peligrosa.⁸⁰ Entre los penalistas modernos, Hippel considera que como la tentativa presupone el peligro objetivo de realización del concreto delito, sólo es punible si, según un recto juicio basado en las condiciones que subsistían en el momento del hecho, la realización del delito era posible;⁸¹ Ranieri arguye que si la tentativa es punible porque pone en peligro un bien jurídico, esto delimita la tentativa punible de la no punible, la cual se tiene cuando el bien jurídico no es puesto en peligro;⁸² y, finalmente Bettiol señala que como lo que cuenta es asegurar la integridad y el mantenimiento de los bienes individuales y sociales contra todo peligro de lesión efectiva o potencial, se reacciona contra el acto idóneo realizado con intención de causar ofensa a un bien jurídico.⁸³

En resumen, esta clasificación de la tentativa se refiere a los actos realizados que no tienen la capacidad de poner en peligro o está imposibilitado para lesionar el bien jurídico tutelado por el Estado.

3.2.3. LA TENTATIVA INACABADA

También es conocida como delito intentado y se refiere a todos aquellos actos que encamina el sujeto para producir un resultado típico, sin embargo, el resultado no se consuma en su realización porque el sujeto activo omite por error o por alguna causa externa o análoga realizar el acto que daría el triunfo a su actuar criminoso, el maestro Fernando Castellanos los explica:

⁸⁰ Citado por M. Jiménez, op. cit. p 252.

⁸¹ Ibidem. p 253.

⁸² Ibidem.

⁸³ Ibidem.

En la tentativa inacabada o delito intentado, se verifican los actos tendientes a la producción del resultado, pero por causas extrañas, el sujeto omite alguno (o varios) y por eso el evento no surge; hay una incompleta ejecución, v. gr.: si se tiene ya atada a la víctima y se le está haciendo ingerir un tóxico preparado de antemano, mas de pronto se presenta un tercero y rompe el recipiente, impidiendo así que beba todo el contenido. Se dice que el delito intentado no se consuma ni subjetiva, ni objetivamente; en tanto el frustrado se realiza subjetiva pero no objetivamente; por ejemplo, cuando alguien administró veneno en cantidad suficiente para causar la muerte, pero ésta no ocurrió por causas ajenas a su voluntad, como la inesperada intervención del médico.⁶⁴

El tema de la tentativa no puede concluirse sin antes hacer referencia a la legislación penal sustantiva para el Distrito Federal, la cual en su artículo 12 nos dice:

Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52 el menor o mayor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de

⁶⁴ F. Castellanos, op. cit. pp. 289, 290.

aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.”

El artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal, en su primer párrafo nos indica que: “habrá tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza”, esto implica la fase externa del *iter criminis* y porplamente dicho a la preparación de la fase externa, esto quiere decir que la realización debe ser total o parcial; puniendo por tanto la tentativa acabada (concebida como propia), y la inacabada (en la conceptualización que estudiamos.). El segundo párrafo se refiere a la imposición de la pena, tomándose en cuenta el grado de aproximación a la consumación del delito.

En cuanto al último párrafo, éste se refiere a la tentativa acabada impropia, pues sería imposible que produjera el resultado típico, y en cuanto al desistimiento que alude el párrafo en comento; como no hay bien jurídico afectado, sería imposible punirlo. Ahora bien, si se derivan otras conductas posiblemente punibles, serán sancionadas de manera autónoma.

Es cierto que no todos los delitos graves de la legislación penal positiva para el Distrito Federal tienen la posibilidad consumarse con su sola aparición en la vida jurídica y como consecuencia no todos pueden presentar el nivel de conato, sin embargo existen delitos que sí pueden presentar en su realización el grado de tentativa y según nuestro estudio son los siguientes:

DELITOS GRAVES DEL ORDEN COMÚN PARA EL DISTRITO FEDERAL QUE PUEDEN PRESENTARSE EN GRADO DE TENTATIVA.

- 1. Corrupción de menores (Art. 201 C.P.D.F.)**
- 2. Violación (Arts. 265, 266, 266 bis C.P.D.F.)**
- 3. Asalto (Arts. 286 párrafo segundo, 287 C.P.D.F.)**

4. Homicidio (Arts. 302 en relación al 307, 313, 315-bis, 320, 323 C.P.D.F.)

5. Secuestro (Art. 366 exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo C.P.D.F.)

6. Robo Calificado (Arts. 367 en relación con el 370 párrafos segundo y tercero cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381, fracción VIII, IX y X, y 381-bis C.P.D.F.)

7. Extorsión (Art. 390 C.P.D.F.)

3.3. CONSUMACIÓN DEL DELITO

Por consumación debemos entender el triunfo de la mente criminosa en el mundo fáctico y ésta consiste en la producción del resultado típico que ocurre en el momento preciso de dañar o afectar el bien jurídico tutelado por el estado, sin embargo existen límites para la tentativa, entendiendo a estos límites como la consumación.

Al respecto el insigne jurista Eugenio Raúl Zaffaroni aporta:

La consumación como límite de la tentativa.- Hay tentativa desde que se inicia la ejecución hasta que se consuma el delito. Con la consumación termina toda posibilidad de tentativa. La determinación del momento en que tiene lugar la consumación puede ser problemática en algunos casos particulares, pero ello no impide su determinación, teniendo en cuenta los elementos de cada tipo de que se trate.

Hay tipos en los que es problemático determinar el momento consumativo, como el hurto, que ha dado lugar a diversas teorías que se estudian en la parte especial. La determinación del momento consumativo es un claro problema de la parte especial, a la que remitimos.

Aquí debemos aclarar que por la forma de consumación suelen distinguirse los tipos en instantáneos y permanentes. Se llama delito instantáneo al que tiene sólo un momento consumativo y permanente al que tiene un estado consumativo, es decir, que la consumación se mantiene en el tiempo como sucede en el secuestro. No es el resultado lo que se mantiene, sino la consumación misma.

De cualquier manera, la circunstancia de que estos tipos tengan una prolongación temporal de la consumación, no les quita que también tengan un momento consumativo (el momento en que se priva de libertad al secuestrado), a partir del cual ya está consumado el delito y termina la tentativa.⁸⁵

⁸⁵ E. Zaffaroni, op. cit. pp. 644, 645.

CAPITULO IV

LIBERTAD PROVISIONAL

El objeto de este capítulo es esclarecer al lector los conceptos doctrinarios y procesales de la libertad, la libertad provisional bajo caución y la libertad provisional bajo protesta, así como la forma procedimental en que se puede obtener el beneficio legal referido, adecuándolo a las reformas procesales publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 10 de Enero de 1994, y desde luego a aquellas reformas constitucionales publicadas en el mismo diario el día 3 y 6 de Septiembre de 1993, en cuanto se refiere el artículo 20 fracción I de nuestro máximo ordenamiento legal.

4.1. LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN

Primeramente tenemos que dejar en claro la confusión que existe entre caución y fianza, figuras del derecho que comúnmente se confunden en la práctica de los tribunales de justicia de lo penal; la primera es sinónimo de garantía y se utiliza como género, es decir la caución es el género que se utiliza para denominar cualquier garantía; en términos generales cuando nos referimos a caución (género), implicará una garantía accesoria para el cumplimiento de una obligación principal; ahora bien, la fianza es una especie del género y si el género es la caución, la especie será cualquier otra figura jurídica que derive de ésta, por lo tanto, las especies serán (artículo 552 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal):

- 1.- Depósito en efectivo.
- 2.- Fianza personal
- 3.- Prenda
- 4.- Hipoteca otorgada por el inculpado o tercera persona
- 5.- Fideicomiso de garantía formalmente otorgado

En conclusión tenemos que la denominación de caución es el género y sus especies cualesquiera otras que se desprendan de dicho género.

4.1.1. CONCEPTO

Entendamos a la libertad bajo caución como aquel derecho consagrado en el artículo 20, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que se otorga a cualquier sujeto que se encuentra sometido a los procedimientos penales, para obtener su libertad, cuando no se trate de delitos graves así especificados por la ley y se garantice el monto estimado de la reparación del daño más las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado.

Resulta por demás importante hacer la mención en cuanto al contenido del artículo 20 fracción I de la Constitución Federal, que fue reformado a partir de la publicación en el Diario Oficial de la Federación el día 3 de Septiembre de 1993 y 6 de septiembre de 1993, es decir que tal reforma realmente entró en vigor a partir del día 6 de Septiembre de 1994, según se desprende de la fe de erratas que se publicaron en el citado Diario Oficial el día 6 de septiembre de 1993 con respecto al decreto de que se trata.

Así pues el texto anterior a la reforma decía:

En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

1. Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo caución, que fijará el juzgador, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito, incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva, a disposición

de la autoridad judicial, u otorgar otra caución bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del juzgador en su aceptación.

La caución no excederá de la cantidad equivalente a la percepción durante dos años del salario mínimo general vigente en el lugar en que se cometió el delito. Sin embargo, la autoridad judicial, en virtud de la especial gravedad del delito, las particulares circunstancias del inculpado o de la víctima, mediante resolución motivada, podrá incrementar el monto de la caución hasta la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años del salario mínimo vigente en el lugar en que se cometió el delito.

Si el delito es intencional y representa para su autor un beneficio económico o causa a la víctima un daño y perjuicio patrimonial, la garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios patrimoniales causados.

Si el delito es preterintencional o imprudencial, bastará que se garantice la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales, y se estará a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores;...

Con la nueva reforma del 3 y 6 de Septiembre de 1993, el texto queda como sigue:

En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

1. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado y no

se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio.

El monto y la forma de caución que se fije deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución inicial;

El juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón al proceso.... Las garantías previstas en las fracciones V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos que las leyes establezcan; lo previsto en las fracciones I y II no estará sujeto a condición alguna.....,

Es pues importante la inovación del texto del artículo en comento ya que establece los siguientes puntos de importancia:

1. Ya no se habla de "los juicios del orden criminal" y de "garantías del acusado", estos son sustituidos por una redacción más técnica, hablándose ahora de "proceso del orden penal" y de "garantías del inculpado".

2. Anterior a la reforma, se podía obtener la libertad provisional bajo caución, tomando en cuenta las circunstancias personales y la gravedad del delito que se imputaba al inculpado, cuando dicho delito, incluyendo sus modalidades mereciera ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no fuera mayor de cinco años de prisión. En la reforma se innova diciendo que el juez deberá otorgarle (al inculpado) la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder

este beneficio. Es pues de suma importancia la nueva redacción del legislador, en el sentido victimológico, cuando habla ya de reparación del daño, sanciones pecuniarias y delitos graves, ya que así podremos saber claramente cuando procede o no el beneficio constitucional de referencia; por otro lado, el pasivo del delito queda garantizado en su esfera patrimonial afectada por la comisión del delito, siempre que exista dicho perjuicio patrimonial. De igual forma el artículo en comento excluye la responsabilidad del juzgador en la aceptación de la garantía y delimita claramente el parámetro en el cual se podrá desplazar el juez para conceder o negar tal beneficio.

3. Así es, prácticamente desaparece la que a nuestro parecer consideramos "caución subjetiva", cuando se refiere a cantidades equivalentes a la perecepción del salario mínimo general vigente del lugar en donde se cometó el delito, estableciéndose que el monto y la forma de la caución, deberán ser asequibles para el inculpaado y en circunstancias especiales la reducción de la caución inicial.

4. En cuanto aludían los últimos dos párrafos del texto anterior en comento, intencionalidad, preterintencionalidad e imprudencialidad, resulta por demás sin importancia, ya que con la clasificación de delitos graves sabemos cuales son intencionales graves y cuales son imprudenciales graves y por lo tanto, sabemos que éstos no procede tal beneficio; en cuanto a la figura de pretrintención, ésta desapareció de nuestro orden legal positivo y por lo tanto es irrelevante comentarla.

5. Lo que sí resulta importante comentar es lo que agrega el segundo párrafo del artículo en comento, cuando nos dice que lo previsto en las fracciones I y II no estará sujeto a condición alguna. Estableciendo por lo tanto una garantía ampliada en las leyes procedimentales para el Distrito Federal que en su momento analizaremos.

Como resultado conceptual, entendemos al beneficio legal de libertad provisional bajo caución como aquel beneficio constitucional que se otorga a

cualquier inculpado que se encuentre sujeto a un proceso penal, consistente en obtener su libertad cuando se garantice el monto de la reparación del daño, las sanciones pecuniarias que puedan imponerse y no se trate de delitos graves, distinguiéndose de este concepto los siguientes elementos:

1.- Es un beneficio Constitucional que no se encuentra sujeto a condición alguna, salvo las propias condiciones constitucionales y las reglamentarias de las leyes secundarias.

2.- Dicho beneficio se refiere a la libertad de un sujeto que se encuentra inmiscuido en un proceso penal y por exclusión no se otorga en algún otro proceso legal.

3.- Para obtener tal beneficio se debe exhibir caución bastante que garantice el monto estimado de la reparación del daño, las sanciones pecuniarias que podrían imponerse y que no se trate de delitos graves que así califique la ley secundaria.

4.1.2. MOMENTO PROCEDIMENTAL EN QUE PUEDE SOLICITARSE

Es de capital importancia para nosotros decir que la reforma publicada en Diario Oficial de la Federación el día 10 de Enero de 1994, viene a revolucionar toda la esquematización que se tenía en materia de libertad, pues con dicha reforma encontramos que el momento procedimental en que puede solicitarse el beneficio legal de libertad provisional bajo caución es el contenido en el párrafo primero del numeral 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, cuando nos dice: "Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa y en el proceso judicial, a ser puesto en libertad provisional bajo caución, inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos:..."; lo anterior en relación con el artículo 557 del mismo orden legal

que alude: "La libertad bajo caución podrá pedirse en cualquier tiempo por el acusado, por su defensor o por el legítimo representante de aquél." Así pues interpretamos en sentido privado que el beneficio referido se puede solicitar en cualquier tiempo durante la fase de averiguación previa y el proceso judicial, (desde la fijación del proceso -auto de radicación o cabeza del proceso- hasta después que dicte sentencia en el tribunal de alzada) cuando se reúnan los requisitos establecidos por la Constitución (garantice el monto estimado de la reparación del daño, más las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado y no se trate de delitos que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio).

Al respecto y en sentido más amplio opina el insigne jurista Jesús Zamora-Pierce, en su obra titulada "Garantías y Proceso Penal" lo siguiente:

En cuanto al momento procedimental en que sea pertinente solicitar y obtener la libertad, el texto constitucional es claro, mas es contrariado por la ley secundaria y la práctica de los tribunales. En efecto, en los términos del artículo 20 fracción I, resulta que la liberación del inculpado debe ser inmediata, esto es, no se supedita a ningún otro acto procesal, con la salvedad de que sólo puede discernir el juez, que supone, simplemente, la iniciación del procedimiento judicial, lo cual ocurre cuando se dicta el auto de radicación, de inicio o cabeza del proceso. Por ello, carece de fundamento el sistema de nuestros códigos procesales, conforme a los cuales la libertad caucional procede hasta el momento en que el inculpado ha rendido su declaración preparatoria (arts. 290, fracción II CPPDF y 154 CFPP). Dado que el juez puede tomar la declaración preparatoria hasta cuarenta y ocho horas después de que el procesado queda a su disposición, durante ese lapso éste se ve impedido para solicitar y obtener la libertad caucional, como podría hacerlo conforme a la Constitución. Debemos señalar que

los jueces, en la práctica de los tribunales, atienden siempre a la disposición procesal, con olvido de la norma constitucional.⁸⁶

4.1.3. SUJETOS PROCESALES FACULTADOS PARA SOLICITARLA

Los sujetos facultados para solicitar la libertad provisional bajo caución son aquellos a que se refiere el artículo 557 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, esto es: el acusado, el defensor o el legítimo representante del acusado; sin embargo, no existe impedimento alguno para considerar que cualquier persona interesada puede solicitar tal beneficio, pues si estamos a la máxima que nos dice; lo que no está prohibido está permitido, aceptamos que cualquier persona podrá solicitarlo y conforme lo establece el artículo en comento dice que "podrá ser solicitada", más no es restrictivo el numeral si nos alude "deberá ser solicitada", pues para el caso de que alguien tramite la libertad del inculcado y ésta sea negada por no ser alguna de las personas referidas en el numeral referido, violaría el espíritu esencial de la Constitución en el artículo 20 fracción primera, pues éste establece un derecho amplísimo en beneficio del inculcado.

Los sujetos procesales facultados para solicitar la libertad caucional, son: el procesado, acusado o sentenciado y el defensor; empero, no existe ningún impedimento para que la gestión, en el orden señalado, la lleva a cabo cualquier persona. Piénsese en el margen amplísimo que en este aspecto señala la Constitución; de tal manera que, todo formulismo encaminado a entorpecer la gestión pertinente para hacer efectiva esa garantía, sería contrario al espíritu mismo de nuestra Carta Jurídica fundamental.⁸⁷

⁸⁶ Jesús Zamora-Pierce, *Garantías y Proceso Penal*, México, Editorial Porrúa, 1993, p.181.

⁸⁷ Guillermo Colín Sánchez *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, México, Editorial Porrúa, 1990 pp. 526, 527.

4.1.4. CASOS EN QUE PROCEDE

Para determinar en qué casos procede el beneficio de libertad provisional bajo caución, debemos recordar cuáles son los delitos en que se permite tal beneficio y por consecuencia cuáles son los delitos que la ley prohíbe conceder tal beneficio; así pues para que proceda el beneficio de referencia, debe hacerse alusión a los delitos graves:

CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS EN FUNCIÓN A SU GRAVEDAD

1. Homicidio por culpa grave. (Art. 60 párrafo tercero C.P.D.F.)
2. Terrorismo. (Art. 139 párrafo primero C.P.D.F.)
3. Sabotaje. (Art. 140 párrafo primero C.P.D.F.)
4. Evasión de Presos (Arts. 150 (con excepción de la parte primera del párrafo primero), 152 C.P.D.F.)
5. Ataques a las vías de comunicación (Art. 168, 170 C.P.D.F.)
6. Corrupción de menores (Art. 201 C.P.D.F.)
7. Violación (Arts. 265, 266, 266 bis C.P.D.F.)
8. Asalto (Arts. 286 párrafo segundo, 287 C.P.D.F.)
9. Homicidio (Arts. 302 en relación al 307, 313, 315-bis, 320, 323 C.P.D.F.)
10. Secuestro (Art. 366 exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo C.P.D.F.)
11. Robo Calificado (Arts. 367 en relación con el 370 párrafos segundo y tercero cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381, fracción VIII, y 381-bis C.P.D.F.)
12. Extorsión (Art. 390 C.P.D.F.)

De los anteriores delitos entendemos que no procede el beneficio de libertad provisional bajo caución y por exclusión, procederá en todos los demás casos,

empero este tema no lo podemos cerrar sin antes recordar al lector que no todos estos delitos son susceptibles de aplicación a este trabajo profesional, pues lo que tratamos de esclarecer es cuáles son los casos en que procede, sí, pero adecuado al caso del orden común en el Distrito Federal cuando se ejecutan en grado de conato, por lo tanto tenemos que señalar los delitos graves para la legislación penal del Distrito Federal:

CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS GRAVES DEL ORDEN COMÚN EN EL DISTRITO FEDERAL

1. Homicidio por culpa grave. (Art. 60 párrafo tercero C.P.D.F.)
2. Corrupción de menores (Art. 201 C.P.D.F.)
3. Violación (Arts. 265, 266, 266 bis C.P.D.F.)
4. Asalto (Arts. 286 párrafo segundo, 287 C.P.D.F.)
5. Homicidio (Arts. 302 en relación al 307, 313, 315-bis, 320, 323 C.P.D.F.)
6. Secuestro (Art. 366 exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo C.P.D.F.)
7. Robo Calificado (Arts. 367 en relación con el 370 párrafos segundo y tercero cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381, fracción VIII, IX y X, y 381-bis C.P.D.F.)
8. Extorsión (Art. 390 C.P.D.F.)

En efecto, fuera de esta clasificación, no podemos englobar a ningún otro delito, pues para el tema que nos ocupa, todos los demás delitos permiten el beneficio de libertad provisional bajo caución, empero, hay que recordar que tal beneficio puede obtenerse en cualquier tiempo (durante la averiguación previa y dentro del proceso) y fuera de los casos especificados anteriormente.

4.1.5. TRAMITACIÓN DE LA LIBERTAD

La tramitación de la libertad provisional bajo caución, la encontramos contenida en el Título Quinto, Sección Segunda, Capítulo II, Artículo 556 y siguientes del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, es decir que ésta se tramitará, según el código adjetivo, de manera incidental, sin embargo nosotros decimos que tal formalidad es incomprensible, pues ésta es solicitada en la práctica del procedimiento penal de manera verbal y excepcionalmente por escrito, pues bien, para poder tramitar tal libertad, debemos reunir algunos aspectos que la propia ley contempla.

En primera debemos llenar los requisitos que exige el artículo 20 fracción I de nuestra Constitución Federal, y como el propio orden jurídico dice: *"Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio"*. Así es, no establece formulismo alguno para tramitar tal beneficio ante el juez y máxime cuando en el párrafo segundo, segunda parte del citado artículo dice: *"...lo previsto en las fracciones I y II no estará sujeto a condición alguna."* Igualmente refuerza y amplía la garantía el artículo 556 del Código Adjetivo diciendo: *"Todo inculpado tendrá derecho (garantía ampliada) durante la averiguación previa y en el proceso judicial, a ser puesto en libertad provisional bajo caución inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos:..."* En efecto no hay fórmula exacta para tramitar dicha libertad, solamente si se reúnen los requisitos Constitucionales y procedimentales, es pues necesario decir cuales son esos requisitos; los primeros quedaron expresados en las líneas que anteceden y los segundos según la ley adjetiva aplicable son:

I Que garantice el monto estimado de la reparación del daño; (Igual que lo exige la ley fundamental) y agrega: Tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, el monto de la reparación no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo;

II Que garantice el monto estimado de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele; (Igual que lo exige la ley fundamental).

III Que otorgue caución para el cumplimiento de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso (garantía personal de su libertad, a través de alguna de las formas de caución que estudiámos al inicio del tema: fianza personal, prenda, hipoteca, fideicomiso de garantía, depósito en efectivo).

IV Que no se trate de delitos que por su gravedad están previstos en el párrafo último del artículo 268 de este código (También quedaron expresados anteriormente).

También se puede tramitar el beneficio de la libertad provisional bajo caución durante la averiguación previa en los términos que establece el artículo 574-bis del ordenamiento adjetivo aplicable que a la letra nos dice: "Lo previsto en este Capítulo será aplicable en lo conducente a la libertad bajo caución que otorgue el Ministerio Público en averiguación previa."; ahora bien, resulta necesario hablar un poco de la forma incidental que prevé el Código adjetivo aplicable.

Aunque ya hayamos estudiado que no existe fórmula exacta para tramitar la libertad caucional, plasmaremos las ideas de García Ramírez y Adato de Ibarra, quienes en su obra titulada *Prontuario del Proceso Penal Mexicano* nos aportan:

"La libertad caucional puede solicitarse en cualquier momento procedimental. Esto quiere decir que podrá hacerse en primera o segunda instancia, y aún después de haberse pronunciado sentencia por el Tribunal de Apelación, cuando sea solicitado amparo directo" (Colín Sánchez, Derecho p. 534). De los términos del artículo 20, fracción I, C., se sigue que la liberación del inculpado debe ser inmediata, esto es, no se supedita a ningún otro acto procesal, con la salvedad de que sólo puede discernirla el juez, cosa que supone simplemente, la iniciación del procedimiento judicial, lo cual se plantea con el auto de radicación, de inicio o cabeza de proceso. Por ello, carece de fundamento el sistema de nuestros Códigos, que posponen la caucional hasta el momento en que el inculpado ha rendido su declaración preparatoria (artículos 290, fracción II, Cdf., y 254 Cf.),⁸⁸ manteniendo así la solución que en su hora acogió el artículo 263 del Cdf. de 1880, que hoy día no tiene razón de ser. "La solicitud de libertad provisional bajo caución puede formularse con eficacia en cualquier fase del proceso: primero o segunda instancia; en ésta, tiene caso cuando el fallo del inferior impuso una pena que no excede de cinco años, a pesar de que la penalidad abstracta correspondiente al delito pudiera tener una media aritmética superior a dicho tiempo" (García Ramírez, Curso, p. 408). Además, "aun cuando la libertad provisional, bajo caución se encuentra enclavada entre los incidentes, no se tramita por separado del procedimiento principal. Esto así en virtud de que en caso contrario tal vez se vulnera la celeridad que la Constitución ha querido imponer al otorgamiento de ese beneficio" (García Ramírez, curso, p. 411). "La libertad provisional bajo fianza o caución que se concede a una persona en

⁸⁸ El artículo 290 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, fué reformado por el artículo segundo del decreto de 22 de Diciembre de 1990, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 8 de Enero de 1991, después fué reformado por el artículo tercero del decreto publicado en Diario Oficial de la Federación de 10 de Enero de 1994, en vigor el primero de febrero del mismo año, para quedar como sigue en el párrafo que alude el autor: "Si el indiciado no hubiese solicitado su libertad bajo caución en averiguación previa, se le hará saber nuevamente de ese derecho en los términos del artículo 20 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y del artículo 566 de este código.

tanto en el proceso se discute la responsabilidad en que incurrió o en que pudo haber incurrido, tiene dos aspectos: uno, el de orden constitucional, consignado como garantía en la fracción I del artículo 20 de nuestro Código Político, y otro, el procesal, que no consiste en otra cosa, más que en la simple regulación que la ley hace de aquella garantía" (Perez Palma, Guía, p. 422).⁵⁹

4.2. LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO PROTESTA

Antes de iniciar el tema relativo a la libertad provisional bajo protesta, hay que aclarar al lector que a raíz de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 10 de Enero de 1994, ha cambiado el esquema de la libertad, por lo tanto los textos y opiniones que se toman no están actualizados, sin embargo por nuestra parte los actualizaremos a los textos vigentes y daremos la explicación que a nuestro parecer es más adecuada.

4.2.1. CONCEPTO

La libertad bajo protesta, también llamada "protestatoria", es un derecho otorgado (por las leyes adjetivas) al procesado, acusado o sentenciado por una conducta o hecho, cuya sanción es muy leve, para que, previa satisfacción de ciertos requilatos legales y mediante una garantía de carácter moral, obtenga su libertad provisional.

En contra posición a la libertad caucional, la libertad provisional bajo protesta no es una garantía consagrada por la Constitución Política; es un hecho establecido por las normas legales del procedimiento, para cuya obtención no se requiere satisfacer ningún requisito de tipo económico, sino de orden moral; "la

⁵⁹ Sergio García Ramírez, Victoria Adato Ibarra, *Prontuario de Procedimientos Penales*, México, Editorial Porrúa, 1993, p. 189.

palabra de honor del procesado". Siendo así, es un derecho potestativo para el beneficiario; en cambio, el órgano jurisdiccional está obligado a concederla, siempre y cuando estén satisfechas las exigencias legales del caso.

Es digno de encomio que nuestra legislación haya instituido este derecho, atendiendo sin duda, entre otros factores, a la situación ruinoso que en el orden económico guardan muchos procesados por delitos leves, quienes no podrán gozar de ese beneficio ante la imposibilidad de cubrir las garantías necesarias para ese objeto. Por otra parte, la libertad provisional bajo protesta, como lo hace notar Gonzalez Bustamante, "evita la imposición de penas corporales de corta duración y la influencia maléfica que ejercen las prisiones en los delincuentes primarios y en los presuntos responsables de un delito que tengan el carácter de procesados, porque de esta manera se elimina, para los ocasionales la promiscuidad y el castigo morboso de las cárceles."⁹⁰

Al igual que la libertad bajo caución, la libertad provisional bajo protesta es, según nuestros Códigos, un incidente. Si bien su tramitación procesal pudiera ser en cierta forma la base de tal consideración, por otra parte, su propia naturaleza, la prontitud con que debe resolverse, y la práctica constante seguida en los tribunales, nos demuestran la simplicidad de su trámite.⁹¹

Desde luego coincidimos con la opinión del profesor Guillermo Colín Sánchez, en la forma de conceptualizar la libertad provisional bajo protesta como una forma procesal de ampliar la garantía de libertad provisional bajo caución, derecho que lo encontramos concedido en el código procedimental y que permite obtener la libertad protestatoria mediante una garantía ya no de carácter pecuniario, sino una garantía de carácter moral, es decir, mediante la palabra

⁹⁰ Citado por G. Colín, op. cit. p. 536.

⁹¹ Ibidem, pp. 536, 537.

de honor del inculpado consistente en no fugarse o extraerse a la acción de la justicia. En efecto, este derecho constituye una ampliación de garantía constitucional en favor del inculpado, por cuanto no está condicionada al otorgamiento de una garantía económica, sin embargo resulta necesario tomar la opinión de Manuel Rivera Silva, quien en su obra nominada *El Procedimiento Penal* opina:

El segundo incidente de libertad que consignan nuestras leyes positivas es el llamado "Libertad provisional bajo protesta." Para explicar, en términos breves, este incidente, se puede decir: es una libertad provisional concedida con la garantía de la palabra de honor. En este incidente el honor sustituye al dinero.⁹²

4.2.2. REQUISITOS PARA SU PROCEDENCIA

El beneficio de libertad provisional bajo protesta, procede en los términos que establece el artículo 552 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, diciendonos éste:

Libertad protestatoria es la que se concede al procesado siempre que se llenen los requisitos siguientes:

- I. Que el acusado tenga domicilio fijo y conocido en el lugar que se siga el proceso.

Esta fracción establece que; si el inculpado tiene domicilio fijo en el lugar donde se ventila el proceso, es más difícil que deje su domicilio para sustraerse a la acción de la justicia, pues como todo hombre; se arraiga a su localidad y difícilmente la dejaría tratándose de un delito de penalidad baja.

⁹² Manuel Rivera Silva, *El Procedimiento Penal*, México, Editorial Porrúa, 1973, p. 353.

II. Que su residencia en dicho lugar sea de un año cuando menos.

El legislador estableció la residencia de un año, porque creemos que una persona que vive un año en determinada localidad, esta comenzando a enraizar sus compromisos.

III. Que a juicio del juez, no haya temor fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia.

Esta fracción fue reformada por el artículo tercero del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 10 de Enero de 1994, en vigor el primero de febrero del mismo año y quedó como se expuso.

IV. Que proteste presentarse ante el Tribunal o Juez que conozca de su causa, siempre que se le ordene.

Esta fracción es en sí la esencia del honor del inculpado, constituye el otorgamiento de la garantía moral que sustituye a la garantía pecuniaria.

V. Que el inculpado no haya sido condenado por delito intencional.

Creemos que esta fracción se estableció de la forma que aparece para probar la solvencia moral del inculpado.

VI. Que se trate de delitos cuya pena máxima no exceda de tres años de prisión. Tratándose de personas de escasos recursos, el juez podrá conceder este beneficio cuando la pena privativa de libertad no exceda de cinco años.

Esta fracción fue reformada por el artículo tercero del decreto de 16 de diciembre de 1991, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 30 del mismo mes y año, después por el artículo tercero del decreto publicado en el

Diario Oficial de la Federación de 10 de Enero de 1994, quedando como lo asentamos, creemos que la intención del legislador es establecer una medida mínima en los delitos leves, innovando en el texto mismo del artículo en comento cuando alude a personas de escasos recursos y estableciendo para éstos una vez más la ampliación de la garantía para las clases más desprotegidas.

No obstante lo anterior, el artículo 553 del citado orden legal, establece un nuevo freno cuando dice: "La libertad protestatoria se concede siempre, bajo la condición de que el agraciado desempeñe algún trabajo honesto."

Por su parte el artículo 555 establece: otros casos de procedencia de la libertad protestatoria: La libertad bajo protesta, procede sin los requisitos anteriores, en los siguientes casos:

I. Cuando se hubiese prolongado la prisión preventiva por más tiempo de que como máximo fije la ley al delito que motivare al proceso. Desde luego si la prisión preventiva es mayor a la pena del delito que motivó el proceso, resultaría ilógico e inhumano que el procesado se mantuviera privado de su libertad, cuando la pena máxima a que pudieran condenarlo ya la cumplió en prisión preventiva.

La fracción anterior encuentra su base constitucional en el artículo 20, fracción X, párrafo segundo al decir: "*Tampoco podrá prologarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso.*" Establece la fracción en comento, una garantía de seguridad jurídica que se eleva a nivel constitucional, prohibiéndose prolongar la prisión preventiva cuando se presume que la pena máxima a que se puede condenar a un inculcado ha sido cumplida en prisión preventiva.

La fracción segunda del artículo 255 establece: "Cuando habiéndose pronunciado sentencia condenatoria en primera instancia, la cumpla

íntegramente el acusado, y esté pendiente el recurso de apelación." Claro, si se dicta un fallo en el que condene al sentenciado y éste a su vez ya cumplió a lo condenado, es de entendido que ya se cumplió con la condena del fallo, aunque haya interpuesto el recurso de apelación y resulte confirmado en el tribunal de alzada, el sentenciado ya cumplió con la ejecución que en su caso podrían imponerle en la sentencia.

4.2.3. MOMENTO PROCEDIMENTAL EN QUE OPERA

La libertad deberá solicitarse por el procesado, acusado o sentenciado, o por su legítimo representante, en el procedimiento del fuero común ante el juez correspondiente; y, en el fuero federal, ante el respectivo juez de distrito.

Tomando en cuenta la naturaleza de la libertad protestatoria y, además, las disposiciones legales que la gobierna, ésta procede en cualquier momento del proceso, es decir, desde que el probable autor del delito ha sido puesto a disposición del juez y no solamente en sentencia (como vulgarmente se cree), pues dados los lineamientos de las leyes adjetivas, éstas así lo consagran.⁹³

Sin embargo aquí hay que hacer referencia a la reforma Constitucional del día 3 de Septiembre de 1993, que en el párrafo segundo, última parte del artículo 20 del máximo orden legal establece que lo previsto en las fracciones I y II no está sujeto a condición alguna, y si bien es cierto que la fracción I del citado numeral establece la inmediatez de la libertad provisional bajo caución y no la libertad protestatoria, y ésta a su vez es una ampliación de la anterior, deberá ampliarse tal libertad protestatoria tanto al proceso como a la averiguación previa.

⁹³ G. Colín, op. cit. pp. 537, 538.

CAPITULO V

DOCTRINA Y DISTINCIÓN DE CRITERIOS EN LA PROCEDENCIA E IMPROCEDENCIA DEL BENEFICIO LEGAL DE LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN

Este quinto y último capítulo pretende dejar en claro los elementos doctrinarios, legales y jurisprudenciales del beneficio legal de libertad provisional bajo caución en los delitos graves del orden común en la legislación penal positiva para el Distrito Federal, cuando éstos son ejecutados en grado de tentativa. Además, demarcar las fronteras existentes entre el criterio de procedencia y de improcedencia legislativa del beneficio legal referido, así como mezclar de manera precisa y estratégica el contenido de los cuatro capítulos precedentes, desechando y acoplando las bases estudiadas.

5.1. LA DOCTRINA.

Desde luego no podemos empezar a hablar de las bases legales positivas y jurisprudencia, sin antes retomar algunas ideas que plasmamos en capítulos anteriores, ideas que intercalaremos momento a momento a razón de lo estudiado, por lo cual ahora iniciaremos con el tema de interpretación de la ley penal y los principios que la rigen

Es importante recordar el principio de proscripción de la analogía, recordando lo sostenido por el Doctor Eugenio Raúl Zaffaroni:

Si por analogía en derecho penal se entiende completar el texto legal en forma de entenderlo como prohibiendo lo que la ley no prohíbe, considerando antijurídico lo que la ley justifica, o reprochable lo que no reprocha, o en general punible lo que no

pena, basando la conclusión en que prohíbe, no justifica o reprocha conductas similares, este procedimiento de interpretación queda absolutamente vedado del campo de la elaboración científico-jurídica del derecho penal. Ello obedece a que sólo la ley del Estado es la que resuelve en qué casos éste tiene injerencia resocializadora afectando los bienes jurídicos del penado con la pena, no pudiendo el juez "completar" los supuestos. Como el derecho penal es un sistema discontinuo, la misma seguridad jurídica, que requiere que el juez acuda a la analogía en el derecho civil, exige que se abstenga de semejante procedimiento.⁶⁴

Para nuestra materia, la ley penal se debe interpretar al contenido estricto de su espíritu, más no podremos analogar, comparar o agregar un supuesto al contenido de las leyes penales, pues hacerlo equivaldría romper con este principio de interpretación de la ley penal.

Con el propósito de reforzar el principio de referencia, resulta de capital importancia para nuestro tema retomar la opinión del Doctor Carrancá y Trujillo:

La doctrina ha sostenido que debe admitirse la aplicación analógica de la ley cuando se trata de causas de justificación, excusas absolutorias o circunstancias atenuantes, si los motivos han sobrepasado a los límites previstos por la misma ley, lo que no sería sino interpretación extensiva y favorable... El principio de la estricta legalidad penal, base del *nullum crimen nulla poena sine lege*, aunque muy combatido por los que niegan el derecho liberal, debe mantenerse no obstante la indefensión social que en ocasiones pueda significar; pues sólo él garantiza la libertad humana frente a

⁶⁴ E. Zaffaroni, op. cit. p. 141

humana frente a las arbitrariedades del poder, que en la aplicación analógica de la ley penal ha encontrado un instrumento de represión dirigido contra los adversarios políticos. La rigidez de ese principio sólo cabría atenuarla tratándose de excluyentes de incriminación, siempre que se tratara de las causas extralegales de justificación y por cuanto en éstas no hay antijuricidad.

Por lo que hace a nuestro derecho, la Constitución prohíbe la interpretación analógica de la ley penal consignando que no es válida, como tampoco lo es la por mayoría de razón (art. 14 párr. 3 const.). Pero es claro que, fundándose la prohibición en el dogma *nullum crimen nulla poena sine lege*, resultaría negado de concederse al juez la facultad de crear delitos no tipificados legalmente, la prohibición constitucional sólo regirá para la interpretación judicial, mas no para la auténtica.⁹⁵

Para entrar al estudio de las leyes positivas y jurisprudencia debemos hablar de cómo se interpreta la ley penal según nuestro estudio

Esa estricta legalidad o estricta aplicación de la ley penal no obsta para que sea posible su interpretación, ya que interpretar no es otra cosa que desentrañar el sentido de una cosa, y si la ley es confusa, interpretarla será aclarar su sentido y si es clara será entender su contenido para adecuarla al caso específico en cuestión, referir el precepto abstracto a la vida real a que se aplica.⁹⁶

Para poder desentrañar el sentido real de la ley penal tenemos que recordar la idea de interpretación de la ley penal, avocándonos a los diferentes sistemas

⁹⁵ R. Carrancá, op. cit. p. 178.

⁹⁶ Ibidem, p. 175.

estudiados; los tipos de interpretación de la ley penal son tres según nos interesa:

1. Según el sujeto que lo realiza.
2. Según el método empleado.
3. Según su resultado.

Cuando estudiamos la interpretación de la ley penal según los sujetos descubrimos que existen tres formas de interpretación; la primera es conocida como privada, la segunda conocida como judicial y por último la llamada legislativa.

De la interpretación privada o doctrinal asentamos que ese tipo de interpretación de la ley, es realizada por los particulares y en su caso por los estudiosos del derecho; de la interpretación judicial afirmamos que aquella es realizada por los tribunales y consiste en la interpretación legal que hacen los jueces, respecto de los juicios que conocen dentro de su ámbito competencial; y para finalizar hablamos de la auténtica o legislativa sosteniendo que aquella la emite el propio legislador para precisar el sentido de las leyes que dicta, pudiendo ser contextual o posterior, según se haga en el mismo texto legal o en otro expedido después, es decir, a veces formula normas aclaratorias de otras en el mismo cuerpo legal, o bien en una ley diferente alusiva a la que pretende desentrañar.

De la interpretación de la ley penal según el resultado afirmamos que es declarativa si a juicio del intérprete las palabras usadas en el texto significan exactamente lo que su entendimiento idiomático, o sea, cuando descubre que la ley dice precisamente lo mismo que expresan las palabras empleadas; es extensiva, si el intérprete concluye que las palabras empleadas en el precepto expresan menos que la voluntad de la ley; el intérprete descubre que es más amplio el ámbito de la disposición. En la interpretación extensiva se amplía el

significado estricto de las palabras empleadas, para lograr que coincida con lo que se quiso expresar, pero que no lo dicen claramente los vocablos utilizados (*minus dixit quam voluit*). En la interpretación extensiva no se pretende ir más allá de la voluntad de la ley, sino descubrirla, a pesar de que en un sentido estricto las palabras dicen menos de lo que se pretendió expresar con ellas. La interpretación restrictiva es aquella que se da cuando el intérprete descubre que las palabras empleadas en la ley expresan más de lo que significan. (*potius dixit quam voluit*). Es progresiva cuando se adecua el texto legal a los elementos cambiantes de cultura, de costumbres y de medio social, comprendidos en la ley o supuestos por ella, y evoluciona de acuerdo con esos factores, aún cuando la redacción del precepto permanezca inalterada.

Por último sostuvimos que la interpretación de la ley penal, según los métodos empleados, sería gramatical y lógica; la primera consiste en atender exclusivamente al estricto significado de las palabras empleadas por el legislador al expedir el texto legal, y la lógica o teleológica tiene por objeto determinar el verdadero sentido de la ley, mediante el análisis del texto legal, por el estudio de la exposición de motivos y de las actas de los trabajos preparatorios.

Una vez comprendido y resumido las ideas fundamentales de los principios que rigen a la ley penal y sus métodos de interpretación, pasaremos a la interpretación privada de las leyes y analizaremos la procedencia del beneficio legal de libertad provisional bajo caución en el siguiente tema.

5.2. CRITERIO DE PROCEDENCIA EN LA LIBERTAD PROVISIONAL SEGÚN LA INTERPRETACIÓN PRIVADA

Iniciamos el tema comentando el cuerpo normativo en el que toda ley secundaria sustenta su base esencial: la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Si nos toca hablar de procedencia de la libertad provisional en los delitos graves del orden común en la legislación positiva, primeramente habremos de hacernos la siguiente pregunta: ¿Cuáles serían los fundamentos constitucionales para hablar de procedencia o improcedencia del beneficio de libertad provisional bajo caución?

La respuesta la encontramos claramente plasmada en las garantías individuales que consagra nuestra Carta Magna. El Título Primero, Capítulo Primero (De Las Garantías Individuales), en su artículo 1 establece:

En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Este precepto legal entraña de manera categórica e innegable el derecho absoluto de igualdad entre todos los seres humanos. Esta declaración de igualdad plasmada en el primer artículo de nuestra Carta Magna, responde a la esencia de la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano". Al señalar que "todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución", se refiere a personas físicas o morales que viven o se hallan establecidas, aunque sea de manera provisional, dentro del territorio de nuestra

nación, sin que importe su nacionalidad, calidad migratoria, sexo, edad, estado civil, tendencia política, religión etcétera, es decir con el sólo hecho que se encuentre en los Estados Unidos Mexicanos, gozará de todas las garantías de libertad, igualdad, propiedad y seguridad jurídica.

Estas garantías pueden suspenderse o restringirse con las condiciones que nuestro máximo orden legal establece, de lo cual surge una nueva pregunta: ¿Cuándo pueden restringirse en nuestra Constitución esas garantías -- y propiamente preguntado en relación al tema que estamos resolviendo -- cuándo puede restringirse esa garantía de libertad.?

Al respecto el artículo 14 de la Constitución Federal nos dice en su párrafo segundo:

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Así es, todo individuo goza de las garantías otorgadas por la Constitución, sin embargo se puede restringir esa garantía de libertad mediante un juicio seguido ante un tribunal previamente establecido, cumpliendo las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho; de lo anterior se desprende que el citado numeral consagra la garantía de audiencia, por lo cual para que un hombre pueda ser privado de la garantía de libertad, deberá ser oído y vencido en juicio por un tribunal preestablecido y con leyes expedidas antes del hecho imputado.

Esta garantía no tendría razón de ser si no supiéramos cuáles son los casos en que puede ser privado un sujeto de la libertad, a tal respecto encontramos lo contenido en el artículo 16 de nuestro supremo orden:

Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles, o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley

prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal."

Del numeral plasmado encontramos que son tres los supuestos en que podemos ser privados de la garantía de libertad, según nuestra Constitución:

- 1. Mediante orden de aprehensión librada por una autoridad judicial, siempre que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho que la ley señale como delito, siempre que ese delito sea sancionado cuando menos con pena privativa y que existan datos suficientes que acrediten los elementos de integración del tipo penal así como la responsabilidad del indiciado.**
- 2. Cuando se trate de delito flagrante cualquier persona lo podrá hacer, con la condición que se ponga inmediatamente a disposición del agente del Ministerio Público, ya sea que lo haga quien lo detuvo o la autoridad inmediata (generalmente policías).**
- 3. Cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado puede sustraerse a la acción de la justicia, que no haya una autoridad judicial por razones de hora, lugar, circunstancia, en esos casos se faculta al Ministerio Público para que ordene una detención, pero tendrá responsabilidad en hacerlo debiendo éste, fundar su actuación expresando los indicios que motivaron su proceder.**

No obstante, los tres casos plantean situaciones distintas; en la primera se presume que ya hubo un procedimiento de averiguación previa y se consignó, que esa consignación ya fue radicada en el juzgado de lo penal dentro de su ámbito de competencia y que el Ministerio Público de Control de Procesos de alguna Procuraduría de Justicia ya solicitó al juez que conoce de la causa una orden de aprehensión y este a su vez la concedió, ordenando a la policía

judicial su cumplimiento; en el segundo caso se presume que en la comisión del delito o en cuasi-consumación de la perpetración del delito o una vez consumado el delito, alguna persona por circunstancias del destino presenció esa consumación o cuasiconsumación y se avocó a la detención del individuo que se presume ejecutó el acto ilícito, por lo cual una vez detenido lo puso a disposición de una autoridad inmediata o directamente al Ministerio Público; en el tercer supuesto, el Ministerio Público ya tuvo conocimiento de la perpetración de algún delito, pero este delito tuvo que ser grave según la ley, y posiblemente se sustraiga a la acción de la justicia y no hay una autoridad judicial para solicitar una orden de aprehensión, entonces éste ordena la detención, bajo su responsabilidad, y con la reserva de fundar y motivar su proceder.

Estas tres hipótesis son distintas en cuanto a su forma pero comunes en cuanto al fondo, en los tres casos ha sido privada de la libertad una persona y a su vez ha sido inmiscuida en un procedimiento de carácter penal, con ello, se abre otra interrogante: ¿Cuáles son las condiciones en que la Constitución nos restituye la garantía de libertad.? Nuestro máximo orden legal nos da la respuesta, a esta pregunta, en el artículo 20, fracción I:

En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio.

El monto y la forma de caución que se fije deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución inicial;

El juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón al proceso.

Las garantías previstas en las fracciones V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos que las leyes establezcan; lo previsto en las fracciones I y II no estará sujeto a condición alguna.

Una vez encontradas las garantías procesales penales, dejamos en el entendido de que existe un beneficio de libertad provisional para aquellas personas que han sido inmiscuidas en un procedimiento penal, pero ¿Qué es ese beneficio, cuándo procede y ante quién procede.?

El beneficio de libertad provisional bajo caución es aquel derecho consagrado en el artículo 20, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que se otorga a cualquier sujeto que se encuentra sometido a los procedimientos penales, para obtener la libertad, cuando no se trate de delitos graves así especificados por la ley y se garantice el monto estimado de la reparación del daño, más las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado.

¿Cuándo procede? Cuando no se trate de delitos graves, se garantice la reparación del daño y las sanciones pecuniarias que en su caso podrían imponerse. ¿Ante quien procede?, según el artículo constitucional de referencia,

procederá ante el juez, sin embargo la legislación procedimental para el Distrito Federal en su artículo 556 lo amplía de la siguiente manera:

Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa y en el proceso judicial, a ser puesto en libertad provisional bajo caución, inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos:...

Lo anterior con relación al artículo 557 del mismo orden legal que estipula:

La libertad bajo caución podrá pedirse en cualquier tiempo por el acusado, por su defensor o por el legítimo representante de aquél.

Interpretamos en sentido privado que el beneficio referido se puede solicitar en cualquier tiempo durante la fase de averiguación previa y el proceso judicial, (desde la fijación del proceso -- Auto de radicación o cabeza del proceso -- hasta después de que dicte sentencia el tribunal de alzada) cuando se reúnan los requisitos establecidos por la Constitución (garantice el monto estimado de la reparación del daño, más las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado y no se trate de delitos que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio).

¿Cuáles son esos delitos graves que la ley expresamente prohíbe conceder tal beneficio, cuáles son esos delitos graves para el Distrito Federal.? Los delitos graves según se desprende del cuarto párrafo del artículo 268 de la legislación adjetiva aplicable en el Distrito Federal son los siguientes:

Para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, se califican como delitos graves, los siguientes: Homicidio por culpa grave previsto en el

artículo 60 párrafo tercero; terrorismo previsto en el artículo 139 párrafo primero; sabotaje previsto en el artículo 140 párrafo primero; evasión de presos previsto en los artículos 150 con excepción de la parte primera del párrafo primero y 152; ataques a las vías de comunicación previsto en los artículos 168 y 170; corrupción de menores previsto en el artículo 201; violación previsto en los artículos 265, 266 y 286 bis; asalto previsto en los artículos 286 párrafo segundo y 287; homicidio previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315 bis, 320 y 323; secuestro previsto en el artículo 366 exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo; robo calificado previsto en los artículos 367 en relación con el 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracción VIII, IX y X, y 381 bis; y extorsión previsto en el artículo 390 todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero común y para toda la República en Materia de Fuero Federal."

Sí, pero no hay que olvidar que nuestro tema se avoca exclusivamente a delitos graves en el Distrito Federal y según ya dijimos son: 1. Homicidio por culpa grave. (Art. 60 párrafo tercero, 2. Corrupción de menores (Art. 201 C.P.D.F.), 3. Violación (Arts. 265, 266, 266 bis C.P.D.F.), 4. Asalto (Arts. 286 párrafo segundo, 287 C.P.D.F.), 5. Homicidio (Arts. 302 en relación al 307, 313, 315-bis, 320, 323 C.P.D.F.), 6. Secuestro (Art. 366 exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo C.P.D.F.), 7. Robo Calificado (Arts. 367 en relación con el 370 párrafos segundo y tercero cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381, fracción VIII, IX y X, y 381-bis C.P.D.F.), 8. Extorsión (Art. 390 C.P.D.F.).

Estos son los delitos graves que nos interesan, pero desgraciadamente nuestros órdenes legales hablan exclusivamente de delitos graves consumados

y no de delitos graves ejecutados en grado de tentativa. Hasta el momento sabemos que cualquier sujeto que realice una conducta delictuosa considerada como grave, no puede obtener el grandioso beneficio de la libertad provisional bajo caución pero, repetimos ¿Qué es la tentativa, cuál es la tentativa de que hablan nuestros códigos, qué delitos graves pueden ejecutarse en grado de tentativa y qué pasa con aquellos delitos graves ejecutados como tentados? A la primera: hay tentativa cuando se realizan actos encaminados objetiva y subjetivamente a la consumación de un delito, si éste no se produce por la invasión de causas interrumpidas, externas y ajenas a la voluntad del agente. A la segunda interrogante respondemos que la legislación penal sustantiva para el Distrito Federal, en su artículo 12 nos dice:

Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Del artículo en comento se desprende del primer párrafo lo siguiente: "habrá tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza", esto implica la fase externa del *iter criminis* y propiamente lo relativo a la preparación de la fase externa; por otro lado la realización debe ser total o parcial; puniendo por lo tanto la tentativa acabada (concebida como propia), y la inacabada por no consumarse por causas ajenas a la voluntad del agente. En cuanto a la tercera pregunta de cuáles son esos delitos graves que pueden ejecutarse como tentados. Es sabido que no todos los delitos graves de la legislación penal positiva para el Distrito Federal tienen la posibilidad consumarse con su sola aparición en la vida jurídica y como consecuencia no todos pueden presentar el grado de conato, sin embargo hay delitos que sí pueden presentar en su realización el grado de tentativa y éstos según nuestro estudio son: 1. Corrupción de menores (Art. 201 C.P.D.F.), 2. Violación (Arts. 265, 266, 266 bis

C.P.D.F.), 3. Asalto (Arts. 286 párrafo segundo, 287 C.P.D.F.), 4. Homicidio (Arts. 302 en relación al 307, 313, 315-bis, 320, 323 C.P.D.F.), 5. Secuestro (Art. 366 exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo C.P.D.F.), 6. Robo Calificado (Arts. 367 en relación con el 370 párrafos segundo y tercero cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381, fracción VIII, IX y X, y 381-bis C.P.D.F.), 7. Extorsión (Art. 390 C.P.D.F.).

A nuestra última interrogante debemos responder ampliamente, ya que constituye la base del problema a resolver ¿Qué pasa con aquellos delitos graves ejecutados como tentados? Antes de responder debemos aclarar al lector que esta primera interpretación que haremos es según el sujeto que la realiza como privados, pues somos particulares; en cuanto a la interpretación de la ley según el resultado será para nuestro estudio de carácter declarativa, porque las palabras empleadas en los textos legales significan exactamente lo que su entendimiento idiomático; y por último interpretaremos la ley penal según el método utilizado, como gramatical, porque atenderemos exclusivamente al estricto sentido de las palabras empleadas por el legislador.

Pues bien, bajo este orden la Constitución otorga el beneficio de libertad provisional bajo caución y nos dice que lo podemos solicitar ante el Juez que conoce de la causa, aún más el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal abunda en su artículo 556 diciendo que en cualquier parte del procedimiento penal, ante el Ministerio Público (fase de averiguación previa) y en el proceso judicial; empero no se debe tratar de delitos graves así calificados por la ley (según nuestra Constitución y el propio Código adjetivo ya citado), y como dice en el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que "por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, se califican como delitos graves los siguientes:...", entonces la interpretación según el resultado; es declarativa por lo tanto el legislador usa en el texto exactamente lo que su entendimiento idiomático; por lo tanto, afecta

valores fundamentales de la sociedad, pero sólo en los delitos graves consumados; y al interpretar según los métodos en sentido gramatical, atendiendo exclusivamente al estricto significado de las palabras empleadas por el legislador al expedir el texto legal, luego entonces si es gramatical, el legislador no quiso hablar de delitos graves tentados, sino de delitos graves consumados.

No obstante el párrafo que antecede se preguntará el lector por qué no agregar de manera complementaria a los delitos tentados, pues éstos también afectan de manera fundamental los valores de la sociedad. Porque para el caso de hacerlo afectaríamos el principio de proscripción de la analogía en este sentido:

Si por analogía en derecho penal se entiende completar el texto legal en forma de entenderlo como prohibiendo lo que la ley no prohíbe, considerando antijurídico lo que la ley justifica, o reprochable lo que no reprocha, o en general punible lo que no pena, basando la conclusión en que prohíbe, no justifica o reprocha conductas similares, este procedimiento de interpretación queda absolutamente vedado del campo de la elaboración científico-jurídica del derecho penal. Ello obedece a que sólo la ley del Estado es la que resuelve en qué casos éste tiene injerencia resocializadora afectando los bienes jurídicos del penado con la pena, no pudiendo el juez "completar" los supuestos.⁹⁷

Ni nosotros debemos completar los textos de la ley, ya que hacerlo sería dar un golpe bajo a la doctrina penal, aún más recordemos lo dicho por el insigne jurista Raúl Carrancá y Trujillo:

⁹⁷ E. Zaffaroni, op. cit. p. 141

La doctrina ha sostenido que debe admitirse la aplicación analógica de la ley cuando se trata de causas de justificación, excusas absolutorias o circunstancias atenuantes, si los motivos han sobrepasado a los límites previstos por la misma ley, lo que no sería sino interpretación extensiva y favorable....El principio de la estricta legalidad penal, base del *nullum crimen nulla poena sine lege*, aunque muy combatido por los que niegan el derecho liberal, debe mantenerse no obstante la indefensión social que en ocasiones pueda significar; pues sólo él garantiza la libertad humana frente a las arbitrariedades del poder, que en la aplicación analógica de la ley penal ha encontrado un instrumento de represión dirigido contra los adversarios políticos.⁸⁶

La aplicación del principio de la analogía en la ley penal debe admitirse cuando se trata de causas de justificación, aquí no hay una causa de justificación, ni excusas absolutorias pero sí hay circunstancias atenuadas, éste es nuestro tema; la tentativa es una situación jurídica atenuada y desde luego los motivos han sobrepasado a los límites previstos en la ley, ya que lo que no está prohibido está permitido para los particulares, no sería sino interpretación extensiva y favorable; si es extensiva nuestra interpretación, entendemos que las palabras empleadas en el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal no pueden ir más allá de la voluntad de la ley pues se está al significado estricto de las palabras empleadas, para lograr lo que se quiso expresar, pero jamás completar diciendo; también a los delitos graves tentados se prohibirá conceder tal beneficio legal.

En resumen y según nuestra interpretación, si el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, muestra un gravísimo error al no hablar de delitos graves tentados y a su vez el artículo 556 del mismo orden

⁸⁶ R. Carrancá, op. cit. p. 178

legal no prohíbe conceder el beneficio de libertad provisional bajo caución a quienes han cometido uno de los delitos graves del orden común, siempre que se ejecuten en grado de tentativa, inmediatamente que se solicite el beneficio referido, se encontrará la autoridad (Agente del Ministerio Público o Juez que conozca de la causa), obligada a conceder ese beneficio de libertad, por no estar contemplado en nuestra legislación y máxime si estamos constituidos como un Estado de Derecho, en donde nos debemos apegar al estricto marco de la ley.

Sin embargo, este estudio no puede limitarse a hacer exclusivamente una interpretación privada respecto al tema, pues como ya dijimos al inicio del capítulo, hay que marcar los parámetros que existen entre la procedencia y la improcedencia del beneficio legal de libertad provisional bajo caución; por un lado y en interpretación privada sabemos que el beneficio referido procede, pero esto nos lleva a otras vías de interpretación como son, según el sujeto la llamada judicial y la llamada legislativa.

5.3. CRITERIO DE IMPROCEDENCIA EN LA LIBERTAD PROVISIONAL SEGÚN EL SISTEMA LEGAL MEXICANO.

El criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a como debe interpretarse la ley penal en sentido analógico establece:

LEYES PENALES. Si bien el artículo 14 constitucional prohíbe imponer penas por simple analogía y aun por mayoría de razón, esto no quiere decir que las leyes penales no admitan interpretación y que deban aplicarse según su significado literal, que puede ser antijurídico y aun conducir al absurdo. En este sentido se ha podido muy justamente decir que la interpretación no debe ser ni extensiva

ni restrictiva, sino sólo declarativa de la voluntad del legislador.
tomo XXVI, P.1277

En efecto, la interpretación privada que realizamos, resulta por demás interesante y cierta, pero injusta en cuanto hablamos de interpretación judicial porque la jurisprudencia que emana de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es obligatoria para los tribunales inferiores, según se desprende del Título Cuarto. De la Jurisprudencia de la Suprema Corte y de los Tribunales Colegiados de Circuito, Capítulo Único, artículo 192 de la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a su letra dice:

La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas entrándose de la que decreta el Pleno, y además para los tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los Juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo locales o federales.

Por lo tanto en una vida práctica y vista la jurisprudencia vertida con anterioridad debemos interpretar la ley según el sujeto desde el punto de vista judicial y legislativo, por ende si la Constitución Federal no habla de los delitos graves del orden común ejecutados en grado de tentativa, y haciendo una interpretación legislativa, es decir, plasmando el sentido que dictan las leyes, y en un sentido lógico o teleológico, refiriéndonos a éste como desentrañador del verdadero sentido jurídico mediante el análisis del texto legal basado en la exposición de motivos y las actas de trabajos preparatorios de los legisladores, descubrimos que el artículo 14 del orden Constitucional, en el segundo párrafo establece diciendo:

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.

En este sentido se refiere a crear delitos análogos y a una interpretación declarativa de la verdadera voluntad del legislador, es decir se contrapone a nuestra idea de procedencia del beneficio legal de libertad provisional bajo caución.

Por otro lado, basándonos en esa intención del legislador plasmada en el artículo 20 fracción I del máximo orden jurídico de la Nación, donde establece que no se otorgará (en contraria interpretación), el beneficio de libertad provisional bajo caución a quienes haya cometido un delito grave así calificado por la ley, remitiéndonos ésta a los órdenes comunes del Distrito Federal. No obstante, la plasma la H. Cámara de Diputados en su exposición de motivos en la modificación de la ley secundaria de procedimientos penales:

Ciudadanos secretarios de la Honorable Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión. Presentes.

Las reformas que se proponen al Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, al Código Federal de Procedimientos Penales, al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal,....tienen los fundamentos, motivos y características siguientes:

I. Actualización necesaria.

I.1 Es imperioso actualizar la legislación que versa sobre la materia penal federal y del Distrito Federal, para ajustarla a las reformas recientemente aprobadas de los artículos 16, 19, 20 y 119, así como la derogación de la fracción XVIII del artículo 107, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en

adelante "Constitución Federal"), y para dar eficaz soporte y mayor agilidad a la lucha contra las actuales tendencias de la delincuencia organizada, que por la magnitud de sus efectos dañosos y por sus alcances, que llegan a ser internacionales, están conformando un nuevo fenómeno de criminalidad...

I.4. Como parte de las medidas que se dirigen en general a los aspectos en que se ha exacerbado la criminalidad, se encuentran las de carácter estrictamente penal, que consisten en modificaciones tanto al Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal (en adelante "Código Penal Federal"), como al Código Federal de Procedimientos Penales, al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y a otras leyes que inciden en la materia.

II. Reforma Penal Sustantiva...

II.4 (párrafo segundo) De la especie señalada viene a ser, además de los delitos graves contra la salud, que son los que caen en el concepto genérico de narcotráfico, las acciones de terrorismo, sabotaje, algunas formas de evasión de presos, violación y sus equiparables, asalto a poblaciones, homicidio doloso, robo con violencia o con armas o en oficinas bancarias o recaudatorias o de guarda de caudales, o contra sus custodios o sus transportadores, el de extorsión y algunas formas de ataque a las vías de comunicación.

II.5. En general es necesario mejorar algunos tipos penales, crear otros, e introducir respecto de ciertos delitos otras agravantes que no habían sido consideradas. En los delitos graves contra la salud se hace necesario extender la punibilidad más allá de la tentativa, que implica actos de ejecución del ilícito no consumado, para comprender también algunos actos preparatorios unívocos, es decir, cuando revelen claramente la intención de preparar el delito penal, pero por alguna razón ajena a su voluntad no continuaron el desarrollo de su realización, quedando por ello impunes sus autores partícipes...

II.6.5. Atendiendo al criterio adoptado en el artículo 52 del Código Penal, en el sentido de que el juzgador tomará en cuenta, entre otros datos el grado de culpabilidad del agente para la individualización de la pena, resulta igualmente necesario modificar el artículo 12 del mismo código, con el objeto de que haya congruencia en cuanto a los principios que deban regir al juzgador a la hora de

cumplir su función de determinar el *Quantum* de la pena aplicable. En efecto, el párrafo segundo del actual artículo 12 también mantiene la idea de la temibilidad o peligrosidad como criterio para la individualización de la pena aplicable al caso concreto, que definitivamente vulnera el principio de culpabilidad y obliga a castigar al delincuente no tanto por lo que ha hecho y por su grado de culpabilidad en la comisión del mismo, sino más bien por lo que él es o por la fórmula de la tentativa punible prevista en el párrafo primero del mencionado artículo 12, en que se precisan sus requisitos y se clarifica la distinción entre tentativa acabada e inacabada.

IV Reforma al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal...

IV.20...El artículo 267 se proponen establecer lo que la doctrina llama "flagrancia propiamente dicha", "cuasiflagrancia" o "presunción de flagrancia"; en el numeral 268 del Código adjetivo se alude con toda precisión a los requisitos que deben comprobarse para que el Ministerio Público en averiguación previa ordene la detención en caso urgente, y se señalan los delitos estimados como graves.

IV. 22... En el artículo 556 se propone señalar expresamente los delitos respecto de los cuales por su gravedad no procede la libertad provisional bajo caución; pero el derecho a la libertad provisional se compagina con la protección al ofendido en cuanto a la reparación del daño, toda vez que para ser procedente aquel beneficio es necesario garantizar la reparación del daño, las sanciones pecuniarias y, además, otorgar garantías asequibles, con la finalidad de que el indiciado pueda gozar de dicha libertad. (AÑO III. No. 11, Cámara de Diputados, Noviembre 23 de 1993.)

De la exposición de motivos que plantea la Cámara de Diputados en la modificación de los múltiples artículos del orden penal, se desprende que la intencionalidad o voluntad del legislador es prohibir el beneficio de libertad provisional bajo caución, aún a aquellos sujetos que intervengan en la perpetración de un delito grave tentado, independientemente de la competencia a que pertenezcan, pues imaginemos el alto grado de peligrosidad que representa un individuo que realiza conductas tendientes subjetiva y objetivamente a la comisión de un ilícito penal.

Si bien el sistema jurídico mexicano se defiende en la improcedencia de tal beneficio, éste presenta un error gravísimo de carácter doctrino-procesal en la interpretación de la ley según el sujeto y más cómodamente una interpretación privada como la que hemos realizado, por lo cual cabría hacer una modificación a la legislación procesal penal en el sentido que exponemos en nuestra propuesta.

CONCLUSIONES

Estas últimas líneas suponen que hemos llegado a un punto claro entre los dos criterios; por un lado tenemos que la doctrina otorgaría el beneficio legal de libertad provisional bajo caución en los delitos graves del orden común para el Distrito Federal, ejecutados en grado de tentativa, por el otro lado tenemos la negativa de nuestros órganos de impartición de justicia al negar tal beneficio en situaciones análogas. Desafortunadamente no hay puntos de coincidencia, pues mientras uno lo niega, el otro lo halaga, sin embargo existen fronteras entre ambos.

A través de este estudio se pudo demostrar la deficiencia en que se encuentra el sistema jurídico procesal mexicano para el Distrito Federal, respecto a la procedencia del beneficio constitucional de libertad provisional bajo caución, en cuanto hablamos de los delitos graves del orden común ejecutados en grado de conato. Si bien es cierto que la estructura pragmática de improcedencia se defiende en los usos de jurisprudencia e interpretación de la voluntad del legislador para prohibir tal beneficio a aquellos sujetos que se encuentran sometidos a los procedimientos penales distritales, también es cierto que la doctrina sustenta fuertemente la aplicabilidad del principio de interpretación de la ley penal de proscripción de la analogía, pues el hecho de hacer caso omiso a dicho principio implica soslayar las arbitrariedades que se presentan en el ejercicio del servicio público de impartición de justicia, cuando sin justa causa o soporte alguno, aquellos deficientes servidores públicos actúan de manera por demás intolerante, negando de manera categórica los principios de interpretación del derecho penal y reclaman un falso marco de constitucionalidad basado en que las autoridades solo podrán hacer aquello que la ley expresamente les permita, sin tomar en cuenta que aquellos usos estrictos pueden y son corregidos por los insignes doctrinarios de nuestro México.

Como lo hemos dicho reiteradamente a través de este trabajo, una vez más la doctrina supera al sistema procesal penal mexicano, en el estudio relativo a la procedencia del beneficio de libertad provisional bajo caución, cuando aquélla nos indica la prohibición de completar los textos legales en el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el sentido de ampliar su interpretación estricta, prohibiendo lo que la ley no prohíbe o ampliando lo que ley no quiso ampliar.

Si el artículo en comento presenta una importante deficiencia en el sentido de no prohibir la libertad a aquellos sujetos que han encaminando su mente criminal en la senda del mal y lo antijurídico, es necesario que se tome la rienda legislativa y se modifique el citado numeral, pues aún cuando existe en nuestro sistema judicial un órgano de interpretación de la ley que lo niegue, habrá que apoyar a la libre interpretación del derecho penal para que de la encrucijada entre la doctrina libre del derecho y la práctica de justicia penal, se encuentren ambos y sigan corriendo hombro a hombro hasta alcanzar la máxima expresión de los hombres en la impartición de justicia criminal y no así dejar que la práctica y la doctrina continúen caminos distintos del ser y del deber ser, ya que seguir con estos errores, nos forjará un abismo que difícilmente superaremos en las ciencias humanas.

PROPUESTA

Resulta necesario hacer una propuesta a los legisladores del Distrito Federal dentro del ámbito de su competencia, en el sentido de modificar nuevamente el Título Segundo, Segunda Sección "Diligencias de Policía Judicial", Capítulo Primero "Iniciación del Procedimiento", Artículo 268, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, agregando un último párrafo al numeral para quedar como sigue:

Artículo 268.- Habrá caso urgente cuando:

- a) Se trate de delito grave, así calificado por la ley;**
- b) Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia; y**
- c) Que el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otras circunstancias.**

El Ministerio Público al emitir la orden de detención en caso urgente deberá hacerlo por escrito, fundando y expresando los indicios que acrediten los requisitos mencionados en los incisos anteriores.

La orden mencionada será ejecutada por la Policía Judicial, quien deberá sin dilación alguna poner al detenido a disposición del Ministerio Público que la haya librado.

...."Para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, se califican como delitos graves, los siguientes: Homicidio por culpa grave previsto en el artículo 60 párrafo tercero; terrorismo previsto en el artículo 139 párrafo primero; sabotaje previsto en el artículo 140 párrafo primero; evasión de presos previsto en los artículos 150 con excepción de la parte primera del párrafo primero y 152; ataques a las vías de comunicación previsto en los artículos 168 y 170; corrupción de menores previsto en el artículo 201; violación previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis; asalto previsto en los artículos 286 párrafo segundo y 287; homicidio previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315 bis, 320 y 323; secuestro previsto en el artículo 366 exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo; robo calificado previsto en los artículos 367 en relación con el 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracción VIII, IX y X, y 381 bis; y extorsión previsto en el artículo 390 todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero común y para toda la República en Materia de Fuero Federal."

Cuando los delitos graves a que se refiere el párrafo anterior se cometan en las condiciones previstas en el artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, se negarán los beneficios establecidos en el artículo 556 de este Código.

En cuanto a la propuesta que se hace al Título Quinto "Incidentes", Segunda Sección "Incidentes de Libertad", Capítulo Tercero "Libertad Provisional Bajo

Caución" Artículo 556 fracción Cuarta del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se propone que quede como sigue:

Artículo 556 Fracción IV.- Que no se trate de delitos que por su gravedad están previstos en el párrafo último y penúltimo del artículo 268 de este Código.

FUENTES

A) BIBLIOGRÁFICAS

AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. *Derecho Penal*. México, Editorial Harla, Primera Edición, 1993.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. *Derecho Penal Mexicano*. México, Editorial Porrúa, Décimotercera Edición, 1980.

CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos Elementales de derecho Penal*. México, Editorial Porrúa, Vigésimotercera Edición, 1986.

COLÍN SANCHEZ, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. México, Editorial Porrúa, Décimosegunda Edición, 1980.

CORTÉS IBARRA, Miguel Angel. *Derecho Penal*. México, Editorial Cardenas Editor y Distribuidor. Tercera Edición, 1987.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II Buenos Aires, Argentina, Editorial Abelardo-Perrot. Segunda Edición, 1980.

GARCÍA RAMIREZ, Sergio, ADATO DE IBARRA, Victoria. *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*. México, Editorial Porrúa, Séptima Edición 1993.

GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. *El Código Penal Comentado*. México, Editorial Porrúa, Décimoprimera Edición, 1994.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. *Derecho Penal Mexicano* .Tomo I. México, Editorial Porrúa, Primera Edición, 1972.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Breve Ensayo sobre la Tentativa* México, Editorial Porrúa, Tercera Edición, 1982.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. México, Editorial Porrúa, Décima Edición, 1991.

RIVERA SILVA, Manuel. *El Procedimiento Penal*. México, Editorial Porrúa, Sexta Edición, 1993.

VILLALOBOS, Ignacio. *Derecho Penal Mexicano*. México, Editorial Porrúa, Quinta Edición, 1990.

ZAFFARONI, EUGENIO Raúl. *Manual de Derecho Penal*. México, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor. Primera Edición Mexicana, 1986.

ZAMORA-PIERCE, Jesús. *Garantías y Proceso Penal*. México, Editorial Porrúa, Sexta Edición, 1993.

B) LEGISLATIVAS

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
México. Editorial Porrúa , 1994.

**CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO
COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA DE FUERO
FEDERAL.** México. Editorial Delma. Sexta Edición. 1994.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.
México. Editorial Delma. Sexta Edición 1994.