



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

CAMPUS ARAGÓN

“LA ACREDITACIÓN DE LA DEFENSA
LEGÍTIMA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA
A LA LUZ DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS A
LOS CÓDIGOS PENAL Y DE
PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL
DISTRITO FEDERAL.”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

RICARDO QUINTANA LÓPEZ

ASESOR DE TESIS:

LIC. JOSÉ RICARDO LIMÓN PÉREZ

MÉXICO 1999

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

265
2ej.
272613.



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.

A MIS PADRES Y HERMANOS:

GRACIAS A ELLOS, QUE EN TODO MOMENTO CONTE CON SU APOYO, MORAL ECOMONICO, A LO LARGO DE TODA MI VIDA COMO ESTUDIANTE, MOTIVÁNDOME, PAR SEGUIR ADELANTE, TENDIÉNDOME LA MANO, EN LOS MOMENTOS DIFICILES EN MIS LOGROS Y FRACASOS. PERO SIEMPRE ESTUVIERON AHÍ CON UNA PALABRA DE ALIENTO Y ESPERANZA,. A ELLOS DEDICO ESTE TRABAJO PARA OBETENER EL TITULO DE LICENCIADO EN DERECHO UNO DE MIS MAYORES ANHELOS, Y CON ELLO RESPONDER A LA CONFIANZA QUE SIEMPRE ME TUVIERON, NO DEFRAUDANDO LA ESPERANZA QUE FINCARON EN MI, Y QUE CON EL APOYO DE ELLOS, SIEMPRE FUE MENOS PESADO EL CAMINO PARA LLEGAR A ESTA META,. CON TODO MI AGRADECIMIENTO Y GRATITUD, GRACIAS MUCHAS GRACIAS.

RICARDO QUINTANA LÓPEZ

ALUMNO:

MI MAYOR AGRADECIMIENTO POR TENER EL
HONOR DE HABER CERRADO EN SUS AULAS
LA CARRERA DE LIC. EN DERECHO.

A TODOS MIS MAESTROS:

MI RESPETO DE SIEMPRE A QUIEN DEBO EL
HONOR DE HABER OBTENIDO LO MEJOR DE
SUS ENSEÑANZAS.

A MI ASESOR, LIC.

JOSE R. LIMON PEREZ:

QUIEN GRACIAS A SUS CONSEJOS Y ATINADOS COMENTARIOS
HICIERON POSIBLE LA REALIZACION DE ESTE TRABAJO.

**LA ACREDITACION DE LA DEFENSA LEGITIMA EN LA
AVERIGUACION PREVIA A LA LUZ DE LAS ULTIMAS REFORMAS A
LOS CODIGOS PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL
DISTRITO FEDERAL.**

CAPITULO I

LA DEFENSA LEGITIMA

	PAGS.
INTRODUCCION	1
A) EVOLUCION DEL PROCEDIMIENTO PENAL EN MEXICO	7
B) CONCEPTO DE PROCESO Y PROCEDIMIENTO PENAL	17
C) CONCEPTO DE DEFENSA LEGITIMA Y SUS ANTECEDENTES ...	23
D) SU REGULACION EN EL CODIGO PENAL EL DISTRITO FEDERAL. (ARTICULOS 15, 16, 17 Y 316 FRACCION IV) .	29
E) REGULACION EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMUN (ARTICULO 3 BIS)	33

CAPITULO II

LA AVERIGUACION PREVIA

A) CONCEPTO DE AVERIGUACION PREVIA	39
B) EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO Y SUS ETAPAS O PERIODOS	43
C) LA AVERIGUACION PREVIA O PREPARACIONES DEL PROCESO	44
D) UBICACION DE LA AVERIGUACION PREVIA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO	58

CAPITULO III

IMPORTANCIA DE LA ACREDITACION DE LA DEFENSA LEGITIMA EN LA AVERIGUACION PREVIA A NIVEL AGENCIA DEL MINISTERIO PUBLICO

A) UBICACION DE LA DEFENSA LEGITIMA EN LA TEORIA DEL DELITO	63
B) REQUISITOS DE LA DEFENSA LEGITIMA	70
C) LA DEFENSA LEGITIMA EN LA AVERIGUACION PREVIA	77
D) DEMOSTRACION DE LA DEFENSA LEGITIMA Y SU MARCO LEGAL	81

E) FACULTAD MINISTERIAL PARA DETERMINAR SOBRE LA DEFENSA LEGITIMA	95
F) LA INTEGRACION DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL EN LA AVERIGUACION PREVIA PARA UNA MEJOR SEGURIDAD JURIDICA PARA LAS PARTES CONTENDIENTES EN UN PROCESO	100
G) CASOS PRACTICOS	105
CONCLUSIONES	113
BIBLIOGRAFIA	118

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo recepcional que sometemos a su siempre atinada consideración lo denominamos **LA ACREDITACIÓN DE LA DEFENSA LEGÍTIMA EN LA AVERIGUACION PREVIA A LA LUZ DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS A LOS CÓDIGOS PENALES Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

El tema en comentario, es motivado en razón de que se necesita una adecuada integración de la averiguación previa por parte de la autoridad competente para poder ejercer la acción penal, por que como sabemos una de las causas de exclusión del delito plasmadas en nuestra legislación penal, desde el inicio de una formal codificación encontramos a la defensa legítima, que como tal y aplicada en la práctica forense en una etapa del Procedimiento Penal Mexicano denominada "Averiguación Previa", nos plantea una problemática casi generalizada, en el sentido de que aún cuando todos los elementos que integran la indagatoria indican que en el caso concreto concurrió una circunstancia de exclusión del delito (defensa legítima), en la mayoría de los casos el Ministerio Público va a ejercitar acción penal en contra del agredido o "probable responsable" del delito que se trate.

Al suceder tal circunstancia, o sea, que concurrió una causa de licitud, en la conducta del agredido se va a originar desde el primer momento de la perpetración del hecho un desconcierto emocional, tratando de deducir si su proceder fue correcto o no justificándolo como comúnmente se dice "lo hice en defensa propia", o bien defendiendo un derecho ajeno, su honor o de otro, y esperando por tal proceder una decisión justa respecto de su situación jurídica por parte de quién tiene en sus manos esta facultad.

Al encontrarse el agredido ante la comisión de un delito ese no es su único problema, ya que su calvario empieza y lo coloca en ese estado de ansiedad, de incertidumbre, etc., al saber que a pesar de haber concurrido una causa de licitud respecto a su conducta, va a ser consignado ante una autoridad competente para que ésta a su vez, después de conocer el desarrollo de los hechos mediante el expediente correspondiente, decida si ésta procede o no, persistiendo de esta forma el estado de ánimo en que se encuentra el agredido, ya que, además de ser considerado como cualquier otro delincuente, el cual debe sujetarse a un procedimiento para que en el momento procesal oportuno se determine su situación jurídica, que bien puede suceder al momento en el que se notifique el Auto de Término Constitucional, o bien cubierto el desarrollo del proceso en la sentencia correspondiente, o hasta la última instancia que es el Amparo, quedando de esta forma sujeto el proceder del

agredido a criterios diferentes, alguno de éstos de acuerdo con la procedencia de la causa de exclusión del delito y otros inconformes con ésta, desarrollándose así una diversidad de criterios, así como violaciones flagrantes a las garantías individuales del agredido.

Además, del problema de las violaciones a las garantías individuales y de la diversidad de criterios del Juzgador respecto del tema en cuestión, ya que, de acuerdo a la infinidad de factores será la apreciación de cada cual, el agredido debe afrontar un problema más que, se refiere específicamente al derecho aplicable al caso concreto, relativo a la fase procedimental denominada "Averiguación Previa", que constituye la cimentación del procedimiento penal mexicano, y que como tal, la institución encargada de su monopolio, por medio de sus representantes debe valorar por que se lleven a cabo todas aquellas diligencias necesarias para su debida integración, ya que en esta etapa del procedimiento, el representante social es quien inicialmente tiene conocimientos de la noticia criminosa y es de ésta forma como se incita al órgano investigador, desarrollándose en sin fin de actividades tendientes al esclarecimiento de los hechos, actividad que desde luego desempeñará con el auxilio de la policía, así como con el del personal necesario y debidamente capacitado en el arte, oficio u profesión que las circunstancias requieran.

El objeto de las investigaciones realizadas por el Ministerio Público en torno a la noticia criminal se encamina hacia la comprobación de un delito y de una probable responsabilidad, y así en su momento dado ejercitar la acción penal ante el Tribunal competente; ahora bien, si de la indagatoria realizada resulta que no se acreditan los elementos de tipo penal, o que no se comprobó la probable responsabilidad, de sobre manera se entiende que la representación social se abstendrá de tal ejercicio.

Debemos tomar en cuenta que en esta etapa del procedimiento, los elementos de que se allega la autoridad investigadora son más nítidos, y, por su cercanía con la realización del evento, con mayor certeza y veracidad respecto a la forma en que sucedieron los hechos y las causas que lo motivaron, por tanto en base a las inmediatas diligencias practicadas por la Representación Social, que en el caso concreto determinarán que en el evento concurrió una causa de exclusión del delito, más indicado sería, por parte del C. Agente Investigador del Ministerio Público que tenga conocimiento de los hechos, el de abstenerse del ejercicio de la acción penal, y dejar en libertad al agredido, como lo señala el artículo 3 bis del Código de Procedimientos Penales.

A decidir sobre la legal procedencia de la causa de exclusión del delito, la autoridad investigadora de manera alguna no está invadiendo la función jurisdiccional, sino que única y exclusivamente está aplicado el derecho al caso concreto, facultad que se deriva del mismo artículo 21 Constitucional, el que al concederle la exclusividad en la persecución de los delitos lo dota de una pericia en el conocimiento de los tipo penales descritos en la ley, porque de esta forma cómo se explica su intervención en la etapa del procedimiento penal denominado "Averiguación Previa", en la que tiene la facultad para determinar sobre la procedencia o improcedencia del ejercicio de la acción penal, lógicamente esto es en base al conocimiento que él tiene del derecho aplicable al caso en cuestión. Por otro lado el artículo 17 del Código penal es claro al apuntar que las causas exclusión del delito se harán valer de oficio, sin especificar si es en una u otra etapa del procedimiento.

Pero parece que las cosas han mejorado a partir de la adición del artículo 3 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, ya que se contempla la posibilidad de dejar en libertad al agredido y la de no ejercitar acción penal en contra de éste, siempre y cuando se demuestre plenamente que el agredido actuó en circunstancias que excluyen el delito. Pero mejorando entre comillas, ya que esa disposición aún se encuentra sujeta a determinadas condiciones como son: el criterio del Procurador General de

Justicia del Distrito Federal, el cual dependerá de infinidad de circunstancias, pues bien puede suceder que el Procurador se encuentre muy presionado por los medios de comunicación, en virtud de "la trascendencia del asunto"; entonces en ese caso su decisión sería favorable, o también lo podría ser debido a cuestiones personales; pero si no sucede ni una ni otra cosa y se tratara de un ciudadano común y corriente que efectivamente repelió una agresión, ¿ qué sucedería con su situación jurídica?. No pretendo embolucrarme en circunstancias que podrían significar meras suposiciones, mi idea se encamina a considerar que lo más loable sería hacer a un lado todos los prejuicios y atavismos que desafortunadamente hasta la fecha la práctica ha mantenido, tratándose del caso de referencia, únicamente aplicar el derecho al caso concreto, así de simple.

CAPITULO I

LA DEFENSA LEGITIMA (CONCEPTOS BASICOS)

El capítulo que a continuación pasamos a exponer, se denomina la defensa legítima término jurídico, que antes de las reformas de 1994 se le denominaba legítima defensa; es por ello y a efecto de tener una mejor comprensión sobre el tema hablaremos de una era genérica de los conceptos jurídicos penales en los que nos apoyaremos y obviamente todo lo relacionado con la defensa legítima.

A) EVOLUCION DEL PROCEDIMIENTO PENAL EN MEXICO.

Los antecedentes históricos del proceso penal en nuestro país, datan desde el Decreto Español de 1812, hasta el Código de Procedimiento Penales para el Distrito Federal de 1934, razón por la cual de manera genérica, se hará referencia, sólo a lo más sobresaliente de estos ordenamientos.

"Al proclamarse la independencia nacional, continuaron vigentes las leyes españolas, con los sistemas procedimentales mencionados, hasta la publicación del decreto Español, de 1812, que creó los jueces letrados de partido, con jurisdicción mixta, civil y criminal, circunscrita al partido correspondiente; conservó un solo fuero para los asuntos civiles y criminales, así como, acción popular para los delitos de soborno, cohecho y prevaricación".⁽¹⁾

⁽¹⁾ FLORIAN, Eugenio. Elementos de Derecho Procesal.
3ª. edición, Fondo de Cultura Económica. México, 1970. p. 66.

La libertad personal, fue objeto de las garantías siguientes: "Ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho, por el que merezca, según la ley, ser castigado con pena corporal y, asimismo, un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión" (art. 287). "In fraganti todo delincuente puede ser arrestado y todos pueden arrestarle y conducirlo a la presencia del juez..." (art. 292). "Dentro de las veinticuatro horas se manifestará al tratado como reo la causa de su prisión y el nombre de su acusador, si lo hubiere" (art. 300). "Al tomar la declaración al tratado como reo, se le leerán íntegramente todos los documentos y las declaraciones de los testigos, con los nombres de éstos, y si por ellos no la conociere, se le darán cuantas noticias pida para venir en conocimiento de quiénes son" (art. 301). "No se usará nunca del tormento ni de los apremios" (art. 303). "Tampoco se impondrá la pena de confiscación de bienes" (art. 304). "Ninguna pena que se imponga por cualquier delito que sea, ha de ser trascendental por término ninguno a la familia del que la sufre, sino que tendrá todo su efecto precisamente sobre el que la mereció" (art. 305)

El 22 de octubre, de 1814, se promulgó el llamado Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana, y aunque nunca llegó a tener vigencia, fue un documento revelador del pensamiento de toda una época, cuyo

contenido era una serie de principios inspirados en los fundamentos filosóficos y jurídicos de la revolución Francesa y de la Constitución Española de 1812.

Los preceptos, dictados en materia de justicia, aunque tuvieron alguna influencia a lo establecido en la Constitución de Cádiz, su redacción y espíritu evidencian el claro propósito de poner fin a una dramática realidad social que agobiada al pueblo de México y que los constituyentes de Apatzingán tomaron en consideración al establecer: "son tiránicos y arbitrarios los actos ejercidos contra un ciudadano contra las formalidades de la ley"⁽²⁾ ..., y que "ninguno debe ser juzgado ni sentenciado, sino después de haber sido oído legalmente mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento ..." (art. 14 Constitucional).

— Prevé la integración del Tribunal superior de Justicia; con cinco magistrados, fiscales, secretarios y jueces nacionales de partido, teniente de justicia, tribunales de residencia.

Cuando la situación político-social de la República Mexicana, auspició un ámbito propicio para legislar, se aprobó y promulgó la Constitución de 1824.

(2) HANS HEINRICH Jescheck. Tratado de derecho Penal.
Volumen Iro. Editorial Bosch S.A. Barcelona 1975 pp. 175-180—

Respecto del contenido de la ideología y del pensamiento prevalentes en la misma, no se hará referencia, simplemente y en relación con el procedimiento penal quede anotado que, deposita el poder Judicial de la Federación, en la Suprema Corte de Justicia, en los Tribunales de Circuito y en los Juzgados de Distrito a quienes se les señalan sus atribuciones legales (arts. 123, 124, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143 y 144).

El Poder Judicial, se ejerce por quienes integran: la Suprema Corte de Justicia, los Tribunales Superiores de los Departamentos y los Juzgados Subalternos de Primera Instancia, Civiles y Criminales, de las cabeceras de Distrito de cada Departamento.

En el capítulo intitulado Prevenciones Generales sobre la Administración de Justicia en lo Civil y en lo Criminal, se decretó lo siguiente:

"No habrá más fueros personales que el eclesiástico y militar, los miembros y fiscales de la Corte Suprema serán perpetuos en estos cargos, y no podrán ser ni suspensos ni removidos, sino con arreglo a las prevenciones contenidas en la segunda y tercera ley constitucionales; también serán perpetuos los ministros y los jueces letrados de Primera Instancia, y no podrán ser removidos, sino por causa

legalmente aprobada y sentenciada; todos los magistrados y jueces gozarán el sueldo que se designará por una ley; en cada causa, sea cual fuere su cuantía y naturaleza, entidad y circunstancias; los ministros que hubieren fallado en alguna instancia, no podrán hacerlo en las demás; toda prevariación, por cohecho, soborno o baratería, produce acción popular contra los magistrados y jueces que la cometieren; toda falta de observancia, en los trámites esenciales que arreglan un proceso, produce su nulidad en lo civil, y hará también personalmente responsables a los jueces. Una ley fijará los trámites que, como esenciales, no pueden omitirse en ningún juicio; en las causas criminales, su falta de observancia es motivo de responsabilidad contra los jueces que la cometieran; todos los litigantes tienen derecho para terminar, en cualquier tiempo, sus pleitos civiles o criminales sobre injurias puramente personales, por medio de jueces árbitros, cuya sentencia será ejecutada conforme a las leyes; para entablar cualquier pleito civil o criminal, sobre injurias puramente personales, debe intentarse antes el medio de la conciliación". (2)

En las Bases Orgánicas de la República Mexicana, de fecha 12 de junio de 1843, subsisten los fueros eclesiásticos y militar; para las aprehensiones se exige mandato judicial, salvo el caso de flagrante delito, pero poniendo de inmediato

(2) RODRIGUEZ, Ricardo. El procedimiento Penal en México. 6ª. edición, Porrúa, México, 1995. p. 37.

al sujeto a disposición del órgano jurisdiccional; se restringe a treinta días la detención de las personas por la autoridad política y para los jueces, el de cinco días, para declararlo bien preso.

El Congreso, quedó facultado para establecer juzgados especiales, fijos o ambulantes, con competencia para perseguir y castigar a los ladrones en cuadrilla.

En la Constitución de 1857, se estableció. "En la República Mexicana nadie puede ser juzgado por leyes privativas, ni por tribunales especiales... Subsiste el fuero de guerra solamente para los delitos y faltas que tengan exacta conexión con la disciplina militar... Nadie puede ser juzgado ni sentenciado; sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicable a él, por el tribunal que, previamente, se haya establecido en la ley. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En el caso de delito in fraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata".⁽³⁾

⁽³⁾ *Ibidem*. p. 38

La prisión solamente procede por los delitos que se sancionan con pena corporal, y ésta, nunca podrá prolongarse por falta de pago de honorarios o de cualquier otra ministración de dinero, tampoco excederá del término de tres días sin que se justifique con un auto de formal prisión, motivo legalmente y con los requisitos establecidos por la ley, responsabilizándose a las autoridades que la ordenen o consientan, incluyéndose al alcaide o carceleros artículo 20 Constitucional.

En forma sistemática se establecen, para los juicios criminales, las garantías siguientes: "Que se le haga saber el motivo del procedimiento y el nombre del acusador si lo hubiere; que se le tome su declaración preparatoria dentro de cuarenta y ocho horas, contadas desde que esté a disposición el juez; que se le caree con los testigos que depongan en su contra; que se le faciliten los datos que necesite y consten en el proceso, para preparar su descargo; que le oiga en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio, para que elija el que o los que le convengan". (4)

(4) COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 10ª. edición, Porrúa México, 1996 p. 207.

En el texto de la Ley de Jurados Criminales, expedida el 15 de junio de 1869, se introdujeron innovaciones en las que destacaban por su trascendencia; que las imposiciones de las penas era propia y exclusiva de la autoridad judicial, de una gran importancia para la administración de justicia de la época.

Se hizo referencia, aunque sin mayor énfasis, al Ministerio Público, independientemente de que sus funciones, se ciñeron a los lineamientos que observaban los fiscales de la Epoca Colonial en la que encontramos su antecedente histórico de la Constitución de 1857.

Diversos aspectos de las funciones judiciales se regularon, especialmente, en materia competencial y, por último, quedaron establecidas algunas disposiciones sobre la forma de llevar a cabo el procedimiento penal.

De todo lo expuesto, hasta el momento, se advierte acentuada anarquía, en cuanto a los actos y formalidades a que estarían sujetos los actos procesales; únicamente el idealismo, inquietud y buenos propósitos de algunos juristas conducía a reuniones, esporádicas e informales, para integrar comisiones que se abocarían al estudio de la problemática penal, in genere, para el Distrito Federal y Territorios de Baja California, y para toda la Nación, en delitos federales.

Expedida la Ley de Jurados Criminales , era necesaria un ordenamiento de enjuiciamiento que lo hiciera aplicable, y después de muchas vicisitudes, se pronunció el primer Código de procedimientos Penales en el medio mexicano, el de 1880.

De sus disposiciones, se advierte la tendencia marcada hacia un sistema mixto de enjuiciamiento: cuerpo del delito, búsqueda y aportación de pruebas.

Años más tarde, el 6 de junio de 1894, un nuevo Código de procedimientos Penales, sustituyó al anterior y aunque no difiere en el fondo de su doctrina, en sus tendencias, se trató de equilibrar la situación del Ministerio Público y de la defensa, para que ésta no estuviera colocada en un plano de superioridad frente al Ministerio Público, debido a que en el Código de 1880 se permitía al defensor, modificar libremente sus conclusiones ante el jurado. En cambio, el Ministerio Público estaba obligado a presentarlas desde que la instrucción estuviera concluida, y, sólo por causas superviviente, podía hacerlo después, de tal manera que, la mayor parte de las ocasiones, el Ministerio Público llegaba ante el jurado sin saber a qué atenerse.

En este código predominó un sistema mixto.

En cuanto a la víctima del delito, sus derechos fueron considerados de naturaleza civil.

El 18 de diciembre de 1908, se expidió el Código de procedimientos Penales en materia federal. En sus disposiciones, se regula la actividad de quienes intervienen en el procedimiento y, aunque se puede decir que, el texto del Código de procedimientos Penales para el Distrito Federal, se tomó como modelo para su elaboración, en los órdenes pertinentes, sin embargo, contiene, entre otras innovaciones, facultades conferidas al juez para la comprobación del cuerpo del delito, para los efectos correspondientes al arbitrio judicial.

Las normas procedimentales, para el Distrito Federal, y Federal, que siguieron en turno a las anteriores, fueron expedidas el 15 de diciembre de 1929.

En sus textos respectivos, al referirse a la víctima del delito, consideraron a la reparación del daño como parte de la sanción del hecho ilícito; por lo cual, sería exigida oficiosamente, por el Ministerio Público, en consecuencia, no debería entenderse como el objeto de una acción civil, sino como materia penal.

Por otra parte, si los ofendidos o sus herederos estaban facultados para ejercitar la acción mencionada, la función del Ministerio Público, en ese caso, pasaba a segundo término.

El distingo que en este orden se estableció, generó un sistema absurdo.

La falta de congruencia, en el aspecto indicado, su inoperancia y, muchos defectos que contenía dicha legislación dieron lugar a que fuera sustituida, el 27 de agosto de 1931, por el Código de procedimientos Penales, vigente en el Distrito Federa, hasta la fecha, y por el Código Federal de procedimientos Penales, de 23 de agosto de 1934.

De uno y otro de estos ordenamientos jurídicos y de sus interminables reformas, se hará referencia más adelante.

Algunos otros cuerpos legales, contienen disposiciones procesales para regular aspecto que, por su carácter "especial", han quedado incluidos en: la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito Federal y de los altos Funcionarios de los Estados; la Ley Orgánica y Normas de procedimientos de los Tribunales en el Distrito Federal, el Código Mexicano de Justicia Militar y algunos otros más.

B) CONCEPTO DE PROCESO Y PROCEDIMIENTO PENAL

Alcalá Zamora señala que "el proceso tiende, evidentemente, a obtener un juicio (Judicial) sobre el litigio, pero el juicio se circunscribe a ese solo y decisivo momento o actividad". ⁽⁵⁾

⁽⁵⁾ ALCALA ZAMORA Y CASTILLO. Nieto. Derecho Procesal Mexicano. 6ª. edición Porrúa, México 1994. p. 318.

El fin o los fines del proceso penal en última instancia y meta final, conducen a los mismos fines generales del derecho: alcanzar la justicia, el bien común y la seguridad jurídica.

En el caso de nuestra disciplina, habrá que recordar no sólo los fines del derecho mismo (esto es, la directriz filosófica), sino también los fines del proceso en general, y los fines del proceso penal mismo, porque los fines del proceso penal no desencajan de los fines del proceso en general, como los de éste tampoco deben aportarse de los del derecho en general.

Punto conocido es que el proceso en general tiende a orientarse o está orientado a la composición del litigio o la satisfacción de la pretensión, según la idea que impere. Si se trata de un litigio calificado como penal, su fin habrá que reducirlo a la mera composición del conflicto penal, que a su vez es el medio de restablecer el orden jurídico que, se dice, se ha violado.

Descendiendo a las ramas del proceso, la enunciación de fines se multiplica. Así, según las definiciones del proceso penal, las finalidades serían: para Bettiol, fijar las condiciones de hecho de los cuales derivan el *ius puniendi* y el deber de sujetarse a la pena el reo; para Maclean Estenós,

"conducir a una sentencia condenatoria o de absolución; para Prieto-Castro, determinar si en el caso concreto el Estado tiene el derecho a castigar; para De Pina, aplicar la ley penal; " (6)

No obstante, conviene advertir que la influencia de Florián entre los estudios mexicanos ha sido tan marcada que es su planteamiento de los fines el que se ha acogido con mayor éxito y, de cierta forma, el que más se a desarrollado.

"Florián clasifica tales fines en generales y específicos. Los generales, a su vez, pueden ser inmediato o mediatos, y los específicos se subdividen en investigar la verdad e individualizar la personalidad del justiciable.

El fin general mediato alcanza, según Florián, los fines mismos del derecho penal, prevención y represión del delito en tanto que el inmediato, la aplicación de la norma material de derecho penal al caso concreto". (7)

Teniendo en consideración este fin general se advierte que el proceso penal, según sus características, puede ser penal represivo o penal preventivo. El primero procura sancionar la peligrosidad delictiva, en tanto el segundo sólo pretender evitar la comisión de delitos.

(6) *Ibidem*, p. 319.

(7) FLORIAN, Eugenio De las pruebas penales. 4ª. edición. The mil (Bogotá), 1990. p. 112.

En México es desconocido el preventivo, cuyo ejemplo se encuentra en la ley española relativa a vagos y malvivientes.

Respecto al procedimiento penal podemos decir que la idea de proceso penal debe a su vez deslindarse del concepto de procedimiento penal. Del procedimiento recordemos que evoca la idea de seriación de haceres, actos o actuaciones. El procedimiento es la manera de hacer una cosa; es el trámite o rito que ha de seguirse, el orden de actos o diligencias penales misma que otorga la calidad de titular de la averiguación previa al Ministerio Público misma que le confiere la realización de las diferentes diligencias necesarias para la debida integración de la averiguación previa esto confundamento en los artículos 1°, 2° fracción I y 3° fracciones I, II, III, IV, V, VIII, X, XI y XII de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Del proceso recordamos que implica esa sucesión de actos a que nos hemos referido, pero unidos en atención a la finalidad compositiva del litigio, y esta finalidad es la que define al proceso. De cierta forma, un procedimiento orientado a la solución compositiva es un proceso en la medida en que también comprenda los nexos entre los sujetos y no se quede en lo meramente ritual.

Con fines didácticos, en las aulas universitarias se ha recurrido a símiles para explicar la diferencia, pues se ha dicho que mientras el proceso es el continente, el procedimiento es el contenido: o que el proceso es el teatro, con sus butacas y salón en tanto que el procedimiento es la escena u obras que se representan en ese teatro.

Dentro de una corriente muy difundida en la generalidad del foro y de los procedimentalistas penales en México, se ha sostenido que el proceso es una parte del procedimiento, que todo proceso es un procedimiento, pero que no todo procedimiento es un proceso.

Arilla Bas llega inclusive a afirmar que la distinción de Carnelutti no es aplicable a México, porque el proceso es una fase del procedimiento, idea que Colin Sánchez estimula."⁽⁸⁾

Según tales ideas, lo cierto es que efectivamente no todo procedimiento es un proceso. La prueba es que existen procedimientos que no son proceso, como los procedimientos necesarios para elaborar un testamento, para obtener un permiso de importación de mercancía, el procedimiento para obtener un pasaporte, etc.

Pero lo falso parte de la falacia que sostiene que el proceso es un procedimiento, pues si bien es cierto que

⁽⁸⁾ Cit. por CARDENAS, Raúl. Derecho penal Mexicano. 7ª edición, Porrúa, México, 1996. p. 92.

dentro del proceso hay procedimiento o, mejor dicho, existen pluralidad de procedimientos en el proceso ya que este no se queda con lo meramente procedimentalista o ritualista. Como hemos dicho, el proceso comprende además la suma de los actos de la actividad jurisdiccional, de la actividad de las partes y aun las actividades realizadas por terceros (peritos, testigos, intérpretes, etc.) comprende lo que para algunos se denomina contrato procesal, la relación procesal o la situación procesal que, de acuerdo con la teoría escogida, da la esencia del proceso.

"Por tanto, los juristas, pero en especial para los procesalistas, el proceso penal comprende al procedimiento judicial penal, y no éste a aquél. Profunda diferencia que de ser comprendida en su magnitud, se traduce hasta en el nombre nuestra disciplina (derecho de procedimiento penales o derecho procesal penal)" ⁽⁹⁾

Remarquemos a la vez que dentro del proceso penal se tramitan varios procedimientos y no uno sólo. Tenemos así diversos procedimientos probatorios (testimoniales, confesionales, inspeccionales, etc.), procedimientos occidentales (competenciales, recusacionales, de nulidad, etc.), procedimientos impugnativos (apelaciones, revocaciones, nulidades, etc.), procedimientos cautelares (embargos, detención preventiva, etc.).

⁽⁹⁾ COLIN SANCHEZ, Guillermo. op. cit. p. 279.

El procedimiento no es más que la forma de proceso, y como forma, es ésta la que más vemos y más nos presiona. Y puesto que la forma depende del objeto que ha de tratarse, la forma puede ser variante.

En conclusión, el procedimiento es la parte formal, ritual del proceso jurisdiccional, que es el todo unitario.

El procedimiento supone la ruta, el derrotero fijado de antemano para la ley adjetiva, y que debe guardar los requerimientos de la forma (elemento de validez de un acto jurídico) de actuar de las partes y del titular del oficio judicial. Mientras el proceso es llegar a la resolución, y por ello es variable, multiforme; el proceso jurisdiccional es la solución misma al litigio, y su concepto es por ello invariable, único.

C) CONCEPTO DE DEFENSA LEGITIMA Y SUS ANTECEDENTES

La defensa legítima es una causa que excluye la incriminación, que se encuentra clasificada dentro de las causas de antijuricidad; en estas circunstancias el sujeto obra en condiciones de culpabilidad y de imputabilidad, pero el sujeto no es responsable por no estar sancionado por la ley y "Existe el delito pero no la pena"

La defensa legítima no tiene historia, es tan antigua como la humanidad misma, en todas partes y en todas las épocas siempre ha sido considerada no sólo como un hecho no punible si no como un hecho lícito, Cicerón, la consideró como una ley natural.

"La Legítima Defensa (en la actualidad Defensa Legítima) es una de las formas primitivas de defenderse contra el ataque que pone en peligro nuestros intereses. En los pueblos primitivos en los que la reacción predominante es la venganza, en los que el hombre se hacía justicia por su propia mano, sin más límite que el de su fuerza física; es un fenómeno social que impulsaba al hombre a defender sus intereses cuando se sentía agredido, en virtud de que no existía ninguna protección que velara por sus derechos, más que su propia persona." ⁽¹⁰⁾

A medida que el hombre ha venido evolucionando todas estas costumbres de venganza y auto-defensa van desapareciendo.

Posteriormente se encuentran restringidas con la aparición de la Ley del Talión y la composición.

⁽¹⁰⁾ JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. T. II
2º. edición, Porrúa, México, 1993, p. 179.

El Tali3n, (ojo por ojo y diente por diente) que viene a constituir un gran adelanto dentro del derecho en esa 3poca lo mismo ocurre con la composici3n, que consistia en el pago se hacia el delincuente al ofendido o a los familiares de este, para liberase de la venganza a que se habia hecho acreedor.

Desde entonces hasta nuestros d3as la defensa leg3tima ha ido evolucionando hasta convertirse en una de las formas de lucha contra el delito, confiada a la iniciativa privada, que tutela uno de los m3s valiosos derechos del hombre como son: la vida, el honor, y el patrimonio.

En M3xico, la defensa leg3tima siempre ha sido reconocida por el derecho como uno de los m3s grandes valores tutelados por la ley, incluso nuestra Constituci3n la reconoce como un derecho consagrado en favor de toda persona al enumerar en su art3culo 10, "los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho de poseer armas en su domicilio, para su seguridad y Defensa Leg3tima, hecha excepci3n que las prohibidas expresamente por la ley federal y de las reservadas para el uso exclusivo del Ej3rcito, Armada, Fuerza A3rea y Guardia Nacional. La ley federal determinar3 los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podr3n autorizar a los habitantes la portaci3n de armas.

Algunos tratadistas sostienen que la función jurisdiccional debe encontrarse de manera absoluta y exclusiva en manos del Estado y niegan por lo tanto que se atribuya al individuo la función, ni siquiera en una mínima parte.

Existen excepciones en las cuales el Estado se encuentra en la imposibilidad de intervenir directamente en la protección de las personas, por lo cual se dice que la defensa legítima, es una sustitución de la defensa pública por la defensa privada; claro está que el Estado a través de sus órganos no puede velar por la seguridad de todas las personas sobre todo tratándose de actos ofensivos en los cuales los agresores tratan de cometer sus delitos cuando saben que no se les puede reprimir. Entonces ante esta responsabilidad y ante actos tan graves por las circunstancias en que son cometidos, en las cuales las únicas personas que pueden intervenir evitando que se lleguen a consumir dichos actos, son las mismas personas que se sienten agredidas. Ante esa disyuntiva el hombre se encuentra plenamente justificado para que en esas situaciones tan graves y tan violentas, obre en contra de quienes atenten su derecho.

Se han formado diversas teorías para fundamentar la defensa legítima, aunque son distintas en la forma pero coinciden siempre en el contenido.

Teoría de Von Buri, "Entre dos intereses que están en ilícito de tal forma que uno no puede ser conservado sin la construcción del otro el Estado sacrificará el menos importante ahora bien, resulta difícil si no imposible determinar en un momento dado, cual de los intereses en conflicto es de mayor preferencia, puesto que todas las personas son iguales ante el Derecho. Por otra parte el derecho a la vida es innato e inalienable y no podría jurídicamente justificarse el sacrificio de una existencia por considerarse menos importante que la otra." (11)

Teoría de Carrara, "La legítima defensa (actualmente defensa legítima), está fundada en la "Defensa Pública Subsidiaria". La función de castigar cesa para la sociedad cuando la defensa privada puede ser eficaz y pública es insuficiente o impotente; la defensa individual adquiere todo su imperio cuando la pública está imposibilitada de actuar. El fundamento jurídico constante de la legitimidad es la cesación del derecho de penar que compromete a la autoridad social emanada de la ley externa del orden que existe se de al precepto moral una sanción pronta y eficiente que complete la ley natural garantizando enérgicamente los derechos que esta ley confiere y socorriendo, mediante la Defensa Pública, a la humanidad importante para defenderse de los malvados con

(11) LIMA MALVADO, María de la Luz Ensayos de Derecho Penal y Criminología. 10ª. edición, Porrúa, México, 1995. p. 224.

las fuerzas privadas. La defensa pública tiene pues el carácter de subsidiaria". (12)

Teoría de Pufendor Ff., (de la violencia moral) "El instinto de conservación está tan arraigado en nosotros que el hombre agredido no es imputable por la perturbación producida en ánimo a causa de la inminencia del peligro." (13)

Teoría de floretti, "La agresión injusta es un hecho que revela la temibilidad del agente, así que quien rechaza al supuesto agresor cumple un acto de justicia social, y Voslio agrega: La defensa, acto objetivamente antijurídico, supone punición alguna y es por esa consecuencia legítima, siempre que por ella no se manifieste alguna calidad más o menos antisocial en el individuo que la consumó." (14)

Podemos concluir diciendo que la defensa legítima, es un acto de protección para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesiona bienes jurídicos del agresor.

(12) *Ibidem* p. 225.

(13) VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. 10ª. edición Porrúa, México, 1995. p. 181.

(14) *Ibidem* p. 182.

**D) SU REGULACION EN EL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL,
(Artículos 15, 16, 17 y 316 fracción IV.)**

"Artículo 15. El delito se excluye cuando:

I. El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;

II. Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate;

III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

a) Que el bien jurídico sea disponible;

b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y

c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien que, el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo;

IV. Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y

racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agregado o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;

V. 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 tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

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 este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;

VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Quando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69-Bis de este Código.

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código.

IX Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme al derecho, o

X El resultado típico se produce por caso fortuito"

"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"

"Artículo 17. Las causas de exclusión del delito se investigarán y resolverán de oficio o a petición de parte, en cualquier estado de procedimiento".

De lo anterior, se desprende y se colige que la acreditación de la defensa legítima y su exceso está debidamente reglamentada en el Código Penal para el Distrito Federal y para corroborar lo anterior veamos lo que establece el artículo 316 fracción IV del mismo ordenamiento.

Artículo 316, se entiende que hay ventaja:

IV. Cuando éste se halla inerme ó caído y aquel armado o de pié.

De lo anterior podemos decir que el Código Penal para el Distrito Federal, prevé los excesos o ventajas de la defensa legítima.

E) REGULACION EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMUN (Artículo 3 bis).

"Artículo 3 bis. En las averiguaciones previas en que se demuestre plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal, previo acuerdo del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, el Ministerio público lo pondrá en libertad y no ejercerá acción penal".

Ante todo debemos señalar que el derecho penal tiene un carácter dogmático, esto es, que las disposiciones contenidas en nuestra legislación penal deben considerarse al pie de la letra, en otras palabras, el contenido del Código Penal, y el de Procedimientos Penales, no está sujeto a discusión.

En este entendido y de acuerdo con el aludido numeral de la ley Adjetiva penal, es facultad del Ministerio Público, en su caso, la de poner en libertad y no ejercer acción penal en contra del inculpado, pero tal facultad se encuentra supeditada al criterio del Procurador General de Justicia del Distrito Federal. Hemos dicho que las disposiciones en

materia penal son determinantes, luego entonces, si se encuentra plenamente acreditado que el "inculgado" actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad, cómo es posible que tales circunstancias aún se pongan a la consideración del Procurador. Este es el primer problema a salvar, o sea, el criterio del señor Procurador, porque dependiendo de infinidad de circunstancias, será su apreciación.

Al referirse la ley a las circunstancias que excluyen la responsabilidad, obviamente se refiere a las causas que excluye el delito que contempla el artículo 15 del Código Penal, porque la legislación penal no contempla otras causas de exclusión, esto en atención al carácter dogmático de que he venido hablando, pero en sí, esto no representa un gran obstáculo, ya que el artículo 3 bis del Código de Procedimientos Penales no se refiere a otras circunstancias de exclusión, porque sería ilógico que no se acordara precedente tal, alegando que la ley sustantiva penal no es acorde con lo dispuesto por el Código procesal de la materia..

El problema estriba básicamente en que tales hechos queden supeditados al criterio del Procurador. Tal parece que con esto se pone en entredicho la buena fe de la institución del Ministerio Público, que nunca ha sido bien vista, ni por la ciudadanía ni por la misma institución, pues la figura de

éste siempre ha sido la de un perseguidor de oficio sin conciencia, sin capacidad para dirimir entre lo bueno y lo malo y con la obligación exclusiva de hacer el papel de hombre malo, acusando a un inocente; visto así por mucho tiempo, y me atrevo a decir que también por la misma institución, porque de otra forma como se explica el hecho de que los sucesos queden supeditados a la consideración del Procurador. Ahora bien, esto también nos hace suponer que en cierta medida los hechos sean "manejados" o "dirigidos" por el C. Agente del Ministerio Público, comprobando plenamente el hecho de que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen el delito, cuando en realidad no lo estaba, en estas condiciones sí es viable la injerencia del señor Procurador, pero no para cuestionar sobre lo dispuesto en el artículo 3 bis de la ley en cita, sino para sancionar la conducta del servidor público que actuó de esa manera, y no sólo en estos casos, sino en general, y además ordenar las diligencias necesarias en el término que marca la ley, y acordar lo que proceda.

Luego entonces, podemos resumir que en estricto acatamiento a los dispuesto en el artículo 17, en relación al 15, fracción IV, del Código Penal, y a su vez, en relación con el artículo 3 bis del Código de Procedimientos Penales, y 21 Constitucional, el Ministerio Público está facultado para dejar en inmediata libertad al agredido y abstenerse del ejercicio de la acción penal, incluso sin previo acuerdo con

el Procurado, ya que de lo contrario se estaría cuestionando la buena fe de la institución del Ministerio Público, y esto sería más grave que, en un momento dado, desistir del acuerdo del Procurador, atendiendo a que se encuentre demostrado plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad; porque el Agente del Ministerio Público que acordara la procedencia de la excluyente, cuando esté plenamente comprobada, en ninguna responsabilidad incurre, pues se supone que ha tomado en cuenta que en tales casos hay ausencia de culpabilidad, de antijuricidad o de punibilidad, y por consiguiente al amparo del artículo 21 Constitucional, el cual le otorga el monopolio de la investigación de los delitos, facultándolo a abstenerse del ejercicio de la acción penal; y con apoyo además en el artículo 17 del Código Penal, podrá dejar en libertad al agredido; cabe señalar que el numeral antes citado, anterior a la creación o adición del artículo 3 bis del Código de Procedimientos Penales, ha señalado que las circunstancias excluyentes se harán valer de oficio, más aún, el texto vigente del citado artículo 17 de la ley en cita, apunta que las causas de exclusión del delito se investigarán y resolverán de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento, por lo cual insisto que en el caso de comprobarse la circunstancia excluyente, en términos del artículo 15, fracción IV, del Código Penal, no es necesario el criterio del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, y en este sentido es conveniente reformar la Ley.

Otro problema a salvar, de acuerdo con el texto del artículo 3 bis del Código de Procedimientos Penales, es el relativo al hecho de la comprobación plena de la circunstancia excluyente, porque la ley sólo señala reglas especiales para la integración de los elementos del tipo, pero dichas reglas no contienen un parámetro para poder advertir en qué momento está acreditada la circunstancia excluyente, lo cual nos conduce a establecer que es a criterio del Ministerio Público el establecer en que momento está comprobada la circunstancia, y lo común es que para el personal del Ministerio Público e incluso para toda la institución que representa, en el caso de que de la indagatoria aparezca o se desprenda una circunstancia excluyente; para ellos no lo estará, argumentando un sin fin de pretextos para enseguida ejercitar acción penal ante el juez competente, engrosando así sus estadísticas, que al parecer es lo único que importa a la Institución.

En muchos casos ha sido de manera evidente que el agredido actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad; sin embargo el "inculpado" tiene que afrontar infinidad de situaciones, sujetarse incluso a varios procesos, para que después de todo un "vía crucis" se resuelva en su favor que efectivamente actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad; luego entonces que podemos decir sobre la actuación del Ministerio

Público, es patente que ésta siempre va a ser cuestionada si no se capacita debidamente al personal para, en un momento dado, poder decidir en que momento se encuentra debidamente comprobada la circunstancia excluyente.

En lo personal propondría un órgano colegiado de la Procuraduría, para que con los elementos contenidos en la indagatoria puedan decidir sobre la procedencia o no de la circunstancia excluyente.

CAPITULO II

LA AVERIGUACION PREVIA

De manera genérica, podemos decir que la averiguación previa puede ser considerada también como un procedimiento, que se desarrolla antes del proceso penal, con la finalidad de preparar el ejercicio de la acción penal.

En esta etapa el Ministerio Público recibe las denuncias de los particulares o de cualquier autoridad, sobre hechos que estén determinados en la Ley como delitos. Como podemos ver la averiguación previa como su nombre lo indica es preventiva; pero a efecto de tener una mejor comprensión del tema es oportuno puntualizar lo siguiente.

A) CONCEPTO DE AVERIGUACION PREVIA

La preparación del ejercicio de la acción penal, se realiza en la averiguación previa, en la etapa procedimental en la que el Estado por conducto del Procurador y de los agentes del Ministerio Público, y con el ejercicio de la facultad de apoyo con la Policía Judicial, practica las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar, en su caso, la acción penal, para cuyos fines, deben estar acreditados los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad.

Esta facultad, siempre había recaído, exclusivamente, en los agentes del Ministerio Público; sin embargo, en materia federal, los integrantes de la Policía Judicial, en ejercicios de sus facultades, deben ...Recibir las denuncias sobre hechos que puedan constituir delitos del orden federal, sólo cuando debido a las circunstancias del caso aquéllas no puedan ser formuladas directamente ante el Ministerio Público, al que la Policía Judicial Federal informará de inmediato a las mismas y de las diligencias practicadas..." (art. 3o., fracc. I, del Código Federal de Procedimientos Penales).

Semejante facultad entraña un grave peligro, dado el comportamiento que desde siempre han tenido muchos policías y, además, por su impreparación para avocarse a esa actividad, ¿qué clase de averiguaciones se llevarán a cabo por estos sujetos?...

El desacierto, no se reduce a lo indicado, puesto que las "diversas policías" pueden actuar un auxilio de los agentes de la Policía Judicial, en función tal delicada. De todo esto, lo único que me queda es concluir: "la iglesia está en manos de Lutero"...Por lo que es imperante la preparación, capacitación y moralización de los cuerpos policiacos, ya que son auxiliares del Ministerio Público, y también de ellos depende, que se integre debidamente, en el Procedimiento la Averiguación Previa, para el bienestar y

tranquilidad de la Sociedad, y de la cuál es su objetivo principal, velar por el bien de la Sociedad.

De manera casi igual, quedó establecido en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (véase el art. 274, de dicho ordenamiento).

Hasta antes de la reformas a los textos legales de que me he venido ocupando, ningún precepto jurídico señalaba el tiempo del que disponía el Agente del Ministerio Público para realizar la averiguación previa; empero, en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en vigor, ya se establece "... ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de 48 horas, plazo en el que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos en que la ley prevea como delincuencia organizada..." (párrafo séptimo), lo mismo está previsto en los Códigos de Procedimientos Penales, Federal y para el Distrito Federal. (Arts. 194-bis y 268-bis, respectivamente).

En atención a lo dispuesto en este precepto, salvo en los casos de delito flagrante y en los urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por más tiempo del que señala el legislador; con ello se destaca el control judicial de la detención.

Cabe advertir que de acuerdo con el texto del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, también se establece un control a cargo del o los agentes del Ministerio Público, para los casos de flagrancia o urgencia, en los cuales si hay persona detenida no deberá consentirse la retención por más de 48 horas; fenecido ese término se ordenará la libertad o la consignación al juez, aunque dicho plazo, atendiendo a lo previsto en el Código Federal de procedimientos penales, en el artículo 194-bis, podrá duplicarse; esto es, únicamente para los casos de delincuencia organizada, consistente en que "tres o más personas se organicen bajo las reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento o reiterado o con fines predominantemente lucrativos", lo delitos que para esos efectos se señalan en el Código Penal, vigente, para el Distrito Federal en materia del fuero común, y para toda la República en materia del Fuero Federal así como también en el artículo 84 de la Ley de Armas de Fuego y Explosivos; Tráfico de Indocumentados (art. 138 de la Ley General de Población) y Fiscales (art. 115-bis del Código Fiscal de la Federación).

El que el plazo antes señalado pueda duplicarse en aquellas situaciones previstas por el legislador, se justifica por las complejidades que pueden surgir con motivo de la averiguación de los delitos graves por los que habrá de seguirse el proceso, porque con ello se da oportunidad para recabar mayor información y las probanzas necesarias para

determinar acerca de los elementos del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

Lo indicado en los ordenamientos citados, es digno de encomio, llena un vacío que durante muchos años permitió toda clase de excesos, en concreto: es de esperar que ya no haya detenciones fundadas en el capricho o que se prolonguen contrariando lo establecido fundamentalmente por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

B) EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO Y SUS ETAPAS O PERIODOS

El procedimiento penal mexicano, tiene cuatro periodos:

I. El de averiguación previa a la consignación a los tribunales, que comprende las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita la acción penal;

II. El de instrucción, que comprende las diligencias practicadas por los Tribunales con el fin de investigar la existencia de los delitos, las circunstancias en que hubieren sido cometidos y la responsabilidad o irresponsabilidad de los inculcados;

III. El de Juicio, durante el cual el Ministerio Público precisa su acusación y el acusado su defensa, ante los

Tribunales, y éstos valoran las pruebas y pronuncian sentencias definitivas; y

IV. El de ejecución, que comprende desde el momento en que causa ejecutoria la sentencia de los Tribunales hasta la extinción de las sanciones aplicadas.

A efecto de comprender mejor los períodos del procedimiento penal, es oportuno señalar lo siguiente.

C) LA AVERIGUACION PREVIA O PREPARACION DEL PROCESO

De los cuatro períodos, a los fines de este trabajo, interesa el primero, relativo a la Averiguación Previa, mismo que a continuación detallamos.

Antes del ejercicio de la acción penal se procede a la preparación de la misma; este período se llama de averiguación previa y tiene por objeto llenar los requisitos del artículo 16 Constitucional para el ejercicio de la acción penal. El desarrollo de este período corresponde al Ministerio Público.

La actividad investigadora primera fase de la ejecutoria recibe, en ocasiones, el nombre de diligencias Policía Judicial.

Ahora bien, el hecho de que las leyes hagan referencias a esa clase de diligencias, no significa, en modo alguno, que la Policía Judicial, sea un órgano investigador, con facultad de practicar diligencias, con independencia del Ministerio Público. El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no crea dos instituciones autónomas entre sí, ni siquiera vinculadas por relaciones de coordinaciones, sino por el contrario, dos instituciones Ministerio Público y Policía (anteriormente a las reformas de 1996 llamada "Policía Judicial"), claramente subordinada la segunda a la primera. Las diligencias de Policía no son otra cosa que las diligencias de averiguación previa y las practicadas, en su caso, por individuos pertenecientes a la Policía, solamente serán válidas si son dirigidas por el Ministerio Público. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto al respecto que no es exacto que las diligencias practicadas por la Policía carezcan de calidez, porque cuando el Ministerio Público actúa en su carácter de autoridad y jefe de la Policía, el juez puede atribuir eficacia plena probatoria a las diligencias que aquél practique, sin incurrir en violación al artículo 21 Constitucional.

La averiguación previa se inicia:

- I. De oficio
- II. Por denuncia
- III. Por querrela;

I. Iniciación de oficio. Por proceder de oficio se entiende proceder oficiosamente, es decir, en razón de la propia autoridad de que está investido el Ministerio Público de acuerdo con el artículo 21 Constitucional.

Este principio, denominado de la oficiosidad, reconoce dos excepciones: 1o. Cuando se trate de delitos en los que solamente se puede proceder por querrela necesaria, si ésta no se ha formulado; y 2o. Cuando la ley exija algún requisito previo, si éste no se ha cumplido.

La iniciación de oficio, autorizada por los artículos 113 del Código Federal de Procedimientos Penales y 262 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, es violatoria del artículo 16 de la Constitución, toda vez que de acuerdo con este precepto legal, el período que hemos llamado de preparación de la acción, solamente puede ser iniciado previa denuncia, acusación o querrela.

II. Iniciación por denuncia. La denuncia es la relación de hechos constitutivos de posibles delitos, formulada ante el Ministerio Público. El artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 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". Se ha entendido que, de acuerdo con el precepto constitucional transcrito, el

período de averiguación previa solamente puede iniciarse previa presentación ante el Ministerio Público de denuncia, acusación o querrela y que, por lo tanto dicho precepto prohíbe implícitamente la realización de pesquisas (investigaciones o averiguaciones) en consecuencia, todas las autoridades que ejecuten funciones de Policía se abstendrán de indagar respecto de la comisión de delitos en general y solamente procederán aquellos que les han sido denunciados o querrellados.

La denuncia, ¿es potestativa obligatoria? Los artículos 116 y 117 del Código Federal de Procedimientos Penales, establece, desde luego, la obligación de denunciar, por parte de los particulares y de los funcionarios públicos; por el contrario, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal no hace referencia alguna a dicha obligación. Sin embargo, si observamos que ni aún en el primero de los citados Códigos, se conmina con pena alguna el incumplimiento de la obligación de denunciar, llegaremos a la conclusión de que, en realidad, ésta no existe. Obligación sin sanción es una contradicción en sí misma. Por otra parte, la omisión de la denuncia no puede ser constitutiva del delito de encubrimiento, como se sostiene por algún sector de la opinión jurídica, puesto que, de acuerdo con la doctrina más autorizada, los actos de favorecimiento han de ser positivos.

III. Iniciación por querrela. La querrela es, como la denuncia, la relación de hechos constitutivos de delito, formulada ante el Ministerio Público por el ofendido o por su representante, pero expresando la voluntad de que se persiga.

Los delitos perseguibles únicamente por querrela son, de acuerdo al Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal son perseguibles por querrela, los siguientes delitos:

- I.** Violación de correspondencia;
- II.** Ejercicio indebido del propio derecho;
- III.** Hostigamiento sexual;
- IV.** Estrupo;
- V.** Violación a la esposa o concubina;
- VI.** Adulterio;
- VII.** Amenazas comprendidas en el artículo 282, C.P.;
- VIII.** Lesiones comprendidas en el artículos 289, C.P.,
- IX.** Lesiones producidas por transito de vehículos;
- X.** Abandono de cónyuge;
- XI.** Difamación y calumnia;
- XII.** Privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales;
- XIII.** Abuso de confianza;
- XIV.** Daño en propiedad ajena;
- XV.** Los delitos previstos en el Título XII de Código Penal, cuando sean cometidos por un ascendiente, descendiente,

cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, concubina o concubinario; adoptante o adoptado y parientes por afinidad hasta el segundo grado, o terceros que hubieren participado en la ejecución del delito con los sujetos antes mencionados;

XVI. Fraude;

XVII. Despojo, excepto en la hipótesis previstas en los dos últimos párrafos del artículo 395 del C.P.,

XVIII. Peligro de contagio entre cónyuges; y

Violencia familiar, excepto que la víctima se menor o incapaz.

La reforma hecha al Código Penal citado, por Decreto del 16 de febrero de 1971, publicado en el Diario Oficial de 19 de marzo del propio año, en vigor sesenta días después, introdujo hondas modificaciones con relación a la persecución de los delitos culposos cometidos con motivos del tránsito de vehículos, los cuales se perseguirán por querrela de parte en los siguientes casos: a) cuando se cause únicamente daño en propiedad ajena, cualquiera que sea valor; b; cuando se causen las lesiones de las comprendidas en los artículos 289 y 290 del Código Penal y c) cuando se causen ambos resultados, de daño el propiedad ajena y lesiones de las mencionadas. En todo caso, la perseguibilidad por querrela está condicionada a que el sujeto no se encuentre en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes psicotrópicos o de cualquier otra sustancia que produzca

efectos similares y no se haya dejado abandonada a la víctima. Es cuestionable que si el delito de Homicidio por tránsito de vehículos se persiga de oficio. También se sigue persiguiendo de oficio el delito cometido en el sistema ferroviario, de transportes eléctricos, en navíos, aeronaves o en cualquier transporte de servicio público federal.

La querrela es exigida a las Secretarías de Hacienda y Crédito Público y de Gobernación para el ejercicio de la acción penal por delitos fiscales y migratorios, por los artículos 43 del Código Fiscal de la Federación y 123 de la Ley General de Población, respectivamente.

La querrela puede ser formulada, indistintamente tanto por el ofendido como por sus representantes, ya sean legales o contractuales. Con relación a estos últimos, es decir a los apoderados, se ha discutido la calidad del poder que deben tener, sin embargo, la reforma hecha al artículo 120 del Código Federal de Procedimientos Penales, con fecha 2 de enero de 1965, publicada en el Diario Oficial de 13 del propio mes y año, ha resuelto que las querellas formuladas por personas morales se admitirán cuando el apoderado tenga un poder general para pleitos y cobranzas, con cláusula especial para formular querellas, sin que sea necesario acuerdo o ratificación del Consejo de Administración o de Asamblea de Socios o de Accionistas, poder especial para el caso determinado, ni instrucciones concretas al mandante.

Criterio análogo inspiró, sin duda alguna, la reforma hecha al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal por Decreto de 8 de noviembre de 1965, en los siguientes términos: Se reputará parte ofendida para tener por satisfecho el requisito de la querrela necesaria, a toda persona que haya sufrido algún perjuicio con motivo del delito, y, tratándose de incapaces, a los ascendentes y, la falta de éstos, a los hermanos a los que representen a aquellos legalmente. Las querellas presentadas por las personas morales, podrán ser formuladas por apoderados que tengan poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial, sin que sea necesario acuerdo previo o ratificación del Consejo de Administración o de la Asamblea de socios o de Accionistas ni poder especial para el caso concreto. Para las querellas presentadas por personas físicas, será suficiente un poder semejante, salvo en los casos de rapto, estupro, o adulterio, en los que sólo se tendrá por formulada directamente por alguna de las personas a que se refiere la parte final del párrafo primero de este artículo.

La segunda parte del artículo 264 del Código de Procedimientos Penales, en su redacción anterior a la reforma, disponía que "si a nombre de la persona ofendida comparecía alguna otra, bastaba para obtener por legalmente formulada la querrela, que no hubiera oposición de la parte ofendida". La interpretación de este artículo llevaba a la conclusión de que, de una parte, para tener formulada

legalmente la querella, era necesario que el ofendido la conociera y no se opusiera a ella, y de otra parte, la oposición del ofendido, aunque fuera incapaz, vedaba tenerla por formulada; pensamos ahora que la reforma de 1965, salva el problema apuntado. como el nuevo artículo no alude a la hipótesis de que a nombre del ofendido comparezca otra persona hay que entender que solamente es aceptable la querella formulada por alguno de los sujetos a quien dicho precepto reputa ofendido, y que la oposición del incapaz, directamente ofendido, a la querella formulada por su ascendiente, hermano o representante legal, es ineficaz.

El Código Penal extiende el derecho de querella en dos casos excepcionales:

1.- En caso de rapto, en que puede querellarse el marido de la raptada que fuera casada; y

2.- En caso de injuria, difamación o calumnia hecha por ofensa de un difunto con posterioridad a su fallecimiento, en que puedan querellarse el cónyuge, los ascendientes, los descendientes o los hermanos.

La existencia de la querella no se condiciona al empleo sacramental de la palabra, la Suprema corte ha resuelto que "cuando la Ley exige la querella para persecución de un delito, basta, para que aquélla exista, que el ofendido

ocurra ante una autoridad competente, puntualizando los hechos en que se hace consistir el delito". ⁽¹⁵⁾

Como una modalidad especial de la querrela existe la llamada excitativa, es decir, la querrela formulada por representante de un país extranjero para que se persiga a los responsables del delito de injurias proferidas en contra del país que representa, o en contra de sus agentes diplomáticos (artículo 360, fracción II del Código Penal Federal). La excitativa se ha formulado, obviamente, por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores, que es órgano de relación internacional, para que éste la transmita al Procurador General de la República. (Sujetos activos de la querrela. Comprobación de la personalidad de querellante).

La denuncia, la querrela y la excitativa en su caso, provocan la actividad del órgano persecutorio, el cual debe iniciar el período de preparación de la acción legal, con el objeto de ejercitarla, en el supuesto de que mediante la oportuna averiguación llegue a reunir los elementos exigidos por el artículo 16 Constitucional.

Las diligencias de averiguación previa deben enderezarse, en primer término a comprobar la existencia de elementos exigidos por el artículo 16 de la Constitución para el ejercicio de la acción penal, y, en segundo lugar, a

⁽¹⁵⁾ Apéndice del Semanario Judicial de la Federación
2ª. parte. Tesis 257. México, 1993. p. 171.

acreditar los elementos del tipo, tal como lo exige el artículo 19 de la propia Ley fundamental. Es cierto que la comprobación de dichos elementos es materia del auto de formal prisión, pero es menos que los elementos para comprobarlo deben ser aportados por el Ministerio Público, que es a quien corresponde la iniciativa procesal. El Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 168 dispone que "el Ministerio Público y el tribunal en su caso, deberán procurar ante todo que se comprueben los elementos del tipo como base del procedimiento penal". Si el Ministerio Público, al ejercitar la acción, aporta, además de los elementos exigidos por el artículo 16 Constitucional, los del 19 ahorrará la práctica de diligencias durante el período de preparación del proceso.

El Ministerio Público realizará, pues, la función investigadora que le compete, mediante la práctica de las diligencias que sean necesarias, de una parte, para la comprobación de los elementos constitutivos del delito, contenidos en la definición legal, y, de otra, averiguar quienes sean los responsables.

Las mencionadas diligencias, son de dos clases:

a) Obligatorias, señaladas en la ley para la comprobación de toda clase de delitos o para algunos determinados en particular; y

b) Discrecionales, que sin estar expresamente señaladas en la ley, sean necesarias lógicamente para la comprobación de los elementos del delito.

Las diligencias de carácter obligatorio para toda clase de delitos, están mencionados en los artículos 94 a 103 del Código de Procedimientos Penales común y 123 del Código Federal de Procedimientos Penales. En síntesis, dichas diligencias consisten, en su conjunto, como reza el artículo 255 del código citado en primer término, en "dar fe de las personas y de las cosas a quienes hubiere afectado el acto delictuoso".

Dar fe es tanto como establecer una manera auténtica, la existencia de personas, lugares y cosas y describir las características que presentan y el estado que guardan. Las daciones de fe, tan usuales entre nosotros, son, en definitiva, diligencias de inspección ocular o inspecciones ministeriales.

Las diligencias obligatorias para la comprobación de determinados delitos en particular están previstas tanto en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal como en el Código Federal de Procedimientos Penales, se

refieren al homicidio (artículos 105 a 108 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal), aborto e infanticidio (artículos 112 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 173 del Código Federal de Procedimientos Penales), falsedad o falsificación (artículo 119 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal), y robo (artículos 114 y 115 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Por último, las diligencias discrecionales son todas aquellas que, a juicio de quien las practique, sean necesarias para lograr los extremos a que anteriormente nos hemos referido.

Para la práctica de la averiguación previa, el Ministerio público se sujetará a las formalidades exigidas por las normas que regulan la prueba. Sin embargo, pese a la sistemática seguida por el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que incluye los medios de prueba como disposiciones comunes a las diligencias de Policía e instrucción (Sección Primera del Título Segundo), las facultades del órgano jurisdiccional, son más extensas que las del Ministerio Público.

En la averiguación previa debería operar, con mayor razón que en la instrucción, el principio de la concentración de los actos. Con el objeto de lograrla mayor eficacia con la

menor actividad, pues, según se ha dicho con verdad, cada minuto que pasa es la verdad que huye, el conjunto de actos investigatorios debería ser reducido a la unidad. Este principio de concentración, olvidado por el Ministerio Público, que se burocratiza, no lo ha sido por la Ley. Los artículos 121 y 165 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, disponen que para la comprobación de los delitos que requieren conocimientos especiales se utilizarán asociadas las pruebas de inspección ocular y de peritos, y que el Ministerio Público procurará que los que hayan presenciado el delito declaren, si es posible, en el mismo lugar de los hechos, respectivamente. *

La tramitación de la averiguación previa no está sujeta a término alguno, pero entendemos que en aquéllos casos en que hubiere detenido, el ejercicio de la acción penal debe ser inmediato a la aprehensión, toda vez que el artículo 16 Constitucional, manda que todo detenido que lo haya sido sin orden judicial, en los casos autorizados por el citado precepto, debe ser puesto inmediatamente a disposición de la misma. Diligencias del período de preparación del ejercicio de la acción.

D) UBICACION DE LA AVERIGUACION PREVIA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO.

Para que se inicie el procedimiento y pueda darse válidamente el proceso, doctrinaria y legalmente se ha señalado la necesidad ineludible de ciertos elementos que le den vida; afirmación que nos conduce al estudio de los presupuestos procesales, de las condiciones objetivas de punibilidad, de las cuestiones prejudiciales y de los requisitos de procedibilidad.

Aunque estos temas aún no han sido delimitados claramente en el orden doctrinal, haremos referencia a ellos para precisar en mejor forma los requisitos de la procedibilidad.

Raúl Alberto Frosali, llama presupuestos procesales "a las condiciones para la existencia jurídica de una relación de naturaleza procesal, admitiendo que si éstos no se dan, ningún acto puede adquirir esa naturaleza, ni ninguna decisión puede llegar a tener carácter jurisdiccional. En consecuencia, los presupuestos procesales son: la capacidad para promover la acción penal y la capacidad jurisdiccional".

(16)

(16) Cit. por GARCIA RAMIREZ, Sergio. El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano. 2ª. edición, Porrúa. México, 1996. p. 207.

Miguel Fenech señala que "los presupuestos procesales propiamente dichos, son aquéllos de los cuales depende la admisibilidad y eficacia del proceso mismo y los presupuestos de los actos, por referirse a un acto particular".⁽¹⁷⁾

Manzini manifiesta: "Los presupuestos procesales son aquellas condiciones de existencia, los requisitos esenciales para el nacimiento y la válida constitución de la relación procesal considerada en sí misma y en sus fases diversas".⁽¹⁸⁾

Distingue además, los presupuestos referentes al contenido material del proceso, de los atinentes a la sentencia y a los contenidos formales de él.

Los primeros conciernen al Derecho Penal substancial, independientemente de que se reflejen necesariamente en el Derecho Procesal.

Los segundos constituyen el objeto propio de nuestro estudio y tomando en cuenta, el autor mencionado, que la relación procesal no existe, propiamente, sino hasta que se ha promovido la acción penal, parte de este supuesto para establecer como presupuestos procesales los siguientes:

⁽¹⁷⁾ Ibidem p. 218.

⁽¹⁸⁾ Cit. por GONZLAEZ BUSTAMENTE, Juan José.
Principios de Derecho Procesal Mexicano, 4ª. edición
Porrúa México, 1996. p. 321.

a) La iniciativa del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal;

b) La legítima constitución del juez;

c) La intervención, la asistencia y eventualmente, la representación del imputado en los casos y en las formas ordenadas por la ley.

Pero los presupuestos procesales sin los cuales no puede haber un legítimo procedimiento penal, presuponen a su vez un elemento meramente material o material-formal, indispensable para su consideración práctica.

Este elemento es el hecho jurídico de la noticia del delito (*notitia criminis*), noticia que puede vincularse a determinados actos jurídicos que influyen en la constitución de la relación procesal (denuncia, querrela, requerimiento, etc.) o puede provenir de otra fuente, determinando la actividad del órgano competente para promover la constitución de dicha relación.

Según Eugenio Florián, los presupuestos son: "las condiciones mínimas cuyo cumplimiento es necesario para que exista, genéricamente, un proceso en el cual el órgano judicial pueda proveer". ⁽¹⁹⁾

⁽¹⁹⁾ FLORIAN, Eugenio. De las pruebas penales op. cit. p. 331

De acuerdo con este autor, para que se dé el proceso son indispensables: un órgano jurisdiccional penal, legítimamente constituido, con jurisdicción penal genérica, sea o no competente en el caso concreto; una relación de Derecho Penal; la presencia del Ministerio Público y de la defensa.

De las ideas expuestas, colegimos que, los autores mencionados señalan un conjunto de antecedentes jurídicos previos para que se constituya el proceso, y en efecto, así es: sin el acto o hecho material de Derecho Penal, sin el órgano de la acusación, sin la presencia del órgano de la jurisdicción y sin el órgano de la defensa, no es posible concebirlo, pues aunque se diera el delito, si no se integrará la relación procesal no habría proceso. La existencia de las condiciones que hagan válida la actuación de esos elementos, no es determinante para la constitución de dicha relación, pues esta es independiente, por ejemplo: cuando el juez no está legalmente constituido, esto no permitiría un proceso válido en su conjunto, la relación jurídica si cobraría vigencia; independientemente de que el acto procesal, singularmente considerado, estuviera viciado.

Las condiciones objetivas de punibilidad, según algunos especialistas de la parte general del Derecho Penal, son exigencias, ocasionalmente establecidas por el legislador, para que la pena tenga aplicación, por ejemplo: la previa declaración de quiebra para poder perseguir el delito de

quiebra fraudulenta (artículos 111, 112 y 113 de la Ley de quiebras vigente), la previa declaración de nulidad del matrimonio para proceder en contra del raptor que contrajo matrimonio con la raptada, etc.

Las condiciones objetivas de punibilidad, según los ejemplos citados y a los que alude también, entre otros autores, Antolisei, dentro del Derecho de Procedimientos Penales se identifican con las llamadas "cuestiones prejudiciales", consideradas como: "cuestiones de Derecho cuya resolución se presenta como antecedente lógico y jurídico de la de Derecho Penal objeto del proceso y que versan sobre una relación jurídica de naturaleza particular y controvertida"; y también, con los requisitos de procedibilidad.

En el fondo, se trata de una misma cuestión, quienes hablan de condiciones objetivas de punibilidad lo hacen desde el aspecto general de Derecho Penal, y los que aluden a cuestiones prejudiciales enfocan el problema desde el punto de vista procesal; en cambio, los requisitos de procedibilidad son condiciones que legalmente deben satisfacerse para proceder en contra de quien ha infringido una norma determinada de Derecho Penal.

CAPITULO III

IMPORTANCIA DE LA ACREDITACION DE LA DEFENSA LEGITIMA EN LA AVERIGUACION PREVIA A NIVEL AGENCIA DEL MINISTERIO PUBLICO

En la actualidad es de capital importancia una adecuada integración por parte del Ministerio público para que no haya duda sobre el ejercicio de la acción penal, por que en la legislación mexicana la extensión de la defensa legítima, es demasiado amplia, pues comprende la defensa de la vida, de las personas, de la libertad, de los bienes y del honor, y está no sólo en relación con los bienes jurídicos propios, sino también con la protección de los ajenos. Es por ello que en este capítulo trataré de precisar la procedencia o momento procesal oportuno en que se presenta la defensa legítima en la averiguación previa y sobre todo la importancia de una adecuada integración de esta primera fase procedimental.

A) UBICACION DE LA DEFENSA LEGITIMA EN LA TEORIA DEL DELITO

La defensa legítima es una de las causas de justificación de mayor importancia, por lo que antes de exponer los diferentes problemas que presenta en el Derecho Penal Mexicano, es necesario proceder a la ubicación de ésta dentro de la teoría del delito.

El delito es un hecho y se sitúa en el mundo de la facticidad; por tanto, su contenido es rigurosamente fáctico. A diferencia de la norma jurídico penal, que es general abstracta y permanente, el delito es particular, concreto y temporal. Particular, porque es obra de un sujeto o sujetos individualmente determinados; concreto, porque es un hecho determinado; y temporal porque se limita su realización a un momento o lapso plenamente determinados.

Este hecho, así caracterizado, es relevante para el derecho penal en razón de estar previamente descrito en un tipo legal.

Cuando se analiza el hecho constitutivo del delito, para conocer su contenido se advierte que una parte de ese contenido surge en el momento de ser realizada la acción o la omisión, y que otra parte del mismo ya existía en el mundo fenoménico antes de la realización de la conducta. Por otra parte, también se advierte que ese contenido que surge con la conducta tiene la propiedad de ser lesivo del bien o violatorio del deber; y que en cambio, el contenido que ya preexistía, no tiene las propiedades anotadas. Esto permite diferenciar con toda precisión esos contenidos: "al que surge con la conducta se le denomina elementos del delito; al preexistente, presupuestos del delito" (20) .

El hecho, con el contenido señalado, configura un delito sólo cuando hay tipicidad, es decir, cuando el hecho se

adecua con toda exactitud a un tipo legal y, además un específico grado de culpabilidad determinado por el ejercicio de la libertad y los reductores del tal ejercicio. Cuando por el contrario, no se satisface el requisito de la exacta adecuación, se estará frente a la atipicidad.

Ahora bien, los llamados presupuestos son antecedentes fácticos del delito, adecuado a un tipo legal y necesarios para la existencia del delito.

Ellos son:

"a) Deber jurídico penal típico;

b) Bien jurídico típico;

c) Sujeto Activo típico, con su semántica particular; voluntabilidad, imputabilidad, calidad de garante, calidad específica y pluralidad específica.

d) Sujeto Pasivo, también con su semántica particular: calidad específica y pluralidad específica; y

e) Objeto Material típico:"⁽²¹⁾

⁽²¹⁾ ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga. Análisis de los delitos contra la vida. 2a. edición, Trillas México 1996. p. 95.

Estos presupuestos se ubican en el mundo fáctico y se adecuan a los cinco primeros elementos del tipo legal, recibiendo de ellos su denominación y su contenido.

En cambio, los elementos del delito, adecuado al tipo legal, son, en rigor lógico, subconjunto del delito en los que se concretiza la semántica de los subconjuntos del tipo del mismo nombre y a los cuales se asocia el subconjunto culpabilidad para constituir el conjunto denominado delito.

Los elementos del delito son:

"a) Kármel típico, integrado por:

aa) Voluntad dolosa o voluntad culposa,

bb) Actividad o Inactividad,

cc) Resultado material y, por tanto nexos casual,

dd) Modos de comisión,

ee) Referencias Temporales,

ff) Referencias espaciales,

gg) Referencias de ocasión,

d) Lesión o puesta en peligro del bien jurídico penal típico.

c) Violación del deber jurídico penal, típica;

d) Culpabilidad."⁽²²⁾

Entre estos subjetivos del delito se establecen las siguientes relaciones lógico jurídicas;

a) Dado el kernel y la lesión del bien jurídico es posible que en unos casos el kernel produzca la lesión del bien jurídico y en otros casos no la produzca. La relación inversa sólo admite una posibilidad: La lesión del bien jurídico requiere siempre un kernel, en el lenguaje lógico, esto se expresa diciendo que la lesión del bien implica al kernel más en kernel no implica a la lesión. Por tanto, el kernel se sitúa, en el delito, antes que la lesión del bien.

b) Dado el kernel y la violación del deber jurídico penal, caben estas posibilidades: o el kernel es el violatorio del deber jurídico penal o el kernel no es violatorio del deber.

⁽²²⁾ BUSTOS RAMIREZ, Juan. Culpabilidad de los delitos culposos. 7a. edición, Trillas México, 1996. P. 131.

A la inversa: la violación del deber jurídico penal sólo es posible a través del kernel, pero éste no implica a aquella. En consecuencia, el kernel se ubica antes que la violación.

c) Dado el kernel y la culpabilidad, es posible que en algunos casos el kernel sea reprochable, y en otros casos no lo sea. La reprochabilidad, por el contrario, lo es siempre respecto de un kernel. La relación entre ambos conceptos, es, pues, la siguiente: La culpabilidad implica el kernel, aunque éste no implique aquélla. Por ende, el lugar del kernel en la estructura es anterior a la culpabilidad.

d) Dadas la lesión del bien jurídico y la violación del deber jurídico penal, no toda lesión es violatoria del deber; o sea, son posibles dos supuestos: la lesión es violatoria del deber, o la lesión no es violatoria del deber y requiere necesariamente una lesión del bien. Formalmente, la violación del deber jurídico penal implica a la lesión, pero la lesión no implica a la violación. Consecuentemente, la violación se ubica después de la lesión.

e) Dadas la lesión del bien jurídico y la culpabilidad, caben dos hipótesis: Lesión del bien reprochable, o lesión del bien no reprochable. A la inversa la relación es ésta: no hay reprochabilidad sin lesión del bien, lógicamente la culpabilidad implica a la lesión, pero ésta no implica a

aquella. Por tanto, el lugar de la culpabilidad, en el delito, es posterior al de la lesión.

f) Dadas la violación del deber jurídico penal y la culpabilidad, no toda violación es reprochable. El reproche, sin embargo, se da siempre en relación a una violación. Esto significa que la culpabilidad es la omisión de la diligencia que exige la naturaleza de la obligación y corresponde a las circunstancias de las personas, de tiempo y de lugar. En consecuencia, la violación es previa a la culpabilidad.

De lo anterior se siguen consecuencias:

1) De a), b), se infiere que el primer elemento del delito es el Kernel;

2) Los razonamientos, e) permiten afirmar que la lesión o puesta en peligro ocupa el segundo lugar en la estructura del delito;

3) De f) se concluye que la violación del deber jurídico penal se ubica en tercer lugar, y la culpabilidad se sitúa como último elemento del delito.

Por otra parte, el si la violación implica a la lesión y ésta implica al kernel, entonces la violación implica tanto a la lesión como al kernel. Por tanto, en la definición del

delito se puede prescindir de toda referencia expresa al kernel y a la lesión. De esta manera, el delito se define relacionando entre sí la violación y la culpabilidad.

2) Presupuestos del delito (Tipicidad y Antipicidad).

Los presupuestos del delito necesarios tienen que coincidir en su semántica, con la de los correspondientes elementos del tipo legal. Cuando esta coincidencia necesaria no se satisface, se está frente a alguna hipótesis de atipicidad por ausencia de presupuesto típico.

B) REQUISITOS DE LA DEFENSA LEGITIMA

Los elementos que deben de ocurrir que sea aceptada legalmente la defensa legitima, de acuerdo con lo estipulado por el Código Penal para el Distrito Federal, son los siguientes:

I. El hecho se realice sin intervención de la voluntad de agente.

II. Faltare alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate;

III. Se actúa con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, con los siguientes requisitos:

a) Que el bien jurídico sea disponible;

b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y

c) Que el consentimiento sea expreso o tácito;

IV. Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos;

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender;

V. Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio ajeno, de un peligro real, actual o inminente;

VI. La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho;

VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél;

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

A) Respecto a la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma;

Si los errores a los que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código.

IX. Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó;

X. El resultado típico se produce por casos fortuito.

Otro carácter de la agresión es que sea violenta, ahora bien esa violencia forzosamente es física.

La fuerza física en el caso de la defensa legítima debe ser determinante, obra sobre la voluntad del agente coaccionando el espíritu por el temor fundado en un mal inminente y grave.

Puede tener su origen en fuerzas físicas o en los actos de un tercero que se traducen en amagos o amenazas capaces de intimidar, pero siempre actúan materialmente en el individuo.

Para aclarar la irresponsabilidad en la defensa legítima, es necesario que se reúnan ciertas condiciones:

"a) Que el mal se trata de evitar sea completamente grave;

b) Que sea injusto

c) Que no pueda evitarse de otra manera más que apelando a un bien jurídico".⁽²³⁾

La agresión debe de ser sin derecho, es decir, que no haya motivo ni antecedente que la justifique por eso no cabe la defensa legítima, dice Carraca, cuando el mal que amenaza es enteramente legítimo, esto no puede ejercitarse contra los funcionarios que ejerzan legítimamente sus funciones, ni tampoco contra el que se defiende legítimamente, ni contra el que ejercita un derecho; pero si sabe la defensa legítima, cuando esos funcionarios obran arbitrariamente.

⁽²³⁾ GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Op. Cit. P. 329.

Por lo que se refiere al requisito de un peligro inminente, esto significa que el peligro sea inmediato, próximo y que constituya un mal de cierta gravedad.

La agresión puede manifestarse en distintas formas, bien puede ser física; como fuerza material en el cuerpo de las personas o cosas, es decir, debe ser siempre bajo una agresión que intente o dañe al agredido de manera inminente.

No todos los ataques, las ofensas pueden crear situaciones de peligro grave inmediato, en las cuales se atenta contra los bienes jurídicos de la persona, los insultos, las injurias y las amenazas, son sin lugar a dudas conductas ofensivas y que por lo tanto son castigadas por la ley, pero sin embargo no crean situaciones graves por peligro inminente en la persona para que ésta se legitime en la defensa legítima.

Además, hay que hacer la aclaración que tratándose de amenazas de un mal, no todas pueden considerarse como agresiones violentas, sino sólo aquellas que por ir acompañadas de un hecho llevan consigo la inminencia del peligro, puede suceder que la amenaza sólo sea un mal futuro o mediato, por ejemplo: Una simple provocación, invitación o reto, para riña, cuando el agredido reaccione aceptado el reto, el mismo está ayudando a crear una situación de peligro inminente, pero la simple invitación no es motivo suficiente

para decir que existe en ese momento la agresión violenta, en todo caso se necesitará la aceptación por parte del agredido, el cual ha tenido el tiempo suficiente para recurrir ante la protección del Estado, y por lo tanto no podrá justificarse manifestando que obró en defensa legítima.

La simple invitación no constituye una agresión violenta, en la cual pueda fundamentarse la defensa legítima ya que por sí sola no crea una situación de peligro grave que atenta en contra de los derechos vitales de la persona, sino que es necesario la aceptación de la parte invitada.

Como se verá, es necesario que la agresión sea rechazada en el instante presente en que se manifiesta.

Mario Jiménez Huerta, "No hay duda que la legítima defensa (actualmente defensa legítima), no puede existir cuando el agredido ha provocado pérfidamente la agresión con el fin de crear artificialmente una situación de necesidad, para ampararse en la misma, privar de la vida al provocado, pues desde el punto de vista de la pureza objetiva del derecho, no puede considerarse como necesaria aquella defensa que ha sido creada provocando la agresión. Estas hipótesis son conocidas con el nombre de PRETEXTO DE LEGITIMA DEFENSA. (DEFENSA LEGITIMA)."⁽²⁴⁾

⁽²⁴⁾ BUSTOS RAMIREZ, Juan. Op. Cit. P 330.

Concluyendo, puedo decir que si buscamos exprofeso ser agredidos para vengarnos de secretos resquemores contra otro a quien sabemos excitable, si lo excitamos o le provocamos con burlas, en voz baja, haciendo que el individuo explosivo saque un arma para así matarle con todas las experiencias de una causa de justificación, no ejecutamos una defensa legítima, sino que la hemos buscado como pretexto o no nos será aprovechable".

1. Artículo 15 fracción IV del Código Penal.

El Código Penal establece en su artículo 15, fracción IV, lo siguiente:

"Artículo 15. El delito se excluye cuando:

IV. Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier

persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto a las que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;

De lo antes expuesto, se desprende y se colige que para efectos de que se repunte excluido el delito, debe apegarse a lo estipulado de manera estricta por el artículo 15, fracción IV antes citado y se cumplan con las disposiciones legales y prácticas de la defensa legítima.

C) LA DEFENSA LEGITIMA EN LA AVERIGUACION PREVIA

El procedimiento penal, consta de cuatro períodos: averiguación previa, instrucción, juicio y ejecución de sentencia.

La averiguación previa, o período de preparación de la acción penal, se inicia con la denuncia o la querrela y concluye cuando el Ministerio Público está en aptitud de ejercitar la acción penal, de tal manera que, con la consignación de los hechos al órgano jurisdiccional, se inicia el proceso y con ello, su instrucción.

La ejecución de sentencia, no consideramos que deba incluirse como un período del procedimiento, como lo indica el Código Federal, porque, de acuerdo con su naturaleza y

funciones, corresponde al Ejecutivo, quien a través de los organismos correspondientes la lleva a cabo.

Esta materia forma parte del contenido del Derecho Penitenciario, en virtud de que, como lo indicamos anteriormente, el procedimiento penal termina cuando la sentencia ha alcanzado la categoría de cosa juzgada".

La acción penal da vida al proceso y para que pueda ser ejercitada, será indispensable preparar su ejercicio durante la primera etapa llamada averiguación previa.

Satisfechos los requisitos legales que gobiernan la averiguación previa, en su caso, el Ministerio Público estará en posibilidad de provocar la actividad jurisdiccional; a partir de ese momento, se darán los actos persecutorios que caracterizan al período instructorio. Durante el juicio, la acción penal obliga a que se concreten en definitiva los actos de acusación, al igual que los de defensa; de esa manera, con base en ellos, se dictará la resolución judicial procedente, definiéndose así la pretensión punitiva estatal.

Si bien es cierto que el procedimiento penal forma un todo armónico, se distinguen dentro de el diferentes períodos con características propias. Los caracteres principales que encontramos en el período de la fase preparatoria de la acción penal, son los siguientes;

1o. Es producto de la función de policía que realiza el Ministerio Público al investigar la existencia de los delitos y la identificación de los autores de éstos.

2o. El Ministerio Público, durante la averiguación previa, actúa como autoridad.

3o. Las diligencias practicadas por el Ministerio Público en la indagatoria previa tienen valor probatorio pleno.

4o. En la averiguación previa prepondera el elemento inquisitivo, el secreto y la escritura.

A continuación nos ocuparemos de los expresados caracteres:

1. Conforme a las ideas contenidas en la conocida exposición de motivos del proyecto de Querétaro, formulada por don Venustiano Carranza, la Constitución de 1917, en su artículo 21, hizo la separación precisa entre las funciones del Ministerio Público y las de autoridad judicial, para lograr, en el aspecto penal, la recta y pronta administración de justicia y acabar con los vicios del procedimiento penal, así como los atropellos que en nombre de la propia administración de justicia, cometían los jueces de la época tratando de averiguar ellos mismos los delitos y buscar

pruebas, realizando verdaderos asaltos contra reos, para obligarlos a confesar, pues el Ministerio Público, si bien existía organizado en las leyes, en la práctica no cumplía con sus funciones y resultaba una figura decorativa. La reforma constitucional consideró necesario dejar exclusivamente a cargo del Ministerio Público la persecución de los delitos y la búsqueda de los elementos de convicción, para poner fin las citadas anomalías, dando con ellos a esta Institución toda la importancia que le correspondía y restituyendo a los jueces toda la dignidad y toda la respetabilidad de la Magistratura al encomendar a estos últimos, de manera exclusiva, la imposición de las penas.

De acuerdo con lo anterior, el artículo 21 de la Constitución de 1917, hizo del Ministerio Público el Jefe de la Policía Judicial y los jueces dejaron de ser miembros de ésta para desempeñar exclusivamente la función que les es propia o sea la de aplicar el derecho al Caso concreto.

Con base en las ideas anteriores, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, al interpretar el artículo 21 Constitucional, las leyes orgánicas del Ministerio Público y nuestros códigos procesales, han concluido que es al Ministerio Público a quien incumbe, en forma exclusiva, la persecución de los delitos y, con ella, el ejercicio de la acción penal. La tesis jurisprudencial número 17, del mencionado alto Tribunal, dice.

"ACCION PENAL. Su ejercicio corresponde exclusivamente al Ministerio Público; de manera que, cuando él no ejerce esa acción, no hay base para el procedimiento; y la sentencia que se dicta sin que tal acción se haya ejercido auto de formal prisión, el auto de formal prisión con sujeción a proceso, o en su caso, el de "libertad por falta de méritos".

En el juicio, también examinará las actuaciones antes mencionadas, relacionándolas con las demás probanzas rendidas después del auto de formal prisión, al igual que las presentadas durante la audiencia final, constatando así, la existencia o falta, del elemento del tipo penal, con las consecuencias que una u otra situación producirán.

D) DEMOSTRACION DE LA DEFENSA LEGITIMA Y SU MARCO LEGAL

La defensa legítima es una de las causas de justificación de mayor importancia .Para Cuello Calón "es legítima la defensa (actualmente defensa legítima) necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor. "(25)

Según Franz Von Liszt, "se legitima la defensa necesaria para repeler una agresión actual y contraria al Derecho Mediante una agresión contra el atacante. "(26)

Para Jiménez de Asúa "La defensa legítima es repulsa de una

agresión antijurídica actual o inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de lo racional y proporcional de los medios."⁽²⁷⁾

Todas las definiciones son más o menos semejantes: repulsa de una agresión antijurídica y actual por el atacado por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección.

"Para la Escuela Clásica, la defensa legítima descansa en la necesidad; ante la imposibilidad de que en un momento dado el Estado acuda en auxilio del injustamente atacado, para evitar la consumación de la agresión, es lícito y justo que él se defienda; así, la defensa privada es sustitutiva de la pública."⁽²⁸⁾

Según los positivistas, "si el agresor muestra su temibilidad al atacar injustamente, resultará lícito cuanto se haga para rechazarlo, por tratarse de un acto de justicia social; el sujeto que se defiende no es peligroso."⁽²⁹⁾

⁽²⁷⁾ JIMENEZ DE ASUA, Luis. Derecho Penal. 2a. edición Bosch, España, 1970 P. 425.

⁽²⁸⁾ RIVERA SILVA, Manuel. El procedimiento penal 7a. Edición, porrua, México, 1996. P. 238.

⁽²⁹⁾ *Ibidem*. P. 239.

Carranca y Trujillo, conciliando diversas opiniones, afirma "que la defensa privada se legitima suficientemente, tanto por la necesidad, como por la ausencia de temibilidad en el sujeto, relevada por sus motivos y fin, así como por la imposibilidad en que el Estado se encuentra para acudir en defensa del interés agredido injustamente".⁽³⁰⁾

En el capítulo anterior, se ha anotado como fundamento de la defensa legítima, al igual que en otras justificantes, la preponderancia de intereses, pero no por considerar de mayor importancia el interés del agredido que el del injusto agresor, sino en virtud de existir para el Estado una preponderancia indiscutible en el interés de mantener incólumes los derechos y bienes jurídicos integrantes del orden social, sobre la posibilidad de que se cause daño al agresor de esos derechos, y por tanto, trastornador del orden público, de la paz pública y de cuanto constituye la médula, el fin y la razón de ser del propio Estado, con el propósito de paralizar su ataque. La comparación no debe establecerse entre los bienes o intereses individuales, sino sobre el interés público por el orden, la seguridad y las garantías para los derechos de quienes se mantienen dentro de la paz y la disciplina social, frente al interés público por mantener intangible y seguro al individuo transgresor de la ley y amenaza pública; pues si es verdad que a todos los hombres se

⁽³⁰⁾ CARRANZA Y TRUJILLO, Raúl. Código Penal anotado
10a. edición, Porrúa, México, 1996 P. 391.

ha garantizado la vida y el disfrute de los mismos bienes jurídicos, esto es mientras observen un mínimo de solidaridad y de respeto para los demás y para la comunidad en que viven, y no hasta el grado de permitirles que destruyan el orden y el bien común al amparo de aquellas garantías. Se da preeminencia al bien social sobre el bien de un particular que el propio interesado expone al constituirse en agresor y por eso es lícito y jurídico sacrificar una vida o un bien concreto cuando una y otra han sido comprometidos por su propio titular; amparar la integridad o la vida de un ciudadano, deja de ser interés social cuando se vuelve contra la sociedad y la disciplina, que son los verdaderos objetivos de toda protección penal. En la defensa legítima está de por medio siempre un bien más valioso; por eso es jurídico el sacrificio del interés que socialmente resulta menor, aun cuando desde puntos de vista individuales pudiera parecer igual o mayor.

De acuerdo con Ignacio Villalobos a cuyos conceptos nos hemos referido en forma casi textual en el anterior párrafo, "debe tenerse muy presente que quien ejerce la defensa legítima, obra con derecho y no como un aturdido o un irresponsable, ni como un pobre hombre a quien benévola-mente se puede excusar." ⁽³¹⁾

⁽³¹⁾ VILLALOBOS, Ignacio, Op. Cit. P. 283.

Como elementos de la defensa legítima se señalan los siguientes: a) Una agresión injusta y actual, b) Un peligro inminente de daño, derivado de la agresión, sobre bienes jurídicamente tutelados; c) Repulsa de dicha agresión.

En nuestro derecho positivo, el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal en su fracción IV preceptúa, lo siguiente:

"Artículo 15. El delito se excluye cuando:

IV. Se repele una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y o medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión.

Repeler es rechazar, evitar, impedir, no querer algo. Por agresión debe entenderse la conducta de un ser que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos. Según la nueva fórmula legal ahora en vigor, la agresión ha de ser real, es decir, no hipotética o imaginario; debe también ser actual o inminente, es decir, presente o muy próxima. Actual es lo que está ocurriendo; inminente lo cercano, inmediato. Si la agresión ya sea consumo no existirá la defensa legítima, sino una venganza privada reprobada por el artículo 17 de nuestra Constitución al establecer: "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho..." La reacción contra situaciones pretéritas no sería evitación y ésta es la esencia de la defensa legítima. Tampoco se integra la justificación ante la posibilidad, más o menos fundada, de acciones futuras remotas, ya que la ley habla de la agresión ha de ser actual o inminente, esto es, de presente o muy cercana.

La reformada fracción III del artículo 15 del Código ya no alude a que la agresión sea violenta, pues como explica el maestro Carrancá y Trujillo, la sola idea de agresión encierra la de violencia.

Pero no basta una agresión real, actual o inminente, precisa también que sea injusta, sin derecho; esto es, antijurídica, contraria a las normas objetivas dictadas por el Estado. Si la agresión es justa, la reacción defensiva no

puede quedar legalmente amparada; por ello no opera la justificante contra actos de autoridad, a menos que la reacción sea contra el abuso, el cual, por constituir un delito, da lugar a la defensa legítima.

Dicha agresión ha de amenazar bienes jurídicamente tutelados pertenecientes al que se defiende o a terceros a quienes se defiende, por aludir la ley a bienes jurídicos propios o ajenos. Antes de la última reforma, en el precepto se aludía a la defensa de la persona, honor o bienes de otro a quien se defiende. Actualmente se alude en forma genérica a la defensa de bienes propios o ajenos, como se ha indicado.

Al igual que en el texto anterior, en la comentada fracción III del artículo 15 reformado, se exige que exista necesidad racional de la defensa empleada y que no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Ya no se menciona en la ley la inoperancia de la defensa legítima cuando el agredido previo la agresión y pudo fácilmente evitarla por medios legales. Tampoco el caso relativo a si el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por otros medios legales, o notoriamente de poca importancia comparado por el causado por la defensa, pues como se ha repetido, la nueva fórmula genérica sólo destaca la necesidad racional de la defensa y la no provocación suficiente e inmediata.

Respecto al marco legal de la defensa legítima podemos decir que en el Derecho Mexicano se ha reconocido de modo constante la defensa legítima con el más alto valor justificante, e incluso un texto constitucional vigente la sanciona como un derecho consagrado en favor de toda persona: El artículo 10 Constitucional consagra en favor de todo hombre "el derecho a poseer armas en su domicilio para su seguridad y defensa legítima, con excepción de las prohibidas por la ley federal y de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional. La Ley Federal determinará los casos, condiciones requisitos y lugares en que se podrán autorizar a los habitantes la portación de armas. Tal consagración constitucional da a la defensa legítima una elevada jerarquía jurídica, de la que carecen las demás excluyentes que sólo tienen consagración en el Derecho secundario.

En nuestro derecho la excluyente nació con íntegra continuación en el Código penal de 1817 (artículo 34 fracción VIII), siendo reproducida por el Código Penal de 1929 (artículo 4o. Fracción III) y por el vigente con ligeras variantes.

El Código Penal de Veracruz de 1835 (nuestro primer ordenamiento penal), inspirado en el español de 1822, había instituido que: "No estará sujeto a pena alguna el homicidio que se cometa en los siguientes casos; 1o. En el de la

necesidad de ejercer la defensa legítima y natural de la propia vida, o de la de otra persona contra una agresión injusta, en el acto de la agresión injusta, cuando no hay otro medio de repelerla; 2o. En de repelar alguna agresión sobre bienes propios o ajenos, resultando la muerte de la defensa necesaria para la conservación de aquéllos; 3o. En el de defender la libertad propia, de los padres, hijos, de la mujer o hermana, o de la persona de una mujer o cuyo honor se atente con fuerza o violencia, no presentándose en el acto otro medio de evitar el atentado. "(Artículo 558).

El artículo 15 fracción IV del Código Penal vigente señala como excluyente de responsabilidad penal:

"Artículo 15. El delito se excluye cuando:

IV. Se repela una agresión real, actual o inmitente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño o a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde

exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelan la probabilidad de una agresión;"

Los textos anteriores nos permiten sistematizar sí los elementos de la defensa legítima, según el texto de la propia ley:

a) Una agresión actual, violenta y sin derecho, de la que resulta un peligro inminente,

b) Qué esté dirigida dicha agresión contra una persona, su honor o sus bienes, entendiéndose por estos últimos los "económicos", pues al decirse "honor" se comprende el patrimonio moral o espiritual;

c) El rechazo de una agresión, verificado por el agredido o por un tercero.

d) Que el agredido no haya dado causa inmediata y suficiente para la agresión;

e) Que no haya previsto o podido fácilmente evitar por otros medios legales;

f) Que sea proporcionando el medio que se emplee en la defensa.

Llenados estos requisitos, la consecuencia es la inculminación.

Carrancá y Trujillo sostiene: "Para que pueda existir la legítima defensa (actualmente defensa legítima) privada, se necesita la conjunción de los siguientes elementos: una agresión; un peligro de daño derivado de ella, y una defensa, o acción de repelar dicha agresión. Cada uno de estos elementos está condicionado por diferentes requisitos que los califican señaladamente en la ley."⁽³²⁾

Liszt "Agresión es todo hecho de poner en peligro por medio de un acto positivo, una situación existente, jurídicamente protegida."⁽³³⁾

Von Hippel dice: "Agresión es la injerencia en la esfera del poder ajeno, protegida jurídicamente, y que se produce contra los bienes jurídicos."⁽³⁴⁾

La agresión, condición sine qua non es un elemento de carácter objetivo. Por agresión entendemos la conducta de un ser viviente racional o irracional, moralmente imputable o no, que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos, puede por tanto venir la agresión de un loco, de un niño,

⁽³²⁾ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Op. Cit. P. 413.

⁽³³⁾ Ibidem. P. 416.

⁽³⁴⁾ RODRIGUEZ, Ricardo. Op. Cit. P. 419.

como de un ser humano responsable, y aún en sentido lato de una bestia, y puede rechazarse cualquier persona.

La agresión puede ser material o desarrollada mediante una actividad física peligrosa para la integridad física del agredido, o puede ser moral o poner en peligro la integridad moral del agredido, puede constituir en amenazas, atendiendo a la definición de Mezguer, en ofensas del honor, etc., tal se desprende los intereses que ampara la excluyente en nuestro derecho.

Agresión en todo hecho de poner en peligro por medio de un acto positivo, una situación existente jurídicamente protegida.

Para los efectos justificativos de la exculpante de defensa legítima, de acuerdo con nuestra Jurisprudencia, por agresión se entiende el movimiento corporal del atacante, que amenaza lesionar o lesiona intereses jurídicamente protegidos y que hace necesaria la objetividad de la violencia por parte de quien la rechaza.

Generalmente el ataque tiende a transformar un determinado estado, pero también el no hacer nada u omitir, puede representar un ataque de intereses ajenos, si el que omite tiene la obligación de actuar, ejemplo: el no poner en libertad a un recluso una vez extinguido el tiempo de la

condena, siendo indiferente la índole del interés jurídicamente protegido al que el ataque se dirige; el no abandono del edificio por el locatario a pesar de haber transcurrido el plazo arrendamiento de donde se deduce que también es posible un ataque en forma de la llamada comisión por omisión.

"Mezger sostiene que el ataque debe partir de un ser dotado de vida; los objetos inanimados, aún cuando de ellos pueda emanar peligro, no pueden atacar, en cambio, puedan realizar una agresión los animales vivientes."⁽³⁵⁾

Algunos autores no aceptan la tesis más que en el supuesto de que el animal sea azuzado por un hombre, pero en tal caso el animal no es más que un simple medio.

Von Hippel objeta esta última tesis diciendo: "Sería absurdo que en situaciones por lo demás idénticas, se pudiera matar ilícitamente al animal que azuzado por un hombre nos acomete, pero no en cambio al animal que lo hace impulsado sólo por instinto. No lo sería menos el que frente a seres humanos (incluso niños, enfermos mentales, y personas víctimas de un error) se pudiera ejercitar cualquier clase de defensa que fuera necesaria, mientras que respecto a los animales sólo fuera lícita la defensa proporcionada.

⁽³⁵⁾ MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. 6a. edición Depalma, Argentina 1980. P. 412.

Jiménez de Asúa expresa que "no tiene razón Von Litz al dudar de si cabe defenderse contra dementes; cabrá la defensa legítima contra toda agresión, y es susceptible de agresión el que es capaz de realizar actos. El loco tiene voluntad y motivaciones, aunque sean anormales; por eso su acto es agresivo y nos constituye en defensores cuando le repelemos. En cambio, ni el dormido, ni el sugestionado son capaces de acción; por tanto no cabe la defensa legítima contra sus aparentes agresiones."⁽³⁶⁾

Nosotros consideramos que al salvaguardar nuestra vida del peligro que nos acosa nos pone en estado de necesidad; con mayor motivo nos hallamos en él al repelar los ataques de un animal o al destruir el objeto que nos apresa. Pero si el perro ha sido azuzado por su dueño, o si éste nos ha encerrado en su casa, al matar al animal o al destruir la puerta, obramos en defensa legítima contra el propietario de la bestia y de la madera.

⁽³⁶⁾ JIMENEZ DE ASUA, Luis. Op. Cit.

E) FACULTAD MINISTERIAL PARA DETERMINAR SOBRE LA DEFENSA LEGITIMA

Las investigaciones practicadas por el Ministerio Público lo llevan a cualquiera de las siguientes situaciones:

a) Que estime que con las diligencias practicadas todavía no se ha comprobado la existencia de un delito, o la probable responsabilidad de un sujeto;

b) Que de las averiguaciones practicadas estime comprobadas la existencias de un delito sancionado con pena corporal y la probable responsabilidad de un sujeto, que no se encuentra detenido;

c) Que de la averiguaciones llevadas a cabo, estime comprobadas la existencia de un delito que no merece pena corporal y la probable responsabilidad de un sujeto;

d) Que de las averiguaciones efectuadas estime se hallan comprobadas la existencia de un delito sancionado con pena corporal y la probable responsabilidad de un sujeto que se encuentra detenido.

Estudiando lo que sucede en cada una de las situaciones apuntadas, tenemos:

A) En la primera procede distinguir dos aspectos:

1. Cuando con las diligencias practicadas no se comprueba la existencia de un delito o la probable responsabilidad de un sujeto, pero quedan por practicarse algunas diligencias, y

2. Cuando habiéndose practicado todas las diligencias que solicita la averiguación, no se comprueba la existencia de un delito o la probable responsabilidad de un sujeto.

Primero. En este aspecto hemos indicado que no se han practicado todas las diligencias. Para la clara inteligencia del mismo, cabe fijar por qué no se han practicado, encontrándonos que puede ser por una situación de hecho o por una dificultad material para practicarlas. Cuando se tropieza con una situación de hecho, la sana lógica indica que se desahoguen las diligencias pendientes, debiéndose señalar que en materia federal, las investigaciones las practica el Ministerio público debido a que el artículo 134 del Código Procesal respectivo ordena por la consignación se haga hasta que se reúnan los requisitos del artículo 16 Constitucional, sin señalar el caso especial en que se consigna para perfeccionar la averiguación. En el orden común, por los términos del artículo 4 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, las diligencias que puede practicar el Ministerio Público. La intervención de la autoridad

judicial en la preparación de la acción procesal (en la reunión de los elementos necesarios para poder excitar al órgano jurisdiccional) ha sido, con justa razón, acremente censurada, afirmándose que el órgano que dicta el Derecho, no debe intervenir en una función que propiamente no tiene tal esencia. Con acierto, Carlos Franco Sodi, al comentar el artículo 4o. en sus Comentarios al Código de Procedimientos Penales, expresa: "Desgraciadamente en esta disposición se faculta al Ministerio Público para solicitar de los jueces que practiquen diligencias de averiguación en auxilio del órgano de la acción penal, lo que menoscaba su respetabilidad convirtiéndolos en amanuenses de una autoridad administrativa, contraría la naturaleza de la averiguación previa que es función exclusiva del Ministerio Público, como lo destaca la jurisprudencia de la Corte que puede consultarse en el tomo I del Semanario Judicial de la Federación y, por último, de un carácter híbrido al proceso, contrariando el texto del artículo 21 de la Constitución General de la República que previene como función única del juez, la aplicación de la ley y no la persecución del delito, que ha dejado privativamente en manos del Ministerio Público.

Cuando las diligencias no se han practicado por una dificultad material que impide la práctica de las mismas, por el momento de dicta resolución de "reserva" ordenándose a la policía que haga investigaciones tendientes a esclarecer los hechos (artículo 131 del Código Federal de Procedimientos

Penales y 17, Fracción III de la Ley de la Procuraduría General de la República). En materia federal, cuando la dificultad es insalvable, revelándose ésta en la imposibilidad de la prueba, el artículo 137 fracción II de la ley adjetiva correspondiente ordena el no ejercicio de la acción penal.

Segundo. Cuando practicadas todas las diligencias, no se comprueba el delito, se determina el no ejercicio de la acción penal. Esta resolución, llamada vulgarmente "de archivo", ha sido criticada manifestándose que el Ministerio Público se abroga facultades jurisdiccionales al declarar que un hecho no es delictuoso. La crítica, con purismo jurídico, puede tener vigencia, pero cabe pensar que por economía y práctica procesal es correcto que no se acuda a los tribunales para que hagan la declaratoria de la no existencia del delito, cuando el Ministerio Público no tiene elementos que lo comprueben y por ende no puede hacer la consignación, atento a lo dispuesto en el artículo 16 Constitucional. Si se consignaran todos los asuntos al órgano judicial para que hiciera la declaratoria, el trabajo se multiplicaría en los tribunales, entorpeciendo la rápida administración de justicia. A lo expuesto se objeta que si por economía y comodidad justificable no se deben consignar los asuntos en los que no se acredita el delito, nunca la resolución de archivo debía sufrir efectos definitivos, pues posteriormente se puede tener conocimiento de pruebas que lo demuestren. A

esto cabe manifestar, en primer lugar, que la resolución de archivo se dicta cuando se han agotado todas las diligencias y, en segundo lugar, que el dejar abiertas las averiguaciones en forma indefinida, riñe con los principios de situaciones firmes y no indecisas, debiéndose recordar que el instituto de la prescripción precisamente se alimenta en esta idea.

Por los renglones anteriores se podrá haber notado que la resolución de archivo surte efectos definitivos, por lo que archivada una averiguación, no puede ser puesta ulteriormente en movimiento. Antiguamente en materia del orden común se concedía el recurso de revisión ante el Procurador, en virtud de que la resolución de archivo no era dictada por éste, pero en la actualidad, dados los términos del artículo 19 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, procede aseverar que el recurso es imposible que tenga vigencia, debido a que son los Subprocuradores, con funciones delegadas del Procurador, los que pueden resolver sobre el no ejercicio de la acción penal. Es decir, actúan como si fuera el Procurador el autor de la resolución y contra estas determinaciones no hay recurso alguno. Debe señalarse como dato curioso, que en lo general, la delegación de funciones parte de aquella que se poseen, y en el artículo 18 inciso XIII de la Ley Orgánica invocada, el Procurador tiene facultades para desistirse de la acción penal. Es decir, la ley consagra una delegación de algo que no posee, incurriendo, por ello, en cierta falta de técnica.

Debe también tenerse presente, el artículo 27, inciso II de la propia Ley en el cual se otorgan facultades a la Dirección General de Averiguaciones Previas para resolver el no ejercicio de la acción penal, más esta determinación debe ser sometida a la consideración del Procurador (de los Subprocuradores por lo ya indicado) lo que equivale a estimar la resolución de archivo, como definitiva, en tanto no existe recurso contra ella. En materia federal tampoco puede existir recurso contra ella. En materia federal tampoco puede existir recurso contra el auto de archivo, porque la fracción IX del artículo 2o. de la Ley de la Procuraduría General de la República, establece como facultad del Procurador el resolver en definitiva sobre el no ejercicio de la acción penal, oyendo previamente el parecer de los agentes auxiliares del Departamento de Procesos y Consulta en el Ejercicio de la acción penal y del Subprocurador que corresponda.

F) LA INTEGRACION DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL EN LA AVERIGUACION PREVIA PARA UNA MEJOR SEGURIDAD JURIDICA PARA LAS PARTES CONTENDIENTES EN UN PROCESO

Tomando en cuenta que la legislación mexicana se refiere a integración y comprobación del elemento del tipo penal, es importante hacer notar que, con ello, alude a dos aspectos, frecuentemente confundidos en la práctica, y que en relación con el tema a estudio conduce a errores.

Integrar, significa componer un todo con sus partes; en cambio, comprobar es evidenciar una cosa, cotejándola con otra, repitiendo las demostraciones que la prueban y acreditan como cierta.

"La integración del elemento del tipo penal es una actividad, en principio, a cargo del Ministerio público durante la averiguación previa y tiene su fundamento en imperativos de carácter legal."⁽³⁷⁾

Los Códigos de Procedimientos Penales, indican: "cuando el delito deje vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Ministerio Público o el agente de la Policía Judicial lo hará constar en el acta que levante, recogiendo los si fuere posible" (arts. 94 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y 123 y demás relativos del Código Federal de Procedimientos Penales).

De los preceptos citados se desprende que de conjunto de elementos probatorios que se hayan logrado acumular durante la averiguación previa, dependerá que el elemento de tipo penal resulte comprobado. Es innegable que la actividad del Ministerio Público, durante la etapa mencionada, tiende esencialmente a la integración del corpus delicti, ésta es su función característica.

⁽³⁷⁾ FRANCO SODI, Carlos. El procedimiento Penal Mexicano. 9a. edición Porrúa, México 1996, P. 216.

La comprobación del tipo penal implica una actividad racional, consistente en determinar si la conducta o hecho se adecua a la hipótesis de la norma penal que establece el tipo.

"a) Diversas hipótesis. Puede acontecer que la conducta o hecho se adecuó a un sólo tipo (monotipicidad) o a varios, según la proporción que aquél haya alcanzado (plurotipicidad), integrándose tantos tipos penales, en proporción al alcance de la conducta o hecho y en relación con el catálogo existente en el Código Penal. Esto se logra comparándola con los tipos en los que pudiera adecuarse, para después subsumirla en el que corresponda, tomando en cuenta la relación valorativa prevalente entre los medios utilizados para realizarla y los fines de ésta, y así encuadrarla correctamente, subordinándola, dado el caso, en su significado finalístico en uno o varios tipos (concurso de tipos).

b) El proceso de adecuación típica. Consiste en atender al bien jurídico tutelado, comparando la conducta o hecho con las formas descritas por el legislador para lograr su identidad; ha de llevarse a cabo, además, examinando cada uno de los elementos integrantes del tipo, los cuales, reunidos en su totalidad lo comprueban, pues de lo contrario, si falta alguno, no habrá tipicidad y en consecuencia elemento del tipo penal.

c) Legislación positiva. En la legislación positiva, la comprobación del tipo penal es una función que corresponde al órgano jurisdiccional, de acuerdo con lo previsto en el artículo 19 de la Constitución General de la República, que a la letra dice: "Ninguna detención podrá exceder del término de tres días; sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquél; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito, y hacer probable la responsabilidad del acusado" (art. 19)" ⁽³⁸⁾

La comprobación, está a cargo del juez en diversos momentos procedimentales; fundamentalmente durante la etapa de la instrucción y el juicio.

"En la primera, examina las diligencias de averiguación previa y las que se hubieren practicado ante el mismo (cuando previa consignación de los hechos sin detenido, "o por artículo 4° del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, negó la orden de aprehensión y el Ministerio Público solicitó desahogo de diligencias), y aquellas que se hubieren llevado a cabo durante el término

⁽³⁸⁾ JIMENEZ HUERTA, Mariano. La tipicidad. 5a. edición
Porrúa, México, 1980. P. 371.

constitucional de setenta y dos horas, para así, dictar el auto de formal prisión, con sujeción a proceso, o en su caso, el de libertad por falta de méritos."⁽³⁹⁾

En el juicio, también examinará las actuaciones antes mencionadas, relacionándola con las demás probanzas rendidas después del auto de formal prisión, al igual que las presentadas durante la audiencia final, constatando así, la existencia o falta, del elemento del tipo penal, con las consecuencias que una u otra situación producirán.

Es loable que al referirse la legislación al tema tan importante haya llevado a cabo una rectificación que, sin duda alguna, facilita el mejor entendimiento del concepto elemento del tipo penal, independientemente de que aún con la reforma sigan existiendo las llamadas "reglas especiales" que, como más adelante veremos, crean un casuismo además de aterrador, innecesario.

⁽³⁹⁾ GONZALEZ, Alberto. El procedimiento Penal Mexicano, 7a. edición, Porrúa, México, 1996. P. 281.

G) CASOS PRACTICOS

Un primer caso se puede citar como el ocurrido en un parque céntrico de la Ciudad, en donde siendo aproximadamente las 7:00 horas, se reúnen varios indigentes y alguno que otro desempleado; es así que encontrándose sentado en una banca del lugar el señor ALBERTO ZARATE NUÑEZ, persona que cuenta con 56 años de edad, sin oficio y sin persona alguna que pudiera ver por él; sucede que a la hora indicada, el aludido se encontraba aliviando la resaca del día anterior, para lo cual ingería pequeños sorbos de una botella que conservaba., abrigándose con un viejo cobertor, que prácticamente era su única propiedad; sucede que en esos momentos se acerca un sujeto, también indigente, de nombre ARTURO GUERRERO FUENTES, de aproximadamente 25 años de edad, quien sin mediar palabra alguna, pretende despojar al señor ALBERTO ZARATE, de la botella que tenía, negándose éste a soltarla, ya que previamente se ocasionaron diversos jalones. Acto seguido el joven ARTURO, procede a golpear con pies y manos al señor ZARATE, prolongándose esta agresión por varios segundos, que para el señor ZARATE, debido a su estado y condición, parecieron horas, sin que por lo mismo pudiera hacer algo para evitar dicha agresión, y en esas condiciones, como único acto defensivo, saca de entre sus ropas un instrumento punzocortante y con el mismo da un golpe al joven ARTURO GUERRERO, ocasionándole lesiones penetrantes de abdomen, las que afectaron diversos órganos vitales y mismas que, a la

postre, después de haber sido trasladado al correspondiente nosocomio, le ocasionaron la muerte.

Después de ocurrido el evento, tomó conocimiento el C. Agente del Ministerio Público correspondiente, quien practicó las diligencias inherentes al caso, manteniendo en "calidad de detenido" al presunto responsable ALBERTO ZARATE NUÑEZ, concluyendo la indagatoria de referencia en la consignación del antes citado ante la autoridad judicial competente.

Durante su declaración preparatoria, así como en toda la secuela procesal, el activo ratificó y siempre sostuvo que él sólo se defendió de la agresión injusta de la que era objeto, sin que durante el proceso se aportaran mayores elementos que desvirtuaran lo manifestado por el procesado, por lo que llegado el momento de emitir la sentencia definitiva se resolvió que el señor ALBERTO ZARATE NUÑEZ, quedara en inmediata y absoluta libertad, en virtud de haber operado en su favor una circunstancia de exclusión del delito, al actuar en defensa legítima.

Cabe hacer notar que en la motivación que el juzgador le dio a su resolución, hace notar que efectivamente concurrió la causa de licitud a que hacemos referencia, señalando además, que dadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en donde el activo pudo haber sufrido las mismas

consecuencias que del ofendido, no se trataba de un homicidio simple, como había consignado, ni tampoco se trataba de un exceso de defensa legítima, por las mismas razones.

Quiero hacer notar que en éste, como en muchos otros casos, en donde desde la etapa de Averiguación Previa se encuentra debidamente integrada la causa de exclusión del delito, no es necesario que se someta al agredido a un absurdo proceso, con violación flagrante de sus garantías individuales se aplique el derecho al caso concreto, de conformidad con lo expuesto en los artículos 21 Constitucional; 15, fracción IV y 17 del Código Penal para el Distrito Federal, y 3 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Otro caso sucede en una popular colonia de esta ciudad, específicamente en el domicilio de la familia AGUILAR SOTELO, compuesto del padre de familia ERNESTO AGUILAR CONTRERAS, la esposa de éste, de nombre CLAUDIA SOTELO CASTAÑEDA, así como por sus dos menores hijos de nombre PABLO y ELSA, quienes cuentan con 12 y 10 años de edad, respectivamente; de acuerdo con la declaración de la inculpada así como con las de los testigos que deponen en la causa de referencia, incluso las de los dos menores hijos, fueron varias ocasiones en que el hoy occiso discutió con la inculpada, y siempre fue por motivo de los celos que sentía el hoy occiso ERNESTO AGUILAR CONTRERAS, pero que estas discusiones nunca pasaron a mayores

consecuencias, más que gritos y ofensas; pero el día de los hechos el hoy occiso llegó a su domicilio fuera de su horario acostumbrado, ya que normalmente llegaba de trabajar aproximadamente a las nueve de la noche, y ese día llegó a las seis de la tarde; dice la inculpada que se veía raro, que estaba como drogado, pero lo cierto es, de acuerdo con la necropsia legal y con los dictámenes químicos relativos al análisis y cuantificación de alcohol en la sangre, se detectó que efectivamente el hoy occiso, momentos antes de los hechos había ingerido bebidas alcohólicas; así las cosas, el día señalado, continua diciendo la inculpada, el hoy occiso, sin importarle la presencia de sus dos menores hijos, de inmediato se dirigió a ésta, insultándola, como en otras ocasiones e iniciando la discusión que también en otras ocasiones se había suscitado, diciéndole el hoy occiso que era una cualquiera y otras tantas cosas por el estilo; acostumbrada la inculpada CLAUDIA SOTELO, a este tipo de rencillas familiares, no le dio mayor importancia y de igual forma contestó verbalmente a esos insultos; cabe señalar que la inculpada en esos momentos se encontraba en la cocina de su hogar realizando labores domésticas, y estando en plena discusión, en un momento dado el hoy occiso toma entre sus manos un cuchillo "cebollero" y rápidamente se dirige a la inculpada CLAUDIA SOTELO, y le lanza un golpe con dicho instrumento punzo-cortante, logrando ésta esquivar ese golpe situación de la cual se percatan sus dos menores hijos PABLO y ELSA, ya que su vivienda es muy pequeña y en un sólo cuarto

se comprende la cocina y la sala comedor, encontrándose los menores en ese mismo lugar viendo televisión; acto seguido la inculpada corre, retirándose de su agresor, dando de vueltas en su pequeña vivienda, gritando y pidiendo auxilio, lo que también hacen los dos menores hijos, y al escuchar los gritos y el llanto de los menores, una vecina se acerca y penetra a la vivienda de la familia AGUILAR SOTELO, percatándose de que el hoy occiso, con cuchillo en mano trataba de agredir a la inculpada, esquivando ésta las arremetidas y diciéndole al hoy occiso que se tranquilizara, sin que éste hiciera caso de nada, y por el contrario continuaba insultando a su esposa y tratando de agredirla con el arma que portaba; procediendo la vecina y testigo de los hechos, de nombre CARMEN HINOJOSA, a hacer a un lado a los dos menores con el objeto de brindarles protección, y en esos precisos momentos el hoy occiso alcanza a la inculpada, tirándole un golpe más con el arma referida, y, en un acto defensivo, la inculpada CLAUDIA SOTELO, logra detener la mano en que su esposo portaba dicha arma, forcejeando por unos segundos y en el forcejeo se causan las lesiones al hoy occiso, mismas que causaron su deceso fatal.

Después de dar parte a las autoridades de lo sucedido, como generalmente ocurre, acudió al lugar de los hechos primeramente una patrulla de seguridad pública, cuyos elementos lo primero que hacen es colocar a la agredida, hoy sentenciada, en el interior del autopatrulla y trasladarla a la Agencia del Ministerio Público de la jurisdicción, en

donde de igual forma se le retiene en calidad de detenida y como probable responsable del homicidio en agravio de su esposo el señor ERNESTO AGUILAR.

De las diligencias practicadas en Averiguación Previa se desprende que a los remitentes como es "normal" no les constan los hechos; el examen físico de la inculpada reflejaba diversas excoriaciones en ambos brazos y pierna derecha; las declaraciones de la inculpada y testigos de los hechos, incluso las de sus dos menores hijos, eran contestes, en el sentido de que ella la inculpada fue agredida por su esposo y sólo se defendió de la forma que pudo del ataque de éste; los informes de la policía judicial y demás elementos y dictámenes no aportaban mayores datos que los que se encontraban plasmados, pero con todo y eso se ejercitó acción penal en contra de la inculpada CLAUDIA SOTELO CASTAÑEDA, como probable responsable del delito de homicidio simple intencional.

El Juez de la causa, omitiendo el análisis que el caso ameritaba y sin hacer una correcta valoración de los elementos contenidos en el sumario, decretó la formal prisión a la procesada CLAUDIA SOTELO CASTAÑEDA.

Inconformes con el auto de formal prisión, y en atención al principio de definitividad, se optó por interponer el juicio de amparo en contra de dicha resolución, el cual fue

concedido por el C. Juez de Distrito en materia penal correspondiente, quien apoyó su criterio en la JURISPRUDENCIA NUMERO DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE, visible en la página cuatrocientos noventa y cuatro del último apéndice al Semanario Judicial de la Federación, compilación 1917-1988 que a la letra dice: "AUTO DE FORMAL PRISION. Los tribunales federales tienen facultades para apreciar directamente, según criterio, el valor de las pruebas recibidas y que tienen a demostrar el cuerpo del delito o la presunta responsabilidad del inculcado; y si los jueces federalés no tuvieran el arbitrio de hacer la estimación de esas pruebas estarían incapacitados para resolver sobre la constitucionalidad del auto, y en tal sentido es firme la jurisprudencia de la Suprema Corte. "Finalmente el juez amparista señala que el auto de formal prisión impugnado conculca garantías individuales en perjuicio de la quejosa al no satisfacer los requisitos de fondo exigidos por el Artículo 19 Constitucional, amen que después de realizar la valoración de las probanzas, con la facultad que se deduce de la jurisprudencia citada, señala que es procedente conceder el amparo solicitado por la quejosa.

Es bien sabido, que por tratarse de un amparo indirecto, la situación jurídica de la quejosa no es firme, porque están pendientes los recursos legales; por fortuna el Juez de instrucción comprendió la trascendencia del caso y de la tragedia que vivía la familia de la quejosa CLAUDIA SOTELO

CASTAÑEDA, por lo que llegado el momento procesal oportuno se declaró ejecutoriada la sentencia de amparo y finalmente quedó en libertad la agredida, inculpada, procesa y quejosa CLAUDIA SOTELO.

Es importante destacar la relevancia y el valor probatorio que ameritan los elementos y diligencias practicados durante la Averiguación Previa, ya que, en su caso, es en torno a esto que depende el desarrollo del proceso, y si estos elementos desde un inicio nos conducen a una causa de exclusión del delito, lo prudente sería acordar en esos términos en definitiva la Averiguación Previa, porque lo contrario, como hemos señalado en línea anteriores, conculca garantías individuales de manera flagrante y la consecuente violación de los derechos humanos de todo individuo que se encuentre en una situación de esta naturaleza.

CONCLUSIONES

PRIMERA:

Las conductas de incriminación son aquellas conductas que en condiciones ordinarias serían punibles como delitos, pero en las cuales el delito no se configura por faltar en la acción alguno de los elementos inherentes al mismo tipo penal, se estaría en presencia de atipicidad para la integración del mismo y en consecuencia en una causa de exclusión del delito.

SEGUNDA:

Las causas de exclusión de delito son normas de carácter público procesal y el juez tiene la obligación de hacerlas valer en los momentos determinados del proceso, por lo que la averiguación y validez de oficio debe extenderse a todos los casos de incriminación, incluso a las causas de exclusión, ya que éstas se fundan en la utilitatis causa que por si misma impone a la autoridad jurisdiccional la averiguación y validez de aquello en que radica un interés social

TERCERA:

Ningún precepto legal obliga a considerar a las causas de exclusión de delito consignadas en nuestro Derecho como las únicas, su enumeración es puramente enunciativa no limitativa; la prohibición Constitucional del Juicio Analógico se refiere únicamente a la aplicación de las penas, no a su "no imposición" que es precisamente el efecto de las causales de incriminación, que pueden ser interpretadas extensivas y aún analógicamente si con ello se favorecieron al reo.

CUARTA:

Las causas de exclusión del delito, son aquellas conductas que tienen el poder de excluir la antijuricidad de una conducta considerada como típica, es decir, aquellos actos u omisiones que revisten el carácter de delitos, pero en los que faltan sin embargo, el carácter de ser antijurídicos o contrarios al derecho para poder ser punibles ante una norma jurídica y ante el órgano jurisdiccional competente.

QUINTA:

La defensa legítima es una causa de justificación considerada como la repulsa inmediata, necesaria y proporcional de una agresión actual, violenta y sin derecho por el atacado o por terceras personas contra el agresor y de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el derecho.

SEXTA:

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos regula la defensa legítima como un derecho consagrado en favor de toda persona, en su artículo 10 Constitucional establece en favor de todos los habitantes de los Estado Unidos Mexicanos "El derecho de poseer armas en su domicilio, para su seguridad y defensa legítima ..."; tal reglamentación constitucional de la defensa legítima una elevada jerarquía jurídica, de la que carecen las demás excluyentes legales que sólo tienen consagración en el derecho secundario.

SEPTIMA:

La defensa legítima es una de las instituciones de nuestra legislación que titulan uno de los más altos valores (para el ser humano) dentro del derecho, como es la vida, el honor, el patrimonio y la libertad y no solamente los propios sino también los de terceros.

OCTAVA:

A veces por una mala interpretación de la ley o por "mala fe" de los funcionarios encargados de la impartición de justicia, tratan de equiparar cualquier clase de delitos a las causas de exclusión del delito, quedando estos delitos impunes sin que por esto pierdan calidad de tales ante el derecho; siendo que son actos que se encuentran tipificados como delitos. Por lo cual la jurisprudencia establece que para que la causa de exclusión de delito, es necesario que se pruebe de una manera plena e indubitable para que este sea reconocida, y basta que exista algún indicio o dato en contra para que no proceda. Por lo que es imperante la capacitación técnica - jurídica, de los servidores públicos, en especial de los Ministerios Públicos, así como sus auxiliares directos, (Policía Judicial, Peritos), ya que de ellos depende se integre conforme a derecho LA

AVERIGUACION PREVIA, y se evite, con esto todo tipo de corruptelas dentro de las REPRESENTACIONES SOCIALES, teniendo como consecuencia, la CONFIANZA, Y RESPETO DE LA CIUDADANIA, que se ve involucrada en un problema de esta índole, y en la cuál va en juego; los valores más preciados de todo ser humano, que son LA VIDA Y SU LIBERTAD.

NOVENA:

Tratándose de las causas de exclusión del delito, y en atención a que tales son competencia del fuero común, una vez que se realicen las diligencias necesarias, de donde se desprenderá que en el caso concreto se acredita la mencionada causa de exclusión; con fundamento en lo dispuesto por los artículos 21 Constitucional, 15 y 17 del Código Penal, en relación con el Artículo 3 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y demás acuerdos y circulares que en lo relativo emita la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, acordar en esos términos la Averiguación Previa correspondiente y dejar en libertad al agredido, evitando así violaciones flagrantes a las garantías individuales y a los derechos humanos de las personas que se encuentran en estas circunstancias.

BIBLIOGRAFIA

ALCALA - ZAMORA Y CASTILLO, Nieto. Derecho Procesal Mexicano, 6a. edición, Porrúa, México, 1984.

BILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, 10a. edición, Porrúa, México, 1995

BUSTOS RAMIREZ, Juan. Culpa y finalidad de los delitos culposos, 7a. edición, Trillas, México 1989.

CARDENAS, Raúl. Derecho Penal Mexicano. 7a. edición, Porrúa, México, 1996.

CARRANZA Y TRUJILLO, Raúl. Código Penal anotado. 10a. edición, Porrúa, México 1996.

COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 10a edición, Porrúa, México, 1996.

CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal, 5a. edición, Nacional, México, 1990.

FLORIAN, Eugenio. De las pruebas penales, 4a. edición, Themis, Bogotá, 1990.

FLORIAN, Eugenio. Elementos de Derecho Procesal Penal, 3a. edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1970.

FRANCO SODI, Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano. 9a. edición, Porrúa, México, 1995.

GARCIA RAMIREZ, Sergio. El nuevo Procedimiento Penal Mexicano, 2a. edición, Porrúa, México, 1996.

GONZALEZ BLANCO, Alberto. El Procedimiento Penal Mexicano. 17a. edición, Porrúa, México.

GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios de Derecho Procesal Mexicano, 4a. edición, Porrúa, México, 1996.

GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano, 10a. edición, Porrúa, México, 1996.

ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga. Análisis de los delitos contra la vida, 2a. edición, Trillas, México, 1996.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. Derecho Penal, 2a. edición, Bosch, España, 1970.

JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano, T. II, 2a. edición, Porrúa, México, 1993.

- JIMENEZ HUERTA, Mariano. La tipicidad, 5a. edición, Porrúa, México, 1980.
- LIMA MALVIDO, María de la Luz. Ensayos de Derecho Penal y Criminología, 10a. edición, Porrúa, México, 1995.
- MESGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal, 6a. edición, Depalma, Argentina, 1980.
- RIVERA SILVA, Manuel. El procedimiento penal, 7a. edición, Porrúa, México, 1996.
- RODRIGUEZ, Ricardo. El procedimiento penal en México, 6a edición, Porrúa, México 1995.
- HANS HEINRICH Jescheek, Tratado de Derecho penal, volumen 1º, edición, Bouch F.A. Barcelona 1975