

106
29.



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO**

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

CAMPUS ARAGÓN

**LA NECESARIA MODIFICACIÓN DEL TIPO
PENAL DE FALSEDAD DE DECLARACIÓN
ANTE AUTORIDAD DISTINTA DE LA
JUDICIAL.**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A :

JOSÉ ERNESTO DOMÍNGUEZ RÍOS.

ASESOR: LIC. GAUDELIO GARCÍA ESTRADA.

259691

MEXICO

1998

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

GRACIAS ...

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MEXICO**

*Por haberme dado el orgullo de
ser universitario y abrirme paso
al conocimiento.*

**A LA ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS
PROFESIONALES, CAMPUS ARAGON, que
me abrió sus aulas y me dio las bases de mi
profesión.**

**A MI ASESOR, LIC. GAUDELIO
GARCÍA ESTRADA, quien con
paciencia, me orientó de la mejor
forma para consolidar el presente
trabajo; mi agradecimiento.**

A DIOS

*Por haberme dado la luz de
la vida.*

**A MI MADRE, que con su esfuerzo y trabajo
me ha enseñado que las adversidades de la
vida, se superan con amor y paciencia.**

**A LA MEMORIA DE MI PADRE,
quien siempre me inspiró confianza
y sabiduría; y por haberme enseñado
el camino de la vida.**

A MI ABUELO

*Ya que su ejemplo y trabajo es
inagotable fuente de conocimientos.*

A MIS PROFESORES. *que me brindaron
su valioso tiempo y compartieron conmigo
sus conocimientos e invaluable
experiencias en el ámbito profesional.*

A MIS HERMANOS: *Rufina, Rafael,
Rufo, Aarón, Juan, Carina, Salomón,
Teresa y Verónica; quienes han sido
un apoyo incondicional en todo
momento.*

A MIS SOBRINOS. *como una pequeña
muestra de esfuerzo, con la seguridad
de que en el futuro lo superen.*

A MIS AMIGOS, *mi agradecimiento,
por el invaluable Don de su amistad.*

**A LA PROCURADURIA GENERAL DE JUSTICIA
DEL DISTRITO FEDERAL,**

*Por darme la oportunidad de desempeñarme profesionalmente
y por ser la fuente que inspiró el presente trabajo.*

A PILAR;

*Con quien comparto éste logro, que es posible
gracias a su Amor y apoyo incondicional.*

INDICE

LA NECESARIA MODIFICACIÓN DEL TIPO PENAL DE FALSEDAD DE DECLARACIÓN ANTE AUTORIDAD DISTINTA DE LA JUDICIAL.

INTRODUCCIÓN.

	Página
CAPÍTULO I.- REFERENCIAS HISTÓRICAS.	
1.1 Grecia.....	1
1.2 Roma.....	4
1.3 Francia.....	11
1.4 La evolución del derecho mexicano.....	18
CAPÍTULO II.- CONCEPTOS BÁSICOS DE DERECHO PENAL.	
2.1 Fuentes del derecho penal.....	25
2.2 Los fines del derecho penal.....	29
2.3 La necesidad jurídico social de la existencia del derecho penal	33
2.4 La Sociedad, el Estado y el Derecho.....	34
2.5 El delito.....	38
2.6 Derecho penal	43
2.7 Tipo penal.....	46
2.8 Elementos del tipo penal.....	47
2.8.1 Positivos.	
2.8.2 Negativos.	
2.9 La probable responsabilidad.....	70
2.10 Los sujetos.....	72
2.11 El bien jurídico tutelado.....	74

CAPÍTULO III.- LA PERSECUCIÓN E INVESTIGACIÓN DEL DELITO.

3.1	El órgano encargado de la persecución del delito.....	78
3.2	Del requisito de procedibilidad.....	97
3.3	La tramitación de la averiguación previa.....	103
3.4	La sanción y la previsión.....	116
3.5	La analogía y mayoría de razón.....	123

CAPÍTULO IV.- LA FALSEDAD DE DECLARACIÓN ANTE AUTORIDAD DISTINTA DE LA JUDICIAL.

4.1	Concepto de autoridad.....	127
4.2	Ministerio Público como autoridad distinta de la judicial.	136
4.3	Definición de declaración.....	139
4.4	Concepto de interrogación.....	142
4.5	La improcedencia de la denuncia.....	143
4.6	La necesaria modificación de la fracción I del artículo 247 del Código Penal para el Distrito Federal.....	146

CONCLUSIONES.....	155
--------------------------	------------

BIBLIOGRAFÍA.....	158
--------------------------	------------

LEGISLACIONES	160
----------------------------	------------

INTRODUCCIÓN

Debido al constante cambio de las condiciones sociales, resulta necesario que en la actualidad nuestras leyes sean cada vez más exactas, con la finalidad de que su eficacia sea demostrada a través de la correcta impartición de justicia.

El caso en especial que nos ocupa, pretende que el tipo penal de falsedad de declaraciones ante autoridad distinta de la judicial, sea modificado, ya que considero que en la forma en la que se encuentra previsto, da pautas para que en cierto momento el juzgador emita una sentencia absolutoria, o bien, emita un acuerdo en el que la causa recaiga al artículo 36 del Código de Procedimientos Penales, dando origen de esta forma a la impunidad, solamente debido a una falta de carácter técnico de nuestros legisladores.

Por lo que se pretende corregir las fallas técnicas que pudieran existir, con la finalidad de que sea una impartición de justicia cada vez más apegada a derecho y cuidar la no-violación de los derechos de los ciudadanos.

Asimismo, con la intención de que se puedan plantear las posibles soluciones al problema ya señalado, resulta necesario también abordar en este trabajo, nociones generales del derecho penal y un estudio más a fondo del delito.

Por otra parte a consideración de nosotros, es también necesario, abordar lo referente a la sanción aplicable al sujeto activo del delito de falsedad de declaración ante autoridad distinta de la judicial, ya que a nuestro parecer, la sanción que actualmente se contempla en el artículo 247 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, para todo aquél que se encuentra en este

supuesto, no es suficiente, ya que para aplicar la sanción correspondiente se debe de tomar en consideración la gravedad de esa falsa declaración, toda vez que no es justo que a una persona que haya falseado su declaración en la investigación de un delito de homicidio sea sancionado de la misma forma o con la misma pena, que aquél que ha falseado su declaración en la investigación de un delito de amenazas, ya que la gravedad de cada una de ellas es muy distinta y esa falsedad no causa el mismo daño.

Sin duda, al referirnos al análisis del delito de falsedad de declaración ante autoridad distinta de la judicial, nos es necesario también, aclarar que es éste un tipo penal al que en nuestro sistema jurídico, no se le ha dado la importancia debida, siendo una clara muestra de ésto, la penalidad que se le ha asignado.

Debido a la gran complejidad que se presenta para la comprobación de los elementos del tipo penal en referencia, y de la probable responsabilidad del sujeto, en este trabajo se pretende realizar un profundo análisis del tipo penal antes ya mencionado, pretendiendo con ello darle la importancia debida y cumplir de forma íntegra lo previsto en la Ley Penal y castigar con mayor severidad al sujeto activo del delito.

De igual forma, manifestar que no sería conveniente que se aumentara la sanción referente a la privación de la libertad corporal, la cual implicaría una carga para el Estado. Sino por el contrario se debe buscar una sanción más severa pero aplicable, a través de la sanción pecuniaria, siendo así una forma mediante la cual el Estado cumpliría con su obligación de castigar al delincuente y al mismo tiempo se allegaría de recursos económicos para cubrir el gasto público.

CAPÍTULO I

REFERENCIAS HISTÓRICAS

1.1 GRECIA.

Del derecho griego, hoy en la actualidad es difícil encontrar datos que nos lleven a conocer su sistema jurídico, aunque a través de algunas obras que tratan otras materias, se conservan pequeños fragmentos del derecho penal griego. En Atenas, la crueldad en la aplicación de las penas poco a poco se fue perdiendo. Debiendo considerarse que, debido a la consecuencia de la base política de las polis (ciudad - estado) griegas, la ley penal no tenía base teocrática; es decir, que en el derecho penal griego no se juzgaban en nombre de Dios.

Y aunque existía una muy notable diferencia entre las legislaciones de Atenas y Esparta, ninguna de ellas aceptaba la concepción teocrática del Estado.

Los griegos no tenían gran predilección por la ciencia jurídica, más sin embargo, a pesar de ello se establecieron las bases por las cuales circularían las primeras escuelas jurídicas romanas.

Durante los tiempos antiguos las penas surgieron solamente como un instinto de conservación del mismo hombre, llegando a ser consideradas como una venganza de grupo. Entre los castigos más graves y severos de aquella época, encontramos la expulsión del delincuente, dejándolo en un total y absoluto

abandono, convirtiéndolo en su propia víctima al desamparo y agresiones provenientes de personas del mismo grupo o de personas de grupos ajenos a éste, ya que en aquel tiempo se pensó que todo aquél que rompía con la paz, perdía la guerra y que todo el que lesionaba, hería o mataba a otro, no era digno de gozar de la protección de las leyes y por lo tanto, todo ofendido tenía derecho de manera ineludible a la venganza.

En el derecho griego la figura jurídica de la composición fue de gran relevancia en algunos pueblos, sustituyendo la pena con una indemnización de carácter económico a favor de la víctima o a favor de su familia. Aunque es de gran importancia recalcar que ésta solamente se aplicó entre aquellos pueblos que conocían el sistema de intercambio monetario, ésta, en un principio era voluntaria, convirtiéndose posteriormente en obligatoria y legal, dejando así a un lado la inútil e ineficiente venganza privada.

Durante la venganza privada el derecho y la religión se llegaron a unificar en uno solo, siendo así el delito una ofensa a la divinidad y no al individuo, por lo tanto, se consideró que el derecho de imponer la pena se originaba en la divinidad, constituyendo por eso el delito una ofensa a la divinidad. En consecuencia la finalidad de la pena estaba dirigida a borrar la ofensa que había sufrido la divinidad, aplacando su ira.

La verdadera realidad es que se cuenta con muy pocas referencias del derecho penal griego, aunado al escaso conocimiento del que disponemos, los cuales hemos adquirido principalmente, a través de los filósofos y poetas. Sin embargo, se considera a este derecho como una fuente de transición entre el derecho oriental y el occidental.

En sus inicios históricos Grecia también conoció de la venganza privada y la venganza divina, pero más tarde cuando políticamente se consolidó, hacen a

un lado el principio teocrático, fundando el derecho de castigar en la soberanía del Estado; definiéndose ésto principalmente durante la época Ateniense en la transición del principio político, determinando en cuanto al ius puniendi, porque éste poco a poco se va articulando en el Estado y por cuanto al delito se refiere, éste, ya no constituía ofensa a la divinidad, sino ataque a los intereses del Estado. Perfilándose así desde Grecia la división de los delitos con base a los intereses que se atacaran individualmente o de todos, y en el caso de que se atacaran intereses de todos, las penalidades eran más crueles y la pena tenía la finalidad intimidatoria esencialmente.

Es de aclarar que la característica de la venganza privada consistía en que aquél que sufría algún daño o por consecuencia de una conducta delictiva, tenía el derecho a cobrarse del daño o perjuicio causado, a diferencia de la venganza divina, en la que independientemente a la persona a la que se le causara la ofensa era directa a la divinidad y por lo tanto era ésta la encargada de sancionar la conducta delictiva.

Grecia se formó por un conjunto de grupos afines, organizándose en varias ciudades como Esparta y Atenas. Esparta constituyó un primer ensayo de la organización socialista, en la que se orientaba toda la vida y educación hacia los intereses del Estado, deshumanizando a su sociedad ya que inclusive a los progenitores no les importaba que desaparecieran los sentimientos más finos de maternidad, ya que ellos preferían perder a sus hijos en las batallas que perder la batalla misma.

En el derecho griego se castigaba la debilidad, y se aplaudía y estimulaba el robo practicado por adolescentes con habilidad, demostrando sus aptitudes para delinquir a diferencia de nuestros días en la que estas circunstancias agravan la sanción del delincuente.

Respecto a Atenas se aprecia y distingue claramente el gran adelanto científico y filosófico, ya que desaparece la legislación atrasada y cruel.

1.2 ROMA.

El derecho romano viene a constituirse, a través de una serie de textos de todos aquellos autores que en la antigua Roma se consideraron como autoridades en el discernimiento de lo justo y lo injusto.

Según datos que se han obtenido de los escritos publicados por los autores romanos, Roma fue fundada el 21 de Abril del año 753 a. de J.C., cuando personas pertenecientes a diversas razas decidieron establecer los cimientos de una nueva ciudad quedándose éstas bajo la dirección y gobierno de dos hermanos.

La ciudad de Roma es la más importante de las fuentes de donde surgen las instituciones jurídicas occidentales y aunque no fue en la rama penal, es de admirar el desarrollo alcanzado en el derecho civil. Pero es preciso destacar que desde muy temprano se le atribuyó al pueblo la facultad de juzgar algunos delitos, lo que significó ya un amplio conocimiento de la rama del derecho. Aunque si los delitos partieron de la división que anteriormente ya habían hecho los griegos, siendo éstos en públicos y privados, resolviéndose la responsabilidad de los mismos a través de una figura jurídica llamada composición. Pero por lo que hace a los delitos públicos, se sancionaba al responsable con penas que se imponían a nombre de la sociedad.

Desde la época romana se consideró como autor punible, no solamente al que de forma personal cometía el acto delictuoso, sino a todo aquél que instigaba o cooperaba materialmente en su comisión.

La pena que se imponía a los delincuentes consistía en un múltiplo del valor del daño que se había ocasionado, y en algunos otros casos se reclamaba todo aquéllo que se había perdido como consecuencia del delito.

La cumulatividad, la intransmisibilidad pasiva y la noxalidad, son algunas de las características de las acciones penales, civiles o pretorias, aunque nunca se encuentren todas en una misma acción.

Son acumulables ya que en el caso de que sean varios los sujetos autores del delito, deberán pagar cada uno de ellos la totalidad de la pena, asimismo deberá cada uno cubrir la indemnización correspondiente.

Es intransmisible, ya que el único que tiene responsabilidad es el autor del delito. En tanto que la noxalidad consiste en que cuando el que ha cometido el delito está sometido bajo la patria potestad, de tal forma que aquél que ejerce la patria potestad, en caso de verse demandado por la acción noxal, podrá librarse de toda responsabilidad solamente entregando al que cometió el delito.

El gran conocimiento que se tiene del derecho romano es consecuencia de la compilación realizada por los juristas bizantinos, durante el gobierno del emperador Justiniano, conocido desde la Edad Media como el *corpus iuris civilis*, para distinguirla del derecho canónico.

En vista de las consideraciones anteriores, es conveniente establecer que en el caso de que se hable del estudio del derecho romano, nos estaremos refiriendo al análisis del *corpus iuris civilis*, sus antecedentes y de sus sucesivas reinterpretaciones, hasta llegar a la época de las grandes codificaciones.

Más sin embargo, no es posible considerar al *corpus iuris civilis*, como la totalidad del Derecho romano, ya que éste solamente es una pequeña parte de

todo lo que viene a conformar este derecho. Entre una de las grandes ventajas que nos ofrece el Derecho romano, son los conceptos fundamentales de la ciencia jurídica, utilizando para ello un lenguaje común y corriente con la finalidad de que exista un claro y correcto entendimiento entre los expositores y estudiosos de este derecho; por lo que, Eduardo García Maynez, dijo que el derecho romano ha llegado a ser la lengua franca (lenguaje común) de los estudiosos del derecho.

El delito es un acto antijurídico castigado por la ley penal, toda vez que existe una contravención de la misma ley de forma voluntaria. Derivándose de esta forma que todo aquel individuo que contravenga la ley penal, tenga la obligación de reparar el daño que ha ocasionado. La responsabilidad de todo transgresor de la norma penal, es de carácter individual, ya que en el caso de que sean varios los sujetos los que hayan cometido algún delito, tendrán que responder ante la justicia de manera personal y no podrán gozar de ninguna manera de la división de la sanción.

El delito durante la época clásica, fue una de las más importantes fuentes de la obligación, ya que todo aquél que causara algún daño en perjuicio de otra persona estaba obligado a reparar el daño en beneficio de la víctima. Aunque en el derecho romano el delito siempre fue considerado como una fuente de obligación civil. Para efectos de la reparación del daño, inicialmente la indemnización era pactada entre los familiares de la víctima y el acusado, aclarando que no existía intervención del Estado, ya que en los delitos privados no se afectaban sus intereses. Pero debido a la falta de intervención del Estado, en muchas de las ocasiones la venganza privada se extendía demasiado, fomentando nuevas venganzas, dando origen así al "TALIÓN", estableciendo que todo hombre que cometiera algún delito debía ser castigado con el mismo daño que le había causado a la víctima.

En casos excepcionales para efecto de reparar el daño, el culpable era entregado en tal concepto a la víctima; siendo un claro ejemplo, el de que cuando el que cometía el delito era una persona *alieni iuris*.

El delito no formó una categoría general, ya que es solamente una fuente de obligación; destacando entre las más importantes el *furtum*, la rapiña, la injuria, y el *damnum injuria datum*.

Pero sí, es el derecho romano en donde se precisa con exactitud las diferencias existentes entre el delito público y el delito privado. Todos aquellos delitos que ponían en peligro la seguridad del Estado quedaron establecidos en la *Lex Julia*, misma que se encuentra reproducida en el *Digesto*. La *Lex Julia* comprendía los delitos contra la seguridad externa de los Estados, clasificando entre ellos los que comprendían la integridad territorial, la entrega de hombres al enemigo, la desertión, la traición por vileza y la excitación de un pueblo a la guerra, entre otros delitos.

Los delitos públicos, son los que ponían en peligro a toda la comunidad y su persecución era de oficio por las autoridades o bien a petición de cualquier ciudadano, y se sancionaba con penas públicas, tales como la decapitación, ahorcamiento, etc.

En tanto que los delitos privados solamente causaban daño a los particulares y en algunas ocasiones indirectamente provocaban una perturbación social y se investigaba y castigaba a iniciativa de la víctima, lo que daba como resultado que se le impusiera una multa a favor de la persona afectada, y esta conducta no se trataba de actos dolosos, ya que en esta categoría también se encontraban actos netamente culposos. Más sin embargo, más tarde esta concepción de los delitos privados cambió, toda vez que se llegó a considerar que afectaba la paz pública y que por lo tanto el Estado debía intervenir

independientemente de la postura que adoptara la víctima, ya que ésta tenía derecho a una indemnización.

De los delitos privados más antiguos podemos distinguir tres del *ius civilis* y cuatro del *ius honorarium*, los de el *ius civilis* eran el robo, daño en propiedad ajena y lesiones.

Furtum, consiste en llevarse alguna cosa ajena sin tener derecho, es el aprovechamiento con la finalidad de obtener ventaja, el robo no consistía solamente en llevarse la cosa o se posesionaba de ella, teniendo como características básicas el aprovechamiento ilegal y la intención dolosa.

Para todo aquél que era objeto del delito de robo, las leyes romanas le daban dos tipos de acciones, una de ellas llamada *reinpersecutoria* por la cual se intentaba la recuperación del objeto o de obtener la indemnización correspondiente y la pena persecutoria, con la finalidad de obtener como ganancia la multa privada. En la época del derecho clásico, se distinguían los siguientes tipos de robo:

1.- *Furtum manifestum*. Es el caso en el que se encontraba al delincuente en delito flagrante, es decir, era necesario para considerarlo así, encontrar al ladrón con el objeto y la pena era cuatro veces el valor del objeto.

2.- *Furtum nec manifestum*. Cuando no existía el delito flagrante la multa era el doble del valor del objeto.

La *actio furti prohibiti* consistía en que se permitía buscar en casas ajenas un objeto robado.

En el derecho romano, el parricidio constituyó el más grave de los delitos privados, siguiéndole el de daño en propiedad ajena, falsedad, hurto, homicidio intencional, perjurio y la hechicería.

Debemos destacar con precisión que si bien es cierto que los romanos no alcanzaron su verdadero brillo en el derecho penal como en el civil, su actividad legislativa resulta de gran importancia para el derecho actual y en forma directa para nuestra cultura. El Pretor en el derecho romano, hizo una clara distinción entre los delitos o actos culpables y los delitos de *dolus malus*, citando como por ejemplo: El considerar que en el caso del cuasidelito de dictar una sentencia injusta, puede ser una manifestación de *dolus malus*.

En los inicios de Roma, el derecho penal tuvo un origen sacro, no obstante a través del tiempo se laiciza y surge la clara distinción entre los delitos públicos y privados. Tiempo después, todos los delitos que se cometieron en contra de los hombres libres y en los que inicialmente el Estado no tenía interés pasan a ser perseguidos directamente por el Estado y sometidos a una pena de carácter pública a través del procedimiento extraordinario, convirtiéndose el derecho penal en un instrumento al servicio de los intereses del Estado.

Posteriormente, los delitos privados fueron desapareciendo y extendiéndose, por lo tanto la acción pública y el procedimiento ante los magistrados de toda clase de infracciones penales. En el derecho romano el procedimiento dio una mayor importancia, ya que tanto en lo penal como en lo civil, a través de las llamadas *quaestiones* se perfeccionó el conocimiento de cada tipo de delito, estableciéndose la responsabilidad por culpa, distinguiéndose los conceptos de culpa y dolo.

Pero de aquella época quedan manchas imborrables, tales como la tortura y la crueldad, con la que se realizaban los sacrificios de crucifixión, entrega a las

fieras, etc., el talión fue otro de los recursos representativos del derecho romano, más sin embargo, fue un avance muy notorio para limitar entre los pueblos antiguos el exceso de la venganza privada, ya que éste consistía en hacer mal igual al que se le había provocado a la víctima, ya que es de suponer que existió la venganza privada, pero su organización social primitiva que consagró al pater familias, como autoridad superior en una familia, incluyó la venganza privada en contra del delito, correspondiendo al pater familias el ejercicio de ese derecho.

Respecto al Gobierno Romano el Rey no era designado por su nacimiento, sino que inicialmente era nombrado por la representación social (los comicios), para que con posterioridad cada uno de los Reyes tuvieran la plena y completa libertad de nombrar o designar a un sucesor, aunque sí necesitaba de la aprobación del senado, tomando así la monarquía romana un matiz republicano, no perdiendo jamás la esencia de la monarquía, ya que el tiempo en el que podía permanecer el Rey en el poder, seguía siendo vitalicio.

Al lado del monarca también encontrábamos al senado, el cual estaba constituido por personas de avanzada edad, mismas a quienes se les consideraba con un gran conocimiento, y éstos que originalmente eran elegidos por trescientos grupos de familia (gentes).

Los comicios o asambleas de ciudadanos, fue un tercer factor de importancia en la monarquía romana. A continuación señalaremos algunas de las características más relevantes del derecho romano :

1.- El delito constituyó una grave ofensa al Estado, aún cuando se tratara de delitos privados.

2.- La pena fue el resultado de la ofensa pública al Estado y correspondía a él su aplicación.

3.- Los crimina extraordinaria se perseguían a petición de parte ofendida ya que era una especie distinta a los delitos privados y públicos.

4.- La aplicación de analogía y el exceso de la potestad de los jueces se debió al desconocimiento absoluto del principio de legalidad.

5.- Se estableció una clara diferencia entre los delitos dolosos y culposos.

6.- El reconocimiento de las causas de justificación, de legítima defensa, y el consentimiento del ofendido en los delitos privados, constituían causas de exclusión de responsabilidad.

En cuanto hace al procedimiento en el derecho romano, se adoptó el procedimiento acusatorio, con una total independencia entre el acusador y el magistrado, estableciéndose de esta forma que el acusado pudiera defenderse por sí mismo o por otra persona.

Podemos precisar que en Roma el derecho penal de Justiniano, es la expresión del principio de que la conservación del Estado es el fundamento de la punición. Esto, es decir que el castigo que se impone es con el propósito de mantener el orden jurídico del Estado, o también, llamado estado de derecho.

1.3 FRANCIA.

El derecho francés, a través de los capitulares de Carlo Magno, a todo testigo que rindiera alguna declaración falsa se le castigaba cortándole la mano, aunque posteriormente con los estatutos de San Luis sólo se hacía acreedor a una multa. Por su parte Francisco I, en sus ordenanzas de marzo de 1531 y agosto de 1536, estableció la pena de muerte según los casos, ordenando que todos aquéllos

que judicialmente fueran culpables de haber pasado un contrato falso y depuesto falsamente ante la justicia, serán castigados con la pena de muerte al arbitrio del juez según las exigencias del caso. La ordenanza de 1539, dejó a un lado el falso testimonio en materia civil, ya que en el caso de que éste se diera, solamente se imponía una multa.

En el derecho actual, el grupo de códigos franceses en el que se trata con una mayor imperfección este delito es quizá el de 1810, reformado por las leyes, del 28 de abril de 1832 y 13 de mayo de 1863, abundando en una serie de distinciones de la falsa declaración ya sea en materia criminal, correccional, de policía o civil, olvidándose de la retracción y de la exención de la pena.

Si bien es cierto, que el Código de Napoleón conserva una serie de principios provenientes de la revolución, no es propiamente el Código de la Revolución Francesa, sino es más bien un Código Penal estatista de un imperio. Es claro entender que el Código de Napoleón procuró más que nada otorgar protección al Estado, centrado en la persona del emperador. Poniendo al Estado en el lugar que anteriormente fue ocupado por Dios, y los delitos cometidos contra el Estado fueron considerados como los más graves, reviviendo en el Código de Napoleón la idea de Justiniano de que la conservación del Estado es el fundamento de la punición. Y debido a la gran influencia de Bentham sobre la idea de aquéllos que redactaron el Código Francés evitó que ésta cayera también en las exageraciones en que se incurrió en el derecho penal del derecho romano. Aunque a pesar de ello su estructura se trazó en la línea político penal imperialista que sirvió de ejemplo a otros textos, que siguieron la misma corriente.

Fueron de gran importancia para la realeza francesa y para los legisladores para que a través de ellas restaurara la autoridad del Rey, tomar en cuenta la compilación de Justiniano ya que en ella los juristas encontraron una

verdadera imagen de la monarquía absoluta y administrativa, en la que a pesar de que la libertad estaba ausente, el orden y la justicia reinaba, recibiendo el Estado su perfecta expresión.

El feudalismo no solamente existió en Francia, sino que con sus caracteres muy particulares en toda Europa Occidental. El feudalismo francés fue una organización social y política caracterizándose más en su aspecto social, ya que en el aspecto político se designa más particularmente con la expresión de régimen señorial. Aunque en Francia el señorío y feudalismo se encuentran de forma perpetua entremezclados.

En el antiguo procedimiento francés, sus fuentes legislativas se contribuyeron de tres ordenanzas.

- 1.- La de Blois de Luis XII de fecha marzo de 1498.
- 2.- La Villers-Cotterets, preparada por el canciller Poyet de fecha agosto de 1535, en tiempo de Francisco I.
- 3.- La de Luis XIV, de agosto de 1670, codificación completa y última del procedimiento inquisitorial.

Las dos primeras se preocuparon más por el procedimiento penal más que incidentalmente, en tanto que la última se preocupó más por fijar sus reglas.

La nación francesa sin resistencia alguna aceptó el procedimiento inquisitorial aunque no dejaron de surgir claras protestas de los juristas. El derecho inquisitorio fue el derecho común de Europa. No obstante el procedimiento francés se diferenció del de sus naciones por la institución del Ministerio Público, que constituyó una de la principales características del sistema judicial francés. La jurisprudencia en Francia también fue precisa y rigurosa ya que crearon reglas del procedimiento.

Variedad de pensadores criticaron los procedimientos penales y las sanciones que se aplicaban. Por su parte Voltaire dijo que era necesario que en Francia las penas fueran menos rigurosas, sin que con ello se dieran mayores facilidades a los delincuentes.

A diferencia de Inglaterra en la que el caso de que algún ministro decretara un encierro injustificado, éste tenía la obligación de repararlo; en Francia si el inocente había sido sumergido en un calabozo, o sufrido algún tormento no tenía derecho a ningún tipo de reparación, ya que las investigaciones requerían de cierto rigor, siendo ésto algo inconcebible ya que hasta en la guerra existe la compasión.

Beccaria por su parte, opinaba que la única autoridad que ponía las penas de los delitos es el legislador, en representación de toda la sociedad, y que es incorrecta la postura de que los jueces tengan la autoridad de interpretar las leyes por la sencilla razón de que ellos no son los legisladores. Sostuvo que las penas debían ser en proporción a la gravedad del delito cometido, pero que la finalidad exclusiva de las penas era motivar a los delincuentes a no volver a delinquir y no a atormentarlos, y que a un ciudadano solamente se le podía quitar la protección pública y llamarle reo cuando se estuviera plenamente decidido que ha violado las normas jurídicas. No aceptando también la pena de muerte ya que opinaba que un hombre no tiene derecho a destruir a otro.

Quería que el juicio fuera a través de jurado ya que consideraba de utilísima la ley que ordenaba que a cada hombre sea juzgado por sus iguales, ya que tratándose de la libertad y fortuna del ciudadano deberían exentarse todo aquel sentimiento de desigualdad. Siendo las anteriores algunas de sus ideas que más tarde cumpliría la Revolución Francesa en sus leyes criminales.

Las reformas precedieron a la revolución francesa, dando origen a la abolición de la tortura en Francia durante el reinado de Luis XVI, ya que en vísperas de la revolución, el gobierno reconoció una necesaria reforma en el procedimiento criminal. Mismo que trazó varias líneas en el edicto de 1 de mayo de 1788, más sin embargo el parlamento se opuso y éste no fue aplicado.

En los Estados Generales se recomendaron reformas que la asamblea constituyente iba posteriormente a realizar, entre ellas las siguientes:

- ◊ Hacer públicos los procedimientos.
- ◊ Dar asistencia judicial al acusado.
- ◊ Suprimir el juramento en las declaraciones de los acusados.
- ◊ Restringir los poderes del juez, colocando junto a él otros magistrados.
- ◊ Se establece ante el tribunal un sistema de prueba oral, en lugar de la prueba escrita.
- ◊ Motivar la sentencia.
- ◊ La supresión de la tortura.
- ◊ Igualdad ante la ley penal.

Las tareas de la asamblea constituyente, fueron dos: la primera consistió en liquidar el pasado financiero del antiguo régimen y asegurar la organización de Francia. Los integrantes de la asamblea constituyente estaban totalmente convencidos de la ideas de Montesquieu, Voltaire, Rousseau, quienes les habían inculcado la idea de que el hombre siempre debió obrar conforme a la razón. Por lo tanto la asamblea concluyó en colocar en la portada de la Constitución una exposición de principios generales, de donde se deducirían los artículos o preceptos legales que formarían esta Constitución, la cual recibió el nombre de Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Por lo que hace a los procedimientos penales, contempló que ningún hombre puede ser acusado, detenido o arrestado sino en los casos específicamente determinados por la ley y siguiendo las formalidades en ella establecidas. A continuación citaremos algunos de los artículos de mayor importancia y trascendencia de esta ley.

Artículo 8.- “La ley debe establecer penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado, sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, la cual debe ser legalmente aplicada.”

Artículo 9.- “A todo hombre se le presume inocente mientras no haya sido declarado culpable, y si es necesario detenerle, todo rigor que no fuese necesario para asegurar su comparecencia al juicio debe ser severamente reprimido por la ley.”

Artículo 17.- “Este artículo abolirá la confiscación de bienes. “Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública legalmente comprobada, lo exige en forma evidente y con la condición de una justa y previa indemnización”.

El juicio a través de jurados y la abolición de la tortura condujeron naturalmente a la desaparición total de la prueba legal, sustituyéndola por dos posibilidades:

1. Contemplar reglas legales estableciendo los requisitos para fundar una condena, dejando al mismo tiempo al Tribunal la libertad de criterio para absolver en los casos de que no tuviera el convencimiento total de la existencia del hecho.
2. La íntima convicción. Triunfando esta última más en armonía con el jurado.

El interrogatorio, hasta antes de la Revolución Francesa, fue un medio exclusivo de la investigación de los hechos, utilizando la coacción para obligar al individuo a contestar con prontitud cada pregunta en una cansada y agotada sesión, ya que la finalidad estaba encaminada a obtener la confesión; en tanto que las leyes revolucionarias, por su parte, consideraron que el interrogatorio además de ser un medio de investigación de los hechos, constituía también un medio de defensa que llevaba al acusado a explicar el porqué de su conducta, llevándolo en ocasiones a demostrar su inocencia y es considerado libre, ya que el acusado no está obligado a contestar el interrogatorio, teniendo el Juez la obligación de decirle antes que las preguntas, que no está obligado a responder, y aunque el acusado en el interrogatorio confesara, ésta no tiene valor absoluto. Y en los casos en los que el Juez basara su convicción en debates contradictorios, válidamente se podía pronunciar la absolución del acusado, aunque éste haya reconocido los hechos ante el Juez de instrucción, significando ésto libertad al juzgador, desligándose de la atadura de la prueba legal.

El interrogatorio, en el actual derecho francés, es un medio de defensa al mismo tiempo que una forma de buscar la verdad material e histórica, toda vez que la declaración es libre y consciente, no importa ya el secreto, permitiéndose la presencia del abogado dando así la garantía de que se cumplen las formas legales, e inclusive, el procedimiento debe ser puesto a disposición del abogado que asista al acusado, por lo menos 24 horas antes del interrogatorio, permitiendo también que el acusado y la parte civil sean oídos y careados en presencia de su abogado.

En Francia, una de las leyes de fecha 25 de noviembre de 1941 y la ordenanza de fecha 20 de abril de 1945, establecieron un sistema de colaboración entre la Corte y el jurado, que deliberaban en relación a los hechos y al derecho, dejando de ser así los jurados populares, ya que los magistrados influyen demasiado sobre las decisiones de la Corte. Para emitir una condena se requiere

de los votos de los 8 integrantes de la Corte, si hay siete o menos, el acusado es absuelto, en el caso de las atenuantes ésta se da si no hay 8 votos que la rechacen.

La Revolución Francesa, dio difusión del liberalismo y a las ideas penales de Beccaria, las cuales se cristalizaron en las leyes promulgadas por la Revolución Francesa en 1791, reformadas después por el Código de Napoleón en 1810.

1.4 LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO MEXICANO.

Es de gran importancia que para poder entender el verdadero sentido de una norma jurídica, no se le estudie de forma aislada de sus antecedentes históricos, ya que éstos nos abrirán los ojos y nos llevarán a un claro entendimiento del origen y fin de la norma jurídica que se esté estudiando.

Esto es así, porque la historia del derecho se estudia con la única finalidad de que se analicen las instituciones actuales, comparándolas con sus orígenes, poniendo especial atención al proceso que el derecho ha seguido en su elaboración.

A efecto de tener referencias que nos orienten al conocimiento más exacto de nuestro derecho actual, es preciso señalar que a diferencia de algunas regiones del derecho musulmán e hindú; el derecho clásico chino, de derechos primitivos consuetudinarios y de los pertenecientes al sistema comunista, el mundo está repartido en dos bloques o sistemas jurídicos: el anglosajón y el romanista, perteneciendo México al segundo.

La influencia del derecho romano en el sistema jurídico mexicano, llegó principalmente a través de cuatro conductos, siendo los siguientes:

1. El derecho español, a través de las Siete Partidas, la cual tuvo vigencia en territorio mexicano hasta la expedición del Código Civil de 1870.
2. El Código de Napoleón y otros ordenamientos europeos, que en su mayoría contienen derecho romano, mismos que sirvieron como fuente de inspiración de la legislación mexicana.
3. El estudio realizado por juristas mexicanos del *corpus iuris civilis*.
4. El influjo de la dogmática pandectista y la gran autoridad científica de los grandes romanistas alemanes del siglo pasado.

Pasando al derecho penal, a efecto de que la obligación fuera cumplida, era necesaria en muchos de los casos establecer penas atroces, generalmente la de muerte, en ocasiones por faltas demasiado ligeras e inclusive, se condenaba por delitos imaginarios como la hechicería.

No encontramos dato alguno que nos lleve a conformar, o por lo menos a pensar, que en el derecho azteca, como en la antigüedad y edad media en Europa, se diera la composición convenio entre ofensor y ofendido y la familia de éste a efecto de que desapareciera la acción penal. En el derecho azteca, en caso de adulterio, si el cónyuge ofendido encontraba infraganti a los culpables y los mataba, él también era muerto como homicida. Sin embargo, se tiene conocimiento que uno de los historiadores primitivos llamado DURAN, dice que el perdón del ofendido en el caso del adulterio y el de la familia del muerto en el homicidio, atenuaban la pena de muerte cambiándola por la de esclavitud.

El conocimiento del derecho azteca ha llegado hasta nosotros a través de los escritos y pinturas que se realizaron durante esa época, reforzando estos conocimientos los autores españoles, demostrándose así el avanzado desarrollo de los aztecas en el derecho penal . Y por lo que hace a los delitos de culpa, en el derecho azteca sólo se tiene conocimiento de la persona que cohabitaba con una esclava propiedad de otro, acto no punible y la única consecuencia era el caso de que la esclava muriera en el parto, pasaba entonces el responsable a ser esclavo del dueño de la esclava.

Las penas en algunas de las veces no solamente recaían en la persona del delincuente, ya que como en el caso del traidor hasta el cuarto grado de los miembros que integraban su familia se les castigaban con la esclavitud, castigando al delincuente principal con la pena de muerte, cosa que en nuestro derecho actual no es permitido, toda vez que el único responsable es aquél que participa de cualquier modo en la comisión del delito sin la necesidad de extender la pena a sus familiares. Por su parte a todo aquél que se atribuía funciones que no le correspondían, sus parientes hasta el cuarto grado eran desterrados, llegando así a precisar que las peores penas fueron la de muerte, derribar la casa del culpable, cortar los labios o las orejas, la esclavitud, el destierro, cortar o quemar el cabello y destituir de un empleo.

La pena de muerte se aplicaba de diferentes maneras: ahogado, muerte a garrotazos o pedradas, ahorcado, quemado vivo, sacrificado y sacándole el corazón para que fueran entregados en pedazos a los muchachos para que jugaran con ellos, degollándolos, machacándoles la cabeza entre dos piedras. Aplicándose en muchos de los casos la pena de muerte por delitos muy leves.

Al que robaba más de veinte mazorcas de maíz, al que arrancaba el maíz antes de granado, al que robaba la calabaza en la que los señores traían su cigarro, al que robaba una cosa en el tianguis, al joven que se embriagaba lo

mataban a palos y a la joven por la misma conducta, la muerte se le aplicaba a pedradas. Siendo de esta forma como podemos comprender con gran facilidad la crueldad que reinaba en este derecho en concordancia con las costumbres de la época.

Por lo que hace a la organización de la impartición de la justicia en cada reino que constituía la triple alianza (México-Texcoco-Tacuba) existían tribunales encargados de la impartición de justicia.

En el reino de México, el Rey nombraba un magistrado supremo que tenía facultades administrativas y además de emitir la resolución definitiva de los recursos de apelación en causas criminales, con iguales atribuciones existía un funcionario de las ciudades muy pobladas y sujetas al reino de México. Estas a su vez en sus jurisdicciones nombraban tribunales de menor jerarquía que eran colegiados integrados de tres o cuatro jueces, con competencia civil o penal. En este caso sus resoluciones podían ser apeladas únicamente ante el magistrado supremo de la Ciudad de México por lo que hace a los asuntos penales, ya que en los de carácter civil los fallos eran inapelables.

A efecto de nombrar un Juez de competencia civil o penal de menor jerarquía, cada año se reunían en cada uno de los barrios del pueblo, y en los casos de importancia mayor, estos jueces realizaban las primeras diligencias remitiéndolas al Tribunal Colegiado, mismo que emitía el fallo correspondiente. Se contaba también con un número determinado de policías que se encargaban de notificar a las partes, a los testigos, así como también de aprehender a los delincuentes.

En Texcoco, el Rey era magistrado supremo e integraba salas colegiadas y que despachaban en el palacio del Rey en salas especialmente para cada función judicial, civiles, penales, militares.

En el mercado existía un Tribunal que se encargaba de solucionar los conflictos que surgieran entre compradores y vendedores. Estos jueces emitían resoluciones que podían ser apelables ante el Rey, quien fallaba en definitiva, asistido de dos jueces o doce nobles muy calificados.

La Triple Alianza, sí permitía los tribunales especiales para los militares y los nobles.

Para los aztecas la crueldad de las penas, solamente era reflejo de sus costumbres, para ellos no existía la pena de prisión ya que una persona en la cárcel resultaba inútil a la sociedad, tampoco existían las penas pecuniarias por la falta de dinero. Las penas generalmente eran azotes, esclavitud y muerte entre otras. Ellos clasificaron a los delitos en delitos graves y leves; los leves se castigaban con azotes o golpes con palos, en tanto que los graves se castigaban con sanciones más severas; entre los delitos graves se encontraba, entre otros, los que atentaban contra las personas, contra la propiedad, orden público, moral y desobediencia a ciertas leyes.

Cuando un robo se cometía en un mercado, si el ladrón lo repetía con frecuencia, se le ahorcaba tomando en consideración el hurto y las circunstancias del lugar.

Durante los primeros tiempos de la vida independiente, los caracteres que la legislación mexicana habría de tener entre ellas la de no expedir leyes aisladas, sin que éstas estuvieran planeadas, como sucedió con la legislación monárquica española. Una vez terminada la intervención francesa se promulgó y aprobó el código penal de 1871, el cual tuvo vigencia a partir del primero de abril de 1872, en el Distrito Federal y Baja California sobre delitos de fuero común y en toda la república contra delitos de fuero federal.

Actualmente es muy notable encontrar en nuestro Código Penal demasiadas imperfecciones debido al constante cambio social, lo cual nos lleva a la conclusión de que existe la urgencia de que se den en nuestras instituciones jurídicas y leyes un profundo cambio con la finalidad de adecuarlas al tiempo y a las condiciones sociales en general, en las cuales estamos viviendo, convirtiendo a la vida mexicana en una norma jurídica capaz de tutelar por encima de cualquier cosa la seguridad de las personas y del Estado, tomando en cuenta que el recurso más útil y justo en contra del delincuente será la sanción.

"Sí pues la unión accidental de un hombre soltero o casado con una mujer soltera no era penada, según hemos visto, aún había cierta aprobación social, el hecho referido por Motolinía comprueba nuestra tesis de que el castigo no era basado en un interés social, sino en el desagrado del que ejercía la autoridad, y que además la aplicación de las penas era arbitraria, que tal vez se podía exceder el rigor pero lo que no era lícito era suavizar el castigo."¹

La justicia en el imperio azteca no era igual en todos los pueblos, ya que ésta se basaba según las costumbres de cada lugar, lo que nos lleva a concluir que el derecho no era común en todo el imperio. Por su parte la retribución que se le daba a todos aquéllos que se dedicaban a la impartición de justicia, podía consistir en tierras o asignación de algunos pueblos, de los cuales ellos cobraban los tributos como pago por sus servicios.

En cada sala se contaba con la colaboración de un alguacil, que se encargaba de ejecutar las sentencias y aprehender a personas importantes, y para llevar citas o comunicaciones a cualquier distancia existían alguaciles menores llamados topillis. El juicio en su gran mayoría era oral, pero en los de

¹ ESQUIVEL OBREGON T. "Apuntes para la Historia del Derecho en México", Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., Tomo I, México 1984, p. 86.

mayor importancia, los referentes a inmuebles se tomaba la razón de los litigantes del litigio, pruebas y resolución, para conservarlas en los archivos.

La testimonial llegó a ser prueba principal, pero en los casos de disputa de tierras, las pinturas y los mapas elaborados y conservados cuidadosamente eran claves en la investigación.

La confesión era decisiva aún cuando existieran evidencias de que para obtenerla se había utilizado el tormento. Pero aún cuando la justicia azteca esté manchada por la crueldad no se deja de admirar la rapidez de sus procedimientos y aunque no existía una técnica jurídica y la defensa era limitada y grande el arbitrio de las autoridades encargadas de la impartición de justicia.

Por lo que hace a la época precortesiana existió una preocupación por el adulterio, aunque solamente contamos con ciertos datos contradictorios de la forma de castigarlo, con una severa moralidad. Se distinguía entre la intención y la imprudencia, se sancionaba la embriaguez completa con pena de muerte si se trataba de gente noble y con esclavitud si se trataba de plebeyos, dando una muestra de la exigencia de la responsabilidad que se tenía para con los nobles ser una clase superior y más preparada. El arbitrio judicial siguió predominando en esta etapa.

Consumada la Independencia de México lógicamente se produjeron las primeras disposiciones jurídicas con la finalidad de organizar la policía, la portación de armas, uso de bebidas alcohólicas, vagancia, mendicidad, salteadores de caminos y ladrones, posteriormente se emitieron disposiciones referentes a la organización de las instituciones encargadas de la impartición de la justicia.

CAPÍTULO II

CONCEPTOS BÁSICOS DE DERECHO PENAL

2.1 FUENTES DEL DERECHO PENAL .

Con la finalidad de comprender de la mejor manera el tema en cuestión, es necesario conocer qué es una fuente, considerando entonces como una fuente el principio o fundamento de algo, como aquéllo que produce, o que da vida a un algo, mas sin embargo el concepto general de lo que es una fuente, no difiere en mucho, pero sí es un término distinto al de fuentes de derecho.

En relación al tema de las fuentes del derecho penal que nos ocupa, el término o expresión fuentes del derecho penal, presenta básicamente dos aspectos; uno la fuente de producción referente al sujeto de quien emana las normas y el otro referente a las fuentes del conocimiento, atendiendo ésta a las formas en que se manifiestan en la comunidad. Por lo que respecta al primer aspecto se considera al Estado como única fuente del derecho penal, ya que solamente al Estado le compete la facultad de producir normas jurídicas. Referentes al segundo aspecto las fuentes del derecho penal se dividen en inmediatas y mediatas.

FUENTES INMEDIATAS.

Son fuentes inmediatas del derecho penal, solamente al Estado le compete la ley y su fuente deriva de un mandato constitucional como lo es el artículo 14 de nuestra ley suprema.

Artículo 14.- “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

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.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a la falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”.

Por lo que con base a lo anterior las fuentes inmediatas del derecho penal son: la Constitución y la Ley.

1) **La Constitución:** Es una fuente del derecho penal, toda vez que es la ley suprema de los Estados Unidos Mexicanos, y en ellas se encuentran contempladas reglas generales del derecho, es decir, a toda norma jurídica que se dicte, no deberá ser contraria a las disposiciones generales constitucionales, ya que en caso de que sea así la norma jurídica pierde su obligatoriedad por ser

anticonstitucional. A continuación se citan algunos artículos constitucionales referentes al derecho penal: 6, 7, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, etc.

2) **La Ley:** "Es fuente inmediata del derecho penal, ya que se trata de ley en sentido formal que -emana directamente del órgano estatal que de acuerdo con la Constitución tiene la específica función de dictar leyes- o de ley en sentido material, entendida como disposición general y obligatoria, proveniente de órganos diversos constitucionalmente facultados para expedir tales ordenamientos."²

Consideramos entonces como una de las fuentes inmediatas del derecho penal a nuestro Código Penal vigente para el Distrito Federal, ya que en él se encuentran contempladas y descritas las conductas delictivas y las penas aplicables a los delincuentes. "Diremos que no hay más fuente de conocimiento que la Ley, y solamente se puede considerar delito o pena lo que la ley expresamente determina como tales."³

FUENTES MEDIATAS.

Las fuentes mediatas del derecho penal son todas aquéllas que no tienen una relación directa con el derecho penal pero que, mas sin embargo lo vienen a complementar y entre ellas encontramos a la jurisprudencia, doctrina, actos administrativos, convenios internacionales, los principios generales del derecho y la costumbre.

1. - **Jurisprudencia:** Son las interpretaciones realizadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tendiente a determinar el verdadero sentido de

² PORTE PETIT CANDAUDAP. Celestino. "Apuntamientos de la parte General de Derecho Penal". Décimo Cuarta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1991, p. 48.

³ REYES ECHANDIA, Alfonso. "Derecho penal, parte General", Segunda reimpresión de la undécima Edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia 1990, p. 93.

una ley, misma que no modifica por el simple hecho de desentrañar su contenido con precisión y certeza.

2. - **Doctrina:** Es el reflejo del pensamiento de los juristas sobre el contenido y alcance del Derecho penal, tomando como puntos de referencia, las ideas expuestas anteriormente por algunos otros juristas y aunque parezca no importar las opiniones de los doctrinarios, sí han llegado a influenciar a los legisladores por el alto prestigio de sus opiniones, y lo fundado y certero de sus ideas.

3. - **Actos administrativos:** Son éstas fuentes mediatas del derecho penal, en cuanto que constituyen presupuestos o condiciones de aplicabilidad de las normas penales.

4. - **Convenios internacionales:** Por lo que respecta a los convenios o tratados internacionales celebrados entre dos o más países, como por ejemplo; los tratados internacionales para la extradición de reos son fuentes mediatas del derecho penal.

5. - **Los principios generales del derecho:** Son aquéllos que en el derecho penal vienen a auxiliarnos en la interpretación de las normas penales, para su mejor y más exacta aplicación.

6.- **La costumbre:** Al conjunto de reglas de conducta que se forman en una sociedad se le denomina costumbres, como resultado de las repeticiones de acciones y omisiones, atendiendo a las necesidades de ese grupo social, convirtiendo a estas conductas en obligatorias.

2.2 LOS FINES DEL DERECHO PENAL.

Como ya es conocido por nosotros, es el derecho penal un ordenamiento jurídico que emana del Estado, cuya característica fundamental es la imposición de una pena por la violación a las normas jurídicas penales, de ahí que se le llame derecho penal. Es entonces el derecho penal una serie de conductas ya sean de acción o de omisión, que el Estado prohíbe a través de la amenaza de un castigo.

Sí la característica fundamental de las normas penales es la pena, la finalidad del derecho penal consiste entonces en impedir la comisión de los delitos, es decir, el principal fin del derecho penal es combatir el fenómeno social de la delincuencia; es éste el fin básico hacia el que se dirigen las normas penales.

El derecho penal tiene como principal objetivo combatir a la delincuencia pero no solamente a través de una pena, sino que también extendiéndose más allá, procurando la readaptación social de los delincuentes. El Estado moderno, a través del derecho penal y otras disciplinas jurídicas, más que dedicarse a armonizar los intereses de los individuos y solucionar sus conflictos, pretende transformar las condiciones de vida y conciencia del pueblo para asegurar su progreso, convirtiéndose así el Estado moderno más que en un protector del orden público, en un maestro y educador del pueblo.

"Esta función, esencialmente evolutiva (o progresiva), se manifiesta también el ámbito del derecho penal, ya que la pena es uno de los más eficaces medios con que el Estado puede influir sobre la vida social y modificarla. Efectivamente, la pena en el derecho actual no es sólo según la feliz expresión de MERKEL,

una manifestación de poder al servicio de la conservación social, sino también un instrumento para el progreso del pueblo."⁴

Demostrando lo anterior de que la antigua concepción de que el único fin del derecho penal no es el asegurar las condiciones fundamentales de la vida común, sino que también tiene como finalidad promover el desarrollo y mejoramiento de la sociedad; otros de los fines del derecho penal consiste en la de garantizar al ciudadano el pleno respeto de sus garantías individuales consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Si bien es muy cierto, que el derecho penal es una rama del Derecho Público Interno y que protegen bienes que pertenecen a los individuos tales como la libertad, la vida, el honor, etc.; éstos bienes jurídicos se definen siempre con miras a un interés público; por lo tanto, toda acción tendiente a la investigación de los delitos será siempre de carácter público e incumbe al Estado, aun cuando su ejercicio dependa directamente de la manifestación de la voluntad de un particular, como en el caso de los delitos perseguibles a petición de parte ofendida.

Resulta necesario dejar completamente claro que el derecho penal no solamente está constituido por el conjunto de normas que se encuentran contenidas en el Código Penal vigente para el Distrito Federal, sino que también son aquellas normas contenidas en códigos y leyes especiales; teniendo como función primordial el derecho penal regular la conducta de los individuos prohibiendo u obligando a diversos comportamientos para lograr la conservación y desarrollo de la sociedad.

⁴ ANTOLISEI, Francesco. "Manual de Derecho Penal, Parte General", Octava Edición corregida y actualizada, Editorial Temis, Bogotá, Colombia 1988, p. 3.

La norma penal está formada de dos elementos; uno el precepto y el otro la sanción: el precepto en la descripción de la conducta prohibida por la norma y la sanción consiste en señalar la pena que corresponda al y/o a los sujetos activos del delito. De todo lo anterior, hemos llegado a establecer, que la finalidad del derecho penal consiste básicamente en:

- ◊ Describir las conductas prohibidas.
- ◊ Establecer una sanción para las conductas prohibidas.
- ◊ Asegurar las condiciones propicias para una vida en común.
- ◊ Promover el desarrollo y mejoramiento de la sociedad.
- ◊ Perseguir y sancionar a los delincuentes.
- ◊ Buscar la readaptación social de los delincuentes a través de las medidas de seguridad.

Los tribunales han asentado que la ley penal, conforme a las nuevas teorías, tiene por objetivo defender a la sociedad de los seres peligrosos; basándose en la realidad social, la tutela del derecho penal está creada por una exigencia del Estado, para mantener el orden jurídico y las funciones inherentes a sus órganos, cualquiera que sea la jerarquía de quienes la ejercen, cuya libertad viene en desprestigio cuando otras personas que carecen de facultad decisoria y poder coactivo, ejercen funciones de tal, entrañando ello lesión a la fe pública, que es un bien jurídico colectivo que debe ser protegido mediante la tutela penal contra aquellos hechos que lesionan la confianza individual y que son susceptibles de engañar aún a los órganos del Estado.

"La finalidad del derecho racional es la libertad psíquica del individuo, la finalidad valorativa de éste para escoger el bien y el mal, entre la justicia y la injusticia. El hombre tiene derecho, desde este punto de vista, a todo lo que no pugne contra la razón, aunque no sea justo, con tal de que no sea tampoco injusto (es

decir, a todo lo justo o ajusto); en una palabra a todo lo "no injusto". Todo lo justo es racional, pero no todo lo racional es justo, ya que puede ser ajusto, es decir, ni justo ni injusto. Todo lo injusto, en cambio es irracional. Lo justo también puede ser irracional, ilógico, como cuando Calígula proyectó nombrar Cónsul a su caballo: esto no tiene nada de justo o injusto, pero sí mucho de absurdo. Locura semejante era la de Shylock, en la pieza teatral de Williams Shakespeare, al pretender que se le diera una libra de carne del cuerpo de su deudor, por no haber podido a este pagar a tiempo su adeudo; mas aquí lo irracional va unido a una injusticia."⁵

Por su parte Luis Alfonso Dorantes Tamayo en su obra "Filosofía del Derecho", sostiene que los fines fundamentales del derecho en general son el bien común, la seguridad y la justicia. Definiendo a cada uno de ellas de la siguiente forma:

El bien común.- Lo define como un conjunto organizado de condiciones, mediante las cuales la persona humana puede cumplir su destino natural y espiritual; es el bien de todos o por lo menos de la mayoría de los individuos. Es el bienestar de la mayoría de los individuos de una sociedad políticamente organizada.

La seguridad.- En su sentido más general se le considera como la garantía dada al individuo, de que su persona, sus bienes y sus derechos no será objeto de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán aseguradas por la sociedad, protección y reparación.

⁵ DORANTES TAMAYO, Luis Alfonso. "Filosofía del Derecho", Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Harla, p. 190.

La justicia.- Por lo que respecta a la justicia, debemos distinguir a la justicia individual de la justicia social, toda vez que justicia individual se refiere a los ciudadanos en su individualidad, sin tener ninguna relación directa con la sociedad o el Estado, o sea es aquélla que atiende al interés del individuo en sí y no a la de la colectividad, en tanto que la justicia social se refiere a los individuos como integrantes de una comunidad, o sea que refiere el interés de la mayoría o de la totalidad de los componentes del grupo y no solamente al de uno o varios de ellos.

Con base a lo anterior, consideramos entonces al bien común como el bien a favor de la sociedad; a la seguridad, como a la certeza que tienen los individuos en cumplir con sus obligaciones, así como a la certeza de que se le respetarán sus derechos, y finalmente consideramos a la justicia, como a la igualdad en la distribución de la riqueza, dependiendo de los méritos que haya realizado cada persona.

2.3 LA NECESIDAD JURÍDICO SOCIAL DE LA EXISTENCIA DEL DERECHO PENAL .

El hombre no se encuentra solo en este mundo; se encuentra rodeado de otros hombres y cosas; mismos de los que se vale para poder subsistir, ya que uno de ellos no sería autosuficiente para vivir y satisfacer sus necesidades, y precisamente a que no se encuentra sólo, sino acompañado de muchos más; a través de la organización se han formado las familias, mismas que a su vez han formado un núcleo más grande llamado sociedad. Pero para que esta sociedad tienda a un perfecto funcionamiento se han creado una serie de normas jurídicas de carácter obligatorio, que regulan la conducta de los hombres en sociedad.

Por lo tanto y tomando en consideración los puntos anteriormente referidos, resulta de gran importancia el establecimiento de un orden jurídico penal, con la finalidad de que la sociedad tenga la plena seguridad que se le respetará tanto en su seguridad personal, como la de sus bienes y familias

Luego entonces, la finalidad de la necesidad jurídico social de la existencia del derecho penal tiende a la armonía y desarrollo de los hombres que viven en sociedad. Porque el hombre solamente puede vivir en sociedad con los demás hombres, y es precisamente en esa colectividad humana en donde surge la conciencia jurídica, ya que ésta nunca podrá tener su origen en una agrupación de animales, y menos aún en un conjunto de seres inanimados. Ya que la existencia del derecho penal solamente tiene sentido para los hombres que viven en sociedad y no para aquéllos que viven aisladamente. El hombre es el único ser que puede llegar a descubrir y crear al derecho debido a esa gracia llamada razón que posee, ya que es el único ser para el cual tiene significado el derecho.

2.4 LA SOCIEDAD, EL ESTADO Y EL DERECHO.

El derecho no es un fenómeno distinto a la sociedad, dice Kelsen, que la sociedad es un sistema social, es un orden y que todo orden es un conjunto de normas y que por lo tanto aquel conglomerado humano, mismo al que conocemos como sociedad, es el hecho de que los individuos están sometidos a un mismo sistema normativo. No implica ésto que la sociedad y el derecho sean una misma cosa, sino que la sociedad está constituida por un grupo de individuos, en tanto que el derecho es un conjunto de normas jurídicas, existiendo una estrecha relación entre los anteriores conceptos ya que todo aquel individuo que viva en sociedad está obligado a respetar las normas previamente establecidas en la sociedad, ligándose a estos dos anteriores conceptos uno más; el concepto de

Estado, que vendrá a ser éste el poder público que se encargará de emitir y aplicar las normas necesarias para una buena convivencia social por medio de sus distintos órganos de los cuales se conforma.

Con la finalidad de tener una noción clara respecto al punto que estamos tratando, resulta necesario definir lo que es Estado, Derecho y Sociedad.

Estado.- Para algunos autores Estado, es considerado como una comunidad política desarrollada, como una consecuencia natural de la evolución humana, en tanto que otros más la consideran como una estructura del poder político de una comunidad, más sin embargo no es éste una mera realidad natural ya que constituye un conjunto de funciones jurídicas, referentes al comportamiento de la comunidad política. Y algunas de las características del Estado son las siguientes:

- ◇ Es el creador del derecho.
- ◇ Aplica el derecho.
- ◇ Tiene jurisdicción.
- ◇ Ejecuta sanciones.
- ◇ Es titular de derechos y obligaciones.

Es innegable la idea de que el Estado es una organización de la sociedad, mas sin embargo es necesario que esta organización tenga su base en un sistema de reglas o normas, mismas que constituyen el aparato normativo del Estado. Pero además de todo lo que ya hemos dicho referente al Estado, es menester también aclarar que no resulta fácil definir con exactitud lo que es Estado. Generalmente hemos tenido el concepto de que Estado consta principalmente de tres partes, siendo éstas el territorio, la población y el gobierno.

El territorio es la determinación de la superficie terrestre de forma artificial, en el que un número determinado de personas viven, sometiéndose a un mismo sistema jurídico. Pero ha surgido un problema referente a la extensión de tierra mínima o máxima que debe tener para poder llamarse Estado, esto a nuestro parecer no existe un límite de extensión territorial, ya que bastará únicamente el territorio necesario para poder establecer la administración de ese territorio.

La población es otro elemento indispensable para la existencia del Estado y se compone de un conjunto de seres humanos, no importando que esta población se componga de individuos de diferentes razas, religiones y naciones, ya que su importancia radica en que vivan en un mismo territorio y sometidos a un mismo sistema jurídico. La población de un Estado se integra por gobernantes y gobernados, en el lenguaje común a los gobernantes se les conoce con el nombre de gobierno y a los gobernados se les llama pueblo.

El Gobierno viene a ser entonces el ejecutor de las normas jurídicas, mismas que son creadas a través de los órganos que lo conforman.

Derecho.- La función del derecho es la de guiar el comportamiento humano. El Estado no es más que un orden jurídico que se encarga de organizar a la comunidad. El derecho en tanto es un sistema de motivación de la conducta humana ya sea prohibiendo u ordenando cierto comportamiento. Aunque con términos más conocidos por nosotros, diremos que el derecho es un conjunto de normas jurídicas que regulan el comportamiento de los hombres en sociedad.

Sociedad.- Es una organización de los individuos, con la finalidad de poder satisfacer sus necesidades, ya que necesita para su subsistencia del apoyo y colaboración de los demás para poder vivir. Es decir, el fin de la sociedad consiste en una ayuda mutua.

"La sociedad, es sabidamente, una forma de vida natural y necesaria al hombre en la cual se requiere un ajuste de las funciones y de las actividades de cada individuo, que haga posible la convivencia evitando choques, resolviendo conflictos y fomentando la cooperación. En consecuencia, si el hombre ha de vivir en sociedad para su conservación y desarrollo, es claro que en esa sociedad, organizada con tales fines, ha de tener posibilidad de hacer todo aquello que sea medio adecuado para llenar sus propias necesidades, hallándose obligado a respetar el ejercicio de iguales facultades en los demás y aún a contribuir con su esfuerzo para la satisfacción de las exigencias colectivas, constituyéndose así el orden jurídico por el conjunto de normas que regulan y hacen posible y benéfica la vida en común".⁶

"El derecho, entonces, desprendido de la propia naturaleza de la sociedad, significa un conjunto sistemático de costumbres y de disposiciones obligatorias que rigen a los individuos y a la comunidad, determinando un orden justo y conveniente; por eso y a despecho de quienes quisieron ver exclusivamente en la palabra "derecho" un parentesco de etimología con lo recto o lo normal, ha sido necesario reconocer que dirigido, directo o "derecho", no es sino un participio del verbo "dirigere", que por su raíz del sánscrito, rj, significa regir o gobernar".⁷

Es entonces, de considerar al derecho, como un instrumento utilizado por el gobierno para organizar y estructurar a la sociedad, pero no será necesario dictar disposiciones, sino que deberá ser preciso asegurar su efectividad y

⁶ VILLALOBOS, Ignacio. "Derecho penal Mexicano", 5a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1990, p. 15.

⁷ VILLALOBOS, Ignacio. Op. Cit., p. 16.

vigencia para asegurar un orden y una constante coordinación de las actividades que permitan una justa y ventajosa convivencia.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se encarga de sentar las bases de nuestro sistema político y jurídico del Estado, dando las normas principales para poder determinar que conductas son consideradas como delitos, estableciendo las formas de investigación y a cargo de quien estarán, asimismo, establece el procedimiento para la creación de las normas en general, entre ellas las de carácter penal.

"De lo dicho hasta este punto se desprende que el Derecho Penal, en sentido subjetivo, es el atributo de la soberanía por el cual a todo Estado corresponde reprimir los delitos por medio de las penas; en tanto que objetivamente se forma por el conjunto de normas y de disposiciones que reglamentan el ejercicio de ese atributo: el Estado, como organización política de la Sociedad, tiene como fines primordiales la creación y el mantenimiento del orden jurídico; por tanto su esencia misma supone el uso de los medios adecuados para tal fin".⁸

Aunque en el tema de referencia, por lo que hace al término de Estado, éste únicamente nos interesa como sinónimo de gobierno.

2.5 EL DELITO.

De conformidad a lo establecido por el Código Penal vigente para el Distrito Federal, en su artículo 7° nos dice:

⁸ VILLALOBOS, Ignacio, Op. Cit., p. 19.

Artículo 7.- "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

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, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal."

Al referirnos que es un acto u omisión que sancionan las leyes penales. Es claro que se está refiriendo a que un delito es toda aquella conducta, ya sea de hacer o de no hacer que se encuentra descrita y sancionada por la ley penal. A dicho de algunos autores quienes manifiestan que el delito es una conducta antijurídica y culpable, a nuestro parecer es éste un concepto poco apropiado, ya que la culpabilidad y la antijuricidad sólo son dos de los elementos positivos del delito.

A pesar de que la mayoría de los estudiosos del derecho penal han intentado elaborar una definición de lo que es delito, esto no les ha sido posible, ya que de forma constante van cambiando las exigencias de la sociedad y si bien ahora una conducta puede ser considerada como delito, posiblemente mañana sea

una conducta lícita, mas sin embargo, sí han llegado a considerar que el delito es una contradicción entre el acto del hombre y la ley.

La ley penal nos suministra la definición formal de delito. Este es "el acto u omisión que sancionan las leyes penales, según el artículo 7° del Código Penal vigente.

"Esta concepción prescinde incluir en la definición los elementos que constituyen la esencia misma del acto delictivo; funda su noción exclusivamente en el carácter punible: Es delito entonces, toda conducta, moral o inmoral, dañosa o inocua, siempre y cuando esté dispuesta en la ley y amenazada con la aplicación de una pena".⁹

Significa entonces lo anterior que en nuestro Código Penal vigente no se define con amplitud lo que es el delito. Y que nos deja la tarea a nosotros para que con base al Código Penal, identifiquemos las conductas que el mismo ordenamiento jurídico describe y sanciona, para formarnos así un concepto de delito.

Una de las definiciones de delito aceptadas en la actualidad, es la que nos proporciona Celestino Porte Petit, manifestando que el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable, que esta conducta la realiza una persona imputable, y que exista la condición objetiva de punibilidad y que sea punible.

"La conducta, que se exige provenga de un sujeto imputable (capaz de querer y entender), sólo es delictuosa si encuadra exactamente a la descrita en la ley penal (tipicidad), si se opone al orden

⁹ CORTES IBARRA, Miguel Ángel. "Derecho Penal parte General", Cuarta Edición, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1992, p. 128.

jurídico (antijuricidad), si subjetivamente le es imputable a su autor (culpabilidad), y si se encuentra amenazada con una sanción (punibilidad); debiéndose cumplimentar además las eventuales condiciones de las cuales depende la efectividad aplicativa de la sanción (condiciones objetivas de punibilidad)".¹⁰

La doctrina refiere a la clasificación de los delitos atendiendo a su gravedad, por su resultado, por el daño que causan, por su duración y por la índole de su infracción.

DE ACUERDO A SU GRAVEDAD:

Crímenes.- Toda conducta delictiva que lesiona los derechos naturales como la vida y la libertad.

Delitos.- Son las violaciones o derechos derivados del contrato social.

Faltas.- Son las infracciones cometidas a los reglamentos de policía y buen gobierno.

POR SU RESULTADO:

Formales.- En los que la realización de la conducta agotó los elementos del tipo penal, sin producir un resultado material externo, que puede ser captado por los sentidos.

Materiales.- Aquéllos que para su integración necesitan producir un resultado material externo.

¹⁰ CORTES IBARRA, Miguel Ángel, Op. Cit., p. 129.

POR EL DAÑO QUE CAUSAN:

De lesión.- Aquéllos que causan un daño real y efectivo en el bien jurídico protegido.

De peligro.- Aquéllos que amenazan con causar un daño a un bien jurídico protegido. Amenazas.

POR SU DURACIÓN:

Nuestro Código Penal únicamente reconoce a los delitos en general, como lo describe en su artículo 7º, más sin embargo, sí admite la clasificación de los delitos por su duración en instantáneo, permanente o continuo y continuado.

Instantáneo.- Cuando se consuman la realización de una sola conducta y de forma momentánea.

Permanente o continuo.- Cuando la acción que pretende consumar el delito, se prolonga en el tiempo y su característica fundamental resulta ser entonces la persistencia de la acción; ejemplo: la privación de la libertad.

Continuado.- Cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal.

POR LA ÍNDOLE DE SU INFRACCIÓN:

Simples.- Aquéllos en los que la infracción es única.

Complejos.- Aquéllos en el que el tipo penal requiere de la unificación de dos infracciones (robo con violencia).

Si bien es cierto que el artículo 7° del Código Penal vigente para el Distrito Federal define al delito como el acto o la omisión que sancionan las leyes penales, el artículo 8° dice que éstos solamente pueden realizarse dolosa o culposamente, definiendo al dolo y a la culpa en su artículo 9°.

Artículo 8.- "Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente".

Artículo 9.- "Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y

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."

2.6 DERECHO PENAL .

El derecho penal, es una rama del derecho público interno, cuya finalidad principal es la de mantener el orden político y social de un pueblo, utilizando para ello penas y medidas adecuadas en relación a las conductas que dañan o ponen en peligro algún bien jurídico.

La disciplina del derecho penal ha recibido distintas denominaciones, como por ejemplo, en Italia se emplea el término Diritto Penale, aunque los positivistas le prefieran llamar Diritto Criminale, para desterrar la palabra pena, que como es sabido, reemplazan por sanción, en tanto que en España y países de este continente que hablan nuestro mismo idioma se denomina derecho penal. Por su

parte Eugenio Cuello Calón, opina que el término derecho criminal es anticuado, resultando esto totalmente falso, ya que en Francia e Italia este término resulta ser de lo más adecuado para llamar al derecho penal.

Algunos autores emplean otro tipo de expresiones para nombrar a nuestra disciplina, Plugia le llama derecho represivo; Luca, principios de criminología; Dorado Montero, derecho protector de los criminales. Y se usa en algunos códigos hispanoamericanos el título que le dio al de Cuba, su autor José Agustín Martínez: Código de Defensa Social. De él tomaron tal nombre los códigos mexicanos de Chihuahua, Yucatán y Veracruz.

El derecho penal es un derecho público, normativo, valorativo y finalista que tiene a la norma y bien jurídico como polos de su eje y cuya naturaleza es eminentemente sancionadora. Es público porque solamente el Estado es capaz y facultado para poder crear normas que definan delitos e impongan penas. Es valorativo porque la filosofía de los valores ha penetrado profundamente en el derecho. La ciencia del ser y del deber ser (entre el derecho) afirma la índole normativa de la ciencia jurídica, hasta el punto de que sólo en ese carácter de norma se haya su esencia científica.

A nuestro entender y a diferencia de los Kelsianos que afirman que el fin no pertenece al derecho, cuyo contenido es la política. El fin lo determinará ésta o la sociología, pero no las leyes. Toda vez que a nuestro parecer la dogmática jurídica no puede quedar desnuda de la finalidad, y nuestro derecho penal tiene carácter finalista, puesto que se ocupa de conductas, no puede menos de tener un fin. El Estado debe recoger y enfocar, teológicamente, todos los intereses que constituyen la cultura, dirigiéndolos al fin de la vida.

Es común leer en los viejos tratados de derecho penal, que éste se divide en subjetivo y objetivo. El primero consiste en la facultad de hacer o no hacer alguna

cosa; el segundo es ley, regla o norma que nos manda, que nos prohíbe o permite. El derecho penal subjetivo sería el *ius puniendi*, que resulta limitado por las propias leyes que el Estado dicta.

Actualmente la ciencia del derecho penal ha formado un sistema cuya finalidad es la de establecer o precisar la naturaleza del delito, la responsabilidad y el grado de peligrosidad, teniendo como propósito mantener la conducta de los hombres dentro de una muy eficaz y efectiva disciplina social.

"Consiguientemente, puesto que el sujeto de atribución del derecho penal es el Estado mismo, se trata de una rama de derecho público; y puesto que sólo norma las relaciones entre un Estado y los individuos que lo forman y no las relaciones entre dos o más Estados, es evidente que debemos clasificar al derecho penal como derecho público interno".¹¹

Es de gran importancia tener el mayor de los cuidados al hablar de Código Penal y Derecho Penal, ya que en la actualidad nuestro Código Penal se refiere también de tratamientos para inconscientes y para menores, lo cual no implica que las terapias o tratamientos educativos para enfermos mentales y menores de edad constituyan parte del derecho penal. Ya que como hemos visto el derecho penal se encarga de sancionar los delitos a través de las penas, que los tratamientos no son parte del derecho penal, sino un anexo al mismo, pues no estamos precisamente en presencia de un delito, puesto que no se imponen penas, ni hay responsabilidad alguna, sino una simple peligrosidad.

¹¹ VILLALOBOS, Ignacio. "Derecho Penal Mexicano", Quinta Edición, Editorial Porrúa, México 1990, p. 20.

2.7 TIPO PENAL.

El tipo penal, es un instrumento jurídico, en el cual los legisladores describen e individualizan las conductas de los hombres, que penalmente resultan ser de gran importancia por ser conductas prohibidas, y estas descripciones de conductas prohibidas las encontramos en el código penal.

La figura jurídica llamada tipo penal, resulta ser de vital importancia, ya que sin ella no sería posible calificar de antijurídica y culpable alguna conducta, siendo así esta última carente de relevancia penal. En la mayoría de los casos el tipo es descriptivo, ya que es ésta de suma importancia para poder individualizar la conducta. El verbo resulta también necesario para poder tener conocimiento de la acción.

"No debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la fórmula que pertenece a la ley, en tanto que la tipicidad pertenece a la conducta. La tipicidad es la característica que tiene una conducta en razón de estar adecuada a un tipo penal, es decir, individualizada como prohibida por un tipo penal".¹²

El tipo penal, es entonces la descripción de las conductas realizadas por los hombres, mismas que se encuentran penalizadas y se dice que es un instrumento de carácter legal por que corresponde únicamente a los legisladores el crear, suprimir o modificarlos atendiendo a las necesidades y exigencias de la sociedad en que vivimos.

Por su parte Eugenio Raúl Zaffaroni, hace mención también a los tipos abiertos y cerrados; manifestando que estamos en presencia de un tipo cerrado

¹² ZAFFARONI. Eugenio Raúl. "Manual de Derecho Penal parte General", Segunda reimpresión de la Segunda Edición. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1994, p. 393.

cuando la conducta prohibida se puede individualizar perfectamente, y cuando nos encontramos en la problemática de individualización de esa conducta, estamos en presencia de un tipo penal abierto y que por lo tanto, requiere de la aplicación de reglas generales. Pero el que se hable de tipos abiertos no implica que el tipo penal sea anticonstitucional, ejemplo: El número de conductas que por violar un deber de cuidado pueden causar la muerte, son demasiadas, por lo tanto el legislador no pudo precisarlas.

2.8 ELEMENTOS DEL TIPO PENAL.

Después de haber realizado un análisis del concepto de delito hemos llegado a establecer que tiene las siguientes características, dividiéndose en positivos y negativos.

ELEMENTOS POSITIVOS.

- ◊ Conducta.
- ◊ Tipicidad.
- ◊ Antijuricidad.
- ◊ Imputabilidad.
- ◊ Culpabilidad.
- ◊ Condiciones objetivas de punibilidad.
- ◊ Punibilidad.

ELEMENTOS NEGATIVOS.

- ◊ Ausencia de conducta.
- ◊ Atipicidad.
- ◊ Causas de justificación o de licitud.
- ◊ Inimputabilidad.

- ◇ Inculpabilidad.
- ◇ Falta de condiciones objetivas de punibilidad.
- ◇ Excusas absolutorias.

Por lo que a continuación analizaremos a cada uno de estos aspectos positivos y negativos del delito.

2.8.1 POSITIVOS.

Conducta.

Es la conducta el primer elemento del delito, es un comportamiento voluntario, ya sea de acción u omisión. Misma que se encuentra conformada por dos elementos uno interno (psíquico) y otro material. En el aspecto psíquico o interno la voluntad no solamente es la disposición de adoptar actitudes frente a los objetos y personas, sino es también el poder de la mente lo que impulsa a un sujeto a realizar de forma externa, lo que previamente ya ideó con su mente.

No se debe confundir el concepto de voluntad, decisión, e intención, ya que la voluntad es la fuerza de la mente que nos lleva a la acción u omisión en tanto que la decisión consiste en la determinación de hacer o no hacer algo.

"La voluntad supone la conciencia y el conocimiento de la conducta a realizar. Se obra conscientemente cuando la decisión y el actuar se funda en el conocimiento del fin propuesto y de los medios empleados. La voluntad, o es consciente o no es voluntad, por ello se ha venido repitiendo que la conducta es manifestación de voluntad".¹³

¹³ CORTES IBARRA, Miguel Ángel. "Derecho Penal parte General" Cuarta Edición, Cárdenas, Editor y Distribuidor. México 1992, p. 133.

La conducta en derecho penal, es entonces la realización voluntaria de una acción u omisión que la ley penal describe y sanciona, ejemplo: En el delito de homicidio doloso la conducta consiste en privar de la vida a otro, siendo ésta una conducta de acción. A diferencia del delito de falsedad de declaraciones que constituye una conducta de omisión, ya que el sujeto activo está obligado a decir la verdad y en caso de que deje de decir la verdad incurre en el delito antes referido.

Tipicidad.

Para calificar a un acto como delictuoso, no basta que la conducta sea antijurídica, ya que es necesario que esa antijuricidad, lesione o ponga en peligro algún bien jurídicamente protegido, por lo tanto corresponde al tipo penal determinar esta especial antijuricidad.

"Tipo es la figura abstracta e hipotética contenida en la ley, que se manifiesta en la simple descripción de una conducta o de un hecho y de sus circunstancias".¹⁴

"Tipicidad es la adecuación exacta y plena de la conducta al tipo. Afirmamos que la conducta es típica cuando se superpone o encuadra exactamente a la prevista. La tipicidad exige para su conformación, un agotamiento exhaustivo de la conducta en concreto a la descrita abstracta e indeterminadamente en la ley".¹⁵

El tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito.

¹⁴ CORTES IBARRA, Miguel Angel. *Op. Cit.*, p. 177.

¹⁵ CORTES IBARRA, Miguel Angel. *Op. Cit.*, p. 178.

Al definir los delitos la ley, es decir, al establecer los tipos legales se limita a menudo a dar una mera descripción. La mera descripción objetiva tiene como núcleo la determinación del tipo por el empleo de un verbo principal: matar, apropiarse, etc.; pero el tipo sin dejar de ser meramente descriptivo, presentan casi siempre, referencias y modalidades de la acción, que pueden ser en cuanto al sujeto activo, al sujeto pasivo, al objeto, al tiempo, al lugar, a la ocasión y al medio.

A veces en ciertos delitos se exige un determinado sujeto activo, como por ejemplo: la calidad de funcionario público en el peculado, de abusos de autoridad, etc.; en otros casos solamente se puede infringir la norma a que el delito se refiere el empleado público, el empleado de correos o telegramas, el mismo ministro del culto, etc.; a un determinado sujeto pasivo se refieren algunos otros artículos de los códigos penales; han de serlo el gobierno legítimo de la patria, el presidente, vicepresidente, jefes de potencias extranjeras, o los representantes de ellas, los ascendentes, descendientes, la mujer en el rapto y en el aborto, etc.

A un determinado objeto aluden ciertos códigos; cadáver, objeto mueble en el hurto. Al lugar se refiere estas modalidades de acción: dentro o fuera del territorio nacional, territorio de la república, lugar público, dentro de una casa, etc.

La tipicidad nace entonces, cuando la conducta ya sea un hacer o un no hacer, cumple con las exigencias previstas por el tipo penal, es decir, cuando el individuo realiza la conducta prevista y sancionada por la ley penal.

Todo lo anterior viene a ser avalado por el párrafo tercero del artículo 14 Constitucional, que dice, que "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”.

Antijuricidad.

La antijuricidad es un elemento positivo del tipo penal, y consiste éste básicamente en la oposición al derecho. Esta puede ser de dos tipos formal o material; es formal cuando se opone a la ley del Estado y es material cuando existe una afectación a los intereses protegidos por esa ley.

El orden jurídico, está constituido por un conjunto de normas cuyo quebrantamiento o desobediencia daña o pone en peligro la tranquilidad, la justicia, la seguridad y el bien común. La infracción o quebrantamiento de este orden jurídico constituye una antijuricidad formal respecto a la violación del precepto legal emanado de algún orden del Estado, y una antijuricidad material por el quebrantamiento de los intereses protegidos o amparados por la norma penal, aunque el concepto de antijuricidad no se precisa con el simple hecho de decir que es contrario a derecho.

Nada importa a la antijuricidad los elementos subjetivos de la persona que cometa la conducta delictiva, ya que éste podía ser un niño, una persona adulta y normal o una persona con incapacidad mental, y que en el caso que esta última persona cometiera la conducta, no por el simple hecho de tener incapacidad mental la conducta va a dejar de ser antijurídica. En cambio la actitud de aquél que comete el delito, no obedeciendo la prohibición que se le hace constituye la culpabilidad, de tal forma que los actos objetivamente lesivos del orden jurídico por error o incapacidad mental no serán delictuosos por falta del elemento subjetivo de culpabilidad, pero serán sin lugar a duda una conducta totalmente antijurídica.

En los casos de que se diera un tipo penal erróneamente, la antijuricidad del hecho que se prohíba, resultaría también errónea y falsa en cuanto a su contenido material, ya que la antijuricidad consistiría o versaría sobre un hecho imaginario e inexistente.

La afirmación de que la conducta antijurídica lesiona o pone en peligro intereses protegidos, nos lleva a la necesidad de establecer con mayor exactitud que se trata de intereses sociales y no individuales ya que la falta de precisión, llega a confundir a mucha gente de que el consentimiento de la persona directamente afectada o la falta de interés en conservar el bien jurídico, provocaría la desaparición de la antijuricidad de la conducta.

El requisito de procedibilidad llamado querrela, es un requisito procesal y no de fondo, y tiene un enfoque totalmente ajeno a la antijuricidad y culpabilidad. Reprochando o rechazando como actos jurídicos cuando son consentidos algunos delitos que para su persecución requieren de la querrela, tales como el adulterio, el estupro; si alguien podrá dar su consentimiento para que sea golpeado de forma brutal, y resulta ser así totalmente jurídico y conforme a derecho; si podrán los parientes consentir que se injurie, difame o calumnie a una persona fallecida, y esta complicidad convierta el acto en jurídico. Concluyendo de esta forma que aún cuando exista el consentimiento del ofendido en algún delito perseguible por querrela, no dejará de ser por este hecho un acto antijurídico convirtiéndose en jurídico.

Mas sin embargo, en algunos casos en que no se exige la querrela, desaparece con el consentimiento la antijuricidad del acto, tal es el caso de los delitos de privación ilegal de la libertad o la violación de correspondencia, o en el daño en propiedad ajena, aunque éste si exige como requisito de procedibilidad a la querrela.

Imputabilidad.

El estado psicológico, es de gran importancia en el momento que hablamos de imputabilidad, ya que para que un sujeto sea imputable, deberá en el momento de realizar la conducta delictiva ser apto y capaz de responder ante las autoridades de su acto realizado. Es decir, que ese individuo debe gozar de las cualidades psíquicas exigidas por la ley penal. Derivándose de lo anterior la conclusión de que un sujeto puede ser imputable aún cuando nunca cometa un delito.

"Son imputables aquellos sujetos que por reunir las condiciones psíquicas de madurez y salud mental que la ley reclama, se encuentran capacitados para entender, querer y responder así ante el Estado y la Sociedad de sus acciones contrarias al ordenamiento jurídico-penal".¹⁶

Se ha llegado a pensar que antes de investigar la existencia del delito, es necesario precisar si la conducta proviene de un individuo imputable, ya que en el caso de que el sujeto activo sea inimputable resultaría inútil la investigación de los elementos constitutivos del delito. Aún cuando no exista la imputabilidad, sí podrá existir la tipicidad y antijuricidad, ya que si un inimputable infringe la ley penal, su conducta es típica y antijurídica; típica porque se ajusta a la hipótesis prevista en la norma penal y antijurídica porque se contrapone al orden jurídico.

Por lo tanto un sujeto será jurídicamente imputable cuando actúe con la mente desarrollada y no padezca ninguna enfermedad psicológica que motive la disminución de la capacidad para entender y conocer su conducta y el resultado

¹⁶ CORTES IBARRA. Miguel Angel, Op. Cit., p. 252.

de esa conducta, naciendo así un deber jurídico de responsabilidad para dar cuenta de sus actos a la sociedad.

Culpabilidad.

Respecto a la culpabilidad existen dos corrientes que explican la naturaleza de la misma; la psicologista y la normativista.

La psicologista opina que la culpabilidad es un aspecto psíquico que se relaciona con el hecho. Es la relación de causalidad que une al sujeto con la conducta delictiva, a diferencia de la corriente normativa, en la que el reproche de la conducta es fundamental.

"La culpabilidad no constituye en su esencia, una simple relación psicológica, sino una valoración de reprochabilidad fundada en la exigibilidad de la conducta ordenada por la ley".¹⁷

Culpabilidad es entonces, no la relación psicológica que nace entre la conducta y el hecho, sino que es el reproche a esa conducta por no cumplir con lo exigido por la ley.

Por lo que respecta al tema en referencia, Luis Jiménez de Asúa, dice que a la culpabilidad en el sentido amplio se le puede definir como un conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. Y que aún cuando no exista en los artículos de nuestro Código Penal alguna noción o concepto de culpabilidad, sí se encuentra previsto el dolo y la culpa como elementos esenciales de la culpabilidad, en los artículos 8° y 9° del Código Penal vigente para el Distrito Federal.

¹⁷ CORTES IBARRA, Miguel Ángel, *Op. Cit.*, p. 292.

El dolo existe en el momento que un individuo realiza una conducta a sabiendas de que su conducta está prohibida, y a sabiendas de que se encuentra sancionada. Conociendo el resultado de su conducta. En tanto que en la culpa la conducta que produce el delito, se debe a una falta de previsión, es decir que no existe la intención de cometer el delito y mucho menos el resultado material.

Condiciones objetivas de punibilidad.

Las condiciones objetivas de punibilidad son todas aquellas circunstancias que la ley penal exige para poder imponer una pena, y son totalmente independientes a los demás elementos del tipo penal. Ya que por ejemplo en el delito de robo, el tipo penal dice; que comete el delito de robo el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley, según lo prevé el artículo 367 del Código Penal del Distrito Federal; es éste el tipo penal, pero dependiendo de la cantidad o monto de lo robado, será la pena que corresponda al delincuente, siendo esta última una condición objetiva de punibilidad, ya que la pena que se vaya a imponer al individuo dependerá del monto de lo robado.

Más sin embargo, Luis Jiménez de Asúa no aceptó totalmente la existencia de las condiciones objetivas de punibilidad, ya que para él, todas son elementos normativos y relaciones de tipicidad, es decir, que las llamadas condiciones objetivas de punibilidad son solamente los supuestos del tipo penal y sin las cuales el tipo penal dejaría de existir. Pero en la actualidad ha concluido que sí existen condiciones objetivas de punibilidad, tal es el caso en los países que exigen la reciprocidad para castigar ciertos delitos que afectan a otro Estado. Siendo ésta una condición objetiva de punibilidad. Sosteniendo que las condiciones objetivas de punibilidad, no son propiamente tales, sino que son elementos valorativos, y aún más sólo modalidades del tipo penal

“Las condiciones objetivas de punibilidad, son aquellos requisitos establecidos en algunos tipos penales, los cuales si no se presentan no es factible que se configure el delito; de ahí que al manifestarse sólo en algunos tipos penales, es porque no constituyen elementos básicos del delito, sino secundarios”.¹⁸

Un ejemplo muy claro en donde se da la condición objetiva de punibilidad, establecida en el Código Penal en su artículo 388 bis, es la que se señala en el delito de quiebra fraudulenta, el que para poder configurarse requiere de la previa declaración de quiebra; la quiebra se aplica a los comerciantes, debido a un fracaso de carácter económico en su negocio.

Punibilidad.

La punibilidad es considerada como un elemento secundario del delito, y consiste ésta en el merecimiento de una pena, a todo aquél que cometa o realice una conducta delictiva, y que dichas penas se encuentren previstas en el Código Penal vigente.

Toda vez que la pena se encuentra estrechamente relacionada con la tipicidad, algunos autores tales como Cuello Calón, dicen que la punibilidad es simplemente un elemento de la tipicidad, ya que el tipo es el que describe la conducta delictiva y señala la pena a imponer por la realización de esa conducta. Algunos otros autores consideran que la punibilidad es una amenaza de pena que el Estado impone por la violación a ciertos ordenamientos legales, para garantizar la seguridad social, en tanto que Sebastián Soler sostiene que la punibilidad es sólo una consecuencia del delito, mas no un elemento del mismo.

¹⁸ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, “Teoría del Delito”, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 1996, p. 244.

Sin embargo, cualquiera que sea la naturaleza de la excusa absolutoria, obviamente, respecto a nuestra legislación imposibilita la aplicación de una pena, de tal suerte que la conducta por el beneficiario de ella, en cuanto no es punible, no encaja en la definición del delito contenida en el artículo 7° del Código Penal vigente, toda vez que por existir una justificación, esta conducta ya no es penada. Perdiendo así la calidad especial de delito, aún cuando sea una conducta típica y antijurídica.

"La diversidad de tesis referente a la punibilidad, han provocado confusión, ya que de acuerdo a esas definiciones, el término puede tener varios sentidos; puede ser la oportunidad de aplicar una pena, o puede ser la obligación o merecimiento de recibirla".¹⁹

El dolo y la negligencia, son dos características básicas de la punibilidad, ya que éstas determinarán al tipo penal y el grado de la pena. La punibilidad tiene dos aspectos; por un lado un elemento objetivo y por el otro el aspecto subjetivo. Los primeros son aquéllos que se encuentran totalmente independientes del saber del autor, en tanto que en los subjetivos sí existe el conocimiento por parte de la persona respecto de la conducta que va a realizar. El aspecto negativo de la punibilidad, se llama excusas absolutorias, mismas que más adelante trataremos.

2.8.2 NEGATIVOS.

Ausencia de conducta.

Es lógico establecer que si existen elementos positivos, contrariamente existen también elementos negativos, cuya finalidad es la de no permitir la integración del mismo. Por lo que la conducta ya sea de omisión o de acción,

¹⁹ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Op. Cit.*, p. 255.

misma que requiere de una manifestación de voluntad, un resultado y una relación de causalidad entre éstas, se contrapone a su elemento negativo, al mismo que denominaremos ausencia de conducta.

Estando en presencia de la ausencia de conducta, cuando no exista un hacer o dejar de hacer, que exista un resultado material y no exista relación causal entre la acción u omisión integrantes de la conducta y el resultado material

Le llamamos entonces ausencia de conducta, a la acción u omisión si éstas se realizan sin el aspecto volitivo del sujeto activo. Algunos de los claros ejemplos de ausencia de conducta son el sueño, sonambulismo, y el hipnotismo, ya que generalmente en estos estados se llegan a realizar conductas involuntarias.

Atipicidad.

Algunos penalistas han considerado que la tipicidad contempla algunos aspectos, tales como: el bien jurídico protegido, los sujetos ya sea activo o pasivo, la manifestación de la voluntad, el resultado previsto en el tipo, la relación de causalidad; los medios, formas y circunstancias previstas por el tipo y el objeto material, o bien dicho de otra manera, la tipicidad es la adecuación de la conducta realizada por un individuo con la descripción hecha por los legisladores y plasmada en la norma penal, siendo ésta el aspecto positivo del delito, en tanto que su aspecto negativo, viene a ser la atipicidad.

Resultando de esta forma, que si la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo penal, atipicidad es entonces la falta de adecuación de la conducta al tipo penal, toda vez que la acción u omisión no lesiona ningún bien jurídico protegido, por lo tanto tampoco podemos hablar de un sujeto activo ni

pasivo, y aún cuando exista una manifestación de voluntad, ésta no afecta o pone en peligro el bien jurídico tutelado, no existiendo relación alguna entre la conducta y el resultado material e inclusive no se cumplen con los medios, formas y circunstancias señaladas en el tipo penal. Por lo tanto hablaremos de atipicidad, cuando:

- ◊ No exista un bien jurídico protegido.
- ◊ Ausencia de sujeto activo y pasivo.
- ◊ No exista voluntad.
- ◊ No se dé el resultado previsto en el tipo penal.
- ◊ Cuando no exista relación de causalidad entre conducta y resultado.
- ◊ Falta de condiciones exigidas por el tipo.
- ◊ No existe el objeto material.

Causas de justificación o licitud.

Las causas de justificación, también llamadas causas de licitud, son un aspecto negativo de la antijuricidad. Existe la causa de justificación solamente cuando el sujeto activo realiza la conducta típica, pero al mismo tiempo realiza también una segunda conducta que justifica a la primera.

Nuestra legislación penal en su artículo 15 hace referencia a las causas de justificación, solamente que utiliza el término exclusión del delito; tendremos como causas de justificación las señaladas en las fracciones III, IV, V, VI, siendo las siguientes:

- ◊ Consentimiento del ofendido.
- ◊ Legítima defensa.
- ◊ Estado de necesidad.
- ◊ Cumplimiento de un deber.

- ◊ Ejercicio de un derecho.
- ◊ Impedimento legítimo.

Consentimiento del ofendido.

Este solamente opera como causa de justificación en algunos casos tales como el daño en propiedad ajena, la violación de correspondencia y la privación ilegal de la libertad, pero difícilmente podrá operar en el delito de homicidio, ya que el bien jurídico protegido es de interés público, mismo que es ajeno e independientemente al interés del particular.

Aunque para que el consentimiento sea considerado como causa de justificación nuestra legislación exige que el bien jurídico sea disponible, que el titular del bien tenga la capacidad de disponer de él libremente, y que el consentimiento sea expreso o tácito y sin vicios.

Legítima defensa.

La legítima defensa es considerada como causa de justificación o licitud y su legitimidad se funda en el hecho de salvaguardar, un interés preponderante, aún cuando los bienes jurídicos que se colicionan son de igual valor. En los casos de la legítima defensa no importa el valor de los bienes, sino lo injusto de la conducta del agresor.

Para el Código Penal vigente del Distrito Federal, la legítima defensa consiste en repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho con la finalidad única de defender nuestro derecho o derechos de terceros, utilizando para ello un medio adecuado y equitativo respecto a la forma en la que somos agredidos, no pudiendo emplear para nuestra defensa medios superiores a los

que utiliza el agresor, porque en caso de ser así, estaríamos en presencia de la figura jurídica denominada exceso de legítima defensa, lo que motivaría que el agredido se hiciera acreedor a una pena, según lo establecido en el artículo 16 del Código Penal que a la letra dice:

Artículo 16. “ Al que se exceda en los casos de defensa legítima, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho a que se refieren las fracciones IV, V, VI del artículo 15, se le impondrá la pena del delito culposo.”

Estado de necesidad.

Estamos en presencia del estado de necesidad, cuando para salvar un bien de igual o mayor validez jurídica, nos vemos en la necesidad de sacrificar otro bien de igual o mayor valor. Es ésta entonces una condición de salvación de la persona o los bienes, la cual implica la realización de un acto que en sí mismo es delictuoso.

El estado de necesidad según la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dice que es una situación de peligro real e inminente, para un bien jurídicamente protegido, que se salvaguarda mediante la destrucción o menoscabo de otros, siendo esto el único recurso practicable como menos perjudicial. Algunas características del estado de necesidad, son las que a continuación se señalan:

- ◇ La base del estado de necesidad es un interés preponderante.
- ◇ Los bienes en conflicto son desiguales o iguales.
- ◇ No procede la reparación del daño.
- ◇ Existe una solución de derecho legítimo.
- ◇ Los sujetos que luchan son inocentes, que luchan por salvar un bien.

El fundamento legal del estado de necesidad lo encontramos en el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, en su fracción V, el delito se excluye cuando, se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico, propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros, medios y el agente no tuviera el deber jurídico de afrontarlo.

De lo anterior podemos establecer, que los elementos positivos del estado de necesidad, son el peligro, real, grave e inminente. El peligro consiste en una posibilidad de daño, un peligro que amenaza a un bien o más que no se encuentren en conflicto y para salvarlo se requiere sacrificar otro u otros bienes que no estén en conflicto. El peligro puede provenir de un tercero, de la naturaleza o de los animales. Real, esto significa que deberán tener una verdadera existencia, por lo que si no tiene realidad el peligro, el sujeto no puede ampararse en el estado de necesidad. Por lo que respecta a la gravedad, Almaráz refiere que es necesario tomar en cuenta la personalidad del sujeto y las circunstancias del caso concreto, en tanto que lo inminente radica en que esté amenazada o a punto de suceder.

Cumplimiento de un deber.

La fracción VI del artículo 15 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, es el fundamento de esta figura y a la letra dice:

“VI.- La acción o la omisión se realicen, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que éste último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;”

“Consideramos nosotros, que al igual que con relación al ejercicio de un derecho, está por demás la disposición legal en el sentido, de que es circunstancia excluyente de responsabilidad, obrar en forma legítima en cumplimiento de un deber jurídico, pues aún cuando existiera tal prescripción, la conducta del individuo será lícita en tanto existe un deber jurídico de obrar”.²⁰

Existen deberes, de naturaleza no jurídica, más sin embargo para nosotros los que tienen una verdadera relevancia son los de carácter jurídico, sin dejar con ello a un lado a los de naturaleza no jurídica, ya que es posible que éstos nutran a los jurídicos. Por lo que consideramos, que estamos situados en el cumplimiento de un deber, cuando realizamos una conducta ordenada por la ley. Algunos doctrinarios han señalado, que el cumplimiento de un deber, gira en torno a dos hipótesis:

a) Aquélla que se deriva de las funciones públicas; ya que en muchos de los casos la ley impone ciertas conductas a los funcionarios, señalándoles así el deber con el cual deberán cumplir.

b) Deberes impuestos a un particular: Tal es el caso de la obligación que tiene una persona para realizar una denuncia, el deber en una profesión, y el deber que tiene un testigo a declarar la verdad.

En este caso resulta muy importante aclarar, que también al igual que en la legítima defensa, el sujeto debe cuidar, no excederse en el cumplimiento de un deber, ya que en caso de que así suceda, estaremos en presencia del exceso de el

²⁰ PORTE PETIT CANDAUDAP. Celestino, “Apuntamientos de la parte General del Derecho Penal”. Décimo Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S.A., México 1991, P. 175.

cumplimiento de un deber, dando origen ésto, a que la conducta ya no sea considerada, como una causa de justificación.

Ejemplo:

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha señalado, que si un policía con la finalidad de capturar a un delincuente, dispara con su arma hiriéndolo, o dándole muerte a su víctima, no podrá alegar en primera instancia el cumplimiento de un deber como excluyente de responsabilidad penal, ya que la ley no le autoriza disparar sobre el fugitivo.

Ejercicio de un derecho.

Esta excluyente de responsabilidad o causa de licitud, tiene también su fundamento legal en la fracción VI del artículo 15 del Código Penal vigente en el Distrito Federal y consiste en ejercer una facultad otorgada por una norma permisiva a favor de un sujeto. El ejercicio de un derecho puede ser legítimo o ilegítimo; es legítimo cuando se lleva a cabo ajustándose a los lineamientos legales establecidos; y es ilegítimo cuando se realiza sin ajustarse a las normas previamente establecidas.

Impedimento legítimo.

Generalmente nos encontramos con un impedimento legítimo cuando no estamos en posibilidad de cumplir con un deber jurídico, por la necesidad de cumplir con otro deber de la misma naturaleza, e inclusive la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que para que opere el impedimento legítimo como excluyente de responsabilidad, es necesario que lo impida otra disposición,

ya sea superior o más apremiante que la misma ley que se está dejando de observar.

Por su parte Celestino Porte Petit Candaudap, considera que "El precepto es innecesario, porque aunque la ley no lo regula, la misma teoría del delito, da solución al problema, tratándose del impedimento legítimo se resuelve con base al aspecto negativo de la antijuricidad, es decir, da solución a todas las hipótesis en que el sujeto se encuentre frente a un impedimento legítimo, y los aspectos negativos de la conducta, imputabilidad y culpabilidad, solucionan la problemática del impedimento insuperable".²¹

Inimputabilidad.

La inimputabilidad, se viene a conformar de todos aquellos aspectos que constituyen el aspecto negativo de la imputabilidad. Son los casos en los que el sujeto aún cuando haya realizado una conducta típica y antijurídica por no reunir los elementos físicos y psíquicos requeridos por la ley, no le es posible aplicar una sanción, razón por la cual se le considera un sujeto inimputable.

"Así las causas de inimputabilidad, según lo prevé la ley, vendrán a ser aquéllas en que el sujeto no alcance la edad mínima que la ley señale, o que alcanzando esa edad no haya podido comprender el hecho o conducta que realizó, o bien, que habiendo comprendido dicha conducta o hecho no haya podido determinarse para ajustar esa conducta o hecho a los parámetros exigidos por la ley".²²

²¹ PORTE PETIT CANDAUDAP. Celestino, Op. Cit., p. 488.

²² ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, "Teoría del Delito, Sistema Causalista y Finalista", Tercera Edición. Editorial Porrúa, S.A., México 1996, p. 38.

La legislación penal del Distrito Federal en la fracción VII del Código Penal. señala como causas de inimputabilidad el trastorno mental y el desarrollo intelectual retardado.

Inculpabilidad.

Las causas de inculpabilidad, tienen como finalidad, la no configuración del dolo o la culpa, es decir que no se reúnan los elementos que cada uno de ellos requiere. En el sistema causalista de la teoría del delito, la culpabilidad se explica desde dos puntos de vista totalmente diferentes, la teoría psicologista y la normativista.

En general se aceptan como causas de inculpabilidad: el error y la no exigibilidad de otra conducta.

Por su parte la teoría psicologista, sólo admite como causa de inculpabilidad al error, en tanto la normativista acepta el error y la no exigibilidad de otra conducta, como causas de inculpabilidad.

Se está en presencia del error, cuando un sujeto tiene una concepción equivocada de la realidad, a diferencia de la ignorancia, en la que el sujeto no concibe ni por lo menos una idea falsa del objeto o cosa. El error se divide en error de hecho y error de derecho. Por su parte la teoría causalista, acepta como causa de inculpabilidad al error de hecho, cuando un sujeto en virtud de una equivocada e invencible concepción de la realidad produce un resultado típico; no aceptando así el error de derecho ya que la falsa apreciación del derecho no excluye de la responsabilidad, ya que la ignorancia de la ley no excusa a nadie de su cumplimiento; concluyendo así que el error de derecho es irrelevante, ya que

la conducta que se realiza ignorando que es punible, sería culpable ya que este error no destruye el dolo o la culpa.

Al referirnos al tema del error de derecho, también hablamos de los llamados estados putativos, que se presentan cuando un sujeto creía realizar una conducta lícita ya que en realidad no existe y produce un resultado típico, evidentemente un error esencial e invencible no debe producir ninguna consecuencia de carácter penal. El error esencial de hecho invencible se presenta cuando un sujeto llega a una concepción equivocada de la realidad, y que en razón de circunstancias que no pudo superar, su equivocación puede recaer sobre elementos del delito o sobre circunstancias agravantes de la penalidad, presentándose en ese caso el error como causa de inculpabilidad.

Fernando Castellanos Tena, dice, en relación a las eximentes putativas que son circunstancias o situaciones en las cuales el agente, por un error de hecho insuperable, cree fundamentalmente al realizar una conducta típica, que se encuentra amparado por alguna causa de justificación, cuando en realidad no es así. Por su parte Jiménez de Asúa, dice, que es incorrecta la aplicación del término "justificantes putativas", ya que no se está justificando la conducta realizada, resultando que es antijurídica pero no culpable en razón de la existencia del error esencial, que da origen a una eximente mas no a una justificante. Algunas de las eximentes son las siguientes:

- ◇ Legítima defensa putativa.
- ◇ Estado de necesidad putativo.
- ◇ Ejercicio de un derecho putativo.
- ◇ Cumplimiento de un deber putativo.

Por lo que respecta a la no exigibilidad de otra conducta, esta causa de inculpabilidad se basa en la imposibilidad de reprochar al sujeto su conducta. Algunas de las causas de la no exigibilidad de otra conducta son:

- ◊ Violencia moral y miedo.
- ◊ Exceso de las eximentes.
- ◊ Estado de necesidad en que se colacionan bienes iguales.
- ◊ Aborto sentimental o económico.
- ◊ Encubrimiento de próximos parientes o seres queridos.
- ◊ Inexigibilidad específica en otros casos (falso testimonio).

Falta de condiciones objetivas de punibilidad.

La ausencia o falta de condiciones objetivas de punibilidad, impiden que se pueda proceder en contra del sujeto activo, aún cuando se encuentren plenamente reunidos los elementos del tipo penal, ya que el delito se da con absoluta independencia de las condiciones objetivas de punibilidad.

Por lo tanto, el aspecto negativo de las condiciones objetivas de punibilidad se obtendrán a contrario sensu, de aquellos casos en los que la ley penal exija una condición objetiva para efectos de que esa conducta sea considerada como punible.

Excusas absolutorias (aspecto negativo de la punibilidad).

Al aspecto negativo de la punibilidad se le ha denominado, excusas absolutorias; considerando a las excusas absolutorias como aquellas causas por la

cuales el legislador prefirió dejar impune una conducta típica, antijurídica y culpable. Algunos ejemplos de las excusas absolutorias son:

- Encubrimiento de parientes.
- Los delitos de rebeldía, cuando quienes hayan tomado parte depongan las armas antes de ser tomados prisioneros, si no hubiesen cometido delitos.
- La evasión de presos cuando se realice por los ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos del prófugo, de sus parientes por afinidad hasta el segundo grado.
- A los que violen las leyes de inhumación, cuando se trate de ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos del responsable del homicidio.
- El aborto causado por imprudencia de la mujer embarazada.
- El delito de robo previsto en el artículo 375 del Código Penal del Distrito Federal.

Artículo 375.- “Cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el salario, sea restituido por el infractor espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios, antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de la violencia.”

El Estado deja de sancionar algunas conductas por razones de justicia o equidad. En presencia de una excusa absolutoria los elementos esenciales del delito, conducta, tipicidad, antijurídica y culpabilidad permanecen inalterables y

sólo se excluye la posibilidad de punición, en razón de la mínima temibilidad, las excusas absolutorias dejan entonces subsistente el carácter delictivo de la conducta, pero impiden la aplicación de la pena.

2.9 LA PROBABLE RESPONSABILIDAD.

“Por elementos del tipo penal del delito, entenderemos el conjunto de componentes que constituyen la conducta considerada por la norma penal como delictiva y que en ausencia de cualquiera de ellos no se integra el ilícito penal”.²³

Dando lo anterior, razón para modificar el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, quedando como sigue:

Artículo 122.- “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 u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que se ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

II La forma de intervención de los sujetos activos; y

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

...”

²³ OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto. “La Averiguación Previa”, Séptima Edición actualizada, Editorial Porrúa, S.A., México 1994, p. 25.

"Por probable responsabilidad se entiende la posibilidad razonable de que una persona determinada haya cometido un delito, y existirá cuando del cuadro procedimental se deriven elementos fundados para considerar que un individuo es probable sujeto activo de alguna forma de autoría; concepción, preparación o ejecución o inducir o compeler a otro a ejecutarlos. Se requiere, para la existencia de la probable responsabilidad, indicios de la responsabilidad, no la prueba plena de ella, pues, tal certeza es materia de la sentencia."²⁴

Vendrá a ser entonces la probable responsabilidad al igual que los elementos del tipo penal indispensable para que proceda el ejercicio de la acción penal ya sea ésta a nivel agencia o mesa investigadora. Por lo que en cada tipo en especial deberán agotarse todas las diligencias necesarias con el propósito de situarse el Ministerio Público en aptitud de integrar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad. Correspondiéndole por lo tanto al Ministerio Público reunir los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad.

Si bien es el caso que el Ministerio Público, en ejercicio de sus funciones, tiene la obligación de comprobar la probable responsabilidad del sujeto activo, en algunos casos no le es posible, teniendo como consecuencia, que la averiguación previa sea archivada como asunto concluido de forma temporal hasta que el Ministerio Público por medio de la investigación acredite la probable responsabilidad.

Para la acreditación de la probable responsabilidad, será antes necesario investigar e integrar los elementos del tipo penal, ya que sin éste no podrá existir la probable responsabilidad. El sustento o la base legal de la probable responsabilidad es el párrafo segundo del artículo 16 Constitucional que dice:

²⁴ OSORIO NIETO, Cesar Augusto, *Op. Cit.*, p. 26.

"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".

2.10 LOS SUJETOS.

Para el análisis de este tema, tendremos en cuenta la división de los sujetos en activos y pasivos.

Sujeto Activo.

La conducta requiere de la voluntad del sujeto, presuponiendo de esta forma que la persona o individuo es la única capaz de realizarla. Es por ello que actualmente se considera como sujeto activo del delito a todo aquel individuo que de forma voluntaria viola o transgrede una norma de carácter penal, ejemplo: En el delito de homicidio el sujeto activo es aquél que priva de la vida a otro, independientemente del grado de participación que haya tenido, atendiendo a lo previsto en el artículo 13 del Código Penal vigente para el Distrito Federal , en su capítulo III.

Artículo 13.- "Son autores o partícipes del delito:

- I Los que acuerden o preparen su realización;
- II Los que lo realicen por sí;
- III Los que lo realicen conjuntamente;
- IV Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;

- V Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;
- VI Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
- VII Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y
- VIII Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.

Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64-bis de este Código.”

Artículo 64-bis.- "En los casos previstos por las fracciones VI, VII y VIII del artículo 13, se impondrá como pena hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate y, en su caso, de acuerdo con la modalidad respectiva”.

Sujeto Pasivo.

El sujeto pasivo del delito resulta ser el ofendido, es decir, es aquella que resulta afectada por la conducta delictuosa, aunque en este caso es necesario hacer una clara distinción entre el sujeto pasivo del delito y el sujeto pasivo del daño. Ya que en muchas de las ocasiones son sujetos distintos. Por ejemplo, en el delito de homicidio; el sujeto pasivo del delito es el occiso, y los sujetos pasivos del daño son los familiares del mismo.

El sujeto activo es entonces aquel individuo que realiza la conducta delictiva; y el sujeto pasivo es aquel que resulta agraviado o afectado por la

realización de tal conducta. A diferencia del objeto del delito que es toda persona o cosa en la que recae toda conducta delictiva.

"Estimo que las personas físicas individuales son las únicas capaces de delinquir, por ser exclusivos sujetos de conducta. La persona moral al carecer de voluntad real, efectiva, ajena a la de los miembros que la integran se encuentra imposibilitada para realizar uno de los elementos esenciales del delito que lo es la conducta".²⁵

Compartimos la opinión del autor Miguel Ángel Cortés Ibarra, toda vez que aceptamos que el único que puede realizar una conducta delictiva, es el individuo y que aún cuando la realice bajo el amparo de una persona moral, ésta no podrá responder por sí de la conducta de su representante, ya que a ésta en caso de que el delito merezca pena privativa de libertad resultaría física y jurídicamente imposible su aplicación y la única que podría hacerse efectiva sería la sanción pecuniaria, dando origen a la impunidad. Por lo que resulta de lo más lógico que el responsable directo de un delito es el individuo y no la persona moral, ya que es el individuo la única persona con capacidad de realizar la conducta, elemento fundamental del delito.

2.11 EL BIEN JURÍDICO TUTELADO.

La mayoría de las constituciones en la actualidad hacen mención de los derechos fundamentales como valores constitucionales, y constantemente estos derechos y valores se confunden con los bienes jurídicos. Pero es necesario aclarar que tanto los derechos como los valores llegan a posibilitar exigencias del

²⁵ CORTES IBARRA, Miguel Ángel. "Derecho Penal parte General", Cuarta Edición, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1992, p. 138.

ciudadano frente al Estado. En tanto que los bienes protegidos penalmente complican una realidad social entre los sujetos entre sí y el Estado, realidad que puede ser afectada como tal, incluso por el mismo Estado.

"Los bienes jurídicos engendran una exigencia general de intervención del Estado frente a determinados comportamientos que los lesionan o ponen en peligro. El objeto de protección del Derecho Penal son los bienes jurídicos, y no el derecho de un sujeto respecto a otro. De ahí que se diga que no todos los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución son objeto de protección del Derecho Penal".²⁶

Existe una grave problemática respecto a si, los bienes jurídicos emanan de la Constitución o no. Para ello es preciso establecer que en nuestra Constitución solamente se encuentran consagrados algunos de los bienes jurídicos tutelado, otros más solamente se encuentran previstos en el Código Penal, no implicando que éstos sean anticonstitucionales o carezcan de sustento jurídico.

Todos los tipos regulados por el derecho penal, tienen como finalidad, la protección de bienes jurídicos y no ideologías políticas, valores éticos, culturales o morales que no implican ninguna conducta nociva para la sociedad. Por lo tanto, todo injusto deberá expresar una lesión o una puesta en peligro de un bien jurídico: de un bien jurídico que la sociedad quiera que sea protegido en contra del comportamiento realizado.

Cada precepto legal protege uno o varios bienes jurídicos. Y que, para que ese algo sea considerado como bien jurídico, es necesario que sea éste de un

²⁶ GONZÁLEZ SALAS CAMPOS, Raúl. "La Teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal", Editorial Pereznieto Editores, México 1995, p. 40.

interés generalmente apreciado por la mayoría de la población, que siente la necesidad de que se le proteja. Los tipos penales no son una mera descripción del comportamiento, sino que describen un ámbito situacional a partir de la afectación a un bien jurídico, recogiendo valores sociales más allá de la sola valoración del comportamiento

En la gran mayoría de los delitos, el sujeto pasivo coincide con el titular del bien jurídico cuya ofensa constituye la esencia del ilícito, pero en ocasiones suele no ser la misma persona.

El ofendido, es en todo delito, aquél que resiente o sufre el daño causado por el ilícito cometido, es el titular del bien jurídico protegido. Por lo tanto, el sujeto pasivo del delito puede ser el titular del bien jurídico y otra persona distinta, como en el caso del robo, o en el delito de fraude cometido en agravio de una persona moral, piénsese por ejemplo, en el empleado bancario que es la persona engañada.

El sentido que el derecho penal da a la pena, es el de proteger los bienes jurídicos, de tal forma que el derecho penal tiene el carácter delimitador del mínimo ético social necesario para proteger a la sociedad. En la mayoría de las definiciones de derecho penal, encontramos como objetivo principal la protección de la sociedad, de tal manera que quien detente la potestad punitiva, debe usar la misma con el objetivo de emplearla para ese fin. El problema que se plantea es que la protección de la sociedad supone múltiples interpretaciones, lo que nos lleva a la necesidad de precisar con mayor exactitud el significado de la protección de la sociedad y la protección de los individuos, ya que solamente así se puede entender, por qué se dice que la sociedad es titular de los bienes jurídicos que le pertenecen, de los bienes jurídicos de los que son titulares los individuos o el Estado.

La teoría del bien jurídico, distingue entre los bienes jurídicos individuales como la vida, la libertad, salud, propiedad; y de los bienes jurídicos colectivos, tales como la seguridad de tráfico, etc.

Para poder establecer una clara diferencia entre los titulares de los bienes jurídicos, es de gran importancia referirse al tema de interés. Ya que de esta forma se podrá decir que dependiendo de quien tenga interés en la protección de un bien jurídico podrá ser o no titular del mismo. Por regla general, se dice que respecto a la integridad física quien tiene interés es el propio individuo; en cambio en la salubridad de los alimentos y sustancias médicas, quien tiene interés es la comunidad total.

Por lo que podemos decir que el bien jurídico, es todo aquéllo que se encuentra debidamente protegido por la norma penal y que en el caso de que se infrinja esa norma protectora, él o los sujetos que lo hagan, serán sancionados por las mismas leyes penales.

CAPÍTULO III

LA PERSECUCIÓN E INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS

3.1 EL ÓRGANO ENCARGADO DE LA PERSECUCIÓN DEL DELITO.

Durante los primeros tiempos originalmente la función represiva o persecución e investigación del delito, fue a través de la venganza privada en la que prevaleció la justicia de propia mano, como se ha demostrado plenamente con la Ley del Talión “ojo por ojo, y diente por diente”. Posteriormente la investigación y castigo por la comisión de un delito, ya no fue directamente por la persona ofendida o por sus familiares, sino que fue impartida a nombre de la divinidad, comúnmente conocida esta etapa como la venganza divina, llegando posteriormente la etapa conocida como las etapa de la venganza pública, en la que la impartición de la justicia fue a nombre del interés público, notándose claramente que a través del transcurso del tiempo la organización para la investigación y castigo de los delitos, fue evolucionando constantemente, hasta el grado de tener hoy en día verdaderas instituciones encargadas de esta función tan importante en nuestra sociedad, tales como el Ministerio Público.

“El Estado ha comprendido que la persecución de los delitos es una función social de particular importancia, que debe ser ejercida por él, y no por el particular. El procedimiento inquisitivo inaugura este paso decisivo en la historia del procedimiento penal: la persecución de los delitos es misión del Estado”.²⁷

²⁷ V. CASTRO, Juventino. “El Ministerio Público en México. Funciones y Disfunciones”, Séptima Edición. Editorial Porrúa, S.A., México 1990, p. 2.

Ciertamente la investigación y persecución de los delitos corresponde al poder del Estado, toda vez que cuenta éste con una serie de instituciones encargadas de la administración pública, y por lo tanto corresponde al Estado esta función investigadora a través del Representante Social denominado Ministerio Público, mismo que debe actuar bajo el principio de la imparcialidad, representando los intereses de la víctima, pero a su vez también haciendo valer los derechos de los probables responsables o comúnmente llamados delincuentes. Pero además de esta función tan importantísima, corresponde también a la institución del Ministerio Público cuidar no caer en descrédito, ya que a pesar de tener una función tan noble como es la impartición de justicia, ha sido objeto de calumnias e insultos, ya que en la mayoría de las ocasiones los ciudadanos acuden a las oficinas de esta institución de forma por demás despótica y grosera, pretendiendo que se le haga valer un derecho a través de esa vía, sin lograr entender en muchas de las ocasiones, que son problemas que no corresponde resolver al Ministerio Público, son aquellas cuestiones de carácter político, ya que en ocasiones el Agente del Ministerio Público prácticamente es obligado, a hacer o dejar de hacer algo obedeciendo una orden de origen político, enturbiando así su función. Motivando ésto un verdadero descrédito y desconfianza hacia los ciudadanos; aunque a pesar de que debido al descrédito del poder inquisitivo, el Estado creó esta Institución.

“Pero el camino estaba señalado. Cae en descrédito el sistema inquisitivo y el Estado crea un órgano público y permanente que en adelante será el encargado de la acusación ante el poder jurisdiccional. A Francia corresponde el alto honor de la implantación decisiva de dicha Institución, que se extendió luego a Alemania y pasó sucesivamente a casi todos los países civilizados del mundo: el Ministerio Público, representante de los grandes valores morales, sociales y materiales del Estado”.²⁸

²⁸ V. CASTRO, Juventino. Op. Cit., p. 3.

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

Actualmente una diversidad de legislaciones, contempla al Ministerio Público, como institución única, es decir tiene ésta el monopolio de la acción penal, permitiendo, solamente en menor grado la intervención de los particulares y de otros órganos estatales pero cuya utilidad que tiene para la sociedad es indiscutible. Francia es el país en donde originalmente surge la institución del Ministerio Público, aunque algunos autores se empeñan en señalar antecedentes más remotos de esta organización.

Para México, el órgano encargado de la persecución e investigación de los delitos, nació a través de la implantación del régimen jurídico español. Ya que la recopilación de indias, en la ley dada el 5 de Octubre de 1625 y 1632, ordenaba: "Es nuestra merced y voluntad que en cada una de las reales audiencias de Lima y México, hayan dos fiscales, que el más antiguo, sirva la plaza en todo lo civil, y el otro, en lo criminal".

Es el Ministerio Público, el órgano estatal encargado de hacer valer la pretensión penal nacida por la comisión de un delito, y su existencia está íntimamente ligada a la acción penal, a continuación señalaremos algunos puntos de vista respecto a esta figura jurídica.

Eugenio Florian, al respecto manifiesta que la acción penal es el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal, y la acción penal domina y da carácter a todo el proceso, ya que lo inicia y hace avanzar hasta su meta final, la sentencia. Por su parte Eduardo Massari, establece una diferencia entre acción penal y pretensión punitiva. Considerando a la pretensión punitiva como el derecho que tiene el Estado de castigar al reo, previa existencia de un juicio de responsabilidad, en el que se demuestra el fundamento de la acusación y se declare por consiguiente la obligación del imputado a soportar la pena. En tanto

que la acción penal es una invocación al Juez que declare que una acusación está fundada y por consiguiente aplique una pena.

Hoy en día, se ha discutido, si el Ministerio Público como Institución con base a sus funciones debe pertenecer al poder ejecutivo o al poder judicial o bien debe ser independiente de ambos poderes. Para efectos de resolver esta cuestión se ha tomado como punto de partida determinar si la acción penal tiene función de justicia o de gobierno.

El Ministerio Público no es un órgano que se encargue de impartir justicia, sino un órgano administrativo que vela por que se aplique la ley estrictamente por aquéllos que sí tienen la misión de impartir justicia, es un órgano estatal requirente en el proceso para definir la relación penal. Ya que el poder ejecutivo, mismo de quien depende el Ministerio Público es el encargado de conservar el orden, de vigilar la seguridad pública, y asegurar que todo ciudadano goce de toda libertad en el ejercicio de sus derechos, y por lo tanto le compete velar por una ejecución plena del derecho. Y que por lo que respecta a la acción penal, es ésta una de sus legítimas atribuciones y armas que la sociedad le da para que disponga de ella en el cumplimiento de su misión, no debiendo permitir intromisiones del jefe del ejecutivo en el ejercicio de su función, ya que aún cuando el Ministerio Público es un órgano administrativo, el poder ejecutivo no debe tener ningún tipo de injerencia en el ejercicio de la acción penal.

La base legal de la Institución del Ministerio Público la encontramos en el artículo 21 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El artículo 21 Constitucional en su párrafo inicial dice que: la imposición de penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial, la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía bajo su autoridad y mando inmediato. Por su parte por lo que hace al artículo 102 de nuestra ley suprema, se refiere al Ministerio Público diciendo: que la ley

organizará al Ministerio Público de la Federación, cuyos funcionarios serán nombrados y removidos por el ejecutivo, que el Ministerio Público de la federación estará presidido por un Procurador General de la República, designado por el Ejecutivo Federal, mismo que deberá ser ratificado por el Senado, o en su caso por la comisión permanente; así mismo se señalan los requisitos para se Procurador General de la República, que son los siguientes:

- ◇ Ser ciudadano mexicano por nacimiento.
- ◇ Tener cuando menos treinta y cinco años cumplidos al día de la designación.
- ◇ Contar con antigüedad mínima de diez años, con título profesional de licenciado en derecho.
- ◇ Gozar de buena reputación.
- ◇ No haber sido condenado por delito doloso.

El Procurador, podrá ser removido libremente por el ejecutivo e incumbe al Ministerio Público de la Federación la persecución de los delitos del orden federal, correspondiéndole también solicitar las órdenes de aprehensión en contra de los culpables, vigilar que los juicios se sigan con toda regularidad para que la impartición de justicia sea pronta y expedita, así mismo corresponde al Ministerio Público pedir o solicitar la aplicación de las penas e intervenir en todos los asuntos que la ley le determine. Y que el Procurador General de la República intervendrá personalmente en las controversias y acciones a que se refiere el artículo 105 Constitucional y en todos los negocios en los que sea parte la federación.

Si bien es cierto que existe una muy clara dependencia de carácter jerárquico entre el Ministerio Público y el Poder Ejecutivo, no existe ninguna dependencia de carácter funcional de la institución hacia el poder ejecutivo o de

algún otro poder estatal, logrando establecer de esta forma que el Ministerio Público sea un órgano autónomo en sus funciones, no viéndose limitado por ningún poder, sino tan solo por las leyes, siendo la causa y fin último del Ministerio Público la aplicación justa de la ley, aunque en algunos casos llegan a existir cuestiones de carácter político, que empañan la verdadera labor del Ministerio Público.

Según se desprende del contenido del artículo 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Procuraduría General de la República, no es una autoridad administrativa, ya que el citado artículo dice:

Artículo 90.- “La Administración Pública Federal será centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso, que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos y definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación.

Las leyes determinarán las relaciones entre las entidades paraestatales y el Ejecutivo Federal, o entre éstas y las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos”.

Resultando necesario aclarar que aún cuando la Institución del Ministerio Público, se encuentra regida principalmente por el artículo 102 de la Constitución Federal en el apartado del poder judicial; depende éste del poder ejecutivo, ya que como se aprecia del contenido del artículo 94 de la ley suprema, que dice que el ejercicio del poder judicial de la federación se deposita en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados de Circuito y Unitarios de Circuito, en Juzgados de Distrito y en un Consejo de la Judicatura Federal, no haciendo mención en ningún momento que se deposite

este poder en el Ministerio Público, fortaleciendo ello nuestra hipótesis de que le Ministerio Público depende y pertenece al poder Ejecutivo.

“Se dice que el Ministerio Público constituye una unidad en el sentido de que todas las personas físicas que componen la Institución se consideran como miembros de un solo cuerpo, bajo una sola dirección”.²⁹

Algunos opinan que lo anterior no se ha logrado por completo, puesto que a pesar de que se ha llegado a considerar al Ministerio Público como una unidad absoluta, es ésta una falsa concepción, ya que nuestra legislación contempla a un Ministerio Público de carácter Federal bajo las órdenes y mando del Procurador General de la República; un Ministerio Público del orden común bajo el mando del Procurador General de Justicia del Distrito Federal o bien del Estado del que se trate. Asimismo, existe un Ministerio Público militar, dando origen a tres tipos de Ministerio Público con organización distinta, aunque con el mismo fin, la investigación y persecución de los delitos, pero para cada uno de ellos en su respectiva esfera jurídica. Pero se justifica el dicho de que el Ministerio Público es indivisible, en razón de que es y siempre será un Representante Social, independientemente de que se cambie al Agente que investiga, consigna o sigue el proceso.

Se ha dicho que el Ministerio Público, es el titular de la acción penal y jefe de la policía judicial, ya que a él le corresponde el ejercicio de la acción penal, una vez que le corresponda el ejercicio de la acción penal, cuando se encuentren reunidos los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad. En los casos en los que el Ministerio Público tome la determinación de negar el Ejercicio de la Acción Penal, en contra de algún probable responsable, los interesados en la persecución podrán recurrir directamente ante el titular de la Procuraduría

²⁹ V. CASTRO, Juventino. Op. Cit., p.p. 29 y 30.

General de Justicia ya sea de la República, del Distrito Federal o de algún otro Estado, y si éste confirma la resolución dictada por el Agente del Ministerio Público, los ofendidos del delito no tendrán ningún otro recurso que hacer valer, ya que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto que por lo que respecta al juicio de amparo no procede en este tipo de casos, ya que de ser así se le estaría arrebatando al Ministerio Público su facultad persecutoria que le confiere el artículo 21 Constitucional. Al respecto Rafael Matus Escobedo, opina que si la negligencia o la simple abstención voluntaria del Ministerio Público frente a una conducta delictiva, causa perjuicios en los intereses patrimoniales del ofendido, sí da controversia de carácter Constitucional, independientemente de la posibilidad de denunciar la responsabilidad de la autoridad que se está negando al Ejercicio de la Acción Penal, cuando se hayan comprobado los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad de uno o varios sujetos.

Al Ministerio Público no solamente lo encontramos en la etapa de averiguación previa, ya que también participa durante el proceso, dándose la idea de que durante el proceso puede actuar con doble personalidad ya sea como parte o como autoridad, pudiendo actuar como parte cuando su actuar se dirija a llevar al proceso la relación que constituya su objeto fundamental; y que el Ministerio Público es autoridad porque va a un proceso no en atención a un interés personal, sino a un interés social, sin poder abandonar ese interés social por uno particular, razón por la cual jamás dejará de ser una autoridad.

“De tal manera que si bien el Ministerio Público en el proceso penal es una parte meramente formal o funcional, su carácter de autoridad no le abandona jamás en ningún momento del proceso”.³⁰

La función de Ministerio Público, durante el proceso es la de aportar pruebas a la autoridad judicial, para que con éstas, el juez quien es el que tiene la

³⁰ V. CASTRO, Juventino. *Op. Cit.*, p. 44.

función decisoria resuelva sobre la responsabilidad del procesado y resuelva sobre la pena que se tendrá que aplicar, toda vez que el Ministerio Público al ya consignar, se supone que se han comprobado los extremos exigidos por el artículo 16 Constitucional, quedando ahora como única función del Ministerio Público aportar al juez las pruebas suficientes y necesarias para que éste sea quien finalmente decida, buscando siempre la verdad histórica también llamada verdad real. Convirtiéndose el Ministerio Público en un verdadero animador del proceso en la fase de instrucción, ya que es el órgano oficial de acusación, el cual deberá buscar que se agoten las pruebas que demuestran la culpabilidad o en algunos de los casos la inocencia del procesado.

Otras de las funciones del Ministerio Público durante el proceso, es que al término del periodo de instrucción formula sus conclusiones, pudiendo ser éstas acusatorias o absolutorias. Las conclusiones son el acto mediante el cual las partes analizan los elementos instructorios y sirviéndose de éstos establecen sus respectivas situaciones en relación al debate que se vaya a plantear.

En el caso de que las conclusiones del Ministerio Público sean no acusatorias, con fundamento en los artículos 320, 323, y 324 del código de procedimientos penales para el Distrito Federal, se remitirán al Procurador General de Justicia para que las modifique o confirme, y si después aún de ello siguen siendo no acusatorias, el Juez sobreseerá el asunto, poniendo inmediatamente en libertad al procesado; precisándose que en estos casos el sobreseimiento surtirá los mismos efectos que una sentencia absolutoria. Por lo que hace a la materia federal lo anteriormente señalado se encuentra previsto en los artículos ,298 y 304 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Siendo así entonces, que si el Ministerio Público formula sus conclusiones no acusatorias en contra del procesado por haberse convencido de la inexistencia de datos suficientes para condenar al sujeto activo o procesado, podrá decirse

entonces que el Ministerio Público dicta una sentencia absolutoria, al formular conclusiones no acusatorias, y aunque no es el término correcto, a eso equivalen sus conclusiones no acusatorias.

Volviéndose nuevamente a la facultad del Ejercicio de la Acción Penal que tiene el Ministerio Público, podemos decir que es de carácter pública, en razón de que su ejercicio obedece a un interés de carácter estatal, para la aplicación de la pena por la comisión de un delito, independientemente de que el daño causado haya sido en agravio de un particular, resulta ser de interés social la aplicación de una pena para proteger más que a los intereses en particular a los intereses en general de la sociedad. El carácter público de la acción penal ha sido reconocida por los legisladores de diversos países, entre ellos la legislación francesa, ya que le ha denominado *action publique*, demostrándose así el interés que tiene el Estado en la investigación y persecución de los delitos. Teniendo así el Ministerio Público un poder y un deber de ejercitar la acción penal defendiendo los intereses sociales y privados.

Una vez que el Ministerio Público ha ejercitado la acción penal, ante el órgano jurisdiccional correspondiente en contra de alguna persona, no podrá retractarse o desistirse de esa acción ejercitada y por lo tanto el órgano jurisdiccional ante quien se ejercitó la acción penal tendrá la ineludible obligación de continuarla hasta que se llegue a la decisión final del juez, poniendo así fin al proceso. La acción es entonces necesaria tanto para obtener una declaración negativa o afirmativa sobre un determinado hecho, ya que así como a todo delito le sigue el ejercicio de la acción penal cuando se comprueban los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, no se puede llegar a la imposición de una pena, sin que previamente exista una acción que la motive y justifique.

Se habla de que corresponde única y exclusivamente al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal, estamos en presencia de un verdadero monopolio de

la acción penal por parte de esta institución, situación que en algunos de los casos resulta perjudicial para los ofendidos de algún delito, ya que en ocasiones el Ministerio Público resulta ser ineficiente en la investigación de los delitos, dejando sin castigo a los culpables.

El ya multicitado artículo 21 Constitucional, establece la atribución del Ministerio Público para la investigación y persecución de los delitos, refiriéndose esta atribución del Ministerio Público a dos momentos procedimentales: el primero la averiguación previa, cuya finalidad es la de comprobar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, así como en base a ello determinar sobre el ejercicio o no ejercicio de la acción penal. El Ministerio Público en su función investigadora siempre estará auxiliado por la policía judicial en base al artículo 24 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, aún cuando la Constitución Federal se refiere solamente a que el Ministerio Público será auxiliado por una policía, sin señalar con exactitud a qué tipo de policía. Iniciándose la investigación en el momento en que el Ministerio Público tenga conocimiento de un hecho posiblemente delictuoso, ya sea por medio de la denuncia, la acusación o querrela, teniendo la Representación Social la opción de abstenerse o ejercitar la acción penal, asegurándose de que los hechos denunciados de forma razonable puedan presumirse como un hecho delictuoso, cuidando también evitar graves consecuencias por la violación de garantías Constitucionales. Algunas de las bases legales de la función investigadora del Ministerio Público son los artículos 14, 16, 19 y 21 Constitucionales.

Por lo que respecta al artículo 14 Constitucional en su segundo párrafo dice: "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..." desprendiéndose de esto que por lo que respecta a un juicio penal, necesariamente deberá existir previamente una investigación por

parte del Ministerio Público quien ejercerá la acción penal con la finalidad de que se pueda realizar el juicio correspondiente. El artículo 16 Constitucional en su segundo párrafo dice que: "No podrá librar 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."

El mismo artículo 16 Constitucional, por su parte, hace mención a que en los casos de delito flagrante se podrá detener y poner sin demora a disposición del Ministerio Público por parte de cualquier persona al indiciado, asimismo que en los casos de delito grave y ante la posibilidad de que el indiciado se pueda sustraer de la acción de la justicia, el Ministerio Público podrá decretar u ordenar su detención, y que el indiciado no podrá ser detenido por más de 48 horas por el Ministerio Público, ya que al término de ese plazo se deberá dejar en libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial competente.

Por su parte la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, dice que la Institución del Ministerio Público, estará a cargo de un Procurador General de Justicia del Distrito Federal, teniendo entre otras las siguientes atribuciones:

- ◇ Perseguir delitos del orden común en el Distrito Federal.
- ◇ Proteger derechos e intereses de menores, incapaces, ausentes, ancianos y otros de carácter individual y social.
- ◇ Realizar estudios de política criminal.
- ◇ Realizar y desarrollar programas de prevención del delito.
- ◇ Proporcionar atención a víctimas del delito.
- ◇ Auxiliar a otras autoridades en la persecución de los delitos.
- ◇ Recibir denuncias o querrelas sobre conductas posiblemente delictuosas.

- ◇ Realizar las diligencias necesarias tendientes a la acreditación de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad.
- ◇ Ordenar la detención de los probables responsables, en términos del artículo 16 Constitucional.
- ◇ Asegurar instrumentos, huellas, objetos y productos del delito.
- ◇ Restituir provisionalmente y de inmediato al ofendido en el goce de sus derechos.
- ◇ Conceder la libertad provisional de los indiciados en términos de la fracción I y penúltimo párrafo del artículo 20 Constitucional.
- ◇ Solicitar las órdenes de cateo.
- ◇ Promover la conciliación en los delitos perseguibles por querrela.
- ◇ Determinar el No Ejercicio de la Acción Penal.
- ◇ Poner a disposición del consejo de menores, a los menores infractores.
- ◇ Ejercitar Acción Penal.

La misma Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, dice y determina como auxiliares directos del Ministerio Público a la policía judicial y los servicios periciales, mismos que deberán actuar bajo la autoridad y mando del mismo y que serán auxiliados por la policía del Distrito Federal, el servicio médico forense y los servicios médicos del Distrito Federal.

En el derecho actual la Institución del Ministerio Público, viene a constituir una garantía de orden Constitucional, toda vez que el Estado lo ha facultado como órgano único encargado de la persecución de los delitos, estableciéndose el sistema de acusación estatal y el monopolio de la acción penal por parte del Estado. Consagrándose en la mayoría de las legislaciones modernas, reconociéndose como necesidad esencial de su existencia como un funcionario que salvaguarda los intereses de la sociedad y vela por el estricto cumplimiento de la ley.

A continuación señalaremos las diversas definiciones de Ministerio Público contempladas en las Constituciones de algunos de los Estados.

Artículo 81. - de la Constitución Política del Estado de Durango. “El Ministerio Público es una institución que representa los intereses de la sociedad para los efectos que se precisan en esta Constitución”.

Artículo 92.- de la Constitución del Estado de Nayarit. “El Ministerio Público es el representante legítimo de los intereses sociales ante los Tribunales de Justicia”.

Artículo 91.- de la Constitución del Estado de Puebla: “ El Ministerio Público es una magistratura a cuyo cargo está velar por la exacta observancia de las Leyes de Interés Público. A este fin deberá ejercitar las acciones que corresponden contra violadores de dichas Leyes, hacer efectivos los derechos concedidos al Estado e intervenir en los juicios que afecten a personas a quienes la Ley otorgue especial protección...”

No existe ningún criterio definido respecto a la naturaleza jurídica del Ministerio Público, ya que algunos autores lo consideran como un Representante Social, en tanto que otros lo consideran como un órgano administrativo, y otros más señalan que es un colaborador de los órganos jurisdiccionales e inclusive unos más lo señalan como órgano judicial.

Respecto al espíritu inicial que animó al Constituyente de 1917, resulta totalmente imposible negarle a la Institución del Ministerio Público, el carácter de representación social pero eso sí, rechazando de forma categórica el carácter de órgano judicial ya que no resuelve sobre controversias y debido a que la Constitución General de la República delimita de forma muy clara las facultades del Ministerio Público y las de la autoridad judicial. Reconociendo también que es

una autoridad de carácter administrativo, toda vez que depende del poder ejecutivo.

“De lo expuesto se concluye que, efectivamente, el Ministerio Público es un Representante Social en el ejercicio de la función persecutoria, así como también que los actos que realiza son de naturaleza administrativa y que es un colaborador de los órganos jurisdiccionales; pero en lo que prevalece un completo desacuerdo es en que se le considere como un órgano judicial, ya que con ello el Ministerio Público sufre un retroceso en su formación histórica puesto que sobre la idea de separar en forma específica la función jurisdiccional de la que debía corresponder al Ministerio Público, se avanzó progresivamente hasta establecer el sistema jurídico actual que, en forma suficientemente clara, precisa en su artículo 21 Constitucional que es a los órganos jurisdiccionales a quienes se les ha otorgado la facultad de aplicar el Derecho y al Ministerio Público, como autoridad pública la de perseguir los delitos”.³¹

“El Ministerio Público es una institución dependiente del Estado (poder ejecutivo) que actúa en representación de la sociedad para el ejercicio de la acción penal y la tutela social en todos aquellos casos que le asignan las leyes”.³²

El artículo 21 Constitucional establece, como atribución específica la persecución de los delitos, pero tomando en consideración la organización política que nos rige, y el artículo 102; hemos llegado a la conclusión de la existencia del Ministerio Público Federal, Militar y del fuero común para el Distrito Federal y cada una de las entidades federativas. Del anteriormente ya referido artículo 21

³¹ QUINTANA VALTIERRA, Jesús y CABRERA MORALES, Alfonso. “Manual de Procedimientos Penales”. Editorial Trillas, México 1995, p. 11.

³² GARDUÑO GARMENDIA, Jorge. “El Ministerio Público en la Investigación de los Delitos”, Editorial Limusa, México 1991, p. 25.

Constitucional se señala como facultad fundamental la persecución del delito, mas sin embargo en la vida práctica la actuación del Ministerio Público se ha extendido a otras esferas de la administración pública, y aún cuando los textos legales y las jurisprudencias otorgan al Ministerio Público la titularidad de la acción penal, el campo de actuación de esta Institución ha llegado mas allá de la esfera penal, haciéndose muy clara su intervención en materia civil, cuestiones inherentes y referentes a la tutela social, representando en muchos de los casos a los incapacitados o ausentes y en algunos casos en los que se afectan intereses del Estado. Deduciendo nosotros de éstos que tiene encomendada la misión de proteger a la sociedad de los actos delictivos.

La Constitución Federal, se refiere a que el Ministerio Público, como ya lo hicimos notar anteriormente, tendrá una policía en sus auxilio, precisando con exactitud el artículo 22 y 23 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, que será la policía judicial quien se encargará de la búsqueda de pruebas y presentación de testigos, ofendidos e inculpados apareciendo ésta como una total y verdadera necesidad.

La organización y funciones de la policía judicial se contempla en la Ley Orgánica y el Reglamento de la misma Ley de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Así como también el marco jurídico de actuación de la Policía Judicial Federal y del Distrito Federal, se encuentran básicamente en el artículo 21 Constitucional, en los Códigos de Procedimientos Penales respectivos, Leyes Orgánicas de las Instituciones y Reglamentos de las mismas.

“Al ser la policía judicial un órgano auxiliar del Ministerio Público, su actuación dentro de la investigación y persecución del delito se encuentra también normada, como ya se dijo, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, por lo que los

elementos de dicha corporación deben ajustarse a lo prescrito en tal ordenamiento jurídico”.³³

Las funciones de la policía judicial son, entre otras, las siguientes:

- ◇ Comprobar los elementos del tipo penal y practicar diligencias ordenadas por el Ministerio Público.
- ◇ Rendir informes, mas no confesiones, ya que en caso de hacerlo éstas carecerán de valor probatorio.
- ◇ Recogerán vestigios o pruebas materiales del delito.
- ◇ Recoger armas, instrumentos, objetos que pudieran tener relación con el delito y se hallaran en el lugar de los hechos o en poder del probable responsable.
- ◇ Podrán detener sin orden judicial en los casos de flagrante delito.
Citar a las personas a que rindan su declaración.

El artículo 102 Constitucional, define la forma de organización del Ministerio Público Federal, quien estará presidido por el Procurador General de la República, el cual será nombrado y en su caso removido por el Ejecutivo Federal. Al Ministerio Público Federal le corresponde la investigación de todos aquellos delitos de carácter federal, siendo éstos aquéllos que atentan contra el patrimonio de la nación, y en contra de sus instituciones, por lo tanto a él le corresponderá también solicitar las órdenes de aprehensión en contra de los inculpados, así también buscar, obtener y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de los inculpados.

La titularidad de la Procuraduría General de la República, se deposita en el Procurador General de la República, quien podrá intervenir de forma personal

³³ QUINTANA VALTIERRA, Jesús y CABRERA MORALES, Alfonso. “Manual de Procedimientos Penales”. Editorial Trillas. México 1995, p. 24.

en los conflictos que surjan entre dos o más Estados de la Federación, entre Estado y la Federación o entre los poderes de un mismo Estado, con la finalidad de resolver la controversia. En los asuntos en los que la Federación sea parte en los casos de los diplomáticos, cónsules generales, el Procurador podrá intervenir personalmente o por medio de sus agentes, mismos que le informarán los avances y resultados de su intervención. Siendo considerado el Procurador General de la República, como el abogado de la Nación.

La Procuraduría General de la República es una institución dependiente del Poder Ejecutivo Federal, que como una institución está organizada para llevar a cabo las facultades y atribuciones que el artículo 2° de su Ley Orgánica le confiere; siendo que el Ministerio Público Federal estará a cargo del Procurador General, mismo que deberá:

- ◊ Vigilar la observancia de los principios de la Constitucionalidad y legalidad en el ámbito de su competencia.
- ◊ Promover la pronta y expedita y debida procuración e impartición de justicia.
- ◊ Representar a la Federación en todos los negocios en que ésta sea parte.
- ◊ Prestar asesoría jurídica al gobierno federal.
- ◊ Perseguir delitos del orden federal.
- ◊ Representar al gobierno federal en actos en los que debe intervenir la Federación, cuando se trate de asuntos de procuración e impartición de justicia.
- ◊ Dar cumplimiento a los tratados internacionales.

Al Ministerio Público Federal, le corresponde la investigación de los delitos de carácter federal, además de iniciar la averiguación previa correspondiente, con la recepción de denuncias y querellas, conforme a lo establecido por el artículo 16 Constitucional. Realizará todas las diligencias necesarias tendientes a

la comprobación de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

“Cuando el Ministerio Público Federal tenga conocimiento, por sí o por conducto de sus auxiliares, de la probable comisión de un delito cuya persecución depende de querrela o de cualquier otro acto equivalente, que deba formular alguna autoridad, lo comunicará por escrito y de inmediato a la autoridad legitimada para presentar la querrela o cumplir el requisito equivalente, a fin de que resuelvan con el debido conocimiento de los hechos, lo que a sus facultades o atribuciones corresponda. Las autoridades, harán saber por escrito al Ministerio Público Federal la determinación que adopten”.³⁴.

Las atribuciones del Ministerio Público Federal, es la de observar la exacta aplicación de los principios de Constitucionalidad y Legalidad, perseguir e investigar los delitos de carácter federal, con el auxilio de la Policía Judicial, misma que tendrá bajo su mando y autoridad, promoverá la pronta y expedita impartición de justicia. La función persecutoria consiste en investigar aquellos delitos que se cometan dentro de la esfera de su competencia. Por lo que respecta al Ministerio Público del fuero común deberá éste investigar la comisión de los delitos del fuero común cometidos en el Distrito Federal, o de alguna entidad federativa.

Ya sea que se trate de un delito de fuero federal o común, será el Ministerio Público, el único que podrá conocer del delito, recibiendo la denuncia o querrela correspondiente para que se abstenga o no de ejercitar la acción penal correspondiente en contra del probable responsable ante la autoridad judicial

³⁴ PINEDA PÉREZ, Benjamín Arturo. “El Ministerio Público como Institución Jurídica Federal y como Institución Jurídica del Distrito Federal”, Editorial Porrúa, S.A., México 1991, p. 51.

competente. Y que si no se cumple con el requisito de procedibilidad correspondiente, mismo que tiene rango Constitucional, no podrá procederse en contra de persona alguna.

“La Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostiene que el Ministerio Público es autoridad durante la averiguación previa y parte en el proceso penal, desde que ejercita la acción penal, también se ha indicado que el carácter de autoridad que tiene el Ministerio Público en la averiguación previa se pone de manifiesto por cuanto sus atribuciones en esta fase tiene valor probatorio”.³⁵

3.2 DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD.

El artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es el fundamento legal de los llamados requisitos de procedibilidad, toda vez que en su párrafo segundo dice: “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”. Siendo entonces los requisitos de procedibilidad, condiciones legales necesarias para iniciar una averiguación previa, y en su caso, ejercitar acción penal en contra del o de los probables responsables.

Toda averiguación previa inicia mediante la noticia que tiene el Representante Social sobre un hecho o conducta que constituya un delito. Estos requisitos son necesarios para iniciarla, puesto que la ley los exige, siendo éstos las condiciones legales que deben cumplirse para iniciar la averiguación previa y

³⁵ PINEDA PÉREZ. Benjamín Arturo. Op. Cit., p. 111.

en su caso, ejercitar la acción penal contra el probable responsable de la conducta delictiva. De acuerdo a lo establecido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los requisitos de procedibilidad son la querrela, la denuncia y la acusación, aunque en la práctica únicamente se utilizan la denuncia y la querrela.

Es muy necesario asentar que la averiguación previa se puede iniciar de oficio, y esto sucede cuando el Ministerio Público, actúa oficiosamente en razón de la autoridad con que está investido, de conformidad con el artículo 21 Constitucional, ya que ante la presencia del delito, el órgano investigador no espera que éstos se cumplan: conociéndosele a esto como el principio de oficiosidad. Autorizando esta conducta de oficiosidad los artículos 113 del Código Federal de Procedimientos Penales y 262 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no contraviniendo de ninguna forma lo establecido en el artículo 16 Constitucional. A continuación nos vamos a referir de forma particular a cada uno de los requisitos de procedibilidad contemplados en nuestra legislación actual.

La denuncia viene a ser la puesta en conocimiento de la autoridad competente de la posible comisión de un delito y esto puede ser a través de la información proporcionada por cualquier persona que haya tenido conocimiento de la conducta posiblemente delictuosa y que sea perseguible de oficio, aclarando que esta información deberá ser proporcionada en este acto al Ministerio Público, ya que es éste el órgano encargado o facultado para recibir denuncias o querellas y por lo tanto a él le compete la investigación de los delitos.

El requisito de procedibilidad de la denuncia podrá presentarse de forma verbal o por escrito, el artículo 118 del Código Federal de Procedimientos Penales, señala que si ésta se realiza verbalmente se incorporará al expediente y si se hace por escrito deberá contener ésta la firma o huella digital y el domicilio del

denunciante quien deberá ratificarla y proporcionar mayores datos que se requieran en base al artículo 119, así mismo quienes desempeñan funciones públicas no están obligados a ratificar, según el artículo 117 del mismo ordenamiento.

En uso de este derecho consagrado por la Constitución en su artículo 16, toda persona tiene el derecho de poder denunciar la comisión de los delitos perseguibles de oficio, sin esperar a que directamente el ofendido tenga que hacerlo, como en los casos de los delitos de querrela.

A la querrela, se le define como la manifestación de la voluntad en base a la potestad del sujeto pasivo, con el propósito de que el Ministerio Público tenga conocimiento de algún delito, perseguible a petición de parte ofendida.

La persona facultada para presentar la querrela correspondiente, con fundamento en el artículo 264 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, es la persona que haya resultado ser la ofendida. Y por lo que respecta a las personas morales éstas podrán formular su querrela respectiva por medio de un representante que cuente con poder general para pleitos y cobranzas. Este requisito de procedibilidad se puede presentar verbalmente por medio de una comparecencia de forma directa ante el Agente del Ministerio Público o bien por escrito, anotando los datos generales del querellante, acreditando su personalidad para presentar la querrela.

Querrela, se puede definir "como una manifestación de voluntad, de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o el ofendido con el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para

que se inicie o integre la averiguación previa correspondiente y en su caso ejercite la acción penal”.³⁶

El fundamento político del requisito de procedibilidad llamado querella, es la falta de interés jurídico que puede demostrar el ofendido para la persecución e investigación de determinados delitos, quedado totalmente a un lado el interés estatal dando prioridad a la del particular, siendo característica muy notable de la querella su divisibilidad, pudiendo el ofendido hacerlo valer de forma libre, espontánea y discrecional.

Del requisito de procedibilidad de la querella, al igual que la denuncia, es una figura jurídica prevista por el artículo 16 Constitucional y conforme a lo establecido por los artículos 114, 115 y 116 del Código Federal de Procedimientos Penales, es un derecho personal del ofendido o su representante legal; debe presentarse ante el Ministerio Público y ratificarse, ya que si no hay querella, el representante social no podrá integrar la averiguación previa y por lo tanto tampoco ejercer la acción penal en contra del probable responsable. Es entonces la querella un derecho potestativo que tiene el ofendido por el delito para hacerlo del conocimiento de las autoridades y dar su consentimiento para que sea perseguido.

“QUERELLA DE PARTE .- En los delitos que no pueden perseguirse de oficio, si no hay querella de parte, los tribunales están incapacitados para condenar al acusado, pues aún el Ministerio Público lo está para ejercer la acción penal”.³⁷

³⁶ OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto. “La Averiguación Previa”, Sexta Edición., Editorial Porrúa, S.A., México 1992, p. 6.

³⁷ Ejecutoria Visible en Tomo XXVI, p. 199, Quinta Época, Bajo el rubro Sosa Becerril, Rómulo.

Para los delitos perseguibles a petición de parte ofendida, en la mayoría de las ocasiones, se extingue la acción penal a través del perdón. Más sin embargo en algunos otros casos la parte ofendida manifiesta que no es su deseo presentar querrela alguna, cosa que para nosotros no tiene carácter de perdón otorgado, ya que en ningún momento se ha cumplido el requisito de procedibilidad, en tanto entonces ni siquiera se dio pauta a una investigación, ya que para que un perdón pueda tener los efectos legales necesariamente se necesita de la previa presentación de la querrela. A continuación señalaremos algunos delitos perseguibles por querrela, previstos en el Código Penal.

- ◊ Violación de correspondencia. Artículo 173
- ◊ Hostigamiento sexual. Artículo 259 bis.
- ◊ Adulterio. Artículo 274
- ◊ Estupro. Artículo 262
- ◊ Amenazas. Artículo 282
- ◊ Lesiones. Artículo 289 y aquélla ocasionada por tránsito de vehículos
- ◊ Abandono de cónyuge. Artículo 337
- ◊ Calumnia y Difamación. Artículo 354
- ◊ Robo entre familiares. Artículo 399 bis.
- ◊ Robo de uso. Artículo 399 bis.
- ◊ Abuso de confianza. Artículo 382
- ◊ Fraude. Artículo 386
- ◊ Extorsión. Artículo 390
- ◊ Despojo. Artículo 395
- ◊ Daño a Propiedad Ajena. Artículo 399

“QUERRELLA NECESARIA, PODER SUFICIENTE PARA FORMULARLA (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES).- Un poder general para pleitos y

cobranzas, con todas las facultades generales y aún los que requieren cláusula especial conforme a derecho y “especialmente para formular querellas, aportar pruebas al Ministerio Público y constituir tercero coadyuvante”, es suficiente en términos del artículo 264 reformado, del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, para tener por acreditada la querella de que se trata; ya que si se otorgó un mandato general con cláusula especial para formular querellas, es lógico inferir en el caso, que se autorizó al mandatario para formular tal requisito de procedibilidad a partir de la fecha del mandato, mientras no se revoque tal acto público”.³⁸

Se habla también de que como modalidad de la querella, existe la excitativa; que es la querella formulada por el representante de un país extranjero para que se persiga a los culpables del delito de injurias proferidas en contra del país que represente o en contra de sus agentes diplomáticos, el procedimiento no está previsto en el Código Federal de Procedimientos Penales, pero en la práctica el embajador o agente del gobierno ofendido puede solicitar al Ministerio Público Federal, se avoque a la investigación y persecución del delito o puede realizarlo a petición del interesado la Secretaría de Relaciones Exteriores, ante la Procuraduría General de la República.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, deberá presentar querella para la investigación y en su caso, para el Ejercicio de la Acción Penal por delitos fiscales, puesto que existe en algunos casos un daño a la economía de la Nación.

También encontramos otra figura jurídica. Llamada AUTORIZACIÓN, que es la anuencia, manifestada por organismos y autoridades competentes, en los casos expresamente previstos por la ley, para la persecución de la acción penal.

³⁸ Semanario Judicial de la Federación. Tomo CXX. p. 48, Segunda Parte Sexta Época.

Otro de los requisitos de procedibilidad que se encuentran señalados en el artículo 16 Constitucional es la acusación; siendo ésta definida como aquella imputación directa que se hace a una persona determinada, por la posible comisión de un delito, independientemente de que éste sea perseguible de oficio o a petición de la víctima u ofendido.

Por lo tanto, lo anteriormente referido nos ha llevado a pensar que cuando estamos en presencia de una acusación, no se requiere de forma forzosa la presentación de testigos para acreditar la probable responsabilidad, ya que la imputación directa y categórica nos lleva a pensar de que se integran los elementos de la probable responsabilidad.

La mayoría de las definiciones que se han dado referente a la figura jurídica de la acusación como requisito de procedibilidad, se refieren en señalar al autor probable de un hecho que puede constituir un delito; la acusación es una narración de hechos que puede realizar o formular cualquier persona, imputando algún ilícito a persona determinada, ya se trate de delitos que se persiguen de oficio o por querrela.

3.3 LA TRAMITACIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

Como en una gran mayoría de los conceptos jurídicos, no se ha logrado una uniformidad respecto a la definición de lo que es averiguación previa. Mas sin embargo, consideramos que es ésta la primera etapa del procedimiento penal, que viene a reunir un conjunto de actividades que desarrolla el Ministerio Público como órgano encargado de la investigación de los delitos, con el propósito de allegarse de los elementos necesarios para comprobar con las diligencias que realice, la existencia de los elementos del tipo penal y la probable

responsabilidad, estando así, en la posibilidad de ejercitar la acción penal correspondiente o abstenerse de ello.

Es la averiguación previa un expediente que se inicia por el órgano investigador, al momento que recibe la noticia de alguna conducta posiblemente delictiva, ya que a través de una denuncia o una querrela, requisitos de procedibilidad que en el apartado anterior ya fueron debidamente analizados por nosotros, dejando con gran claridad la definición de cada uno de los requisitos de procedibilidad, exigidos por nuestra legislación. Durante la etapa de averiguación previa el Agente del Ministerio Público se encargará de investigar sobre las conductas que en la ley se encuentran previstas y descritas como delitos, conocidos por nosotros como tipos penales.

Se requiere de un encargado o titular de la averiguación previa, y en la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal está a cargo de un Procurador General de Justicia del Distrito Federal, quien por medio o con el auxilio de sus agentes del Ministerio Público, tienen la facultad de investigar y perseguir delitos.

Ministerio Público como institución y titular de la averiguación previa, tienen la obligación de observar y respetar que se cumplan los requisitos de procedibilidad, siendo éstas, condiciones legales que necesariamente deben cumplirse para poder dar inicio a la averiguación y preparar el Ejercicio o No Ejercicio de la Acción Penal.

“La Averiguación Previa en nuestro derecho procesal penal, es el conjunto de actividades que desempeña el Ministerio Público como institución estatal, que su función es que al recibir la noticia del delito deberá avocarse a investigar al presunto responsable, debiendo reunir los presupuestos y requisitos de procedibilidad, y

una vez obtenidas las pruebas y vestigios del delito, resolverá el ejercicio de la acción penal”.³⁹

“El Ministerio Público, al llevar a cabo la investigación del delito para integrar la averiguación previa, debe observar y respetar íntegramente todos los actos en las diligencias necesarias que realice, tanto él como sus auxiliares, las garantías individuales Constitucionales que establece la Constitución, para que la averiguación previa se lleve a cabo con tal observancia y apego a derecho, sin afectar en ningún momento la seguridad jurídica y la tranquilidad de todos aquéllos que tengan que ver con la instrucción del Ministerio Público”.⁴⁰

Aquella actividad investigadora del Ministerio Público, comúnmente conocida o llamada averiguación previa, es una etapa dentro del procedimiento penal, a cargo del Agente del Ministerio Público, quien se encargará de realizar las diligencias necesarias tendientes al esclarecimiento del o de los delitos que se investigan, mas sin embargo, para algunos autores de la materia, tal es el caso de González Bustamante J.J., considera que la investigación previa, es una fase procesal, que tiene por objeto recoger las pruebas indispensables para que el Ministerio Público esté en condiciones de resolver sobre el ejercicio o no de la acción penal.

“Al conceptuar de esta manera a la averiguación previa se está considerando al Ministerio Público investigador actuando como jefe de la policía judicial, recibiendo las denuncias o querellas de los particulares o de cualquier autoridad e investigando los delitos, y

³⁹ PINEDA PÉREZ, Benjamín Arturo. “El Ministerio Público como Institución Jurídica Federal y como Institución Jurídica del Distrito Federal”, Editorial Porrúa, México 1994, p. 45

⁴⁰ PINEDA PÉREZ, Benjamín Arturo. Op. Cit., p. 45.

al término de las investigaciones resolver si ejercita o no la acción penal, con lo que estamos de acuerdo, pero no con la afirmación de considerar a la averiguación previa antesala del proceso, por corresponder ésta a las actividades llevadas a cabo por la autoridad judicial en el término de 72 horas, en donde al concluir las mismas surge la posibilidad de que se declare abierto el proceso por el delito o delitos de que se trate”.¹¹

Se ha llegado a afirmar que la averiguación previa es de naturaleza administrativa, ya que para llevar a cabo una investigación, ésta se desarrolla e integra principalmente por lo previsto por los acuerdos y circulares emitidos por el procurador, que establecen el criterio interpretativo de los señalamientos de carácter general contenidos en el Código de Procedimientos Penales. La averiguación previa es oficiosa, ya que una vez que ésta se haya iniciado se deberá dar continuidad y cumplir con cada una de las diligencias que el tipo penal requiera.

Respecto a las diligencias que debe realizar el Ministerio Público durante la etapa de averiguación previa, hemos logrado establecer que las diligencias que se vayan a practicar en la investigación del delito, serán distintas, dependiendo de los tipos de delitos y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en el que se cometan, aunque sí se ha logrado establecer algunas diligencias básicas de averiguación previa tales como:

- ◇ Señalar el delito por el cual se abre averiguación.
- ◇ Lugar , fecha y hora en la que se practique.
- ◇ Funcionario que ordena la averiguación previa.
- ◇ Agencia investigadora del Ministerio Público.

¹¹ GARDUÑO GARMENDIA, JORGE. “El Ministerio Público en la Investigación de Delitos”, Editorial Limusa, México 1991, p. 47.

- ◊ Una síntesis de los hechos que la motivan (exhordio).

A diferencia de algunos delitos, en los que de forma particular sí se señalan las diligencias básicas que deberán realizarse, como por ejemplo en el delito de lesiones son:

- ◊ Fe de lesiones del ofendido. Artículos 94, 95, 96 C.P.P.
- ◊ Fe de integridad física del probable responsable. Artículos 94, 95, 96 C.P.P.
- ◊ Razón de solicitud de acta relacionada, en caso de que el lesionado esté hospitalizado.

Por lo que a continuación pasamos a analizar las posibles soluciones que se pueden dar durante la etapa de averiguación previa; siendo éstas la Reserva, el No Ejercicio de la Acción Penal, el Ejercicio de la Acción Penal, mismas que analizaremos con mayor detenimiento.

Refiriéndonos a la Reserva, diremos que es ésta la resolución que emite el Ministerio público, una vez que iniciada la averiguación previa, y agotadas o realizadas todas las diligencias tendientes al esclarecimiento del hecho, no logra aportar los elementos de convicción suficientes para determinar el ejercicio o no, de la acción penal. En la mayoría de las ocasiones el acuerdo de reserva sobreviene por la decidia del particular ofendido al no aportar al agente investigador las pruebas suficientes que acrediten la probable responsabilidad del sujeto o los elementos del tipo penal, e inclusive aún cuando se encuentren comprobados los elementos del tipo penal, mas no la probable responsabilidad de algún sujeto. La resolución del Ministerio Público será la Reserva, en espera de que se aporten los elementos de convicción necesarios para la debida integración de la averiguación previa, reservándose el Ministerio público a que en caso de ser posible realice nuevas diligencias, en caso de que la acción penal no haya

prescrito, interpretándose de esto, que esta resolución no tiene carácter de definitiva.

Otras de las resoluciones del Ministerio Público durante la averiguación previa y en términos de las facultades que le confieren la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, es el No Ejercicio de la Acción Penal, comúnmente conocida como archivo, resolución que sí tiene el carácter de definitiva. Pero esta resolución podrá ser tomada por el Ministerio Público, cuando en términos del Código Penal vigente en el Distrito Federal la conducta denunciada no constituya delito alguno; se haya extinguido la Acción penal o bien aún cuando la conducta delictiva se encuentre prescrita en términos del código penal vigente, además en base en los acuerdos emitidos por el titular de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Por lo que hace a la extinción de la acción penal, el Código Penal vigente para el Distrito Federal, en sus artículos 91, 93 y 100 avalan esta postura, entre otros artículos.

Artículo 91.- "La muerte del delincuente extingue la acción penal, así como las sanciones que se le hubieren impuesto, a excepción de la reparación del daño, y la de decomiso de los instrumentos con que se cometió el delito y de las cosas que sean efecto u objeto de él".

Artículo 93.- "El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo extingue la acción penal respecto de los delitos que se persiguen por querrela, siempre que se conceda ante el Ministerio Público si éste no ha ejercitado la misma o ante el órgano jurisdiccional antes de dictarse sentencia de segunda instancia. Una vez otorgado el perdón, éste no podrá revocarse..."

Artículo 100.- "Por la prescripción se extinguen la acción penal y las sanciones, conforme a los siguientes artículos".

Artículo 101. "La prescripción es personal y para ella bastará el simple transcurso del tiempo señalado por la ley..."

El perdón del ofendido por un delito, otorgado a favor del sujeto activo del delito; la muerte del delincuente y la prescripción son entre otros, elementos suficientes para que el Ministerio Público resuelva el No Ejercicio de la Acción Penal de la averiguación previa teniendo la obligación el órgano investigador de demostrar plenamente el por que toma esa determinación.

Por lo que respecta al Ejercicio de la Acción Penal, hemos llegado a formarnos un criterio, de que es la determinación del Ministerio Público mediante el cual a través del acto de la consignación y una vez comprobados los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, remite las diligencias de averiguación previa a la autoridad judicial correspondiente solicitando ya sea una orden de aprehensión o comparecencia, según el delito de que se trate, en contra del probable responsable con la finalidad de que se le dicte el auto de sujeción a proceso y en el momento oportuno el juez señale la pena que debe aplicarse al procesado o en su caso se le dicte el auto de libertad, por considerar el juez que no tiene responsabilidad penal en la comisión del delito por el cual se consignó o se ejercitó la acción penal. Teniendo el Juez la obligación de juzgar al procesado únicamente por el delito que fue consignado y por el cual se le dictó sujeción a proceso, no pudiendo hacerlo por algún otro delito.

El acto de consignación no requiere para su formulación de requisitos especiales para su formulación y mucho menos de palabras solemnes, pero sí se requiere que esté debidamente fundado y motivado, entendiéndose el término de fundado como el señalamiento de los preceptos legales que tipifican y sancionan

la conducta delictiva, mencionando también las leyes en las que se apoyan las facultades de Ministerio Público, en el Ejercicio de la Acción penal. Y por lo que respecta a la motivación, se entiende como la obligación de dejar asentado en actuaciones, las diligencias de investigación que acrediten los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad.

Siendo considerado, el Ejercicio de la Acción Penal, como una facultad potestativa del Ministerio Público, es considerada también como un monopolio ostentado por el Ministerio Público, ya que el Ejercicio de la Acción Penal no depende de ninguna otra autoridad o particular, siendo éste un acto unilateral, autónomo e independiente, en razón de que se lleva a cabo con la sola intervención del Ministerio Público Consignador. El acto del Ejercicio de la Acción Penal podrá hacerse con o sin detenido. En los casos que sea sin detenido, la consignación llevará acompañada la petición al Juez, de la solicitud de la orden de aprehensión o de comparecencia según del delito de que se trate y la sanción que le corresponda; ya que si el delito se sanciona con pena privativa de libertad, se solicitará la orden de aprehensión y la orden de comparecencia en el caso de que se trate de delito sancionado con pena pecuniaria o alternativa, con base al artículo 18 Constitucional.

Se consigna con detenido en los casos en que exista la flagrancia y se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad y no pueda el probable responsable recuperar su libertad provisional bajo caución, en este caso el probable responsable será remitido al reclusorio correspondiente quedando a disposición del juez en turno a quien también se le enviarán las actuaciones de averiguación previa, juntamente con el pliego de consignación.

Las resoluciones de Reserva y No Ejercicio de la Acción Penal, cuando son producto de una investigación deficiente, de un manejo arbitrario del procedimiento de investigación por parte del Ministerio Público, lesionan

gravemente los derechos del ofendido, al perderse la posibilidad de obtener la reparación del daño, ya que el Ministerio Público es el único órgano encargado o facultado para exigir la reparación del daño causado al ofendido del delito. Por su parte el Ejercicio de la Acción Penal, tiene como consecuencia el pronunciamiento de una sentencia, que en el caso de que ésta fuera condenatoria, se obligará al acusado a la reparación del daño y en caso de que lo amerite, una sanción de privación de libertad. Pero en caso de que la sentencia sea absolutoria, el procesado tendrá en contra de la persona que lo acusó una acción penal por calumnias, no teniendo en contra del Ministerio Público ninguna acción.

“Como fase del procedimiento penal, puede definirse la averiguación previa como la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal”.⁴²

La Averiguación Previa deberá contener todas y cada una de las diligencias desarrolladas por el Ministerio Público en un orden cronológico. Mencionando el lugar, número de agencia investigadora, número de averiguación previa, fecha y hora, así como también el nombre del funcionario que ordena su inicio, haciendo una breve narración sobre los hechos presumiblemente delictuosos, también llamado exordio. Toda averiguación requiere para su inicio de una noticia del delito, ya sea por parte del agraviado o de algún miembro de una corporación policiaca, o de cualquier persona que tenga conocimiento del hecho, atendiendo a los requisitos de procedibilidad en cada caso en concreto.

⁴² OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto. “La Averiguación Previa”, Séptima Edición Actualizada, Editorial Porrúa, S.A., México 1994, p. 2

A continuación señalaremos algunas de las diligencias que se realizan durante la etapa de averiguación previa.

Inspección Ministerial.- Es la observación, descripción de lugares, objetos, cadáveres, con el propósito de tener un conocimiento más directo de la realidad de una conducta con la finalidad de integrar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad.

Reconstrucción de Hechos.- Aunque es ésta una diligencia que tiene poca práctica durante la etapa de averiguación previa, consiste en reproducir la forma, modo y circunstancia en la que sucedieron los hechos.

Confrontación.- Es el reconocimiento o identificación plena de una persona señalada como probable responsable en una averiguación previa colocando en una fila a varios individuos y entre ellos al que se va a ser confrontado, cuidando que éste no se disfrace ya que en caso de hacerlo podría inducir a un error.

Razón.- Es el registro que se hace de algún documento.

Constancia.- Es el acto realizado por el Ministerio Público mediante el cual se asienta formalmente un hecho relacionado con la averiguación previa que se está integrando.

Diligencias de Acta Relacionada.- Estas se utilizan cuando existe la necesidad de llevar a cabo diligencias fuera del perímetro de la agencia investigadora, haciendo la solicitud generalmente por vía telefónica, proporcionando el número de averiguación previa, explicando las diligencias solicitadas; y para hacer constar la solicitud deberá recabarse nombre y cargo de

la persona que recibe la solicitud, misma que deberá hacerse a una agencia del Ministerio Público.

Durante la etapa de averiguación previa, encontramos a las agencias y mesas investigadoras también llamadas mesas de trámite. La agencia investigadora, es en donde se inicia la investigación y en la mayoría de las ocasiones es la que se encarga de recibir los requisitos de procedibilidad, en tanto que la mesa de trámite, como su nombre lo dice es la que se encarga de dar trámite para la investigación de la averiguación previa. Por lo que a continuación señalaremos las posibles soluciones que puede tomar la agencia y la mesa de trámite.

MESA DE TRAMITE:

- ◇ Ejercicio de la acción penal.
- ◇ Envío a otra Delegación.
- ◇ Reserva.
- ◇ No Ejercicio de la Acción Penal.
- ◇ Remitir a las procuradurías de los Estados.
- ◇ Remitir a la Procuraduría General de la República.
- ◇ Envío a las direcciones especializadas en determinados delitos.

AGENCIA INVESTIGADORA:

- ◇ Ejercicio de la Acción Penal con detenido.
- ◇ Envío a la mesa de trámite.
- ◇ Envío por incompetencia a la Procuraduría General de la República.
- ◇ Envío a otra Delegación.
- ◇ Remitir las averiguaciones a las direcciones correspondientes, según su competencia.

La Agencia Investigadora, tiene como función recibir denuncias, acusaciones o querellas, iniciar la averiguación previa correspondiente, practicar las diligencias correspondientes y resolver las situaciones jurídicas de los detenidos dentro del término Constitucional señalado para ello; y se integra básicamente por:

- ◊ Un Agente del Ministerio Público.
- ◊ Un Secretario.
- ◊ Un Mecnógrafo.

Pudiendo variar el número de estos dos últimos, atendiendo a la carga de trabajo, estando a cargo de la Agencia el Agente del Ministerio Público; o el oficial Secretario, mas no el mecnógrafo. La Agencia del Ministerio Público deberá llevar un control de las averiguaciones previas iniciadas, para lo cual contarán con su respectivo libro de gobierno en el que se anotará número de averiguación, lugar y hora de los hechos, nombre del denunciante y/o querellante, probable responsable y el trámite que se le de a la averiguación, firmando el encargado de la agencia al término de la guardia, asimismo, se deberá llevar un libro de control de vehículos, libro de policía judicial, libro de control de personal y el libro de Servicio Médico.

A la mesa de trámite le corresponde recibir las averiguaciones previas procedentes de las agencias investigadoras y practicar todas las diligencias tendientes a esclarecer los hechos a efecto de resolver las situaciones jurídicas planteadas apegándose a derecho. No existiendo gran diferencia entre ésta y la Agencia Investigadora ya que ambas pueden realizar las misma diligencias, aunque la mesa generalmente atiende asuntos sin detenido, teniendo mayor tiempo para resolver, en tanto que las agencias en muchas de las ocasiones tiene que resolver a la brevedad posible dentro del término Constitucional, la situación jurídica de los detenidos. Integrándose también la mesa de trámite con un Agente

del Ministerio Público, un oficial secretario y un oficial mecanógrafo, pudiendo variar el número de los dos últimos, atendiendo a las cargas de trabajo.

Cuando las mesas de trámite reciben las averiguaciones previas se procede a registrar en el respectivo libro de gobierno, asentando entre otros datos, el número progresivo del expediente recibido, número de averiguación previa, delito, fecha en que se recibe, nombre del denunciante o querellante, nombre del probable responsable y finalmente el trámite. Dictando posteriormente el acuerdo de radicación, mismo que consiste en hacer constar en qué fecha se recibe la averiguación previa y en que número de mesa, ordenándose la práctica de las diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos.

Finalmente, consideramos pertinente, que con el propósito de tener un conocimiento más amplio respecto al tema en cuestión, debemos precisar lo que es un proceso y lo que es procedimiento.

Desde las primeras manifestaciones que se dieron tendientes a reprimir cualquier conducta que fuera lesiva para la comunidad, se observaron algunas formas instrumentales que por demás eran arbitrarias e iban dirigidas en contra de las clases más indefensas de la sociedad, por lo tanto, si no existía un derecho de procedimientos penales, mucho menos podría esperarse que existiera una distinción entre proceso y procedimiento. Aún durante el siglo XIX, el Derecho Procesal Penal, se limitaba al aspecto práctico, por lo que la legislación carecía de armonía y uniformidad.

Actualmente se han elaborado un sinnúmero de definiciones de estos conceptos, no obstante son confundidos en su significado jurídico lo que acarrea como consecuencia caer en errores.

En su acepción común, proceso significa marchar hacia un fin determinado, el proceso es un conjunto de actos procesales recíprocamente relacionados entre sí, coordinados unos con otros de manera que cada uno de ellos, al mismo tiempo es la causa del que le sigue, sea el efecto del anterior y todos tienden a una misma y única finalidad.

El proceso es un conjunto complejo de actos del Estado como soberano, de las partes interesadas y de los terceros ajenos a la relación substancial, actos todos que tienden a la aplicación de una ley general a un caso controvertido para solucionarlo y redimirlo.

Todo en la vida es sucesión, todo sigue un proceso, que se realiza con un determinado procedimiento, el proceso es un recorrido y el procedimiento es la forma de realizarlo. Es el proceso un conjunto de actos necesarios para llegar a la sentencia y el procedimiento son las etapas que pueden comprender aquél. Aunque por su parte Guillermo Colín Sánchez, dice: "El procedimiento será la forma, será el método empleado para que el proceso pueda llevarse a cabo, el primero es un concepto general que envuelve dentro de su seno al concepto proceso, y éste a su vez juicio. Por lo tanto, puede nacer el procedimiento sin que ello implique siempre el proceso, aunque este último no tendrá vida sin aquél".⁴³

3.4 LA SANCIÓN Y LA PREVISIÓN.

A continuación abordaremos dos conceptos de gran importancia en la aplicación de nuestro derecho penal vigente, la sanción y la previsión; la sanción es un término que se emplea para identificar a la pena, siendo así la sanción considerada o definida como el castigo al cual se hace merecedor, todo aquel

⁴³ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales", 11a. Edición, Editorial Porrúa, México 1989, p. 211.

individuo que comete un delito. En tanto que la previsión es en sí la norma jurídica en la cual encontramos descrita la conducta punible; ejemplo el delito de falsedad en declaraciones se encuentra previsto en el artículo 247 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, será entonces la previsión del delito de falsedad en declaraciones el artículo 247 del Código Penal.

Es indiscutible que todo delito, ha sido considerado como un mal social, derivándose de ello la necesidad de combatirlo, correspondiéndole dicha tarea al Estado, distinguiéndose básicamente dos etapas para combatirlo; la primera de ella consiste en la prevención del delito, que tendrá el objetivo de educar y orientar a la sociedad antes de la comisión del o de los delitos o bien la segunda etapa consistente en castigar a los sujetos activos del delito, obviamente esta etapa se da después de que se haya realizado la conducta delictiva.

La pena es el castigo que impone el poder estatal al delincuente, teniendo como base la ley, con el objeto de cuidar y preservar el orden público, persiguiéndolo la justicia y la defensa social, aunque en este caso debemos hacer la distinción existente entre la pena y la penalidad; siendo la penalidad aquélla que se encuentra señalada en la previsión del tipo penal, y la pena por su parte es la sanción en concreto que impone el juzgador.

Nuestro Código Penal vigente en el Distrito Federal señala las medidas de seguridad y penas aplicables a los delincuentes, en su artículo 24 dice:

Artículo 24.- “Las penas y medidas de seguridad son:

- 1 Prisión.
- 2 Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad.

- 3 Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.
- 4 Confinamiento.
- 5 Prohibición de ir a lugar determinado.
- 6 Sanción pecuniaria.
- 7 Se Deroga (D. O. F. del 13 de enero de 1984).
- 8 Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito.
- 9 Amonestación.
- 10 Apercibimiento.
- 11 Caución de no ofender.
- 12 Suspensión o privación de derechos.
- 13 Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.
- 14 Publicación especial de sentencia.
- 15 Vigilancia de la autoridad.
- 16 Suspensión o disolución de sociedades.
- 17 Medidas tutelares para menores.
- 18 Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito.”

Las medidas de seguridad, son todos los medios legalmente autorizados para prevenir atentados futuros por parte de un sujeto que ha realizado conductas que lo hacen propenso a incurrir en la comisión de algún delito a diferencia de la multa y la prisión, ya que estas sí vienen a ser verdaderas penas, tomando todas las demás anteriormente citadas en el artículo 24 del Código Penal el carácter de simples medidas de seguridad. Y por lo que respecta a la publicación especial de la sentencia, la restitución y la indemnización por daños, solamente tienen el propósito de reparar el daño. Debiéndose cuidar la distinción existente entre las medidas de seguridad y la prevención del delito, ya que son dos conceptos totalmente ajenos y diferentes.

Por prisión se entiende actualmente como aquella pena a través de la cual se mantiene recluido en un lugar a un sujeto responsable de un delito, con fines de castigo, eliminándolo del medio social, tendiendo también a readaptarlo a una vida ordenada y productiva, eliminando su peligrosidad con el objeto de capacitarlo para que pueda nuevamente vivir en sociedad.

Aun cuando la finalidad de las penas es castigar a los delincuentes, a través de la readaptación social, nuestra ley suprema prohíbe de forma expresa y categórica la imposición o aplicación de algunas penas tales como las señaladas en el artículo 22 Constitucional.

- ◇ Penas de mutilación.
- ◇ Infamia.
- ◇ La marca.
- ◇ Los azotes.
- ◇ Los palos.
- ◇ El tormento de cualquier tipo.
- ◇ La multa excesiva.
- ◇ La confiscación de bienes.
- ◇ La pena de muerte por delitos políticos. Siendo permitida solamente por traición a la patria en guerra extranjera, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata, y a los reos de delitos graves del orden militar.

Otras de las penas que restringen la libertad de los individuos son el confinamiento y la prohibición de ir a lugar determinado; consiste la primera de ellas en la obligación que tiene un individuo de residir en un lugar determinado, sin poder salir de ahí; desprendiéndose de ello que la finalidad de esta figura jurídica es la de reducir el número de delincuentes en el lugar, llevándolos a otro en donde no sean peligrosos y puedan ser severamente vigilados, y que la

designación del lugar será a través del ejecutivo cuando se trate de delitos del fuero común, y designado por el juez cuando sea un delito de carácter político, aunque en nuestro código penal vigente no existe ningún delito de carácter político que tenga previsto como sanción en confinamiento.

Por lo que respecta a la prohibición de ir a algún lugar determinado, se encuentra previsto en el artículo 24 Constitucional y mas claramente en el artículo 322 del Código Penal que dice:

Artículo 322.- “Además de las sanciones que señalan los dos capítulos anteriores, los jueces podrán, si lo creyeren conveniente:

- I Declarar a los reos sujetos a la vigilancia de la policía; y
- II Prohibirles ir a determinado lugar, Municipio, Distrito o Estado o residir en él.”

La prohibición de ir a determinado lugar tiene como medida preventiva que el responsable de un delito vuelva o vaya a un lugar determinado ya que por sus antecedentes puede resultar ser muy peligroso o significar ello una provocación directa para aquéllos que conservan algún rencor en su contra.

Multa es la pena consistente en la obligación de pagar una determinada cantidad de dinero al Estado, cuyo carácter es ser intimidatoria y ejemplar sin llegar a ser considerada como medio de readaptación social, es una pena que no resulta ser repugnada por la moral a diferencia de la prisión, la multa no degrada la dignidad de la persona a la que se le imponga, no separa al individuo de sus responsabilidades familiares, de su trabajo, ni de su vida social, y que en vez de que el delincuente represente una carga para el Estado, es éste un contribuyente más para sostener el gasto público del Estado.

La multa en su calidad de pena es personalísima, significando ello, que la única persona que se hace acreedora a una multa, será aquélla que tenga la responsabilidad penal por la comisión de un delito y no aquellas personas a quienes pudieran alcanzar las obligaciones civiles o la reparación de los daños causados y que en el caso de que sean varios los sujetos responsables del delito, se les impondrá una multa a cada uno de ellos dependiendo de su grado de participación, observándose el principio de la indivisibilidad de la pena, no pudiendo pagar una sola multa entre todos los participantes.

Respecto a la confiscación de bienes, diremos que consiste en la aplicación a favor del Estado de la fortuna del responsable del delito a título de sucesión. Y aún cuando el artículo 24 del Código Penal la señala dentro de las penas y medidas de seguridad, resulta ser anticonstitucional, por ir en contra de la Constitución, que prohíbe la confiscación de bienes, en su artículo 22. Aclarando que al referirse nuestras leyes al aseguramiento de los objetos o instrumentos utilizados para la comisión de los delitos, no estamos en presencia de la confiscación de bienes, ya que ese decomiso de instrumentos y objetos se hace con el propósito de investigar la comisión del delito, mas no como una sanción, no pudiendo ser ésta considerada como una pena, ya que es esta única y exclusiva facultad de la autoridad judicial, aunado a ello que las autoridades que decomisan o aseguran los objetos es la autoridad investigadora y no la autoridad judicial.

Por su parte la reparación del daño consiste básicamente en la obligatoriedad del sujeto activo de un delito en restituir al ofendido el goce del bien jurídico afectado. Aunque esto resulta en ocasiones imposible de realizar, ya que por ejemplo en el delito de homicidio, va a ser imposible regresarle la vida al sujeto pasivo del delito, por lo que en este caso la reparación del daño se hará a través de una cantidad de dinero que fijará el juzgador a su criterio.

La publicación de la sentencia tiene por objeto el desvanecimiento de las imputaciones hechas en contra de alguna persona, o bien, hacer el conocimiento que la justicia castigó al culpable de un delito, quedando la sociedad enterada de su situación, dando en muchos casos mayores satisfacciones al ofendido, que cualquier reparación de carácter económico.

El Estado durante todo el transcurrir del tiempo a partir de su existencia ha tenido la facultad de juzgar a sus ciudadanos e inclusive imponerles las penas respectivas en sus modalidades diversas e inclusive han llegado al grado de poder disponer de sus vidas, demostrando así el cierto dominio que tiene sobre la naturaleza, y sobre sus propios instintos. La vida en sociedad requiere de ciertas limitaciones, mismas que solamente pueden ser reguladas por medio de las normas jurídicas, haciendo esta norma posible, la convivencia social, reprimiendo también toda aquella conducta que ponga en peligro o atente en contra de esa convivencia social, teniendo el Estado el deber y la obligación de cuidar y defender a la sociedad entera en contra de sus enemigos ya sean nacionales o extranjeros.

Es la pena una consecuencia jurídica y legítima impuesta por el poder judicial al delincuente y será aplicable a todo aquel individuo que siendo imputable cometa uno o más delitos, ya que en caso de que el sujeto sea inimputable, no se le podrá aplicar una pena pero sí un tratamiento. El juzgador al momento de imponer una pena, además de tomar en cuenta la gravedad de su conducta del sujeto activo, atenderá también al grado de peligrosidad del delincuente. Actualmente podemos clasificar a las penas en:

- ◇ Contra la libertad.
- ◇ Pecuniarias.
- ◇ Contra ciertos derechos.

Clasificación que hacemos en base a los puntos anteriormente ya analizados.

3.5 LA ANALOGÍA Y LA MAYORÍA DE RAZÓN.

El artículo 14 Constitucional en su párrafo tercero, se refiere a la analogía y mayoría de razón, al establecer que:

“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”.

Constituye una exigencia al legislador que al momento de realizar su facultad legislativa cuide de crear tipos determinados para que la autoridad no se encuentre con problema alguno y hacer una clara y estricta aplicación de la ley, ya que en caso de que no exista tipicidad en relación con la conducta desplegada por los sujetos con la norma creada por el legislador, no se podrá aplicar sanción alguna.

Tenemos conocimiento de que el legislador está imposibilitado para crear una lista que contenga todas y cada una de las conductas típicas, y que aquéllos que lo han intentado no lo han logrado, ya que para ello tendrían que elaborar códigos muy extensos, además de que en la vida van surgiendo cambios de forma muy constante.

La norma deberá de ser entonces interpretada, para poder determinar y averiguar su contenido y determinar a que situación se adapta.

Estamos en presencia de la analogía cuando desarrollamos dentro de una disposición legal, un nuevo principio necesario para la decisión del caso; esto en materia civil es admitido atendiendo a los principios generales del derecho, más sin embargo por lo que respecta a la materia penal, sólo se admite la exacta aplicación de la norma jurídica, no dándonos la posibilidad de crear nuevos principios jurídicos, utilizando el principio de la analogía.

“La analogía consiste en la decisión de un caso penal no contenido por la ley argumentando con el espíritu latente de ésta, a base de la semejanza del caso planteado con otro que la ley ha definido o enunciado en su texto y, en los caso mas extremos acudiendo a los fundamentos del orden jurídico, tomados en conjunto. Mediante el procedimiento analógico, se trata de determinar una voluntad no existente en las leyes que el propio legislador hubiese manifestado si hubiera podido tener en cuenta la situación que el juez debe juzgar”.⁴⁴

Existe una gran diferencia entre los términos analogía e interpretación; por lo que respecta a la analogía existe en ella una extensión, misma que no está regulada por la ley, en tanto que la interpretación consiste también en una extensión, pero que sí está prevista en la ley, aunque esta previsión esté hecha con palabras inadecuadas, siendo así dos conceptos muy distintos la analogía y la interpretación. Ya que la interpretación se refiere al descubrimiento de la verdadera voluntad de la ley y la analogía aplica una norma que disciplina a un caso semejante.

La doctrina, y el derecho positivo rechazan en su totalidad a la analogía, razón por la cual cuando la ley quiere castigar una conducta a través de sus

⁴⁴ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. “Lecciones de Derecho Penal”, Colección Clásica del Derecho, Obra compilada y Editada. Editorial Pedagógica Iberoamericana, México 1995, p. 75.

legisladores la describe en su texto, catalogándolos como hechos punibles, en tanto que aquellos casos no contemplados en la ley, no están por la simple razón de que la ley no quiere castigarlos.

Todas las conductas típicas que emanan o nacen a través de la creación de una ley para su aplicación requieren necesariamente de una interpretación de carácter jurídico, cuidando de forma muy escrupulosa no alejarse de la conducta que describe el legislador en la norma, por lo tanto esa interpretación deberá ser muy apegada a lo jurídico y dentro de la realidad estudiada por el legislador.

En materia penal en base al principio constitucional plasmado en el artículo 14 de nuestra ley suprema, resulta totalmente inadmisibles la interpretación analógica o también llamada interpretación extensiva. Considerando a la analogía como todo aquel procedimiento cuya finalidad es descubrir el derecho que se deba aplicar a un caso en concreto no previsto en la ley penal, a través de una deducción lógica, totalmente distinta a la prevista en la norma penal, por su parte la mayoría de razón además de presuponer la analogía tiene una calificativa vigorizante en su valor lógico.

Se ha dicho que nuestra legislación acepta la interpretación analógica en algunos casos, argumentando que en algunos preceptos legales se ha dejado a la interpretación la conducta típica, como por ejemplo, los casos en los que los tipos penales dice: "Al que de cualquier modo..."; siendo en realidad ésto no una analogía, sino más bien estamos en presencia de un tipo abierto, en el que no se señala con precisión el medio de comisión del delito, a diferencia de los casos en que el tipo penal señala con exactitud los medios o forma de realizarse el ilícito queriendo imponer alguna sanción por alguna conducta similar.

Los efectos que tendrá esta figura jurídica de la analogía, durante la etapa de averiguación previa, será que debido a que no existe una conducta típica, el

Agente del Ministerio Público se obligará a no ejercitar acción penal por la conducta atípica. Por su parte el órgano jurisdiccional en caso de que se haya ejercitado acción penal, no deberá imponer pena alguna por no estar contemplada de manera clara y precisa en la legislación penal correspondiente.

No es fácil dar un concepto de lo que es la mayoría de razón, y aunque gran parte de los doctrinarios del Derecho Penal no abordan con frecuencia este concepto, hemos llegado a la conclusión de que la mayoría de razón, consiste en que el juzgador impone una pena atendiendo a una parte de principios lógicos que lo llevan a la conclusión de que resulta razonable imponer una pena a un sujeto, aún cuando su conducta no esté claramente definida y sancionada por la ley penal.

CAPÍTULO IV

LA FALSEDAD DE DECLARACIÓN ANTE AUTORIDAD DISTINTA DE LA JUDICIAL

4.1 CONCEPTO DE AUTORIDAD.

En este capítulo analizaremos conceptos muy importantes para el estudio y análisis del tema en cuestión, e iniciaremos por definir qué es autoridad. Para ello diremos que la competencia de los órganos de la administración da lugar a la clasificación de ellos en razón de la naturaleza de sus facultades que le son atribuidas pudiéndolos separar así desde el punto de vista de aquéllos que tienen carácter de autoridad y otros de carácter auxiliar.

Cuando a un órgano se le otorga la competencia que implica realizar actos de naturaleza jurídica que afectan la esfera de los particulares y las de imponer a éstos sus determinaciones, es decir cuando el referido órgano, está investido de facultades de decisión y ejecución, se está frente a un órgano de autoridad.

Los órganos de la administración que tienen carácter de autoridad, pueden concentrar en sus facultades las de decisión y las de ejecución, pero también puede suceder que solamente tengan facultad de decisión y que la ejecución de sus determinaciones se lleve a cabo por otro órgano distinto.

Cuando las facultades otorgadas a un órgano se reducen para que solamente tengan competencia para auxiliar a las autoridades y para preparar los elementos necesarios a fin de que éstas puedan tomar sus resoluciones, estamos entonces en presencia de los órganos auxiliares.

La autoridad, originalmente corresponde al Estado, y éste a su vez no reparte esta autoridad entre los diversos titulares de los servicios, sino que estos titulares solamente son partícipes de aquella autoridad, siendo necesario en este caso conocer qué es un servidor público; servidor público, es aquel individuo que desempeña funciones en el Estado, con el propósito de que éste cumpla con su cometido.

A nuestro parecer, inicialmente tendremos que hablar de autoridades ejecutivas, legislativas y judiciales, atendiendo a la jerarquía de ellas, aunque con posterioridad ya se hablará de cada autoridad en concreto. Por lo que analizaremos a continuación cada una de las facultades otorgadas y concedidas a las diferentes autoridades anteriormente citadas.

La función de la autoridad legislativa, consiste en que el Estado a quien originalmente le corresponde ejercer la autoridad formule el derecho objetivo o lo ponga en práctica.

Considerándola desde el punto de vista formal, diremos que es aquella facultad que ejerce el órgano legislativo, en tanto que desde el punto de vista material la función legislativa es aquella cuyos actos se convierten en regla. En consecuencia diremos que a la autoridad legislativa le corresponde formular las leyes, aunque en algunos de los casos a las autoridades dependientes del poder ejecutivo, también formulan leyes, pero de jerarquía inferior, tales como acuerdos o circulares, entre otras. Considerando que la ley en su sentido formal es toda aquella disposición que emana de la rama u órgano legislativo y en sentido

material es todo acto por medio del cual el Estado fórmula o pone en práctica una regla de derecho objetivo.

Por otra parte la función de la autoridad ejecutiva, si la consideramos desde el punto de vista formal, es la que ejercen los órganos administrativos, aunque si observamos que éstos no solamente ejecutan actos administrativos, sino también actos legislativos y jurisdiccionales. Y desde el punto de vista material consiste en que el Estado realice actos jurídicos, propiamente dichos, manifestaciones de voluntad conformes con el derecho subjetivo, que den nacimiento a una situación de derecho subjetivo o permitan la aplicación del derecho objetivo. Definiendo entonces a la función ejecutiva, llamada por algunos autores como administrativa, como la función mediante la cual los gobernantes expresan su voluntad con el fin de crear una situación jurídica objetiva.

Mas sin embargo, la función ejecutiva está igualmente subordinada a la función legislativa ya que el Estado ejecutor, no puede obrar sino en los casos y condiciones determinadas por el Estado legislador, sin perjuicio de que ciertas tareas de gobierno se originen directamente en sus órganos, como las de planeación.

Respecto a la función de la autoridad jurisdiccional, diremos que consiste en que el Estado compruebe la violación, existencia o extensión de una regla de derecho o de una situación de hecho y tome todas las medidas necesarias para asegurar su respeto.

El Estado por medio y a través de las funciones legislativas y ejecutivas crean situaciones que deberán de respetarse dentro del desarrollo normal de la vida social, y cuando ésto no ocurre así, interviene el mismo Estado pero ahora no solamente a través de su función legislativa o ejecutiva, sino a través de su

función jurisdiccional, desprendiéndose de ello que las características del acto jurisdiccional son:

- ◇ Declaraciones de la existencia de un conflicto.
- ◇ La decisión que ponga fin al conflicto y que restituya el derecho violado.

Como ya hemos observado, el Estado es la autoridad, y éste a través de sus diversas funciones antes citadas y en atención y respecto a la competencia de sus órganos, respectivamente, le corresponde ejercerla. Aunque sí diremos que la autoridad constituye uno de los términos más importantes en la teoría política, en donde este término es empleado con una estrecha relación con el concepto de poder, aunque diremos que autoridad y poder son dos conceptos diferentes.

Autoridad es un concepto utilizado en diversos sentidos, pudiéndose definir como el atributo de una persona, cargo u oficio, especialmente el derecho a dar órdenes; se puede definir también como aquella relación entre dos cargos, uno superior y otro subordinado, cuya legitimidad es aceptada por los titulares de los mismos; como cualidad de una orden en virtud de la cual ésta se cumple, el fenómeno de autoridad se haya en la base del comportamiento humano.

Hoy en día el concepto de autoridad se distingue claramente de la coerción, la fuerza, el poder, el liderazgo, la influencia y la persuasión gracias a la legitimidad. Ya que los superiores saben que tienen derecho a mandar y los inferiores sienten la obligación de obedecer.

Desde el punto de vista administrativo, existen varias definiciones respecto a lo que es autoridad.

Es el poder correspondiente a una tarea o función que permite a quien la desempeña, tomar decisiones por sí mismo, o bien descargar sus deberes y responsabilidades en otras personas.

Es el derecho inherente a un cargo para utilizar la capacidad decisoria en forma tal, que se establezca y logren los objetivos de la empresa o departamento.

Se distingue en la doctrina cuatro tipos de autoridad, dos de índole jurídica que forman la autoridad propiamente dicha y las otras dos que son autoridades de carácter moral, que dan prestigio, tal como el conocimiento, y que sólo son complementarias de los tipos básicos. La autoridad formal se recibe de su jefe superior para ser ejercida sobre otras personas. Deben constituir necesariamente una cadena que en último término descansa en una persona de quien se deriva toda autoridad y que cualquier rompimiento de esa cadena haría nulo su ejercicio. La autoridad operativa es la que no se ejerce directamente sobre las personas, sino más bien de facultad para decidir sobre determinadas acciones, ejemplo: autoridad para comprar algo, para cerrar la puerta, etc. ; la autoridad técnica se tiene en razón del prestigio y la capacidad que dan ciertos conocimientos teóricos o prácticos que una persona posee en determinada materia. Por su parte la autoridad personal es aquélla que poseen ciertos hombres en razón de sus cualidades morales, sociales y psicológicas que los hacen superiores a los demás hombres. Aunque si bien es cierto que los conceptos de autoridad señalados no son de gran relevancia para el tema en cuestión, ya que solamente nos interesa el concepto de autoridad referente a la facultad estatal, si nos ayudan a formarnos un criterio general de lo que es autoridad.

A continuación señalaremos algunas de la acepciones de autoridad:

- ◇ Es la fuerza jurídica que dimana de la ley o la costumbre.
- ◇ Fuerza lógica o científica que tienen las doctrinas de los jurisconsultos.

- ◊ La facultad o potestad de que goza una persona para hacer una cosa u ordenar algo.
- ◊ Las personas en quienes reside el poder público.
- ◊ La potestad que tiene una persona sobre otra, como el padre sobre el hijo, el tutor sobre el pupilo, etc.

Una vez convencidos de que la autoridad, es todo órgano que ejerce un poder, y tomando en consideración que nuestra ley suprema en su artículo 48, dice: “El supremo poder de la federación se divide para su ejercicio en: Legislativo, Ejecutivo y Judicial”, diremos que tenemos autoridad legislativa, ejecutivas y judiciales, por lo que a continuación analizaremos aspectos básicos de cada una de ellas.

Por lo que respecta al poder legislativo, dice el artículo 50 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 50. - “ El poder Legislativo de los Estados Unidos Mexicanos se deposita en un Congreso General, que se dividirá en dos Cámaras, una de Diputados y otra de Senadores.”

La Cámara de Diputados, se compondrá de 300 diputados electos por votación mayoritaria relativa, mediante el sistema de Distrito Electorales, y 200 según el principio de representación proporcional. Y para ser diputado se necesita :

- ◊ Ser ciudadano mexicano por nacimiento, en ejercicio de sus derechos.
- ◊ Tener 21 años cumplidos al día de la elección.
- ◊ Ser originario del Estado en donde se haga la elección o vecino de él con residencia efectiva de más de seis meses anteriores a la fecha de la elección.

Referente a la Cámara de Senadores, se integra por 128 senadores y por cada senador propietario se elegirá un suplente. Los senadores durarán en el cargo 6 años en tanto que los diputados durarán solamente 3. La función del Congreso es la de crear leyes, o sea a la autoridad legislativa le corresponde formular las leyes aplicables en nuestro país. Para ser senador se requiere :

- ◇ Ser ciudadano mexicano por nacimiento en ejercicio de sus derechos.
- ◇ Tener 30 años cumplidos al día de la elección.

Ser originario del Estado donde se haga la elección o vecino de él con residencia efectiva de más de seis meses anteriores a la fecha de la elección.

Según el artículo 80 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, el ejercicio del Supremo Poder Ejecutivo de la Unión, se deposita en un individuo denominado Presidente de los Estados Unidos Mexicanos. Y para ser Presidente se requiere:

Artículo 82.- "Para ser Presidente se requiere:

- I Ser ciudadano mexicano por nacimiento, en pleno goce de sus derechos, e hijo de padres mexicanos por nacimiento;
- II Tener treinta y cinco años cumplidos al tiempo de la elección;
- III Haber residido en el país durante todo el año anterior al día de la elección.

La ausencia del país hasta por treinta días, no interrumpe la residencia;

- IV No pertenecer al estado eclesiástico ni ser ministro de algún culto;
- V No estar en servicio activo, en caso de pertenecer al Ejército, seis meses antes del día de la elección;
- VI No ser Secretario o Subsecretario de Estado, Jefe o secretario general del Departamento Administrativo, Procurador General de la República,

ni gobernador de algún Estado, a menos de que se separe de su puesto seis meses antes del día de la elección, y

VII No estar comprendido en alguna de las causas de incapacidad establecidas en el artículo 83.”

Y entre sus facultades y obligaciones del Presidente de la República, están las siguientes:

- ◊ Promulgar y ejecutar leyes que expida el Congreso de la Unión.
- ◊ Nombrar y remover libremente a los Secretarios de despacho, remover a agentes diplomáticos, empleados superiores de Hacienda, nombrar y remover libremente a empleados de la Unión.
- ◊ Nombrar ministros, cónsules, agentes diplomáticos, cónsules generales.
- ◊ Designar al Procurador General de la República.
- ◊ Conceder el indulto.

Entre otras.

Por su parte el poder judicial, según el artículo 94 Constitucional, las autoridades judiciales son: la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Tribunal Electoral, Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito, Juzgados de Distrito, y el Consejo de Judicatura Federal.

Concluyendo entonces que son autoridades :

LEGISLATIVAS:

- ◊ Cámara de Senadores.
- ◊ Cámara de Diputados.
- ◊ Legislaturas locales.
- ◊ Cabildos.

EJECUTIVAS:

- ◊ Presidente de la República.
- ◊ Gobernadores de los Estados.
- ◊ Presidentes Municipales.
- ◊ Y demás órganos dependientes del Ejecutivo, tales como Secretarías de Estado.

JUDICIALES:

- ◊ Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- ◊ Tribunal Electoral.
- ◊ Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito.
- ◊ Juzgados de Distrito.
- ◊ Consejo de la Judicatura Federal.

Aclarando que deberá atenderse a cada una de las autoridades antes referidas, en su competencia federal, local o municipal, en su caso.

“AUTORIDAD, CONCEPTO DE.- Por autoridad debe entenderse toda persona investida por la ley de facultades para dictar según su propio criterio, determinaciones de cumplimiento obligatorio, y para hacer cumplir esas mismas determinaciones”.⁴⁵

⁴⁵ Semanario Judicial de la Federación. Tomo IXV, p. 3931, Segunda Sala. Quinta Época.

4.2 EL MINISTERIO PÚBLICO COMO AUTORIDAD DISTINTA DE LA JUDICIAL.

Una vez ya analizadas en capítulos anteriores, las bases legales del Ministerio Público, como órgano de representación social, así como sus facultades y formas de actuación, ahora nos toca analizar, si el Ministerio Público es autoridad legislativa, ejecutiva o judicial, tomando en consideración que ya previamente analizamos también los diferentes tipos de autoridades existentes. Más sin embargo no es tarea fácil establecer con exactitud a qué tipo de autoridad nos referimos al hablar de Ministerio Público, ya que la mayoría de los autores no se han puesto de acuerdo si se está en presencia de una autoridad ejecutiva o judicial; dividiéndose en aquéllos que consideran que es una autoridad ejecutiva y los que sostienen que estamos en presencia de una autoridad judicial; dicen que es una autoridad ejecutiva en virtud de que corresponde al Ejecutivo hacer su nombramiento.

Iniciaremos descartadamente la posibilidad de que sea el Ministerio Público, una autoridad legislativa, ya que hemos anteriormente establecido con gran precisión las funciones de la autoridad legislativa y al Ministerio Público no le compete ninguna función de creación de normas jurídicas o de alguna otra actividad o función otorgada al poder legislativo, además de que nos ha quedado muy claro que son autoridades legislativas aquéllas que conforme a las leyes correspondientes se les ha dado ese carácter.

Si bien es cierto que el órgano denominado Ministerio Público no es una autoridad legislativa, tampoco es una autoridad jurisdiccional, ya que nuestra Ley Suprema en su artículo 94 párrafo inicial, dice; que se deposita el ejercicio del poder judicial de la federación en: una Suprema Corte de Justicia de la Nación, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito, en Juzgados de Distrito, y en un Consejo de Judicatura Federal. Pero

aún a pesar de ello dentro del capítulo IV de nuestra Constitución Federal, correspondiente al poder Judicial, en el artículo 102 hace alusión al Ministerio Público Federal y a las funciones y competencias de la Procuraduría General de la República, al nombramiento del Procurador General, lo cual no resulta acorde con lo estipulado en el artículo 94 del mismo ordenamiento legal.

Por lo que respecta a las autoridades ejecutivas, nuestra propia Constitución hace de manifiesto que este poder se deposita en el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, y en el capítulo referente al poder ejecutivo, en ningún momento se hace mención al Ministerio Público. Mas que la mención de que corresponde al ejecutivo nombrar al Procurador General de la República.

Por lo que hace a los Estados y al Distrito Federal, se ha establecido también que conforme al artículo 166 de la Constitución Política Federal, el poder público de los Estados para su ejercicio también se divide en Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Para el Distrito Federal según el artículo 122 de nuestra Carta Magna su gobierno está a cargo de los poderes federales y de los órganos ejecutivos, legislativos y judicial de carácter local, por lo que se determina que son autoridades locales del Distrito Federal:

- ◊ La Asamblea Legislativa.
- ◊ El jefe de gobierno del Distrito Federal.
- ◊ El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal

La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, es su artículo primero, dice que el poder judicial de la federación, se ejerce por:

- ◊ Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- ◊ Tribunales Colegiados de Circuito.
- ◊ Tribunales Unitarios de Circuito.

- ◊ Juzgados de Distrito.
- ◊ El Consejo de la Judicatura Federal.
- ◊ El Jurado Federal de Ciudadanos.
- ◊ Los Tribunales de los Estados y el Distrito Federal, en los casos previstos por el artículo 107, fracción XII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en los demás en que, por disposición de la ley deben actuar en auxilio de la Justicia Federal.

Aunque la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en ningún momento se refiere al órgano del Ministerio Público como autoridad judicial, según el estatuto del Gobierno del Distrito Federal, son órganos de carácter local del Gobierno del Distrito Federal, según lo establece su artículo 8, los siguientes:

- ◊ Asamblea Legislativa.
- ◊ Jefe del Distrito Federal.
- ◊ El Tribunal Superior de Justicia.
- ◊ El Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Artículo 10.- “Al Ministerio Público del Distrito Federal, incumbe la persecución de los delitos y la representación de los intereses de la sociedad, atribuciones que se ejercen en los términos de la ley correspondiente. Estará a cargo de un Procurador General de Justicia, cuyo nombramiento y remoción hará el Jefe del Distrito Federal con aprobación del Presidente de la República.

Para ser Procurador General de Justicia del Distrito Federal, además de los requisitos que establezca la ley correspondiente, se requerirá ser originario o vecino del Distrito Federal, con una residencia efectiva de dos años anteriores al día del nombramiento”.

Artículo 76.- “La función judicial del Distrito Federal, se ejercerá por el Tribunal Superior de Justicia, jueces y demás órganos que su ley Orgánica señale. Dicha ley regulará también su organización y funcionamiento”.

De los anteriores artículos citados, correspondientes al Estatuto del Gobierno del Distrito Federal, se desprende que el Ministerio Público, no corresponde ni al poder judicial ni al poder legislativo locales, quedando únicamente abierta la posibilidad, que dependa del poder ejecutivo. Por lo que finalmente citaremos lo establecido en el artículo 5 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Artículo 5.- “El gobierno del Distrito Federal, estará a cargo del Presidente de la República, quien lo ejercerá por conducto del Jefe del Departamento del Distrito Federal, de conformidad con lo dispuesto en la ley orgánica correspondiente.

El Procurador General de Justicia del Distrito Federal dependerá directamente del Presidente de la República, y ejercerá las funciones que le asigne la ley”.

4.3 DEFINICIÓN DE DECLARACIÓN.

Declaración: “Es la relación que hace una persona acerca de determinados hechos, personas o circunstancias vinculadas con la averiguación previa y que se incorpora a la misma”.⁴⁶

⁴⁶ OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto. “La averiguación previa”, 7a. Edición Actualizada, Editorial Porrúa, México 1994, p. 12.

Y efectivamente una declaración, es una manifestación que hace una persona respecto a determinados hechos, ya sea que haya presenciado de forma directa o bien de hechos que haya escuchado. Respecto a éstas manifestaciones o narraciones realizadas ante las autoridades como el Ministerio Público, destacan básicamente tres tipos de ellas, siendo las rendidas por la víctima, por el o los testigos y la declaración rendida por el probable responsable. Mismas que analizaremos a continuación.

Al momento de tomarle su declaración a la persona agraviada por la comisión de un delito, generalmente se inicia por tomarle, lo que en el campo del derecho conocemos como sus generales, siendo éstos los siguientes: nombre, domicilio, edad, sexo, grado de estudios, lugar de nacimiento, nacionalidad, teléfono y estado civil, teniendo especial cuidado de que los datos asentados, se hagan de la forma correcta, así mismo en este acto se le tomará protesta de conducirse con la verdad en la diligencia en la que va a intervenir y se le advertirá también de las penas a las que se hacen acreedores los falsos declarantes. Esto en caso de que sea una persona mayor de edad, ya que si es menor de edad sólo se le exhortará a conducirse con verdad. Para que posteriormente la persona agraviada y una vez que se le ha protestado o exhortado según lo amerite el caso y de que se le hayan tomados sus generales, hará una narración breve y concreta sobre los hechos que desea poner en conocimiento de la autoridad o en este caso al Ministerio Público, quien tiene la obligación de orientar la declaración sin ejercer presión alguna sobre el declarante. Y una vez que la narración haya terminado y de que el funcionario la haya asentado, se le permitirá a la persona que rindió sus declaraciones haga lectura de ella, para que finalmente la firme al margen. Pero en el supuesto de que el declarante no sepa leer, designará a una persona de su confianza para que lo haga o bien el Ministerio Público lo designará, aunque en este caso en vez de firmar la declaración, el declarante solamente estampará su huella dactilar.

La declaración del testigo ante el órgano investigador, respecto a lo que le consta de alguna conducta o hecho que se investiga, sigue casi los mismos lineamientos que la declaración del agraviado, ya que al igual, también se le protestará en caso de ser mayor de edad o exhortará si es menor, así como también se le tomarán sus generales como en el caso de la persona agraviada. Pasando posteriormente a hacer un relato de los hechos que se investigan, sin hacer apreciaciones objetivas, ni suponer circunstancias que no le consten. Y para ser testigo no importa la ocupación, nivel de estudios, antecedentes, etc., de la persona que se vaya a examinar, pero en el caso de que se encuentren en estado de ebriedad o bajo el influjo de alguna droga no se le podrá declarar, pero sí interrogar. Para la declaración de testigos se observará lo previsto en el artículo 192 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Finalmente, pasamos a lo que es la declaración del probable responsable, en la cual se deberá tomar un especial cuidado, y para ello primeramente se pasa al servicio médico, para efecto de que se dictamine su integridad física, lesiones, asimismo se le hará saber sus derechos consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Al probable responsable no se le protestará ni se le advertirá por la simple razón de que no se le puede obligar a declarar en su contra, por lo tanto sólo se le exhortará para que se conduzca con la verdad, absteniéndose el servidor público de maltratar de cualquier forma al declarante. Debiendo rendir su declaración en presencia de abogado o persona de confianza, para que en el supuesto de que exista una confesión tenga valor probatorio. Por su parte el abogado defensor o persona de confianza sólo podrá estar presente. Pero no podrá intervenir en la declaración del probable responsable. Finalmente se dará lectura a la declaración procediendo a firmar tanto el declarante como su abogado o persona de confianza. Para que al término de nueva cuenta el probable

responsable se pase al servicio médico para certificar nuevamente el estado físico en el que se retira.

4.4 CONCEPTO DE INTERROGACIÓN.

Ahora nos toca analizar brevemente el concepto de interrogación, mismo que puede ser entendido como todo conjunto de preguntas que deben de realizarse de forma técnica y sistemática por parte del funcionario encargado de interrogar en una averiguación previa a cualquier individuo o persona que esté en posibilidades de proporcionar información que nos pueda servir para el conocimiento de la verdad histórica, sobre los hechos investigados.

Interrogar.- “Es requerir con cierta autoridad una declaración concreta ; interroga un juez, un miembro de comisión investigadora, un examinador oficial. Tanto es así que la interrogación se ha asimilado o confundido con la acusación, según su fórmula y la responsabilidad que se contrae al contestar.

Puede el Juez preguntarle al Secretario si conoce a los litigantes o letrados, por curiosidad o por saber algo de la litis; pero al declarante no le pregunta si conoce al adversario o a otro testigo, sino que lo interroga como Juez”.⁴⁷

Hemos visto que los conceptos de declaración difieren en muchas cosas, ya que en tanto que la declaración es una narración de los hechos de los cuales se tiene conocimiento; en tanto que la interrogación es un procedimiento mediante el cual, a través o base de preguntas y respuestas el órgano investigador o bien la autoridad correspondiente se allega de datos útiles para el esclarecimiento de un

⁴⁷ BIELSA. Rafael. “Los Conceptos Jurídicos y su Terminología”, 3a. Edición, Editorial Ediciones Delma, Buenos Aires 1993, p. 106.

hecho. Más sin embargo, la diferencia que existe entre ambos conceptos no impide que éstas de forma conjunta puedan ser de gran utilidad, ya que ambas pueden ser utilizadas en el mismo instante, tomando en cuenta de que al momento que alguien esté rindiendo su declaración, la autoridad está en posibilidad de hacer las preguntas correspondientes en relación a los hechos concretos, consumándose así nuestra hipótesis de que actúan aparejadamente, aunque con cierta independencia, no teniendo relación o semejanza alguna el interrogatorio con la declaración.

Cuidando que el interrogatorio no sea ilustrativo, es decir que la autoridad no deberá orientar al interrogado, respecto a lo que deberá contestar; por lo que para dar mayor claridad a esto a continuación identificaremos cuál es el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto, refiriéndose a los testigos.

“TESTIMONIAL. CARECE DE VALOR PROBATORIO SI EL INTERROGATORIO ES ILUSTRATIVO.- Si del simple examen del interrogatorio exhibido por el oferente de la prueba testimonial, se desprende que en las preguntas que lo contienen se proporcionan a los testigos todos los datos respecto de los hechos sobre los cuales deben declarar, sugiriéndoles con ello la respuesta, por lo que no se aprecia que sean éstos quienes informen sobre los hechos materia del interrogatorio, es correcto sostener que de las declaraciones de tales testigos, no se advierte que sean ellos quienes informen sobre los hechos sujetos a pruebas, por lo que esta circunstancia resta valor a sus testimonios”.⁴⁸

4.5 LA IMPROCEDENCIA DE LA DENUNCIA.

Una vez ya analizados anteriormente los requisitos de procedibilidad, exigidos por nuestra ley suprema, para proceder penalmente en contra de alguna

⁴⁸ Semanario Judicial de la Federación. Tomo II, p. 618. Novena Época.

persona, es necesario dejar completamente claro, que en nuestro derecho solamente se persiguen los delitos, cumpliendo ya sea con la querrela o la denuncia, por lo tanto existen delitos perseguibles por denuncia y por querrela.

Muy en especial el tipo penal establecido en el artículo 247 fracción I del Código Penal vigente para el Distrito Federal, es un delito que necesita como requisito de procedibilidad la denuncia, por lo tanto en el momento que se tenga conocimiento de la comisión del delito, cualquier persona podrá presentar la denuncia correspondiente, a efecto de que el Agente del Ministerio Público investigador ordene la práctica de todas aquellas diligencias que nos lleven al esclarecimiento de los hechos.

El tipo penal previsto en el artículo 247 fracción I del Código Penal vigente para el Distrito Federal, exige que las declaraciones falsas sean consecuencia de un interrogatorio realizado por la autoridad, para que la conducta pueda encuadrar al tipo, y se dé en ese momento la llamada tipicidad.

Mas sin embargo, en muchas de las ocasiones se rinden falsas declaraciones, e inclusive algunos Ministerio Público llegan a ejercer acción penal en contra del falso declarante; en tanto que otros mas optan por resolver el No Ejercicio de la Acción Penal, por considerar que no se reúnen los elementos del tipo penal y en consecuencia tampoco la probable responsabilidad; resolución que nosotros apoyamos por ser la más apegada a derecho, ya que en la mayoría de los casos en los que se ejercita acción penal bajo estas circunstancias, aún cuando ciertamente exista una declaración falsa, el juzgador considera que no se reúnen los elementos del tipo penal, y por lo tanto tampoco la probable responsabilidad, aplicando en ese caso lo previsto en el artículo 36 del Código de Procedimientos Penales y dando un término de 60 días para que el ofendido o el Ministerio Público aporten más pruebas que acrediten los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad.

Artículo 36. "Cuando se haya negado la orden de aprehensión o de comparecencia, o dictado el auto de libertad por falta de elementos para procesar, si no se aportan por el ofendido o por el Ministerio Público pruebas dentro de los sesenta días a partir del siguiente en que se les hayan notificado estas resoluciones, o su desahogo, no son suficientes para librar las órdenes referidas, se sobreseerá la causa".

A nuestro criterio, debido a las notables deficiencias que presenta el tipo penal en estudio, desde la etapa de averiguación previa debería desecharse la denuncia, tomándola como improcedente, ya que no existe conducta típica, a pesar de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido lo siguiente:

"FALSEDAD EN DECLARACIONES DADAS A UNA AUTORIDAD DISTINTA DE LA JUDICIAL, ALCANCE DEL TÉRMINO INTERROGAR EN EL DELITO DE.- La configuración del ilícito previsto y sancionado en el artículo 247 fracción I del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia de Fuero Federal, no exige que el atestado rendido por quien lo emite lo haya hecho a base de preguntas, porque si realmente todo se escribe, es únicamente para que conste lo expresado; por tanto, debe entenderse que lo que se asienta en actuaciones, proviene de un cuestionamiento, es decir, de un interrogatorio de una autoridad distinta de la judicial al compareciente; de ello deriva la lógica obligación de la protesta y advertencia de conducirse con verdad".⁴⁹

Siendo lo anterior a nuestro juicio una interpretación analógica por parte de la Corte, respecto al tipo penal en cuestión, resultando ser contrario a derecho,

⁴⁹ Semanario Judicial de la Federación, Tomo VII, p. 273, Octava Época.

aún cuando sea una interpretación de la Suprema Corte, y por lo tanto en la actualidad resulta jurídicamente imposible que exista una conducta típica respecto a la falsedad en declaraciones y que aún cuando se demuestra la falsedad en las declaraciones y se cumpla con el requisito de procedibilidad, resulta improcedente la denuncia, por la simple y sencilla razón de que no se reúnen o comprueban los elementos básicos denominados interrogar, necesario, en el tipo penal de falsedad de declaración ante autoridad no judicial.

4.6. LA NECESARIA MODIFICACIÓN DE LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 247 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Toca ahora el turno al tipo penal de falsedad de declaraciones ante autoridad distinta de la judicial, por lo que al respecto los Códigos Penales de 1871 y 1929, hacen una clara diferencia de este tipo de delitos, dividiéndolos de la siguiente forma:

- a) Declaraciones e informes falsos dados a una autoridad, y
- b) Falso testimonio y declaraciones judiciales falsas.

Clasificación que no sufrió cambio alguno en el Código Penal vigente. La fracción I del artículo 247 del Código Penal vigente en el Distrito Federal dice: “ Al que interrogado por alguna autoridad pública distinta de la judicial, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, faltare a la verdad;...” desprendiéndose de ello que la falsa declaración debió haber sido rendida en el momento que la autoridad pública dependiente del poder Ejecutivo o del poder Legislativo, esté en el ejercicio de sus funciones legales y con motivo de éstas y

respecto a la actividad que le compete y que al referirse a la autoridad pública, puede esta calidad recaer al Ministerio Público.

Si analizamos detenidamente lo previsto en la fracción I del artículo ya referido anteriormente, notamos que existe muy clara referencia al interrogatorio, señalando con exactitud que este interrogatorio debe ser por una autoridad distinta de la judicial y en ejercicio de sus funciones. Y que la falsedad es de naturaleza creadora, toda vez que el sujeto le da vida, materializando por medio de su declaración su falsedad ideológica.

“Es claro que la administración pública, en sentido extenso, significa toda la actividad del Estado, y que el término “delitos contra el Estado” pueden considerarse incluidos aquéllos que lo atacan en el ejercicio de sus funciones: delitos contra la administración pública y la administración de justicia. Bajo este título, la ley penal tutela la existencia y seguridad del Estado”.⁵⁰

Por ello cuando se clasifiquen los delitos conforme al criterio de la objetividad jurídica del hecho, debe formarse una categoría especial con los hechos delictuosos que dañan o perjudican la administración de justicia, tutelándose así su normal funcionamiento y el respeto a sus decisiones. Para algunos autores el término administración de justicia, es sinónimo del poder que tiene el Estado con el objeto del mantenimiento y actuación del ordenamiento jurídico, existiendo delitos que dañan gravemente la actividad judicial y no judicial, como la omisión de la denuncia, el falso testimonio, el soborno, etc...

El interés principal de la administración de justicia consiste en buscar y tener las pruebas que han de servir de fundamento a sus decisiones. De ahí las

⁵⁰ LEVENE, Ricardo. “El Delito de Falso Testimonio”. 3a. Edición, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1978, p. 3.

sanciones a las personas que al ser llamadas a rendir declaración, lo hacen falsamente, poniendo de esta forma en peligro la correcta aplicación del derecho. En sentido general la autoridad judicial ante quien se comete el delito de falso testimonio, es el conjunto de órganos que atienden la administración de la justicia; es toda autoridad que ejerce poder jurisdiccional o ejercita una colaboración esencial con los órganos jurisdiccionales, como por ejemplo; el Ministerio Público.

La doctrina habla de discrepancias respecto a la clasificación del falso testimonio, hasta que finalmente se impuso la tendencia de los tratadistas italianos que lo consideran como un delito cometido contra la administración de la justicia. Aunque en la mayoría de las legislaciones latinas el falso testimonio consiste en la alteración de la verdad en las declaraciones judiciales, mientras que en la de los países germánicos y anglosajones se caracteriza por el quebrantamiento del juramento de declarar la verdad y se denomina perjurio.

Al referirnos al sujeto activo del delito de falsedad, diremos que es la persona que tiene el deber de declarar, del cual sólo puede eximirse por incapacidad, por ser incompatible con un derecho o una facultad como en los casos de defensa de sí mismo, no acusar a los parientes y el secreto profesional. Siendo entonces las personas que pueden tener la calidad de sujeto activo del delito; el agraviado, denunciante o querellante y sus testigos, pero nunca la persona que esté en calidad de probable responsable podrá ser sujeto activo del delito de falsedad en declaraciones, ya que está en la libertad de declarar lo que quiera, sin que se le pueda obligar a declarar algo en concreto. Aunque también se discute si el hecho de ser denunciante o querellante impide ser testigo de un mismo caso y por lo tanto someterse a las consecuencias de un testimonio falso, lo que nosotros consideramos que no es necesario, ya que tanto el testigo como el declarante, pueden incurrir en falsedad, aunque se aplicará la fracción correspondiente al caso, dentro de las conductas previstas en el artículo 247 en sus diversas

fracciones. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia italianas sostienen que el querellante y denunciante sí pueden ser interrogados como testigos y castigados como tal, si cometen falsedad.

En este caso el sujeto pasivo del delito es la sociedad, toda vez que es atacada en su derecho de administrar justicia.

Al considerar como elemento del tipo penal de falsedad, a la afirmación de lo falso o negación de lo verdadero y a la lesión jurídica que deriva de la falsa declaración, concluimos que es éste un delito doloso porque existe voluntad de dañar, intención de engañar a la justicia, siendo el dolo un elemento de orden moral que consiste en conocer la conducta y el propósito de causar un daño. La falsedad debe ser conciente, siendo éste un elemento intencional del delito.

Refiriéndose a la lesión jurídica, también llamado bien jurídico tutelado, consiste en el daño que se le causa a la administración de justicia, pudiendo la falsa declaración dañar u ofender a bienes jurídicos individuales y dañar a los particulares en su libertad, honor o economía, aún cuando solamente sea una conducta sin duda de pensamiento criminal y material inofensiva. La falsedad debe versar sobre algo substancial que pueda desviar el curso de la actividad de la autoridad y no sobre circunstancias secundarias que no alteran en nada el conocimiento de la verdad. Ya que en caso de que la falsedad recaiga sobre una circunstancia inoperante o secundaria no existe falsedad punible.

En algunos países, los códigos penales y en otros las jurisprudencias de los tribunales, permiten retractarse de la falsa declaración, eximiendo o disminuyendo la pena según sea el caso. Este beneficio fue totalmente desconocido en el derecho griego y romano y se remonta al derecho germánico, pues en éste se atendía más al elemento material y a la exterioridad criminal del delito que al mismo elemento intencional. Sosteniendo que mientras se produzca

una utilidad como consecuencia de la retracción, existe la razón del perdón. No produciéndose entonces el daño, y por lo tanto se considera que el delito no existe, considerándose que la consumación del delito surge en el momento cuando se produce la lesión jurídica.

Muy en especial en los países en donde se ha aceptado la retracción, la tentativa no es punible, pues toda vez que no existe ninguna declaración falsa mientras el sujeto activo pueda retractarse y que después de que pase la oportunidad de hacerlo, se habrá consumado entonces el delito.

El delito de falsedad es instantáneo dado el carácter unitario de la declaración, y aunque la falsedad verse en relación a varios hechos, sólomente existirá un delito. Argumentándose que existe la posibilidad de que se de la tentativa en los casos en que se ofrece a declarar falsamente y que no es interrogado por circunstancias ajenas a su voluntad, como en el caso de un testigo, cuyo testimonio no es aceptado por el juez o que no terminase de rendir su declaración. Nuestra legislación penal vigente, sitúa a la falsedad de declaración en un apartado totalmente distinto o fuera de los delitos cometidos contra la administración de justicia. Situándolo en un capítulo especial llamado Falsedad en Declaraciones Judiciales y en Informes Dados a una Autoridad.

Artículo 247.- “Se impondrán de dos a seis años de prisión y multa de cien a trescientos días multa:

I Al que interrogado por alguna autoridad pública distinta de la judicial, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, faltare a la verdad;

II Al que examinado por la autoridad judicial como testigo o perito, faltare a la verdad sobre el hecho que se trata de averiguar, o aspectos, cantidades, calidades u otras circunstancias que sean relevantes para establecer el sentido de una opinión o dictamen, ya sea afirmando, negando u ocultando maliciosamente la existencia de algún dato que pueda servir de prueba de la verdad o falsedad del

hecho principal, o que aumente o disminuya su gravedad, o que sirva para establecer la naturaleza o particularidades de orden técnico o científico que importen para que la autoridad pronuncie resolución sobre materia cuestionada en el asunto donde el testimonio o la opinión pericial se viertan. La sanción podrá ser hasta quince años de prisión para el testigo o perito falsos que fueran examinados en un procedimiento penal, cuando al reo se le imponga una pena de más de veinte años de prisión, por haber dado fuerza probatoria al testimonio o peritaje falsos;

III Al que soborne a un testigo, a un perito o a un intérprete para que se produzca con falsedad en juicio, o los obligue o comprometa a ello intimidándolos o de otro modo;

IV Al que, con arreglo a derecho, con cualquier carácter excepto el de testigo, sea examinado y faltare a la verdad en perjuicio de otro, negando ser suya la firma con que hubiere suscrito el documento o afirmando un hecho falso o alternando(sic) o negando uno verdadero, o sus circunstancias sustanciales.

Lo prevenido en esta fracción no comprende los casos en que la parte sea examinada sobre la cantidad en que estime una cosa o cuando tenga el carácter de acusado: y

V Al que en juicio de amparo rinda informes como autoridad responsable, en los que afirmare una falsedad o negare la verdad en todo o en parte”.

Centrando nuestra atención solamente en lo señalado en la fracción I del artículo antes citado, es el delito de falsedad de declaración un delito de consumación instantánea, en que la conducta consiste precisamente en faltar a la verdad, es decir, que cuando se es interrogado por la autoridad no se dice la verdad, siendo una conducta dolosa, toda vez que se realiza con el firme propósito de desvirtuar la verdad histórica del hecho. Requiere forzosamente el tipo penal, que esa declaración falsa sea a consecuencia de un interrogatorio, por lo tanto la

autoridad que reciba la declaración deberá poner especial cuidado y atención de que conste en el expediente de averiguación previa hechos o circunstancias que acrediten que existió un interrogatorio. Y no dejar que posteriormente debido a fallas de cuestiones técnicas no se de la tipicidad, dejando esa conducta impune, ya que como es sabido la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe la imposición de penas por analogía; y que aun cuando con las constancias de averiguación previa se demuestra que existe la falsa declaración, es lógico pensar que para que esa persona declarara lo asentado, fue necesariamente interrogada previamente. Más sin embargo, en ese caso estaríamos aplicando la analogía y mayoría de razón violando de esta forma una garantía Constitucional al probable responsable, establecida en el artículo 14 Constitucional.

Considerando al delito de falsedad de declaración ante una autoridad distinta de la judicial como un delito que atenta en contra de la correcta impartición de justicia, resultando que aún cuando no se encuentre previsto en el título referente a delitos cometidos contra la administración de justicia, a nuestro juicio es un atentado en contra de la misma. Es éste un tipo penal al que no se le ha dado la debida importancia, trayendo como resultado que en las agencias del Ministerio Público, son muy escasas las averiguaciones previas que se encuentran en su fase de integración por la comisión del delito en referencia, aunado a ello que aún cuando muy difícilmente se llegue a comprobar su comisión, en base a ello la tentativa difícilmente se da en este tipo de asuntos, ya que el delito debe ser consumado.

Por lo que respecta a la retracción, nuestra legislación penal en su artículo 248 solamente acepta la retracción de los testigos, peritos e intérpretes, para los cuales en el supuesto de que se retracten espontáneamente, sólo se les castigará con una multa que va de 30 a 180 días de multa.

Artículo 248.- “El testigo, perito o intérprete que retracte espontáneamente sus falsas declaraciones rendidas ante cualquier autoridad administrativa o ante la judicial antes de que se pronuncie sentencia en la instancia en que las diere, sólo pagará de 30 a 180 días multa, pero si faltare a la verdad al retractar sus declaraciones, se le aplicará la sanción que corresponda con arreglo a lo prevenido en este capítulo, considerándolo como reincidente”.

A nuestro juicio y con el propósito de perfeccionar nuestro derecho y no dejar al aire soluciones al respecto, para nosotros resulta necesario modificar este tipo penal previsto en el artículo 247 fracción I, debiendo suprimir el término “interrogado” y en su lugar colocar el término “al ser declarado”, para que no exista la necesidad de recurrir a la interpretación analógica del tipo y no violar la garantía Constitucional consagrada en el artículo 14 de nuestra ley suprema en su párrafo tercero. Asimismo resultaría forzosamente necesario agregarle a la fracción I, de que, en el caso de que la declaración sea rendida ante el Ministerio Público en su función persecutoria de los delitos se hará acreedor a la sanción prevista en el párrafo inicial de este artículo, pudiendo ser aumentada hasta una cuarta parte de la sanción del delito sobre el cual se está falseando la declaración, atendiendo ello a la gravedad de la declaración y repercusión que tenga, ya que consideramos que no es apropiado castigar con la misma pena a un falseador respecto de homicidio doloso que a un falseador respecto del delito de amenazas o lesiones.

Asimismo, para efecto de tipificar el delito de falsedad de declaración ante autoridad distinta de la judicial, es intrascendente el caso en el que la autoridad de forma arbitraria aprecie los testimonios de las diferentes personas y a través de ese arbitrio acepte unos testimonios como verdaderos y otros como falsos, es lógico pensar que no existió una violación a las leyes reguladoras de la prueba de testigos, ni una violación a las declaraciones rendidas ante autoridad distinta de

la judicial prevista en la fracción I del artículo 247 del Código Penal vigente en el Distrito Federal y por lo tanto no existe conducta típica alguna.

Finalmente citaremos a continuación una tesis sostenida por la Suprema Corte, respecto al tipo de falsedad de declaración.

“FALSEDAD EN DECLARACIONES ANTE AUTORIDADES.-

La Sala de la Suprema Corte, ha sostenido que el delito previsto en la fracción I del artículo 247 del Código Penal del Distrito Federal, que castiga al que es interrogado por una autoridad pública, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, faltare a la verdad, se refiere exclusivamente a la falsedad en que incurre ante alguna autoridad distinta de las judiciales, pues resultaría redundancia inexplicable de la ley, interpretar la fracción en el sentido de ser aplicable cuando se falta a la verdad al ser interrogado por una autoridad pública en ejercicio de sus funciones, ya fuere o no judicial esa autoridad, supuesto que las fracciones siguientes del mismo artículo, comprendan y especifiquen la falsedad ante la autoridad judicial. De manera que el delito a que se refiere la fracción I, sólo comprende a la falsedad ante una autoridad pública no judicial. De modo que si el procesado ha faltado a la verdad ante el Juez y la condena se apoya en la fracción I del citado artículo, se violan en perjuicio las garantías individuales”.⁵¹

⁵¹ Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXXXI, p. 3082, Quinta Época.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Es el delito de falsedad de declaraciones ante autoridad distinta de la judicial, un delito de acción, toda vez que la conducta consiste en manifestar hechos falsos, referentes a lo que se está investigando, entorpeciendo así o tratando de impedir la correcta impartición de justicia; y aún cuando este delito no está previsto en el apartado del Código Penal destinado para los delitos cometidos contra la administración de justicia, debería estar colocado ahí toda vez que esa conducta dolosa desplegada por el sujeto activo tiene la firme intención de impedir que se imparta justicia de la forma correcta.

SEGUNDA: Es un delito de realización instantánea, toda vez que se consuma con la simple realización de la falsa manifestación; manifestación que no deberá ser falsa por error, caso en el que no se tipificaría el delito; sino que esa falsedad deberá ser con conocimiento de que, lo que se está diciendo no es cierto y deberá de ser referente a actos trascendentales.

TERCERA: Nuestra legislación no señala expresamente qué tipos penales aceptan en su comisión el grado de tentativa, es lógico establecer que todos los delitos previstos en el Código Penal sí se pueden dar en su grado de tentativa. Aunque en muchos de los casos resulta complicado demostrar la tentativa, ya que para que la tentativa prospere, el juzgador considera que es de gran importancia el elemento interno del sujeto activo, casos en los que generalmente sólo se comprueban con la confesión del probable responsable. Pero por lo que hace al delito de falsedad en

declaraciones, consideramos que la tentativa no es procedente, ya que en caso de que no se declare con falsedad, no existirá ninguna exteriorización de la conducta típica.

CUARTA: Consideramos que será de mayor utilidad para la sociedad que las sanciones en este tipo de delitos, cuya gravedad es inferior respecto de los casos de los delitos en los que se atentan contra la vida o el patrimonio, deberán establecerse sanciones más rígidas y severas, aunque preferentemente de tipo pecuniarias, convirtiéndose así el delincuente no en una carga para el Estado, sino en un contribuyente más para que el Estado pueda cubrir su gasto público.

QUINTA: La modificación a la fracción I del artículo 247 del Código Penal del Distrito Federal, sería necesaria, con el propósito de perfeccionar el tipo penal y darle mayor claridad a la impartición de justicia, dejando a un lado la aplicación de la interpretación analógica, y mas aún dejando completamente a un lado la violación de garantías constitucionales y erradicar la impunidad.

SEXTA: Muy importante es también modificar la parte referente a la sanción a la que deberá hacerse acreedor todo sujeto activo del delito en estudio. Atendiendo para ello a la gravedad de la declaración falsa, ya que atenderemos a la gravedad de la declaración, respecto al delito que se está investigando y respecto al cual se está falseando. Por lo que consideramos que la fracción I del artículo 247 deberá quedar de la siguiente forma:

Al que al ser declarado por alguna autoridad pública distinta de la judicial, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, faltare a la verdad. Además de la sanción prevista en el párrafo primero del presente artículo se aumentará hasta en una tercera parte de la sanción correspondiente a la sanción del delito que se está investigando, en caso de que la falsedad verse sobre el hecho investigado y la declaración se rinda ante el Ministerio Público en etapa de averiguación previa.

SÉPTIMA: Este delito es muy frecuente, pero debido al poco interés o poco beneficio que puede obtener la persona que tuvo conocimiento del delito, no hace la denuncia correspondiente quedando impune la conducta delictiva.

OCTAVA: Básicamente en nuestro estudio al tipo penal de referencia, concluimos que de las declaraciones rendidas ante el Ministerio Público, solamente pueden ser sujetos activos del delito los querellantes, denunciantes y los testigos. Ya que por lo que hace al probable responsable éste no puede incurrir en el delito; según su garantía consagrada en el artículo 20 Constitucional fracción II. Ya que no puede ser obligado a declarar, además de que al momento de rendir su declaración, se le exhorta y no se le advierte de las penas en las que incurren los falsos declarantes.

BIBLIOGRAFÍA

1. ANTOLISEI, Francesco. "Manual de Derecho Penal parte General", Octava Edición corregida y actualizada, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1988, p.p. 614.
2. BIELSA, Rafael. "Los Conceptos Jurídicos y su Terminología", Tercera Edición, Editorial Ediciones Delma, Buenos Aires 1993, p.p. 309.
3. COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales", Décimo Primera Edición, Editorial Porrúa, México 1989, p.p. 211.
4. CORTES IBARRA, Miguel Ángel. "Derecho Penal parte General", Cuarta Edición, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1992, p.p. 491.
5. DORANTES TAMAYO, Luis Alfonso. "Filosofía del Derecho", Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Harla, p.p. 278.
6. ESQUIVEL OBREGÓN T. "Apuntes para la Historia del Derecho en México", Segunda Edición, Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., México 1984, p.p. 923.
7. GARDUÑO GARMENDIA, Jorge. "El Ministerio Público en la Investigación de Delitos", Editorial Limusa, México 1991, p.p. 103.
8. GONZÁLEZ SALAS CAMPOS, Raúl. "La Teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal", Editorial Pereznieto Editores, México 1995, p.p. 152.
9. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. "Lecciones de Derecho Penal obra Compilada y Editada", editorial Pedagógica Iberoamericana, p.p. 367.
10. LEVENE, Ricardo. "El Delito de Falso Testimonio", Tercera Edición, Editorial Ediciones de Palma, Buenos Aires 1978, p.p. 208.

11. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. "Teoría del Delito", Tercera Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1996, p.p. 244.
12. ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. "Teoría del Delito Sistema Causalista y Finalista", Tercera Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1996, p.p. 179.
13. OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto. "La Averiguación Previa", Sexta Edición Actualizada, Editorial Porrúa, S.A., México 1994, p.p. 487.
14. PINEDA PÉREZ, Benjamín Arturo. "El Ministerio Público como Institución Jurídica Federal y como Institución Jurídica del Distrito Federal", Editorial Porrúa, S.A., México 1991, p.p. 207.
15. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. "Apuntes de la parte General de Derecho Penal", Décimo Cuarta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1991, p.p. 508.
16. QUINTANA VALTIERRA, Jesús y CABRERA MORALES, Alfonso. "Manual de Procedimientos Penales", Editorial Trillas, México 1995, p.p. 16 |.
17. REYES ECHANDIA, Alfonso. "Derecho Penal parte General", Segunda reimpresión de la undécima Edición, Editorial Temis, Bogotá Colombia 1990, p.p. 328.
18. VILLALOBOS, Ignacio. "Derecho Penal Mexicano parte General", Quinta edición, Editorial Porrúa, México 1990, p.p. 654.
19. V. CASTRO, Juventino. "El Ministerio Público en México. Funciones y Disfunciones", Séptima Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1990, p.p. 258.
20. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Manual de Derecho Penal parte General", Segunda Edición segunda reimpresión, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1994, p.p. 857.

LEGISLACIONES

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Sista, S. A. de C. V., 1997, p.p. 151.
2. Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Editorial Porrúa, 1996.
3. Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Sista S. A. de C.V., 1997.
4. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Editorial Sista S.A. de C. V., 1997.
5. Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 1996.