

5
2ej

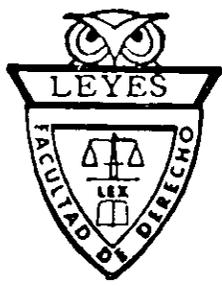


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

"EL INCIDENTE DE LIBERTAD POR
DESVANECIMIENTO DE DATOS EN EL
FUERO COMUN"

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
AGUILAR LICEA GABRIELA



ASESOR: LIC. JESUS UBANDO LOPEZ

MEXICO, D. F.

1999

07/2/99

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

**ING. LEOPOLDO SILVA
DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR
DE LA UNAM.
P R E S E N T E.**

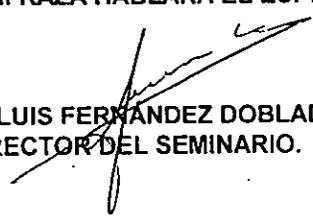
México, D.F. a 14 de octubre de 1999

Muy distinguido Señor Director:

La compañera GABRIELA AGUILAR LICEA, inscrita en el seminario de Derecho Penal a mi cargo, ha elaborado su tesis profesional intitulada "INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS EN EL FUERO COMÚN", bajo la dirección del LIC. JESÚS UBANDO LÓPEZ, para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El LIC. JESÚS UBANDO LÓPEZ en oficio de fecha 9 de julio de 1999, me manifiesta haber aprobado y revisado la referida tesis, por lo que con apoyo en los artículos 18, 19, 20, 26 y 28 del vigente Reglamento de Exámenes Profesionales suplico a Usted ordenar los tramites tendientes a la celebración del Examen Profesional de la compañera de referencia.

**A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPÍRITU"**


**DR. LUIS FERNÁNDEZ DOBLADO
DIRECTOR DEL SEMINARIO.**

NOTA DE LA SECRETARIA GENERAL: El interesado deberá iniciar el tramite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día en día) a aquel que sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin habérlo hecho caducará la autorización que ahora se concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna realización del trámite para la realización del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad.

LIC. JESUS UBANDO LOPEZ.

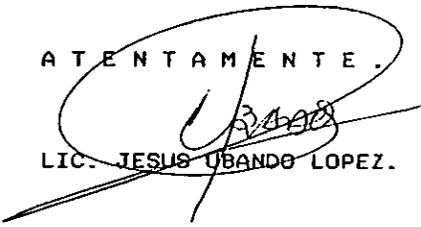
México, D.F. a 9 de Julio de 1999.

C. LIC. LUIS FERNANDEZ DOBLADO
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
P R E S E N T E .

Fui designado para dirigir y revisar el trabajo intitulado "INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS EN EL FUERO CUMUN", mismo que fué elaborado por la alumna GABRIELA AGUILAR LICEA, el cual a mi consideración ha sido una investigación seria, con la bibliografía adecuada, y utilizando los métodos Histórico, Analítico, y Comparado, por lo que reúne los requisitos legales y formales, que exige el reglamento de exámenes profesionales; en virtud de ello, solicito a Usted, salvo su docta opinión, tenga a bien autorizar su aprobación e impresión.

Por lo anterior, le agradezco las atenciones que se sirva prestar a la presente, manifestándole las más altas y distinguidas consideraciones de mi persona.

A T E N T A M E N T E .


LIC. JESUS UBANDO LOPEZ.

A MIS PADRES, POR LA OPORTUNIDAD DE
ESTAR AQUÍ.

A MI MADRE DE CRIANZA GUADALUPE
POR TODO EL CARIÑO, APOYO Y CONFIANZA, BRINDADO.

A MIS HERMANOS MA. DEL CARMEN, MA.
ÁNGELES, IGNACIO ÁNGEL, TERESA, LUIS ANTONIO, MANUEL,
BLANCA ESTELA, JOSÉ, FELIPE G., POR TODO SU APOYO.

I N D I C E

“EL INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS EN EL FUERO COMÚN”

CAPITULO UNO.- DEL PROCESO PENAL

1.- INTRODUCCIÓN	1
2.- LA AVERIGUACIÓN PREVIA	5
3.- LA INSTRUCCIÓN DEL PROCESO PENAL	12
4.- EL PROCESO PENAL	26
5.- EL CIERRE DE INSTRUCCIÓN	31

CAPITULO DOS.- DE LOS INCIDENTES EN GENERAL

1.- DEFINICIÓN DE INCIDENTE	36
2.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS	41
3.- NATURALEZA JURÍDICA	47
4.- FACULTAD PARA HACERLOS VALER O SUBSTANCIARLOS	50
5.- CLASES DE LOS INCIDENTES	53
6.- CONSECUENCIAS Y EFECTOS	58
7.- EL INCIDENTE DE LIBERTAD EN EL PROCESO PENAL	61

CAPITULO TRES.-
DE LA LIBERTAD POR
DESVANECIMIENTO DE DATOS

1.- CONCEPTO	66
2.- NATURALEZA JURÍDICA	70
3.- ¿QUIENES PUEDEN PROMOVERLO Y ANTE QUIEN?	74
4.- MOMENTO PROCEDIMENTAL EN EL QUE OPERA	77
5.- SU TRAMITE ANTE EL ÓRGANO JURISDICCIONAL	81

CAPITULO CUATRO.-
INTEGRACIÓN O DINÁMICA DEL
INCIDENTE

1.- SOLICITUD	86
2.- HIPÓTESIS DE PROCEDENCIA	90
3.- SUBSTANCIACIÓN O EVENTUAL REVOCACIÓN	95
4.- CARÁCTER DE LAS PRUEBAS	103
5.- DEL CUERPO DEL DELITO Y LA PRESUNTA RESPONSABILIDAD	109
6.- CONSECUENCIAS O EFECTOS	114
.- CONCLUSIONES	119
.- BIBLIOGRAFIA	141

“EL INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS EN EL FUERO COMÚN”

CAPITULO I.- DEL PROCESO PENAL.

I N T R O D U C C I Ó N .

En toda sociedad como la nuestra, surge el Derecho como una ciencia social, en cuyos fines se encuentra el establecimiento de un orden que regule la relaciones humanas para su mejor convivencia y desarrollo. Ahora bien esta ciencia para cumplir dicho objetivo se ha dividido a su vez en distintas aéreas según sea la actividad humana a regular, esto es, civil, familiar, mercantil y penal entre otras, y en esta ultima es donde encontramos propiamente nuestro objeto de estudio , es decir, “ El Incidente de Libertad por Desvanecimiento de Datos”, el cual ha sido plasmado en nuestra legislación, como un instituto jurídico en defensa de los intereses tanto sociales como particulares para la pronta y expedita impartición de justicia, a la cual se tiene derecho como parte fundamental de un ente social. No obstante ello en la práctica jurídica se denota

que no es fácil la aplicación del derecho al concreto, y que en todo caso su inexacta aplicación puede traer como consecuencia el desequilibrio social en las fuerzas que interviene; y que la historia ha demostrado que no basta la simple declaración de un derecho en nuestro orden jurídico, sino que el mismo debe estar respaldado por la eficacia en cuanto a su aplicación del sentido, y contenido de la norma jurídica que lo otorga, en consecuencia resulta indispensable asegurar a todo individuo una protección plena y efectiva en cuanto a su aplicación del sentido y contenido de la norma jurídica que los otorga, así como contra los excesos y arbitrariedades del poder que en su caso se manifestará ante la inexacta aplicación de tal derecho.

Dentro de la ciencia del derecho, encontramos a su vez la ciencia penal y en ésta última específicamente se encuentra nuestro tema en estudio, el cual como hecho y acto jurídico en estricto sentido, los órganos jurisdiccionales -jueces penales-, lo tramitan sin darle la verdadera importancia en cuanto a sus consecuencias jurídicas, pues en la praxis se dan muy pocos casos con eficacia plena, en virtud de que los juzgadores consideran que es poco común que se cumpla con los requisitos establecidos por la ley para su procedibilidad, denotan escasa motivación para ello en cada caso, ocasionando con esto una lenta e ineficaz impartición de justicia; es por lo que en estas páginas subsecuentes se hace un estudio jurídico sobre tal instituto con el fin de que en la práctica jurídica realmente sea tomado en cuenta.

Ahora bien, nuestro trabajo parte de lo general a lo particular bajo el método lógico-abstracto que sigue la ciencia jurídico-penal; dividiéndose en cuatro capítulos.

En el capítulo primero se analiza los conceptos generales del derecho penal desarrollándose la introducción al mismo, sus etapas en cuanto la averiguación previa, la instrucción del proceso penal, el juicio o proceso penal propiamente dicho y su cierre de instrucción.

El capítulo segundo, hace mención de la definición de incidente, sus antecedentes históricos, su naturaleza jurídica, clasificación de los incidentes, la substanciación de los mismos, así como sus consecuencias y efectos, y finalmente el incidente de libertad en el proceso penal.

En el tercer capítulo, que es la parte medular de la presente investigación, se determinan las generalidades del incidente de libertad por desvanecimiento de datos, en cuanto a su concepto, su naturaleza jurídica, sujetos procesales que pueden promoverlo y ante quién, así como el momento procedimental en el que opera y su tramitación ante el órgano jurisdiccional.

En el capítulo cuarto, se desarrolla la integración o dinámica del incidente objeto de estudio, en cuanto a su solicitud, hipótesis de procedencia, substanciación o eventual revocación, el carácter de las pruebas en el mismo, así como los elementos del tipo penal (cuerpo del delito) y presunta responsabilidad, con sus consecuencias o efectos.

Por último, se expresan las conclusiones a las que se llega, señalándose la bibliografía y legislación consultada.

2.- LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

El procedimiento penal mexicano, se divide en periodos, iniciándose con la etapa de averiguación previa, donde la autoridad encargada de la persecución de los delitos por así establecerlo la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es el Ministerio Público, por lo que procederemos a precisar las facultades y restricciones de los sujetos que intervienen, así como que sus actuaciones estén apegadas a la ley.

Por lo que para nuestro estudio, resulta importante definir qué es la averiguación previa, pasando por tanto a continuación a transcribir diversas definiciones.

El maestro Colín Sánchez, dice: "La averiguación previa, es en efecto un procedimiento a cargo de él o los agentes del ministerio público correspondientes, para investigar las conductas o hechos delictuosos, y quién o quiénes son sus probables autores, para en su oportunidad ejercitar la acción penal" (1).

1.- Colín Sánchez Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa, S.A., México 1979. Págs. 307 y 308.

Arilla Bas, menciona: "El periodo de preparación del ejercicio de la acción penal, que las leyes de procedimiento acostumbra denominar de averiguación previa, tienen por objeto, como su nombre lo indica, reunir los requisitos exigidos por el artículo 16 de la Constitución General de la República para el ejercicio de la acción penal" (2), aclarando que el desarrollo de dicho periodo compete al ministerio público, siendo su objetivo reunir los requisitos del numeral 16 de nuestra Carta Magna.

En tanto González Blanco, manifiesta que: "La averiguación previa... se inicia a partir del momento en que ese órgano (el Ministerio Público), toma conocimiento a través de la denuncia o la querrela, de que se ha cometido o se pretende cometer un hecho que la ley penal sanciona como delito; y termina cuando, del resultado de la averiguación respectiva, se acreditan los elementos que permiten a ese órgano legalmente ejercitar la acción penal que corresponda ante la autoridad judicial competente, o de lo contrario se archive lo actuado, determinación ésta última que no tiene carácter definitivo, porque si aparecieran nuevos elementos que lo justifiquen, podrá reanudarse la averiguación por sus trámites legales"(3), siendo una definición más completa, más sin embargo no especifica a que elementos se refiere.

²- Arilla Bas. El Procedimiento Penal Mexicano. Editores Mexicanos Unidos; S.A., México 1992. Pág. 50.

³- González Blanco Alberto. El Procedimiento penal Mexicano. Editorial Porrúa, S. A. México 1982. Pág. 84.

Por otro lado Cesar Augusto Osorio y Nieto, define a la averiguación previa como: "La etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar en su caso, el cuerpo del delito (elementos del tipo penal), y la probable responsabilidad, y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal" (4).

Por lo anterior, se puede decir que la averiguación previa, es una etapa del procedimiento penal, la cual se desarrolla ante el Ministerio Público como autoridad administrativa, en donde se realizan todas las diligencias necesarias tendientes a la integración y estudio de una conducta delictiva (elementos del tipo), así como la probable responsabilidad de individuo a quien se le atribuye dicha conducta, para estar en actitud o no de ejercitar la acción penal.

Siendo necesario para que esta etapa procedimental se satisfagan los requisitos de procedibilidad, entendiéndose tales, como condiciones o supuestos que se precisa llenar para que inicie jurídicamente el proceso penal, por lo tanto debemos remitirnos al artículo 16 constitucional, mismo que en su parte conducente nos señala: "...No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial, sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale, como delito, sancionado cuando menos con pena --

⁴.-Osorio y Nieto Cesar Augusto. La Averiguación Previa . Editorial Porrúa, S.A. México 1989. Pág. 2.

privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado...”, así el requisito de procedibilidad que señala la Constitución en materia procesal penal, lo constituye la denuncia, la acusación o la querrela; condición sine qua non para que de inicio toda averiguación previa, exceptuándose sólo en caso de flagrante delito.

Guillermo Colín Sánchez, refiere: “Que denuncia desde el punto de vista gramatical, significa: aviso, poner en conocimiento de la autoridad competente, verbalmente o por escrito, lo que se sabe respecto de la comisión de hechos que son o pueden ser delictivos” (5), desprendiéndose de la definición que se puede realizar por cualquier persona, sin que se requiera calidad específica.

Por su parte González Blanco, define a la denuncia: “Como el medio legal por el cual se pone en conocimiento del órgano competente la noticia de haberse cometido o que se pretende cometer un hecho que la ley castiga como delito, siempre que sean de aquellos que por disposición de la Ley se persigan de oficio” (6), haciéndose notar que pueden ser hechos ya ocurridos, o bien que apenas se vayan a llevar a cabo, además de que como requisito se trate de hechos que se persigan de oficio.

⁵.- Colín Sánchez Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Ob. Cit. Pág. 315.

⁶.- González Blanco Alberto. El Procedimiento Penal Mexicano. Ob. Cit. Pág. 83.

El otro requisito de procedibilidad es la querrela de la cual Oronoz, dice: "Que es la narración de hechos presumiblemente delictivos por la parte ofendida ante el órgano investigador, con el fin de que se castigue al autor de los mismos" (7), agregándose aquí un elemento subjetivo, es decir la intención o deseo, de que se castigue al autor del ilícito, manifestándose la potestad de la parte ofendida de hacer valer su, diferenciándose por ello de la denuncia.

Querrela refiere Arilla Bas, "Es la relación de hechos constitutivos de delito, formulada ante el Ministerio Público por el ofendido o representante, pero expresando la voluntad de que se persiga". (8)

Por otro lado diversos autores, sostienen que dentro de la querrela y como especie de ésta, existe una figura denominada "excitativa", extrayéndola del artículo 360 fracción II del Código Penal vigente para el Distrito Federal, haciendo referencia a ella Colín Sánchez como: "La petición que hace el representante de un país extranjero para que proceda penalmente en contra de quien ha proferido injurias al gobierno que representa o a sus agentes diplomáticos" (9)

⁷.- Oronoz Santana Carlos M. manual de Derecho Procesal Penal. Editorial Cárdenas. México 1984. Pág. 67.

⁸.- Arilla Bas Fernando. El Procedimiento Penal en México. Ob. Cit. Pág. 52.

⁹.- Colín Sánchez Guillermo. Derecho mexicano de Procedimientos Penales. Ob. Cit. Pág 58.

Por lo tanto la querrela, es otro de los medios legales con los que se cuenta para dar a conocer al Ministerio Público, la comisión de un delito con singularidad de ser únicamente posible para la persona directamente ofendida o bien su legítimo representante.

En relación a la flagrancia, esta se presenta cuando el autor del delito es sorprendido en el acto mismo de cometerlo, o bien, cuando la detención se realiza después de haber perseguido materialmente al individuo , sin perderlo de vista, inmediatamente después de haber cometido el ilícito, encontrándose regulada por el artículo 16 de nuestro ordenamiento Supremo, facultando a cualquier persona para detener al indiciado, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

Por último cabe mencionar, que durante el período de la averiguación previa, no puede hablarse aun de un incidente de libertad por desvanecimiento de datos, toda vez, que durante ésta lo que se realiza es una investigación, para acreditar tanto los elementos del tipo penal de que se trate, así como la probable responsabilidad del sujeto activo, siendo materialmente imposible, que pueda tener cabida el referido incidente, toda vez que en mismo tiene como presupuesto, que se desvanezcan los fundamentos que sirvieron para decretar la-

formal prisión o preventiva, por lo que evidentemente al ser esta una etapa de investigación, todavía no existe decretada prisión alguna.

3.- LA INSTRUCCIÓN DEL PROCESO PENAL.

Una vez que se ejercita acción penal por parte del Ministerio Público, la averiguación previa es remitida, ante el órgano jurisdiccional para que éste dicte el auto de radicación y proceda a tomar declaración preparatoria en el caso de haber sido remitida con detenido, o en su defecto si lo fue sin detenido a realizar el estudio para librar la orden de aprehensión.

Este período es denominado como de preparación del proceso Arilla Bas, al manifestar: "Que tan luego como el juez reciba la consignación, dictará auto de radicación, en el que resolverá si el ejercicio de la acción penal reúne los requisitos del artículo 16 constitucional" (10), deduciéndose por lo tanto que en este período la tarea del órgano juzgador es la revisión y verificación de que la consignación cumpla con lo estipulado en la Constitución y esté apegada a derecho.

En el primer período de la instrucción, como lo llama González Bustamante: "Las pruebas obtenidas deben ser bastantes para que al establecer su valoración, el juez resuelva-

¹⁰.- Arilla Bas. El Procedimiento Penal en México. Ob. Cit. Pág. 69.

que el cuerpo del delito se encuentren plenamente comprobados y que existen suficientes datos para hacer posible la responsabilidad del inculcado" (11).

En el mismo orden de ideas, la instrucción da inicio cuando el juez penal recibe la consignación y dicta el auto de radicación, planteándose así dos hipótesis, siendo la primera una consignación, que se haya llevado a cabo sin detenido y la segunda, se haya realizado con detenido.

Así por lo que hace a la consignación sin detenido, Colín Sánchez refiere que: "Al dictar el auto de radicación, el juez tomará en cuenta, si los hechos ameritan una sanción corporal, o sí, por el contrario se sanciona con pena alternativa, puesto que ambas situaciones derivan hacia la satisfacción de los requisitos indicados en el artículo 16 constitucional, procederá la orden de aprehensión, y en el segundo el libramiento de la citada orden de comparecencia" (12)

Enfatizando, que la consignación sin detenido, tiene lugar, cuando el aseguramiento del presunto responsable, no se

11.- González Bustamante Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa, S. A. México 1988. Págs. 198 y 199.

12.- Colín Sánchez Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Ob. Cit. Págs. 360 y 361.

llevó a cabo (por diversa causa), al momento de los hechos, razón por la que para lograr su presentación ante el órgano jurisdiccional, se deba cumplir con los requisitos exigidos por el precepto 16 constitucional, que en lo conducente señala: "Nadie puede ser molestado en su persona... sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento"

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale, como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado...", desprendiéndose de lo anterior la necesidad de un mandamiento escrito (orden de aprehensión) de autoridad competente, la que será solicitada por la representación social, al estimar que se reúnen los requisitos aludidos por el mandamiento constitucional, citado en líneas retropróximas.

La orden de aprehensión dice Colín Sánchez, que: "Es una resolución judicial en la que con base en el pedimento del agente del ministerio público y satisfechos los requisitos, indicados en el artículo 16 constitucional, se ordena la -----"

captura de sujeto determinado, para que sea puesto de inmediato, a disposición de la autoridad que lo reclama, o requiere, con el fin de que conozca todo lo referente a la conducta o hechos que se le atribuyen" (13)

Requisitos estipulados en la Carta Magna y Código de Procedimientos Penales para el Distrito federal, que deben cumplirse ineludiblemente, para el otorgamiento de la orden de aprehensión, toda vez que, afecta un derecho fundamental al ser humano como lo es la libertad:

- I.- Que preceda denuncia, acusación o querrela.
- II.- Que la denuncia , acusación o querrela verse sobre hechos señalado por la ley como delito, cuya sanción sea pena privativa de libertad.
- III.- Que existan datos que acrediten la probable responsabilidad del indiciado.
- IV.- Que existan datos que acrediten el cuerpo del delito (los elementos del tipo penal del delito) en cuestión.
- V.- Que la solicite el Ministerio Publico.
- VI.- Únicamente la autoridad judicial esta facultada para realizar la detención; en caso de flagrante delito, lo podrá hacer cualquier persona; y tratándose de caso urgente la podrá ordenar el Ministerio Publico.

¹³.- Colín Sánchez Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Ob. Cit. Pág. 362.

Con fundamento en el artículo 18 de la Constitución, que a la letra dice: "Solo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva..." y del numeral 157 del Código Federal de Procedimientos penal, que refiere: "En los casos a que se refiere el segundo párrafo del artículo 135, y en todos aquellos que el delito no dé lugar a detención, a pedimento del Ministerio Público se librára orden de comparecencia en contra del inculpado para que rinda sus declaración preparatoria, siempre que existan elementos..."

Consignación con detenido, Carlos Oronoz Santana apunta: "La segunda forma se puede apreciar en los casos en los que junto con el expediente de averiguación previa que se consigna ante el juez, se remite el presunto responsable, en cuyo caso el proceso se inicia con el auto de radicación" (14), se da la presente hipótesis, cuando el sujeto activo, es detenido en flagrante delito, dándose inicio con el auto de radicación al proceso, también conocido como "cabeza de proceso", que en el presente caso, debe expresar la hora en que se recibe, para afecto de computar los términos del 48 y 72 horas, tanto para la declaración preparatoria, como la resolución de la situación jurídica del indiciado; tendiendo por objeto dicho auto establecer la jurisdicción del juez; además de realizar un estudio muy rápido sobre la legalidad del ejercicio de la acción penal.

¹⁴.- Oronoz Santana Carlos M. Manual de derecho Procesal Penal. Ob. Cit. Pág. 78.

En auto de radicación debe dictarse tanto en procesos sin detenido como con detenido, con los siguientes requisitos: 1.- Debe dictarse inmediatamente que se reciba la consignación, 2.- Debe contener fecha y lugar en que se dicta, además cuando sea con detenido se expresará la hora en que se recibe la consignación; 3.- Deberá anotarse en el libro de gobierno del juzgado; 4.- Se tendrá que dar aviso al Ministerio Público para su correspondiente intervención.

A mayor abundamiento, cuando se trata de una consignación con detenido, una vez recibida y debidamente radicada, dentro de un plazo no mayor de 48 horas, se procede a tomar la declaración preparatoria del presunto responsable, para que en un término no mayor de 72 horas, salvo que el indiciado, hubiese optado por solicitar la duplicidad del término; se resolverá la situación jurídica en la que va a permanecer.

La declaración preparatoria, como acto procesal donde comparece el indiciado, ante el órgano jurisdiccional, con el propósito de que se le ponga en conocimiento del hecho antijurídico del que se le acusa, y a su vez pueda contestar a tal imputación; debe cumplir con las disposiciones establecidas en los artículos del 287 al 296-bis de la Ley Adjetiva penal para el Distrito Federal; debiendo tomarse dentro de un término no ----

mayor de cuarenta y ocho horas, contadas a partir de que fue puesto a disposición de la autoridad judicial, en audiencia pública; comenzando la declaración por las generales del indiciado, grupo étnico al que pertenezca, si habla y entiende el idioma castellano, hábitos, etc.; se le hará saber: El derecho a solicitar su libertad bajo caución (en términos de los artículos 20 fracción Y constitucional y 566 del Código Procesal Penal para el Distrito Federal); en que consiste la denuncia, acusación o querrela; el nombre de su acusador; así como su derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza, de no hacerlo, el juez le nombrará un defensor de oficio; se le preguntará sobre si es su voluntad de declarar, de ser así se le examinará sobre los hechos consignados, sino es su deseo se respetará su decisión, se hará de su conocimiento las garantías del artículo 20 constitucional, recepción de pruebas y testigos, auxiliándolo para la comparecencia de éstos, siempre que estén domiciliados en el lugar del juicio, así mismo se le facilitarán todos los datos del expediente, para su defensa.

Una vez tomada la declaración preparatoria y comprobados o no, los datos requisitos que se exigen en el precepto número 19 constitucional, con el fin de resolver la situación jurídica, en que va a quedar el indiciado; el juez tendrá la obligación de dictar la resolución que corresponda, la que podría ser: a).- Auto de formal prisión; b).- Auto de sujeción a proceso, o bien; c).- Auto de libertad por falta de elementos para procesar.

Los requisitos tanto del auto de formal prisión como el de sujeción a proceso, se dividen en de fondo y de forma.

1.- Siendo los de fondo: La acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del detenido.

El Cuerpo del Delito, equivalen a lo que hasta antes de la reforma del 3 de mayo de 1999, se consideraba como elementos del tipo penal del delito, que a su vez antes de la reforma de enero de 1994, el artículo 19 constitucional, conceptualizaba como cuerpo del delito, es decir que se ha vuelto a su denominación original, y por consiguiente vuelve a entrar dicho precepto, tanto de la Constitución, como del derecho procesal mexicano; y a la doctrina, obviamente se tiene que tomar en consideración que las definiciones existentes del cuerpo del delito, antes de esta última reforma, no se adecuan exactamente al nuevo concepto, por lo que se tendrá que llevar a cabo una modificación y en tanto se deberá estar casi exclusivamente a la definición expresada en la exposición de motivos de los legisladores, de la multireferida reforma, toda vez que, para que se de una actualización de todos los libros que traten el tema, se requiere tiempo, antojándose un tanto difícil, más sin embargo esta actualización se dará poco a poco.

El cuerpo del delito, se tendrá por comprobado, entonces cuando se acrediten el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito.

El problema que durante mucho tiempo se suscitó en cuanto a la comprobación del concepto cuerpo del delito, se resolvió en parte debido a las reformas de 1984, al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que en su artículo 122, mismo que establecía, que se tendría por comprobado el cuerpo del delito cuando se acreditará la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta; preceptuando en la actualidad con la más reciente reforma correspondiente al 3 de mayo de 1999, que "El ministerio público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Teniendo por comprobado el cuerpo del delito cuando se acredite el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito. En los casos que la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o normativo, como elemento constitutivo esencial, será necesaria la acreditación del mismo para la comprobación del cuerpo del delito. Y por lo que hace a La probable responsabilidad del indiciado, se tendrá por acreditada cuando de los medios probatorios existentes se deduzca su obrar doloso o culposamente en-

el delito que se le imputa, y no exista acreditada en su favor alguna causa de exclusión del delito.

De lo anterior se advierte que uno de los objetivos de la presente reforma, es generalizar lo más posible uno de los requisitos constitucionales esenciales de la orden de aprehensión, encaminado lo anterior, podría pensarse a una mayor captación de conductas delictuosas, toda vez que, se esta volviendo a una generalización menos drástica que la vigente antes de la reformas del 1994, pero al fin y al cabo generalización, que ya se encontraba superada al encontrarse perfectamente especificado que debía entenderse por cuerpo del delito y por tanto acreditarse, al establecerse anteriormente que para acreditar los elementos del tipo penal, (hoy nuevamente cuerpo del delito) los eran necesarios la comprobación de los elementos siguientes: 1.- La existencia de la acción u omisión, de la lesión o en sus caso, el peligro a que se ha expuesto al bien jurídico protegido; 2.- La forma de intervención de los sujetos; 3.- La realización dolosa o culposa de la acción u omisión; Acreditándose además si así lo requiere el tipo: a).- La calidad de los sujetos activo y pasivo; b).- El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; c).- El objeto material; d).- lo medios utilizados; e).- las circunstancias de lugar, tiempo, modo, y ocasión; f).- Los elementos normativos; g).- Los elementos subjetivos específicos y h).- La demás circunstancias que la ley prevea.

El cuerpo del delito pueden acreditarse, por medio de toda clase de pruebas, lógicamente adecuadas, para conocer la existencia de sus elementos constitutivos, incluso puede ser por presunción; "Reconociéndose por lo general dos maneras para tal acreditación: La directa:- Cuando lo que se prueba es el acto mismo; e Indirecta.- Cuando lo que se prueba es determinado elemento del cual se puede inferir lógica y naturalmente la existencia del acto" (15)

Por lo tocante a la probable responsabilidad, ésta es un presupuesto establecido en nuestra Ley fundamental en su artículo 16 para la orden de aprehensión, así como un elemento de fondo de la orden, en el artículo 19 de la misma ley.

"Existe probable responsabilidad, cuando hay elementos suficientes para suponer que una persona ha tomado parte en la concepción, preparación o ejecución de un acto típico, por lo cual debe ser sometido al proceso correspondiente" (16) Guillermo Colín Sánchez.

15.- Rivera Silva Manuel. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa, S.A. México 1991. Pág. 162

16.- Colín Sánchez Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Ob. Cit. Pág. 287.

Entendiendo a la probable responsabilidad como la probabilidad razonable de que una persona determinada haya participado en la comisión de un delito, y existirá cuando de los datos que obren en el expediente (determinadas pruebas), se deriven elementos fundados para considerar que ese individuo es probable sujeto activo en alguna forma de autoría.

2.- Los requisitos formales, los contienen el numeral 297 del Ordenamiento Adjetivo Penal para el Distrito Federal: Y.- La fecha y hora exacta en que se dicte (para computar término para apelación); II.- La expresión del delito imputado por el Ministerio Público al indiciado; III.- La expresión del delito(s) por el que se deberá seguir el proceso (indispensable para la fijación del proceso); IV.- La expresión de lugar, tiempo y circunstancias de ejecución del ilícito, y demás datos que arroje la averiguación, V.- Conforme a los artículos 308 y 314, El nombre del juez que la dicta y del secretario que la autoriza; VI.- Vista a las partes para que ofrezcan pruebas.

Auto de sujeción a proceso, su fundamento constitucional s encuentra en el artículo 18 del Ordenamiento Supremo, que establece: "Sólo por delitos que merezcan pena corporal habrá lugar a prisión preventiva...", por lo que su interpretación a contrario sensu, da por resultado que cuando el ilícito no se castigue con pena corporal, o bien, su pena sea alternativa, por ningún motivo podrá privarse de la libertad, al sujeto, en este caso indicado.

El artículo 162 del Código Federal de Procedimientos Penales, dice: "Cuando el delito cuya existencia se haya comprobado no merezca pena corporal, o esté sancionado con pena alternativa se dictará auto..., sujetando a proceso a la persona..., para el sólo efecto de señalar el delito por el cual se ha de seguir el proceso".

El auto de libertad por falta de elementos para procesar se funda en la falta de pruebas relativas a la existencia del cuerpo del delito en cuestión o la probable responsabilidad del acusado, o bien comprobados estos elementos, haya operado en su favor alguna causa extintiva de la acción penal o alguna excluyente de responsabilidad penal.

Se dictará auto de libertad por falta de elementos, cuando se satisfagan los requisitos de las fracciones Y, II, y IV del artículo 297 del Código Procesal Penal del Distrito: *1.- Fecha y hora en que se dicte, *2.- La expresión del delito imputado, al reo por el Ministerio Público, y *3- Los nombres del juez y secretario que dicte y autorice; La libertad así obtenida no es absoluta ya que, no impide que, si surgen nuevos datos, se proceda contra el inculpado; dictándose en este caso orden de reaprehensión (artículos 297 y 302 del mismo ordenamiento).

Por consiguiente, en la instrucción del proceso penal, lo mismo que en la averiguación previa, no se puede hablar de la tramitación de incidente (cualquiera), toda vez que, este período procedimental, tiene como finalidad iniciar o no un proceso, con base en las constancias que le fueron remitidas por la representación social, estos es, estudiar y comprobar que se acreditaron tanto el cuerpo del delito en cuestión, así como la probable responsabilidad de la persona a quien se le atribuye el ilícito.

4.- EL PROCESO PENAL.

Uno de los efectos más importantes del auto de formal prisión, es dar nacimiento al proceso penal, ésto es, por que así lo estipula el postulado 19 de la Constitución Política que establece: "todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso ...", siendo un punto de controversia, toda vez que, para algunos doctrinarios el proceso da inicio a partir del auto de radicación, y no del de formal prisión, opinión que nace de la interpretación que hacen al mismo artículo 19 constitucional, en su párrafo segundo al indicar: "todo proceso se seguirá...", entendiéndose con esto, que ya se ha iniciado.

Rivera Silva, conceptualiza este periodo como instrucción y nos dice que es: "un conjunto de actividades realizadas por o ante los tribunales, es la aportación de pruebas que van a servir para la decisión" (17), además de señalar que principia con el auto de formal prisión o sujeción a proceso y termina con el auto que declara cerrada la instrucción.

¹⁷.- Rivera Silva Manuel. El Procedimiento Penal. Ob. Cit. Pág. 28.

Constituye esta etapa, la aportación de pruebas que las partes consideren pertinentes, que sirvan para la mejor decisión jurisdiccional.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece dos tipos de procedimientos (procesos), el sumario y el ordinario; habiendo surgido el primero a raíz de la reforma de fecha 19 de marzo de 1971, a este Código, y a razón de una urgente de lograr una justicia pronta, proceso que se regula del artículo 305 al 312 de la citada Ley Adjetiva.

Se seguirá proceso sumario cuando se trate de delitos flagrantes, exista confesión rendida, o se trate de delito no grave; declarado abierto en el auto de formal prisión o de sujeción de proceso, puede ser revocado si lo desea el inculpado; de no ser así, dentro de los tres días siguientes a su notificación, se pondrá a la vista de las partes para que dentro del término de tres días que correrán a partir del día siguiente a su notificación, para que propongan pruebas; desahogándose en la audiencia principal, se podrá renunciar a los plazos anteriores. Dentro de los cinco días siguientes, al auto que resuelva sobre la admisión de las pruebas, las partes deberán formular conclusiones verbalmente, haciéndose constar en el acta los puntos esenciales; puede el juez dictar sentencia en la misma audiencia o bien disponer de un término de tres días, las partes deben de estar presentes en la audiencia.

Sujetándose a lo previsto por los artículos 326, y para la realización de conclusiones a los numerales 320 y 323 de este Código; y referida la audiencia se desarrollará en un solo día ininterrumpidamente, salvo que, para el desahogo de pruebas u otras causas que lo ameriten, a juicio del juez, continuándose al día siguiente o a mas tardar dentro de tres.

Como se mencionó, es en el auto de formal prisión donde se ordena la apertura del procedimiento que debe de seguirse, y una vez que se opta por el Ordinario, se estará a lo dispuesto por los preceptos del 314 al 331 del Código Adjetivo del Distrito Federal, mismo que ordena se ponga a la vista de las partes por siete días, siguientes la notificación del auto, para que se ofrezcan pruebas, que se desahogaran dentro de los quince días posteriores, mismo plazo dentro del que se practicarán las necesarias para le esclarecimiento de la verdad; pudiendo señalar otro plazo de tres días para aportar nuevas pruebas, desahogándose dentro de los cinco días siguientes; cuando el juez consideré agotada la instrucción mandará poner el proceso ala vista de las partes por siete días comunes, para que promuevan las pruebas pertinentes, y puedan desahogarse dentro de los diez días siguientes al auto que le recaiga a la solicitud de la prueba, plazo que se podrá ampliar a juicio del juez por cinco días más, pudiendo el inculpado o su defensor a renunciar a estos plazos, por lo que transcurridos o renunciados los plazos aludidos se hará el computo, y si no hubiese promovido prueba, se declarará cerrada la instrucción, pasará por cinco días respectivamente con el Ministerio-----

Público y la defensa para la formulación de conclusiones; por lo que una vez exhibidas éstas, se citará a una audiencia de vista, dentro de los cinco días siguientes, donde deben estar presentes las partes, y recibidas las pruebas que se ofrecieran; se declarará visto el proceso, y se pasa entonces a dictar sentencia, dentro de los diez días siguientes.

Como se puede apreciar la presente etapa se integra, esencialmente por la aportación de las pruebas, consideradas pertinentes, por las partes, con el propósito de que sirvan al juez para conocer la verdad histórica de los hechos que le fueron remitidos para su estudio.

Las pruebas se ofrecen y se reciben por regla general, dentro de este período; a excepción de las que se puedan recibir en la audiencia de vista (artículo 328), y de la documental, que se podrá recibir después, bajo protesta de no haber tenido conocimiento de ella con anterioridad (artículo 243 de la Ley Adjetiva Penal).

Así la valoración de estas pruebas en el derecho mexicano, corresponde a los órganos jurisdiccionales (en primera y segunda instancia), misma que se lleva a cabo en-----

diversos momentos procedimentales, como son: al momento de obsequiar la orden de aprehensión, al resolver la situación jurídica del indiciado dentro de las setenta y dos horas, en la substanciación de algún incidente; pero básicamente al momento de dictar sentencia.

Siendo, justamente esta etapa el momento propicio para que tenga cabida el incidente de libertad por desvanecimiento de datos, toda vez, que es aquí, donde se ofrecen y desahogan la mayoría de las pruebas relacionadas con los hechos que se estudian, por lo que se presenta la mayor posibilidad de que aparezca la prueba plena, que desvanezca tanto las pruebas que sirvieron para comprobar los elementos del tipo penal, así como la probable responsabilidad del enjuiciado, requisito del incidente en cuestión.

5.- EL CIERRE DE INSTRUCCIÓN.

En este momento procesal, ya se han practicado en lo posible, todas las diligencias, solicitadas por las partes, y las decretadas por el juez, declarándose entonces agotada la instrucción, lo que da lugar a un segundo periodo de ofrecimiento de pruebas, siendo, este segundo término probatorio el plazo, o renunciado éste, se procede a decretar el cierre de instrucción, trayendo como consecuencia la disposición, tanto para el ministerio público, como para la defensa, de la causa y hagan valer sus pretensiones al formular conclusiones.

Conclusiones que se formulen una vez agotada al instrucción, deben presentarse por escrito con excepción del proceso sumario donde deben de presentarse verbalmente; relacionando los hechos con el proceso, al establecer el nexo causal entre la conducta y el resultado, siendo este el tema sobre el que verse la audiencia final de primera instancia, así como la sentencia; con el de llegar a conocer la verdad histórica de los hechos y la personalidad del acusado.

Las conclusiones del Ministerio Público, pueden ser de dos tipos, acusatorias y de no acusación; haciéndose en ellas un exposición sucinta de los hechos conducentes, proponiendo las cuestiones de derecho que de ellos surjan, citará leyes, ejecutorias o doctrina aplicable y terminará su pedimento con proposiciones concretas; las que deben presentarse por escrito, solicitando la aplicación de la sanción correspondiente, incluyendo la reparación del daño.

La exposición de las conclusiones de la defensa no se sujeta a regla alguna; en caso de no formularlas dentro del plazo de cinco días, previsto por el artículo 315, se tendrán por formuladas las de inculpabilidad (artículo 318 Ley Adjetiva Penal para el Distrito Federal); la defensa puede libremente retirar y modificar sus conclusiones en cualquier tiempo hasta antes de que se declare visto el proceso.

La audiencia final o de vista que tiene verificativo, en la primera instancia, dentro de los cinco días siguientes, ala presentación de las conclusiones, tanto del órgano acusador, como de la defensa; con el fin de que las partes presenten pruebas, y en su caso reproduzcan sus conclusiones; siendo en verdad el momento postulatorio, de sus pretensiones, con relación al fallo del asunto; una vez lo anterior el juez declarará visto el proceso; y pasara a dictar sentencia dentro del término legal.

Comúnmente en la práctica, en la audiencia de vista, rara vez se ofrecen pruebas, y lo único que en realidad se hace es confirmar conclusiones, solicitando al órgano jurisdiccional, resuelva a favor, es decir de acuerdo a la pretensión perseguida, por cada una de las partes.

La sentencia, es el punto culminante de la actividad jurisdiccional, ya que es el momento donde el órgano encargado de aplicar el derecho, resolverá, sobre el caso que se le dio a ¹⁸⁻Colín conocer; señalando las consecuencias que para el estado tuvo el mismo, estableciendo la situación jurídico-procesal de la persona(s), a quien se le(s) imputó el hecho delictivo.

Sentencia del latín *sententia*, significa: dictamen o parecer; Guillermo Colín Sánchez, la define como: "La resolución del Estado por conducto del juez, fundada en los elementos del injusto punible y en las circunstancias objetivas subjetivas y normativas condicionantes del delito, y en la cual se define la pretensión punitiva estatal, individualizando el derecho y poniendo fin a la instancia" (18).

¹⁸⁻ Colín Sánchez Guillermo. Ob. Cit. Págs. 573 y 574.

¹⁸ .- Colín Sánchez Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Ob. Cit. Págs. 573 y 574.

Las sanciones pueden ser interlocutorias, definitivas; condenatorias, absolutorias y mixtas.

Requisitos formales de las sentencias, que contiene el numeral 72 del Código de procedimientos Penales para el Distrito Federal, y el 95 del Código Federal de procedimientos Penales: Y.- Lugar en que se pronuncie; II.- Los nombres y apellidos del acusado, su sobre nombre, si lo tuviere, lugar de nacimiento, nacionalidad, edad, estado civil, en su caso grupo étnico indígena al que pertenezca, idioma, residencia o domicilio, ocupación, oficio, profesión; III.- Un extracto de los hechos exclusivamente conducentes a los puntos resolutivos del auto de la sentencia en su caso, evitando la reproducción innecesaria de constancias; IV.- Las consideraciones y fundamentos legales de la sentencia; y V.- La condenación o absolución correspondiente y demás puntos resolutivos; artículo 95, fracción II.- la designación del tribunal que la dicte.

La sentencia condenatoria, es apelable en ambos efectos, (artículos 330 del Código Adjetivo Penal para el Distrito Federal).

Por último tenemos, que al ser procedente el incidente de libertad por desvanecimiento de datos en cualquier

estado del proceso, debe entenderse que es hasta antes de dictarse sentencia, toda vez que es factible la tramitación del mencionado incidente, siempre y cuando reúna los requisitos exigidos por la ley; mismos que se estudiarán en el capítulo correspondiente.

CAPITULO II.

DE LOS INCIDENTES EN GENERAL.

1.- DEFINICIÓN DE INCIDENTE.

Dentro del proceso penal, tiene lugar los llamados incidentes, mismos que surgen como cuestiones accesorias al asunto que se esta tramitando, y se resuelve de manera independiente, es decir, aparte de la cuestión principal.

Por lo tanto, es necesario precisar qué es un incidente, el maestro Colín Sánchez, dice: " Que proviene del latin incidere cuyo significado es acontecer, interrumpir, es decir, lo que sobreviene en el curso de un asunto ..." (19).

¹⁹.- Colín Sánchez Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Ob. Cit. Pág. 524.

Javier Piña y Palacios, expresa que: "Incidente tiene dos acepciones, la primera incide, incidere ósea conocer, cortar, interrumpir, suspender, y la otra cadere así como la preposición in, que alude a caer, sobrevenir" (20).

Sostiene, por otro lado José Becerra Bautista que: "la palabra incidente etimológicamente viene del latín incidere que significa interrumpir, producirse o lo que sobreviene en el cursos del algún asunto, negocio o pleito"(21).

Por lo anterior se puede deducir, que etimológicamente existen dos significados para incidente, cuyo vocablo latín, proviene de la palabra incidere que quiere decir interrumpir, suspender o bien de cadere y la preposición "in" que significa sobrevenir.

²⁰.- Piña y Palacios Javier. Recurso e Incidentes en Materia Penal y la Legislación Mexicana. No. 2 del Año XXIV. Ediciones Botas. México 1985. Págs. 55 y 110.

²¹.- Becerra Bautista Jorge. El Proceso Civil en México. Editorial Porrúa, S. A. México 1990. Pág. 262

Ahora veamos la definición de incidentes "En cuanto a la materia procesal, el Código de Comercio, en su numeral 1349, define al incidente como : "Las cuestiones que se promueven en un juicio y tienen relación inmediata con el negocio principal"

En el mismo orden de ideas, el maestro Hugo Alsina, apunta: : "El incidente es toda articulación procesal ajena a la cuestión principal pero vinculada con la contienda, y que durante la tramitación del litigio y que tiene relación más o menos inmediata con el objeto principal del pleito en que se promueva" (22).

El Código Judicial, dice que se denomina incidente a las controversias o cuestiones accesorias accidentales que la ley permite discutir en el juicio y que requiere una decisión especial, que se adopta por medio de autos interlocutorios, y que puede poner fin al juicio" (23)
Fernando Dabis.

22.- Alsina Hugo. Tratado Teórico Practico del Derecho Civil y Comercial. Anon Editoriales. Tomo II Argentina 1989. Pág. 665.

23.- Dabis Fernando. Compendio de Derecho Procesal Civil. Temex. Bogotá. 1985. Pág. 168.

Por otro lado se tiene que recurrir a la doctrina, para determinar el concepto de incidente en materia penal, toda vez que, tanto el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, como el Código Federal de Procedimientos Penales, no señalan que es un incidente, por lo tanto según Manuel Rivera Silva: "Incidente penal es una cuestión promovida en un procedimiento, que en relación con el tema principal, reviste un carácter accesorio y que, encontrándose fuera de las etapas normales, exige una tramitación especial" (24)

Jorge Claría-Olmedo, respecto del tema manifiesta: "Incidente es todo trámite breve y accesorio del proceso en el cual se intercala, comúnmente suscitado ante el planteamiento de cuestiones de naturaleza no substancial, que deben decidirse por pronunciamiento interlocutorio" (25).

Observándose que éstos autores coinciden en señalar, que el incidente es una cuestión accesoria del asunto principal, con un pronunciamiento especial.

²⁴.- Rivera Silva Manuel. El Procedimiento Penal. Ob. Cit. Pág. 357.

²⁵.- Claría-Olmedo Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires. Editorial, S.A. Tomo VI. 1982. Pág. 10.

Por su parte, Javier Piña y palacios, reconoce a los incidentes como: "Una cuestión surgida en el curso del proceso o con motivo de él, que interrumpe, modifica o altera, transitoria o definitivamente, la estructura lógica del mismo" (26)

Por último Colín Sánchez, refiere: "Los incidentes, como su nombre lo indica, son obstáculos que surgen durante la secuela procedimental, impidiendo su desarrollo, por estar relacionada con diversos aspectos sobre los cuales versa el proceso, es necesario resolverlas para que en el momento se pueda definir la pretensión punitiva estatal" (27)

Así finalmente, como podemos apreciar, del gran cumulo de definiciones existentes de incidente, que no hay uniformidad de criterios al respecto, adoleciendo muchas de fuertes defectos, pero pudiendo concluirse que incidente, es una cuestión accesoria, que nace a partir de un proceso, misma que puede modificar, o interrumpir en algunos casos, transitoria o definitivamente tal proceso; teniendo que tramitarse de forma especial.

²⁶.- Piña y Palacios Javier. Recursos e Incidentes. Ob. Cit. Pág. 110.

²⁷.- Colín Sánchez. Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Ob. Cit. Pág. 537.

2.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Parece atractivo, investigar ahora en la aparición y situación que a través de la historia, ha devenido en cuanto a la figura de los incidentes, sin pretender llevar a cabo un estudio exhaustivo sobre el tema, sino más bien nos interesa mencionar algunos puntos, relacionados a los incidentes de libertad de las personas sujetas a un proceso.

Así los enciclopedistas, señalan: "A manera de rectificación y referencia histórica, fueron los incidentes desconocidos en los primeros tiempos del Derecho Romano, por ser incompatibles con el sistema formulario, hasta el advenimiento de la *litis contestatio*" (28)

Emilio Reus, dice acerca de los antecedentes de los incidentes, lo siguiente: "Que en los primeros tiempos del Derecho Romano fueron los incidentes desconocidos, incluso hasta que la "*Litis contestatio*" no significó la formula pretoriana y se redujo a una simple exposición y contradicción de la demanda entablada, no produciéndose ninguna inovación en el pleito, cuyo efecto estaba reservado a la sentencia" (29).

²⁸.- Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XV. Editorial Bibliografía Argentina. 1982. Pág. 371.

²⁹.- Derecho Romano Penal. Editorial Temis. Bogotá 1986. pág.588

Más lo anterior, no quiere decir que no concedían importancia a cuestiones accesorias, relacionadas al asunto, como lo podría ser la libertad; ésto se confirma con lo depuesto por Teodoro Mommsen, mismo que sostiene: "Que desde los antiguos tiempos se mostraron los romanos muy propicios a respetar la libertad personal de los individuos, aún la de aquellos que no eran ciudadanos que pertenecían a Estados reconocidos por Roma" (30), reflejándose tal situación en la secuela del procedimiento en cuanto a las causas penales.

Por otro lado, al citar las condiciones que imperaron durante la edad media, debe considerarse que en el derecho canónico, se contempló ya la existencia de las llamadas sentencias interlocutorias, que tenía como materia las cuestiones incidentales, misma que se resolvían antes de llegar al final del juicio... puede citarse incluso que eran comunes, en el siglo XVI, los conflictos de competencia y jurisdicción entre las autoridades virreinales y las religiosas o inquisitoriales" (31).

Ahora bien, en cuanto a los procesos seguidos por Tribunales de la Inquisición, era prácticamente nula la importancia que se concedía a los aspectos accesorios del fondo del asunto; así vemos que ni siquiera puede hablarse de la-----

³⁰.- Derecho Romano Penal. Editorial Ob. Cit. Pág. 589.

³¹.- Y Maribel de Ibañez. El Tribunal de la Inquisición en México (siglo XVI). Ediciones de la Universidad Nacional Autónoma de México. México 1989. Págs. 86 y 87.

existencia de la libertad provisional, toda vez que, la celeridad del procedimiento, entrañaba, así la imposibilidad de obstaculizarlo. Por ende, la brevedad del citado proceso, así como las causas que la motivan, se desprenden claramente de lo dispuesto en la Instrucción tres de Torquemada, la cual dispone: "Que los inquisidores tengan suficiente probanza, para ello, y después de así preso... en término se le hagan las amonestaciones que tal caso se requieran, y procedan en las acusaciones y procesos con toda la diligencia y brevedad sin esperar que sobrevengan mas probanzas, por que a esta causa ha acaecido detener alguna persona en la cárcel y no den lugar a dilaciones por que de ello se siguen inconvenientes..." (32).

Evidenciándose, de esta forma que: "Tampoco fueron reconocidos los incidentes, en el citado añojo del derecho español, sino hasta la ley de 1855, pues la necesidad de resolver las cuestiones que puedan presentarse y se presentan, trajo necesariamente la consecuencia de que los incidentes, estuvieren autorizados y por lo tanto reglamentado por diversos cuerpos legales" (33).

En el derecho germánico, se abrigó el sistema que verdaderamente consideró sentencias a las interlocutorias, admitiéndose que los incidentes fueran resueltos antes de que--

³².- Y Maribel de Ibañez. El Tribunal de la Santa Inquisición. Ob. Cit. Pág. 21

³³.- Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. Cit. Pág. 371.

se hiciese lo mismo con la cuestión principal, así también se daba cabida a que algunos que paralizaban el curso del juicio. de igual forma ulteriormente a este modelo, al parecer de Pallares, que está: "...representado por el Código Italiano en vigor y la Ley Procesal alemana, se orienta en un triple sentido: a).- El restringir la admisión de los incidentes; b),. El no considerar como sentencias, sino ordenanzas o autos, las resoluciones de las cuestiones que surjan incidentalmente en el juicio; c).- No otorgar a dichas resoluciones la autoridad de la cosa juzgada; y d).- El evitar que los incidentes suspendan el curso del juicio" (34).

Por lo que respecta, a los antecedentes en cuanto a la consideración y reglamentación de los incidentes en las Leyes procesales mexicanas, tenemos así primeramente, al código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorios federales de 1884, mismo que en su artículo 861, daba la definición de incidente, siendo la siguiente: "Son incidentes las cuestiones que se promueven en el juicio y tienen relación inmediata con el negocio principal"

³⁴.- Diccionario de Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa, S.A. México 1991. Pág. 72.

En nuestro Código de procedimientos Civiles para el Distrito Federal, no se establece capítulo que haga señalamiento respecto de los incidentes. En la actualidad el citado Código en su Título Especial De La Justicia de Paz, en el numeral 37, señala: "Las cuestiones incidentales que se susciten ante los jueces de paz se resolverán juntamente con la principal, a menos que por su naturaleza sea forzoso decidir las antes, o que se promuevan después de la sentencia, pero en ningún caso se formará artículo, sino que se decidirá de plano".

Ahora bien, en las leyes adjetivas penales, que son las que revisten mayor importancia para nuestro estudio; es en el primer Código que data del año 1880, que existe una técnica con relación a los incidentes, con los siguientes lineamientos: 1.- Los incidentes se tramitan por cuerda separada; 2.- El incidente de responsabilidad civil, puede resolverse por juez civil cuando el juez penal no falla; 3.- El juez civil puede conocer de un incidente penal hasta comprobar los elementos del delito y la responsabilidad; empero no define al incidente, ni mucho menos proporciona clasificación de éstos, por lo que es fácil pensar que no se tenía una idea muy clara respecto a ellos.

Otro Código el de 1884 de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorios Federales, enumera a los incidentes, quedando así: a).- De responsabilidad civil; b).- Incidentes para declarar extinguida la acción penal, por muerte

del acusado; prescripción, etcétera; y respecto a los incidentes de libertad, hacía alusión a los siguientes: 1.- Incidente de Libertad por haberse comprobado una excluyente de responsabilidad; 2.- De libertad preparatoria; y una especial sobre la retención; ...aunque sin precisar la esencia de los incidentes, el citado ordenamiento ya incluye una numeración de éstos y por otro lado es un tanto casuístico.

Finalmente por lo que hace al ordenamiento Procedimientos en Materia Penal, del año de 1929; que también contemplaba en su reglamentación disposiciones a acerca los incidentes, teniendo este cuerpo jurídico la misma característica que los anteriormente señalados, es decir, el de ser poco preciso y muy casuístico en cuanto a la forma en que se debían entender y tramitar los incidentes.

3.- NATURALEZA JURÍDICA.

Para poder adentrarse en la naturaleza jurídica de los incidentes, es necesario señalar, que dicha figura puede llegar a confundirse con otra de similar naturaleza, por lo que nos referiremos a lo expresado por el maestro Javier Piña y Palacios, quien menciona al respecto: "Para precisar la naturaleza del incidente es útil establecer la comparación con los recursos y éste; y explica que recurso es el medio que la ley prescribe para restaurar el equilibrio entre el juez y las partes, o entre las partes entre si, para que se reanude el curso normal del proceso, en tanto el incidente no es sino, una cuestión surgida, un punto cuestionado que interrumpe, altera o modifica la estructura lógica del proceso. El incidente puede o no ser previsto por la ley, en tanto que el recurso no puede existir si la ley no lo establece; en el incidente la ley sólo determina un procedimiento para resolver la cuestión surgida y en algunos casos prevé esa cuestión, pero cuando la prevé da norma precisa para resolverla en caso de que surja" (35), ésto es, que la esencia misma del incidente, es nacer del proceso, interrumpiéndolo, alterándolo o modificando su estructura, y puede o no estar previsto en la ley; lo cual es cierto, sin embargo no se menciona nada referente a la substanciación de esta cuestión accesoria.

35.- Piña y Palacios Javier. Recursos e Incidente en Materia Penal. Ob. Cit. Pág. 108.

Por su parte Juan José González Bustamante, apunta que: "Por la naturaleza propia del incidente, vemos que es necesario que existe una relación inmediata con el punto principal, que nace con motivo de éste, justificándose su tramitación para la buena marcha y justa resolución del asunto... El incidente requiere la cuestión accidental, la materia accesoria, pero no es ésto bastante para construirlo, debe contarse con el cuerpo incidental, con una individualidad determinada y propia y una forma de tramitación distinta de la tramitación principal, sin perjuicio de que la resolución que se pronuncie forme parte integrante del contenido del proceso, y que se tramite en la misma pieza de autos o por cuerda separada...", para este autor la naturaleza del incidente radica en la cuestión accesoria con substancia propia, que se tramita de manera diversa al asunto principal" (36).

Aludiendo ahora al criterio del Doctor Briseño Sierra, quien al respecto depona: "Al ser dos los componentes del contenido procesal: Pretensiones y acciones, las inferencias pueden distinguirse por la materia que afecta. De lograrse ésto, la naturaleza del incidente podrá ser descrita teóricamente: es decir, el incidente tiene el carácter jurídico de la instancia; afectar la eficacia de instar la litis denunciatio... un incidente es algo que infiere, algo que se inserta en el recorrido procedimental, por ende la caracterización del incidente se debe efectuar a partir de dos datos precisos: Una inferencia en la ----

³⁶.- González Bustamante Juan José Principios de Derecho Procesal Penal. Ob. Cit. Pág. 282.

normalidad del trámite que se cometa, y una similitud o paralelismo de actos o, por mejor decirlo, de relaciones jurídicas. La inferencia impone la afectación, cabe sostener que abre un paréntesis en el trámite...”, es decir, debe inferir con el accionar, haciendo un pausa en el trámite; y asimismo da lugar a un juicio dentro del asunto principal, teniendo que ver con cuestiones atinentes al citado asunto principal” (37)

³⁷. - Briseño Sierra Humberto. Derecho Procesal Tomo IV. Editorial Porrúa, S. A. México 1984. Págs. 265. 266 y 267.

4.- FACULTAD PARA HACERLOS VALER O SUBSTANCIARLOS.

Facultad que es inherente a las partes que intervienen en el asunto, esto atendiendo a la materia de que se trate, así en cuanto a lo civil, estarán facultados para promover los incidentes: El actor, el demandado, en su caso el Ministerio Público, el juez, y cuando lo cuestión lo amerite y la ley lo estipule los terceros interesados; ahora bien pasando a la área penal, las personas con d derecho a substanciar o hacer valer valer son. El inculpado, su defensor, el Ministerio Público y hasta el juez, lo anterior partiendo de que se trate de una controversia de fondo, que tenga que ver con los elementos del tipo penal, o bien la probable responsabilidad, toda vez que, se deduce que la tramitación de éstos, corresponde e interesa directamente, a los tres primeramente aludidos; por otro lado tomando en cuenta que los llamados incidentes surgen en ocasiones por cuestiones menores, que no constituyen el tema principal del procedimiento, se hace evidente que no sólo quienes tengan un interés directo en el mismo, podrá eventualmente hacerlos valer, ya que tales discusiones accesorias, atañen a la situación de otros interesados en la -----

causa, por ejemplo el ofendido (reparación del daño exigible a terceros), y en cuanto al órgano jurisdiccional tratándose de las excusas hayándose entonces dichos sujetos en condiciones de promover algún incidente, pero siempre sujetándose a lo establecido y permitido por la ley.

Así las cosas, la ley autoriza al órgano jurisdiccional excepcionalmente para poder fácilmente, al remitirnos a dos casos plasmados claramente en los artículos 522 del Código procesal Penal para el Distrito Federal de procedimientos penales, el primero de ellos, y en cuanto al segundo caso lo encontramos referido en el numeral 431 del segundo de los códigos citados, mismo que estipula que la competencia por : "...declinatoria puede iniciarse y sostenerse de oficio por los tribunales,..."

La substanciación de los incidentes, que surge en el proceso previstos por la ley, así como la de las cuestiones no especificadas previamente por ésta, se encuentra perfectamente determinada en el cuerpo de las leyes adjetivas penales, tanto Distrital en sus artículos 488 hasta el 545, y del 546 al 574-bis siendo éstos últimos los relativos a los incidentes de libertad, como Federal se encuentra en los numerales 399 al 429, por lo que respecta a la libertad, y a partir del 427 hasta el 493 incidentes diversos, y el 494 en relación a los no especificados.-

de lo relativo a la formulación de los incidentes, es una tarea en sí del juzgador, porque le corresponde a éste, encausar el procedimiento partiendo del momento en que tiene conocimiento del multicitado incidente, cuidando de la resolución del mismo, para lograr un correcto desarrollo o conclusión del proceso del cual surgió.

Por lo que es necesario precisar dice Piña y Palacios.: "a).- la causa que alteró la estructura del proceso; b).- Hacer valer esa causa; c).- Planear la cuestión que provoca; d).- Probar los hechos que alteraron; e).- Oír a las partes, f).- Resolver la cuestión planteada; en consecuencia, los incidentes tienen por objeto hacer valer un derecho, o bien hacer que se extinga; por lo que se decide en ellos si hay razón para cortar, interrumpir o suspender el curso del proceso, ya son un acontecer" (38)

Por último refiere Arilla Bas, que: "Los incidentes se resuelven con audiencia de las partes, obligatoria discrecional, o de plano, mediante una sentencia denominada interlocutoria, por resolver una cuestión interlocutoria...", y que generalmente las resoluciones que ponen fin al incidente, son aplicables. (39).

³⁸.- Piña y Palacios Javier. Recurso e Incidentes. Ob. Cit. Pág.

³⁹.- Arilla bas Fernando. El Procedimiento Penal en México. Ob. Cit. Pág. 184.

5.- CLASES DE LOS INCIDENTES

Para conocer las diversas clases en que suelen dividir a los incidentes, tendremos que hacer referencia a algunas clasificaciones doctrinales elaboradas a propósito de éstos; por lo que se inicia con la realizada por Carlos Oronoz Santna, quien los divide en dos grandes grupos: "a).- Los especificados, tienen un objeto determinado, como lo son de competencia, suspensión, acumulación de procesos, recusación y libertad por desvanecimiento de datos; los tres primeros suspenden el procedimiento en forma provisional y el último suspende el proceso poniéndolo en libertad al procesado; b).- Los no especificados, es decir, todos aquellos que pueden resolver diversas cuestiones", esto es, los primeros revisten una mayor importancia en el curso del asunto, toda vez que pueden llegar a suspender el mismo de manera temporal e incluso definitivamente, y en cuanto a los segundos también se trata de cuestiones de importancia pero que no afectan al curso del procedimiento, en la medida que los primeros.⁽⁴⁰⁾

Asimismo Arilla Bas, expresa: "Que por su objeto, se dividen en especificados y no especificados, según la Ley los reglamente de manera individual o genérica, respectivamente. Y

⁴⁰.- Oronoz Santana Carlos. Manuel de Derecho Procesal Penal. Ob. Cit. Pág. 170.

que los Código de Procedimientos Penales, reglamentan algunos incidentes dotándoles de objeto propio (incidentes especificados), y otros, carentes de esa clase de objeto, que comprenden todas las cuestiones que se propongan durante la instrucción, que no sean de las especificadas por ésta (incidentes no especificados) y; en cuanto a los efectos que produce su tramitación sobre la continuidad de proceso, se dividen en suspensivos y no suspensivos del mismo; siendo que los suspensivos admiten la siguiente subdivisión: suspenden el procedimiento durante su tramitación, de los competencia ..., y los de recusación... Y los que originan la suspensión definitiva del procedimiento, los que resuelven sobre la existencia o la inexistencia de algún obstáculo procesal, los mencionados en los artículos 477 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 468 del Código Federal. Ninguno de los incidentes restantes, suspenden el proceso. Los incidentes no especificados en el proceso común, no suspende el procedimiento..." (41).

Llegando a la formación de un cuadro, en el que se comprenden dos grandes secciones: la primera, la de los incidentes especificados y la segunda la de los no especificados, Javier Piña y Palacios, enumerando dentro de los primeros: a).- Los que modifican transitoriamente la estructura del proceso ---

⁴¹.- Arilla Bas Fernando. El Procedimiento Penal en México. Ob. Cit. Págs. 183 y 184.

como: la libertad bajo caución y la libertad bajo protesta; b).- Los que modifican definitivamente la estructura del proceso: desvanecimiento de datos; acumulación de procesos; separación de procesos; y responsabilidad civil exigible a terceros; c).- Los que interrumpen transitoriamente el curso del proceso: suspensión del procedimiento; competencia; impedimentos; excusas; y recusaciones; d).- Los que interrumpen definitivamente el proceso: muerte del acusado; perdón del ofendido; en cuanto a los no especificados, se trata de incidentes que sobrevienen concluido el proceso con sentencia condenatoria, a saber: indulto, amnistía, rehabilitación, libertad preparatoria y retención" (42).

Las opiniones se han dividido respecto a clasificar a los incidentes, según apunta González Bustamante, "Algunos autores atienden exclusivamente a la materia, o el periodo del procedimiento en que deben ser interpuestos; otros pugnan porque se atenga únicamente a la autoridad encargada de decidirlos, otros consideran más doctrinario dividirlos excluyentes y no excluyentes de jurisdicción; otros más sostienen que deben atender a las circunstancias determinantes de las mismas; y en su propia opinión, dice, que es más conveniente la clasificación que se hace atendiendo al periodo del procedimiento que pueden proponerse durante la instrucción, en el juicio y después del juicio" (43).

⁴².- Piña y Palacios Javier. Recursos e Incidentes en Materia Penal. Ob. Cit. Pág. 50.

⁴³.- González Bustamante Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal. Ob. Cit. Págs. 283 y 284.

Por lo anterior, nos damos cuenta que en la doctrina, podrá haber discrepancias importantes o pequeñas, pero en esencia coinciden en una descripción fundamental, en cuanto a la clasificación o clases de incidente.

Finalmente nuestro ordenamiento Adjetivo Penal para el Distrito Federal, en su Título Quinto, divide a los incidentes atendiendo a su clase de la siguiente forma:

		1.-SUBSTANCIACIÓN DE LAS COMPETENCIAS
		2.-SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO
I		3.-INCIDENTES CRIMINALES EN EL JUICIO CIVIL
N	INCIDENTES DIVERSOS	4.-ACUMULACIÓN DE PROCESOS
C	ESPECIFICADOS	5.-SEPARACIÓN DE PROCESOS
I		6.-IMPEDIMENTOS, EXCUSAS Y RECUSACIONES
D		7.-INCIDENTES PARA RESOLVER SOBRE LA REPARACIÓN DEL DAÑO
E		EXIGIBLE A TERCERAS PERSONAS

N

T

E

S

INCIDENTES NO
ESPECIFICADOS

SIENDO AQUELLAS
CUESTIONES QUE SE
PROPONGAN DURANTE LA
TRAMITACIÓN DEL JUICIO
PENAL, Y NO ESTÁN
ESPECIFICADOS EN LOS
ANTERIORES CAPÍTULOS;
PUDIENDO SER: LA MUERTE
DEL PROCESADO, EL
DEL OFENDIDO,
PRESCRIPCIÓN DE LA
PENAL, ETC.

PERDÓN

ACCIÓN

INCIDENTES DE
LIBERTAD

- 1.-LIBERTAD POR
DESVANECIMIENTO DE
DATOS.
- 2.-LIBERTAD PROVISIONAL
BAJO PROTESTA.
- 3.-LIBERTAD PROVISIONAL
BAJO CAUCIÓN

6.- CONSECUENCIAS Y EFECTOS.

Cuando se habla acerca de los efectos y consecuencias de los incidentes en general, se debe entender que los mismos van dirigidos a un punto específico que tiene relación con la continuación del proceso, es decir, se tiene que suspender, o se sigue tramitando, debido a la aparición de algún incidente.

Partiendo de esta premisa, Briseño Sierra, expresa: "que los efectos más importantes de los incidentes, son que no puede llegarse a sentencia sino se resuelve previamente la cuestión seguida, y que existe la posibilidad de que puede ser resuelta en la sentencia misma." (44).

Siendo que los principales efectos sostiene Piña y Palacios. consiste en : " a).- No poder llegar a una sentencia definitiva, sino se resuelve la cuestión surgida previamente; y b).- Que existe la posibilidad de resolver la cuestión en la misma sentencia definitiva." (45), compartiendo la misma -----

⁴⁴.- Briseño Sierra Humberto.- Derecho Procesal Tomo IV. Ob. Cit. Pág. 262.

⁴⁵.- Piña y Palacios Javier. Recursos e Incidentes. Ob. Cit. Pág. 108.

opinión que Briseño Sierra, en relación a los efectos principales de los incidentes en general, siendo el primero el que no se pueda pronunciar sentencia sin antes haber resuelto la cuestión incidental, y el segundo que la cuestión incidental de que se trate se pueda resolver al momento de dictarse la sentencia definitiva; ninguno de los dos refiere nada respecto a los incidentes que pueden ser resueltos aún después de dictada la sentencia, (como por ejemplo el que se señala en el Código Federal Adjetivo Penal, en su artículo 538 segundo párrafo, relativo al otorgamiento de la condena condicional, después del fallo definitivo).

“Los efectos que produce su tramitación sobre la continuidad del proceso, se divide en suspensivo y no suspensivos del mismo”, menciona Arilla Bas, ⁽⁴⁶⁾, siendo básicamente las consecuencias de los incidentes detener o no el procedimiento, y por ende la resolución definitiva.

Conviene en este momento enfatizar, en cuanto a que cada incidente en particular, tiene su resultado, consecuencia o efecto específico; los que dependen de todos y cada uno de los factores que para su concretización en el mundo fáctico interviene, siendo éste, no sólo en razón al seguimiento-----

⁴⁶.- Arilla Bas Fernando. El Procedimiento Penal en México. Ob. Cit. Pág. 184.

procedimental, sino, de igual forma en la afectación de la situación jurídica de las partes involucradas; además cabe hacer mención, de manera ejemplificativa del efecto que produce el mandamiento en que se decreta la suspensión del procedimiento, que es el que comience a correr el término para la prescripción de la acción penal, y de igual forma el efecto que produce el perdón del ofendido, siendo que se extinga la responsabilidad penal y, por consecuencia, que se produzca el sobreseimiento, (delitos perseguibles por querrela); por lo que es ilustrativa la opinión del Doctor Humberto Briseño Sierra, al indicar: "Que los incidentes en ocasiones resultan ser simplemente un paréntesis dentro del desarrollo del proceso principal con el cual se vinculan; los hay también que se resuelven de manera tan rápida que parecen de automática solución, por lo que se habla de incidentes sin trámite o que se resuelven de plano, a su lado aparecen cuestiones que han de ser completadas hasta el momento de la sentencia y que aveces impiden que se dicte la condena o la absolución penal, porque sea necesario establecer la decisión civil, como tratándose de un caso de bigamia, en que se discuta la inexistencia o nulidad del primer matrimonio, y ésta se denomina cuestión prejudicial, suele confundirse con otras llamadas cuestiones previas, por que son problemas que han de quedar esclarecidos antes de entrar al fondo mismo de la controversia; y finalmente se alude a cierto tipo de procedimiento que se sustancia en expediente aparte, al que se le suele clasificar de "cuerda separada", y que en realidad han dejado de ser incidentes para convertirse en actuaciones accidentales" (47).

⁴⁷.- Briseño Sierra Humberto. El Enjuiciamiento Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. México 1990. Pág. 253.

7.- EL INCIDENTE DE LIBERTAD EN EL PROCESO PENAL.

El ordenamiento Procesal Penal para el Distrito Federal, así como el Código Adjetivo Penal, establece tres incidentes relacionados con la libertad del indiciado o procesado, como lo son la libertad provisional bajo protesta, la libertad provisional bajo caución y el de libertad por desvanecimiento de datos, siendo éste último el único que verdaderamente tiene designada una tramitación propia de un incidente, y que por tratarse del tema central de esta tesis, se verá en los próximos capítulos con amplitud, avocándonos en el presente punto a hacer mención brevemente y de forma general con respecto de los dos primeros, por resultar conveniente la comparación entre estos "incidentes" y el de desvanecimiento de datos.

La libertad como ya se mencionó al iniciar con la presente investigación, es un derecho humano, que se encuentra protegido, en la Carta Fundamental Mexicana, siendo en su artículo 20 fracción Y, dentro de las garantías que se otorgan al inculpado en todo proceso penal, donde se hay plasmada la libertad provisional bajo caución, misma que -----

deberá otorgarse, reunidos los requisitos exigidos por el precepto constitucional, es decir, inmediatamente que le sea solicitada al juez, una vez que se haya garantizado el momento de la reparación del daño, y las sanciones pecuniarias, siempre que se trate de delito no grave, debiendo ser el monto y forma de la caución asequibles para el inculpado; se podrá revocar tal libertad cuando se incumpla con las obligaciones impuestas en razón del proceso.

La libertad provisional bajo caución está reglamentada por el Código Adjetivo Penal del Distrito Federal, en sus artículos 556 al 574-bis, y por la Constitución política; procede durante la averiguación así como en el proceso, pudiendo ser solicitada en cualquier tiempo por el acusado, o su defensor, o bien su legítimo representante; y una vez solicitada aquella, reunidos los requisitos y siendo procedente se decretará inmediatamente; la naturaleza de la caución para el cumplimiento de las obligaciones del cargo, se disminuirán a petición del procesado o su defensor, por el tiempo que lleve privado de la libertad, la disminución de las consecuencias del delito, etc.; en el auto donde le sea notificado que se le concedió la libertad, se le harán saber las obligaciones que contrae, mismas que de incumplir en forma grave a criterio del juez darán motivo a la revocación de la libertad; haciéndose efectivas las garantías, tanto en favor del ofendido, como del Estado.

De esta manera la libertad provisional bajo protesta, de igual manera es regulada por el anteriormente citado ordenamiento procesal penal, en sus numerales 552 al 55; procediendo ésta a favor del procesado cuando: el acusado tenga domicilio fijo y conocido en el lugar que se siga proceso; con un año de residencia en dicho sitio; que a juicio del juez no exista temor de que se sustraiga de la acción de la justicia; que proteste presentarse siempre que se le ordene ante el Tribunal; que no haya sido condenado por delito intencional; y que se trate de delitos cuya pena máxima no exceda de tres años de prisión; entrándose de personas de escasos recursos, el juez podrá conceder esta beneficio, cuando la pena no exceda de cinco años; que desempeñe un trabajo honesto; motivando la revocación la violación de las disposiciones anteriores; cuando recaiga sentencia condenatoria en primera o segunda instancia; y procederá la misma sin los anteriores requisitos: cuando la prisión preventiva sea más del tiempo del máximo fijado al delito de que se trata; cuando se pronuncie sentencia condenatoria en primera instancia, la cumpla íntegramente pero aún se encuentre pendiente la apelación.

Totalmente distinta resulta ser la situación jurídica de la libertad por desvanecimiento de datos, en relación a las dos anteriores, toda vez que, el propósito de estos "incidentes", es la no restricción de la libertad de los procesados por delitos--

considerados como no graves, hasta en tanto no se resuelva de manera definitiva la situación jurídica en que habrá de quedar los acusados; cuando el desvanecimiento de datos, su objetivo es demostrar que los datos que dieron lugar a la comprobación tanto de los elementos del tipo penal, así como la probable responsabilidad han desaparecido, y por ende debe otorgarse la libertad, ya que la privación de ésta, no se encuentra más justificada; pero dejándose abierta la posibilidad de que si aparecieron datos posteriores con respecto a la responsabilidad del inculpado, se requerirá nuevamente la comparecencia o en su caso se girará orden de aprehensión al acusado; pudiendo ser substanciado en cualquier estado del proceso en que aparezca que los datos se han desvanecido, por prueba plena.

Además que no es necesario realizar un estudio profundo para darse cuenta que los dos primeros "incidentes" mencionados, es decir, el de la libertad provisional bajo caución y la libertad bajo protesta, no son situaciones que surjan a propósito del proceso, sino que ya están contempladas por la ley, como garantías del procesado, además de que no interrumpen el curso del procedimiento, ya que simplemente se pueden tramitar o no, y la causa seguirá su curso, en cambio la situación de la libertad por desvanecimiento de datos, si requiere la tramitación propia de un incidente, y una vez propuesto, se debe citar a audiencia dentro de los cinco días, ---

oyéndose a las partes, y dictando la resolución en sentencia y dos horas, mientras que en los otros la resolución será inmediata, de ser posible en el mismo auto de plazo constitucional.

CAPITULO III.

DE LA LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS.

1.- C O N C E P T O .-

La libertad por desvanecimiento de datos, no puede considerarse como una medida substitutiva de la prisión preventiva, tal como lo son, la libertad bajo protesta y la caucional, las cuales tienen como función primordial, el disfrute provisional de la libertad de los sujetos inculcados de un delito considerado como no grave por la ley Penal; toda vez que, el incidente en cuestión tiene como objeto poner fin al proceso, es decir que se conceda la libertad permanente, y no de manera provisional, sin que resulte relevante en este momento, el hecho de que pueda llevarse a cabo una posible reaprehensión, ésto es, que se reanude el procedimiento, si surgen nuevos datos de responsabilidad, una vez concedida la libertad; además de tener

como presupuesto el previo pronunciamiento del auto de plazo constitucional, ya sea de formal prisión o bien de sujeción a proceso, de tal suerte que no puede tener lugar antes de que se dicte la antes mencionada resolución; no así la caucional o pa preventiva, mismas que se pueden promover desde la averiguación previa.

Manuel Rivera Silva, al abordar el tema expresa: "La libertad por desvanecimiento de datos, es el incidente que se promueve para obtener la libertad procesal, en cualquier estado del proceso y siempre y cuando se estimen desvanecidos los datos que dieron base al auto de formal prisión: los que comprobaron el cuerpo del delito y la posible responsabilidad del inculpado...también puede promoverse al auto de sujeción a proceso..." (48)

Refiere por su parte Juan José González Bustamante, que: "La libertad por desvanecimiento de datos su carácter es transitorio, no debiéndose entender en el sentido de que se recaben pruebas que favorezcan más o menos al inculpado, sino que aquellas que sirvieron para decretar la formal prisión, se encuentran anuladas por otras posteriores. Si con las nuevas pruebas obtenidas no se destruyen de modo directo las que sirven al juez para decretar la formal prisión, aun cuando -----

⁴⁸.- Rivera Silva Manuel. El Procedimiento Penal. Ob. Cit. Pág. 371. 372 y 373.

favorezcan al inculpado, debe ser materia de examen en sentencia definitiva y no pueden servir para considerar que se han desvanecido los fundamentos de hecho de la prisión motivada" (49)

"La libertad por desvanecimiento de datos, considerada en la legislación mexicana como un incidente, es una resolución judicial, a través de la cual el juez instructor ordena la libertad, cuando basado en prueba plena, considera que se han desvirtuado los elementos fundamentales en que se sustentó el auto de formal prisión (el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad)." (50)

Dentro de este concepto de libertad que nos ocupa, destaca lo relativo al desvanecimiento de datos y la forma en la que se tendrá que dar tal desvanecimiento, sobre el particular la Suprema Corte de Justicia de la nación, estableció la siguiente tesis jurisprudencial: "Por desvanecimiento de datos, no debe entenderse que se recaben pruebas que favorezcan más o menos al inculpado, sino a aquellas que sirvieron para decretar la detención o privación, están anuladas por otras posteriores, y si éstas no destruyen de modo directo, las que ---

⁴⁹.- González Bustamante Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal. Ob. Cit. Pág. 312

⁵⁰.- Colín Sánchez Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Ob. Cit. Pág. 559.

sirvieron de base para decretar la formal prisión, aun cuando favorezcan al inculpado, deben servir para considerar desvanecidos los fundamentos de hecho de la prisión motivada” (51).

Como en toda cuestión secundaria, en este incidente de libertad por desvanecimiento de datos, lo que se debate en su tramitación es esa cuestión accesoria, que lo motiva, más nunca el fondo del negocio, es decir, no está a discusión en ese momento la culpabilidad definitiva del procesado. Toda vez que en este caso la materia incidental citada, objeto de propio incidente, es como se indica en la ley la subsistencia o insubsistencia, no de cualquier clase de datos, sino únicamente los que sirvieron para fundar la privación de la libertad.

Siendo este incidente de los que modifican al proceso, toda vez, que tiene lugar afectando la estructura lógica-jurídica del juicio, pues lo que modifica son los elementos que sirvieron de base a éste, es decir, se funda en la desaparición de los elementos que integran el tipo penal, y/o la probable responsabilidad del acusado; alteración que puede ser “transitoria” o definitiva.

⁵¹.- Semanario Judicial de la Federación. Tomos XXIX, XLIX, LIII, LV y LVIII. Págs. 1654, 630, 1068, 2129 y 191.

2.- NATURALEZA JURÍDICA

La libertad por desvanecimiento de datos, desde el punto de vista de su tramitación, constituye un verdadero incidente, es decir, una cuestión controvertida relacionada con el proceso principal, que requiere una tramitación especial, motivada por una situación posterior al auto de plazo constitucional, que declara la formal prisión o bien la sujeción a proceso sin restricción de la libertad, que implique la destrucción de los datos que sirvieron como base para dictar algunas de estas resoluciones judiciales.

Sobre el particular Colín Sánchez, afirma que la naturaleza jurídica de: "La libertad por desvanecimiento de datos, es un derecho para el procesado, en cuanto, a los fundamentos en que se sustentó el auto de formal prisión se desvirtúan. es por lo mismo obligatorio para el juez instructor decretar su procedencia si del examen del material probatorio aportado así se desprende" (52).

Así el incidente de libertad por desvanecimiento de---

⁵².- Colín Sánchez Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Ob. Cit. Pág. 559.

datos, se considera un derecho procesal, toda vez, que si el cuerpo del delito y/o la probable responsabilidad han desaparecido o bien destruido, no puede ni debe existir razón alguna para negar la libertad al inculpado, ya que señala Manuel Rivera Silva, la libertad por desvanecimiento de datos: "...a su vez engendra la libertad real" ⁽⁵³⁾.

Por lo tanto, constituye este incidente un derecho potestativo otorgado por los Códigos Adjetivos Penales, tanto del Distrito Federal, como el Federal, en favor del procesado, su defensor e incluso del Ministerio Público, cuando así proceda, partiendo del supuesto de que se trata de una Institución de buena fe.

Se considera a la multicitada libertad por desvanecimiento de datos, como un incidente de "previo y especial pronunciamiento", ya que opone un obstáculo de fondo a los presupuestos básicos necesarios para el mantenimiento y desarrollo de la relación procesal, y que al arrojar una resolución favorable, pone fin al proceso de que se trate, por que en cualquier caso que prospere, invalidará los datos que fundamentaron el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso.

⁵³.- Rivera Silva Manuel. El Procedimiento Penal Ob. Cit. Pág. 361.

Tomando en cuenta que el auto de formal prisión y el de sujeción a proceso tienen como base fundamental por un lado, la integración del cuerpo del delito y por otro la presunción a la existencia de la responsabilidad penal, que se le atribuye al inculpado, pudiendo darse el caso que en el transcurso del procedimiento uno o tal vez ambos elementos presupuestales desaparezcan, se desvanezcan, quedando en caso de presentarse tales hipótesis, sin bases legales que le sirvan de apoyo, a los autos anteriormente citados, procediendo en consecuencia la restitución al procesado la libertad que le fue restringida.

Tiene por consiguiente este incidente como objetivo dejar sin efectos el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, además de establecer que su tramitación es por vía incidental, de lo que se infiere que la materia de la controversia, será la cuestión accesoria que lo motivó, lo que conlleva a establecer que la esencia de lo planteado radica en la pretensión de dejar sin efecto los autos antes aludidos, sostén del procedimiento principal hasta entonces en trámite, siendo eficaz sólo en cuanto exista prueba plena, de la destrucción de los elementos, que sirvieron para comprobar los tipo penal del delito en cuestión, o bien, la probable responsabilidad penal del inculpado, requiriéndose entonces en forma inequívoca y absoluta el que se borren, deshagan, o desaparezcan por completo los elementos de referencia; resultando insuficiente---

entonces el simple ataque, o el poner en duda los datos en cuestión, pues aún cuando haya algunos que lo favorezcan, cuando tal apoyo no sea de alcance radical como se preindica, es obvio, que en tal caso su valoración es materia de la sentencia definitiva y no de interlocutoria alguna.

3.- ¿QUIENES PUEDEN PROMOVERLO Y ANTE QUIEN?

Las personas legitimadas para promover la libertad por desvanecimiento de datos, desentrañando el sentido del mandamiento 546 del Código Procesal Penal para el Distrito Federal, que a la letra dice : "podrá decretarse la libertad del procesado, por el juez, a petición de parte y con audiencia del Ministerio Público ...". de lo anterior se advierte que son el procesado, el defensor de éste y el Ministerio Público. Por lo que respecto a éste último con apoyo en los numerales tercero fracción VII, que lo faculta expresamente a solicitar la libertad del procesado cuando proceda, y el 550 del propio Código, que dispone : "Cuando en opinión del Ministerio Público se hayan desvanecido los datos ...", previa autorización del Procurador.

Lo anterior da la pauta, para pensar en una posible contradicción del Mandamiento en cuestión, toda vez, que por un lado faculta al Ministerio Público para solicitar la libertad del encausado cuando ésta proceda; para posteriormente restringir tal potestad, al condicionar el pedimento a una previa autorización del procurador , como si se tratase de un desistimiento de la acción penal, que sí requiere la mencionada autorización.

Con respecto a lo anterior el artículo 424 del Código Federal de Procedimientos Penales, expresa que la solicitud del Órgano acusador para que se conceda la libertad por desvanecimiento de datos, no implica el desistimiento de la acción penal. Y que a causa de lo anterior el Tribunal puede negar dicha libertad, exceptuando que el Ministerio Público promueva el sobreseimiento y la libertad absoluta del inculpado.

El juez citará a audiencia, una vez realizada la petición de libertad por desvanecimiento de datos, dentro del término de cinco días, misma a la que tendrá que asistir el Ministerio Público, dictándose sin mas tramite la resolución procedente en las setenta y dos horas siguientes.

En las resoluciones que concedan o nieguen la libertad por desvanecimiento de datos, conforme a lo establecido por el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su numeral 549, son apelables en ambos efectos.

En tanto que el artículo 367 fracción V del Código Federal de Procedimientos Penales, estipula : "son apelables en efecto devolutivo: V.. Los autos que concedan o nieguen la libertad por desvanecimiento de datos."

El incidente a estudio sólo se abre a petición de parte, ante el juez instructor, se cita a audiencia, realizándose dentro del término de cinco días, oyéndose a las partes, y dictándose resolución dentro de las setenta y dos horas siguientes; entendiéndose, por parte: al inculpado, al defensor de éste, y al propio agente del Ministerio Público.

Por lo que refiere al procesado y a su defensor, se encuentran facultados para promover el incidente aludido por razones obvias, toda vez, que son ellos los principales interesados en la obtención de la libertad, en cuanto al defensor la de su defenso: y ni que decir del acusado, quien aprovechará todo recurso para recuperar su libertad, y por último el Ministerio Público, lo podrá aun más deberá solicitarlo cuando vea que procede, en la inteligencia de que es una Institución de buena fe, que representa a la sociedad, sin embargo en la práctica no sucede así.

4.- MOMENTO PROCEDIMENTAL EN EL QUE OPERA.

Siendo que el presente incidente procede, cuando se hayan desvanecido los datos que dieron origen a que se dictara una resolución judicial tendiente a privar de la libertad de forma preventiva, al sujeto activo del delito de que se trate; éste se podrá hacer valer a partir del momento en que se dicta la aludida resolución, mediando la comprobación del desvanecimiento de datos a través de prueba plena, en cualquier estado del proceso, según indica el numeral 546 de nuestra Ley Adjetiva Penal para el Distrito Federal, operando de igual forma el incidente cuando e trata de auto de sujeción a proceso.

Cabe hacer mención sin embargo, que el artículo 422 del Ordenamiento Federal Procesal Penal, expresa: "La libertad por desvanecimiento de datos procede en los siguientes casos: Y.- Cuando en cualquier estado de la instrucción y después de haber dictado el auto de formal prisión ...", esto es, desde el auto de plazo constitucional, hasta el cierre de instrucción.

Haciendo énfasis a respecto, el maestro Julio Acero, al mencionar: "Aunque la ley capitalina indique que 'en cualquier estado del proceso' pueda decretarse una libertad de esta clase, no cabe duda que es imposible y erróneo querer hacerlo así en cualquiera de las etapas posteriores. Cuando en el término de unos cuantos días más, puede se libre el procesado, por virtud de las conclusiones no acusatorias o aún si éstas le fallaran, por la sentencia absolutoria, en que debe confiar dadas sus condiciones, con cancelación segura de toda molestia posterior y con efectos totales." (54)

Asimismo Juan José González Bustamante, expresa que: "Es procedente la libertad por desvanecimiento de datos en la segunda fase de la instrucción formal, en los casos en que nuevas pruebas obtenidas anulen aquellas que sirvieron para tener por comprobado el cuerpo del delito o para destruir la tomada en cuenta para fundar la presunta responsabilidad del inculpado. No debe perderse de vista que los nuevos elementos probatorios obtenidos después del citado auto de formal prisión, han de devanecer plenamente los tomados en cuenta con anterioridad." (55)

Así las cosas la promoción y tramitación del incidente

⁵⁴.- Acero Julio. Procedimiento Penal. Editorial Cajiga, S.A. Puebla, México 1980. Pág. 345

⁵⁵.- Gonzalez Bustamante Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal. Ob. Cit. Pág. 312

de desvanecimiento de datos, se puede llevar a cabo idóneamente, una vez que se dictó el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, y hasta antes del cierre de instrucción, esto es, antes de dictar sentencia, lo anterior en razón a que las pruebas que se debe de demostrar que se encuentran plenamente desvanecidas, son aquellas en las que se fundó la formal prisión o sujeción a proceso, siendo por tanto el lapso más factible para la procedibilidad del multireferido incidente.

“Se promueve este incidente, durante cualquier etapa del proceso, cuando se considera que los elementos que sirvieron para fundamentar el Auto de término Constitucional se han desvanecido, mismos que sirven para tener por comprobados el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad penal” (56)

Así el artículo 546 del Código Adjetivo Penal en el Distrito Federal, estipula: “En cualquier estado del proceso en que aparezcan que se han desvanecido los fundamentos que hayan servido para decretar la formal prisión o sujeción a proceso, podrá decretarse la libertad del procesado...”.

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

⁵⁶.- Oronoz Santana Carlos M. Manuel de Derecho Procesal Penal. Ob. Cit. Pág. 175.

Se podrá promover incidente, durante cualquier etapa del procedimiento, ante el juez instructor de la causa, siempre que se considere que los elementos que sirvieron como fundamento al auto de formal prisión o al de sujeción a proceso se han desvanecido, pudiendo ser los que sirvieron para tener por comprobados el cuerpo del delito, o bien, aquellos por los cuales se acreditó la probable responsabilidad penal del indiciado, tomando en consideración que resulta extemporáneo su planteamiento, antes de dictado el auto de plazo constitucional que decreta la formal prisión o la sujeción a proceso, ya que no existen aún datos cuyo desvanecimiento se procura.

De esta manera la tramitación del incidente por desvanecimiento de datos, se lleva a acabo idóneamente durante la instrucción, lo anterior toda vez, que las pruebas cuyo pleno desvanecimiento se debe demostrar, son las que fundaron el auto de formal prisión, o bien el de sujeción a proceso, por lo que el periodo más propicio para la procedibilidad del multireferido incidente, es hasta antes del cierre de instrucción, ya que es justamente la etapa procedimental donde se analizan las pruebas y fundamentos jurídicos que dieron origen a la formal prisión o sujeción a proceso.

5.- SU TRAMITE ANTE EL ÓRGANO JURISDICCIONAL.

La tramitación de este incidente, da inicio con la petición formal del interesado, toda vez que, procede únicamente a petición de parte, ésto es, el procesado, su defensor, el Ministerio Público, desde luego previa aprobación del Procurador General, una vez formulada la solicitud ante el juez instructor, deberá éste citar a audiencia, la cual tendrá que llevarse a acabo en el término de cinco días, oyéndose a las partes y así sin ningún otro trámite, en el transcurso de las siguientes setenta y dos horas, se dictará la resolución correspondiente, siendo tal resolución apelable en ambos efectos (Ley Adjetiva Penal para el Distrito federal, artículos 548 y 549).

Durante cualquier etapa del procedimiento, se podrá promover la libertad por desvanecimiento de datos, de bebiendo plantearse ante el órgano jurisdiccional instructor de la causa, cuando se estime que han desaparecido, los elementos en que se fundó el auto de formal prisión, o bien, el de sujeción a proceso sin restricción de la libertad, pudiendo ser lo que -----

sirvieron para acreditar el cuerpo del delito de que se trate, o quizá los de la presunta responsabilidad penal del inculcado, y/o ambas hipótesis, lo anterior con posterioridad al dictamen del auto de plazo constitucional, en donde inicie un proceso en contra del presunto delincuente, y hasta antes de que se declare cerrada la instrucción del mismo; evidenciándose que procede luego del auto de formal prisión, toda vez que, el presupuesto del incidente en estudio es la aparición de los datos en que se fundamenta el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, mismos que dan como resultado se sujete a proceso al sujeto activo del injusto penal, ya que, con anterioridad a estas resoluciones, lo actuado es parte de una investigación a propósito de acreditar la integración de los elementos del tipo penal, así como la probable responsabilidad, por ende, no se puede desvanecer lo que no existe propiamente como realidad jurídica penal.

Alberto González Blanco, respecto al trámite del incidente, manifiesta: "La substanciación de éste se hará en forma breve, hecha la petición del procesado, su defensor o el Ministerio Público, el juez citará a una audiencia dentro del término de cinco días, a la que el Ministerio Público deberá asistir y dentro de las setenta y dos horas siguientes, determinará el incidente, el Código de Procedimientos Penales vigente por el Distrito federal, indica: "Cuando en opinión del Ministerio Público se hayan desvanecido los datos que sirvieron

para dictar la formal prisión, no podrá expresar opinión en la audiencia, sin previa autorealización del procurador, quien deberá resolver con oportunidad dentro del término de cinco días de formulada la consulta" (57)

Sumamente sencilla es la tramitación del incidente por desvanecimiento de datos, opina Rivera Silva: "Hecha la petición del interesado (el incidente únicamente se abre a petición de parte) ante el juez instructor, éste cita a una audiencia que deberá realizarse dentro del término de cinco días. En la audiencia se oye a las partes y dentro de las setenta y dos horas siguientes se dicta la resolución"(58), además que para que prospere indica, es menester que las pruebas que destruyan los datos que dieron base a los autos de formal prisión o sujeción a proceso, constituyan prueba plena... según afirma el artículo 547 de la multicitada Ley Adjetiva Penal del Distrito Federal, en vigor.

Para Eduardo Pallares, la tramitación del citado incidente, se da de esta forma: "a).- Puede promoverse por el Ministerio Público o por una de las partes; b).- Su tramitación--

⁵⁷.- González Blanco Anberto. El Procedimiento Penal Mexicano. Ob. Cit. Pág.215

⁵⁸.- Rivera Silva Manuel. El Procedimiento Penal. Ob. Cit. Pág.

consiste en citar a las partes a una audiencia a que necesariamente deberá asistir el ministerio Público, y en la cual después de ser oídas, se pronunciará sentencia apelable en ambos efectos; c).- La audiencia se celebrará ante la Corte o ante el juez instructor según el caso..."⁽⁵⁹⁾

Ahora bien aún y cuando se actualiza, lo establecido por el artículo 550, esto es, que el Ministerio Público manifestará previa autorización del Procurador General, su conformidad con respecto a la concesión de la libertad en referencia, al Tribunal ésta facultado para negarla, lo anterior perjuicio de que las partes hagan valer los medios de impugnación respectivos, es decir, la apelación o en sus caso, o si así lo prefieren el amparo indirecto.

Briseño Sierra, señala:" El trámite consiste en una cita para la audiencia, en la que se dicta la sentencia por el juez instructor o la corte penal en su caso..."⁽⁶⁰⁾

⁵⁹.- Pallares Eduardo. Prontuario de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa, S.A. México 1993. Pág. 86

⁶⁰.- Briseño Sierra Humberto. El Enjuiciamiento Penal. Ob. Cit. Pág. 260.

Concluyendo el incidente de libertad por desvanecimiento de datos, se tramita a petición de parte, esto es, el inculpado, del defensor de éste, y en algunos casos el Ministerio Público, deberá promoverse ante el juez instructor, quien citará a audiencia dentro de los cinco días siguientes, ya en la audiencia se oirá a las partes (siendo pertinente que el Ministerio Público, no podrá expresar opinión alguna en caso de estar de acuerdo con la procedencia de la libertad, hasta recibir autorización del Procurador General), y ya sin mayor trámite, dentro de las subsecuentes setenta y dos horas se pronunciará la resolución correspondiente, así también cabe aclarar que en caso de que la Representación Social, esté conforme con la libertad, aún así el Tribunal no está obligado a concederla, sino se satisfacen de manera total y plena con lo expuesto en la Ley Procesal aplicable.

CAPÍTULO IV.-

INTEGRACIÓN O DINAMICA DEL INCIDENTE

1.- SOLICITUD.-

En relación a la solicitud de la libertad por desvanecimiento de datos, esta se puede realizar en cualquier estado del proceso, atendiendo a lo establecido por el artículo 546 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, siendo en este aspecto más específico el análogo ordenamiento Federal que en su numeral 422, estipula que es posible formular la solicitud en cualquier momento, desde la pronunciación de la formal prisión o sujeción a proceso sin privación de la libertad y hasta antes de que se cierre la instrucción.

Alberto González Blanco, manifiesta: "Puede ser que el proceso no se encuentre en trámite propiamente dicho, una vez cerrada la instrucción jurídica ventajosa, en todo caso, será sobreseimiento (previas conclusiones inacusatorias confirmadas) o la sentencia absolutoria que recaiga, según proceda" (61).

Al respecto Julio Acero, dice que : "Cuando la solicitud se hace en un periodo avanzado de la causa, se desprende la inutilidad y hasta la perniciosidad práctica de este incidente; toda vez que aun que la Ley Capitalina indique que "En cualquier estado del proceso", pueda decretarse una libertad de esta clase; no cabe duda que es imposible y erróneo quererlo hacer así en cualquiera de las etapas posteriores a la conclusión de la instrucción., cuando es más factible en relación al tiempo y economía procesal, esperar a que se dicte en ese momento procedimental una sentencia absolutoria, cuyos resultados serían más firmes e irrevocables". (62).

Siendo conveniente solicitar o formular el incidente en cuestión, una etapa temprana del procedimiento penal, ya---

⁶¹ .- González Blanco Alberto. El Procedimiento Penal Mexicano. Ob. Cit. 216.

⁶² .- Acero Julio. Procedimiento Penal. Ob. Cit. Pág. 391

que es entonces cuando resulta más oportuno y beneficioso para el procesado, toda vez que le brinda la posibilidad de obtener la libertad sin necesidad de tener que esperar a que se concluya el trámite del juicio penal iniciado en su contra.

Cabe señalar que como ya se estableció en el punto respectivo, en el incidente de libertad por desvanecimiento de datos la solicitud de ser formulada a petición de parte, esto es en el caso específico el propio procesado, su defensor, e incluso el mismo Ministerio Público, prestándose lo anterior a confusión, toda vez que éste último solamente podrá hacer la referida solicitud una vez que cuente con la aprobación del Procurador General de Justicia de la República, coartando de esta forma su poder de decisión autónoma.

Consecuentemente, la formulación de la solicitud para la substanciación del incidente de libertad por desvanecimiento de datos, puede realizarse según el propio ordenamiento penal puede presentarse en cualquier momento del procedimiento, más sin embargo, esto no impide señalar que el momento más oportuno y por consiguiente más beneficioso para hacer valer tal recurso, se da una vez dictado el auto de formal prisión y durante toda la instrucción, lo anterior en función de que se cumpla con el propósito básico----

del incidente en mención, el cual es obtener obtener la libertad jurídico procesal del indiciado, es decir dejarlo en libertad tanto física como del proceso se seguido en su contra, desde luego lo más pronto posible, esto es antes de que se concluya el procedimiento.

2.- HIPÓTESIS DE PROCEDENCIA.-

El propósito del incidente es establecer si se han destruidos o desaparecido, los datos que dieron lugar a establecer la presunta responsabilidad, o integrar el cuerpo del delito, con base a los cuales se dictó la formal prisión o bien la sujeción a proceso sin privación de la libertad; Es decir, no se está estudiando el fondo del asunto, esto si el procesado es o no culpable, sino una cuestión accesorio, que sin embargo determinará la continuación o suspensión del proceso penal.

Procediendo el incidente materia de este estudio en las siguientes hipótesis:

- 1.- Cuando se desvanezcan los elementos que tuvieron por conformado el cuerpo del delito, y
- 2.- Cuando lo que se desvanezca sean las pruebas con que se estableció la presunta responsabilidad del procesado.

Haciendo énfasis en que si lo que se desvanece son los elementos del cuerpo del delito, en consecuencia se desaparece la probable responsabilidad, toda vez que no puede haber responsabilidad penal, sino existe un delito perfectamente establecido.

En relación a su procedencia Julio Acero, refiere: "En todo proceso puede haber datos en contra y datos en pro; pero aquí no va a tratarse precisamente del mayor valor de los unos sobre los otros porque esto es lo que sería juzgar el fondo de la causa. Se trata sólo de ver, como se dijo, si aquellos fundamentos especiales de la prisión preventiva, se borraron o no. Su valor significativo, su inferioridad que puedan tener esos y cualquiera otros datos contrarios respecto de los favorables, será cosa completamente distinta que implica la valoración de las pruebas y constituye la materia de la discusión definitiva reservada con exclusividad a las conclusiones o la sentencia; pero del todo ajena al incidente, limitado a resolver como queda repetido, si subsiste o no la razón porque se puso preso al reo, sin decidir nunca ni analizar su efectiva culpabilidad o inculpabilidad."⁶³

Fernando Arilla Bas, indica.- "En cualquier estado del proceso en que aparezca que se han desvanecido los fundamentos que hayan servido para decretar la formal prisión o la sujeción a proceso, podrá decretarse la libertad del reo por el juez , a petición de parte y con audiencia del ministerio público (artículo 546 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

Procede el los siguientes casos:

⁶³. - Acero Julio. Procedimiento Penal. Ob. Cit. Pág. 389.

I.- Cuando en el curso del proceso aparezcan, por prueba plena, desvanecidas las que sirvieron para comprobar el cuerpo del delito y;

II.- Cuando sin que aparezcan datos posteriores de responsabilidad, se hayan desvanecido, por prueba plena, los señalados en el auto de formal prisión para tener al detenido como presunto culpable. (artículo 547 del Código de Procedimientos Penal para le Distrito Federal)" (64)

Indicando por su parte Eduardo Pallares, que las "Condiciones para que proceda la libertad por desvanecimiento de datos, la precisa el artículo 547 (Código de Procedimientos Penales) y son dos:

1.- Que se hayan desvanecido los datos que sirvieron para probar la existencia del cuerpo del delito.

2.- Que mediante prueba plena se demuestre que no existen los elementos o datos que fundaron el auto de formal prisión para considerar al detenido como presunto responsable." (65)

Así el maestro Humberto Briseño Sierra, indica que: "Pallares alude... al desvanecimiento de datos, que procede cuando el acusado está detenido y se ha dictado el auto de formal prisión." (66)

64.- Ariila Bas Fernando. El Procedimiento Penal en México. Ob. Cit. Pág. 192.

65.- Pallares Eduardo. Prontuario de Procedimientos Penales. Ob. Cit. Pág. 85.

66.- Briseño Sierra Humberto. Derecho Procesal. Ob. Cit. Pág. 20

“Es procedente la libertad por desvanecimiento de datos en la segunda fase de la instrucción formal, en los casos en que las nuevas pruebas obtenidas anulen aquellas que sirvieron para tener por comprobado el cuerpo del delito y para destruir las tomas en cuenta para fundar la presunta responsabilidad del inculpado”.⁽⁶⁷⁾

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al respecto establece en la tesis jurisprudencial titulada: “LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS. PROCEDENCIA DEL INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS. Procede cuando están invalidados enteramente los datos que sirvieron para comprobar el cuerpo del delito, o para hacer probable la responsabilidad de la persona declarada formalmente punitiva; no así para restar valor probatorio a los que se basó o se basará para cuantificar el monto del delito que se le imputa al inculpado; ya que el mismo será determinado una vez que hayan sido analizadas las pruebas en su totalidad.”⁽⁶⁸⁾

De esta forma se puede determinar que el incidente de libertad por desvanecimiento de datos, procede cuando se han destruido por pruebas plenas los elementos y datos que dieron lugar a tener por acreditado el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculpado, o procediendo cuando

⁶⁷.- González Bustamante Juan José. Principios de Derecho Procesal Mexicano. Ob. Cit. 312.

⁶⁸.- Semanario Judicial de la Federación. Tomo V Segunda Parte. 285

las pruebas sólo modifiquen ya que tienen que ser desvanecido totalmente específicamente los datos en que se fundó la formal prisión o sujeción a proceso y no otros cualquiera.

3.- SUBSTANCIACIÓN O EVENTUAL REVOCACIÓN.

La substanciación del incidente de libertad por desvanecimiento de datos, podría ser calificada como breve o muy sencilla, toda vez que una vez presentada la solicitud, que deberá ser realizada a petición de parte, el juez al admitir el incidente a trámite, citará audiencia a las partes dentro del término de cinco días, oyéndose en dicha audiencia a las partes, para que dentro de las siguientes setenta y dos horas, se dicte la resolución correspondiente

El Artículo 548 del Código de Procedimientos Penales, establece que para substanciar el incidente de libertad por desvanecimiento de datos, hecha la petición por el interesado, el juez citará a una audiencia dentro del término de cinco días. En dicha audiencia se oirá a las partes y sin más trámite el juez dictará la resolución que proceda, dentro del término de setenta y dos horas.

Menciona Fernando Arilla Bas que: "Para substanciar el incidente, hasta la petición por el interesado, el--

juez citará a una audiencia dentro del término de cinco días, en la cual el oír a las partes y sin más trámite, dictará la resolución que proceda dentro de setenta y dos horas. La resolución es apelable en ambos efectos...”⁽⁶⁹⁾

En cuanto a la tramitación de este incidente Eduardo Pallares, apunta: “ a).- Puede promoverse por el Ministerio Público o por una de las partes; b).- Su tramitación consiste en citar a las partes a una audiencia a la que necesariamente deberá asistir el ministerio público, y en la cual, después de ser oídas, se pronunciará sentencia apelable en ambos efectos; c).- La audiencia se celebrará ante la Corte, o ante el Juez instructor según el caso; d).- El artículo 550 prohíbe al Ministerio público emitir opinión en la audiencia, cuando en su concepto se han desvanecido los datos y procede la libertad.... Además, tiene que estar autorizado previamente por el Procurador General de Justicia.”⁽⁷⁰⁾

“La substanciación del incidente de libertad por desvanecimiento de datos, se hará en forma breve. hecha la petición por cualquiera de las partes, el tribunal las citará a una audiencia dentro del término de cinco días, a la que el ministerio público deberá asistir, y dentro de las setenta y dos--

⁶⁹.- Arilla Bas Ferenando. El Procedimiento Penal en México. Ob. Cit. Pág. 193.

⁷⁰.- Parrales Eduardo. Prontuario de Procedimientos Penales. Ob. Cit. Pág. 86

horas siguientes fallará el incidente. Aun cuando el Ministerio Público este de acuerdo con la concesión de la libertad, el Tribunal esta facultado para negarla.”⁽⁷¹⁾

Haciendo hincapié Manuel Rivera Silva, en que la substanciación del incidente de libertad por desvanecimiento de datos “Es sumamente sencilla: hecha la petición por el interesado (el incidente sólo se abre a petición de parte) ante el juez instructor, esta cita es un audiencia que deberá realizarse dentro del término de cinco días. En la audiencia se oye a las partes y dentro de las setenta y dos horas siguientes se dicta la resolución.” ⁽⁷²⁾

La ley Adjetiva Penal, nos indica en su numeral 549, que la resolución interlocutoria que le recae al multicitado incidente, es apelable en ambos efectos, es decir, suspensivo y devolutivo, esto es que se suspende la jurisdicción del juzgado en tanto se resuelve el recurso, suspendiéndose así también los efectos de la resolución, no ejecutándose la misma, hasta en tanto se resuelva la apelación interpuesta.

⁷¹.- González Bustamante Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal. Ob. Cit. Pág. 313.

⁷².- Rivera Silva Manuel. El Procedimiento Penal. Ob. Cit. Pág. 368.

Debiéndose por consiguiente agotar este recurso ordinario (apelación), previa a la solicitud del amparo, ya que la interlocutoria dictada en el referido incidente, no restringe directamente la libertad de los gobernados, sino que ésta les fue limitada como consecuencia inmediata de la prisión preventiva a que están sujetos; ni importa peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera del procedimiento judicial, ni algunos de los casos previstos y prohibidos por el precepto 22 constitucional, y tampoco queda comprendida dentro de las garantías constitucionales, que otorga el artículo 16 (en materia penal), 19 y 20 de la Carta Magna, a más de que sólo tiene carácter procesal y no constitucional, por lo tanto no se conculcan en forma alguna, ni en perjuicio de ninguna persona las indicadas garantías; razón por la que antes de intentar el amparo debe agotarse el recurso ordinario de la apelación, en caso de no estar de acuerdo con la resolución dictada a incidente de libertad por desvanecimiento de datos.

Al declararse procedente el incidente de libertad por desvanecimiento de datos, el procesado tendrá que ser puesto en libertad inmediatamente, una vez que haya causado estado o sea declarada ejecutoriada dicha resolución, toda vez que, si hay apelación por parte del Ministerio Público, esta apelación será admitida en ambos efectos, es decir, suspensivo y devolutivo, como lo establece la Ley Procesal aplicable; -----

resultando en consecuencia que los efectos producidos por la libertad concedida, tendrán que suspenderse, hasta en tanto se pronuncie la sentencia de segunda instancia, misma que si considera infundada la apelación, confirmará la libertad concedida, y si por el contrario establece procedente la apelación revocará la multicitada libertad decretada por la interlocutoria recaída al incidente.

Por otro lado también es factible la no procedencia del incidente libertad por desvanecimiento de datos en cuestión, toda vez que en caso de que el juzgador al realizar el estudio correspondiente, constatará o llegara a la conclusión de que no se reúnen los requisitos exigidos por la Ley Procesal penal en su artículo 546, es decir que los datos aportados por el solicitante no son suficientes para acreditar plenamente, ya sea el desvanecimiento de las pruebas que dieron lugar a tener por comprobado el cuerpo del delito, o bien los elementos o datos la presunta responsabilidad del procesado, este órgano jurisdiccional estará en aptitud de declarar improcedente el incidente a estudio.

Toda vez que, como ya se mencionó anteriormente para que proceda el incidente en comento, es necesario que se actualice cualquiera de las dos hipótesis de procedencia, de la libertad por desvanecimiento de datos, pudiendo ser en -----

consecuencia que se acredite el desvanecimiento por prueba plena los elementos del cuerpo del delito, o los de la probable responsabilidad, que dieron origen al auto de formal prisión o de sujeción a proceso sin restricción de la libertad, teniendo forzosamente que deben quedar desvanecidos y no sólo modificados dichos datos, por lo que de no ser así, se tendrá como consecuencia que no proceda el indicado incidente.

La revocación por otro lado del incidente de libertad por desvanecimiento de datos, tendrá efecto cuando se haya concedido tal incidente por la desaparición de la probable responsabilidad, es decir cuando sus efectos hayan sido provisionales, ya que según lo establece el artículo 551 del Código de Procedimientos Penales, queda expedita la acción del ministerio público para solicitar la nueva aprehensión o comparecencia del inculpado, cuando aparecieren nuevos datos que así lo ameriten y en consecuencia se podrá dictar una nueva formal prisión o sujeción a proceso.

La revocación el presente incidente, tiene como consecuencia la reanudación de los efectos jurídicos del auto de formal prisión, quedando el solicitante en aptitud de volver a intentar la acción constitucional contra ese proveído. En relación a lo anterior la Suprema Corte de Justicia de la Nación,

según criterio emitido en su tesis jurisprudencial. "AMPARO CONTRA EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, ES IMPROCEDENTE CUANDO SE DECLARA FUNDADO EL INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS", dispone que en caso de una eventual revocación de dicha resolución, el quejoso estaría en aptitud de volver a intentar la acción constitucional contra ese proveído.", esto es, que si se revocará el ya citado incidente, procedería en consecuencia el amparo.⁽⁷³⁾

Concretamente la eventual revocación del presente incidente, tendrá lugar, primordialmente al declararse procedente la apelación interpuesta por el Ministerio Público, contra la resolución interlocutoria que concedió la libertad por desvanecimiento de datos, ya que el ser apelable en efecto devolutivo y suspensivo la resolución de mérito, trae como resultado que desde el momento que es presentada la apelación en cuestión, se suspenden los efectos de la resolución que concedió la libertad, lo que se podría equiparar a una eventual revocación, y si se da el caso que la resolución de segunda instancia declare fundada tal apelación, la revocación de la libertad por desvanecimiento de datos, será definitiva.

En definitiva la substanciación de este incidente es sumamente sencilla y rápida iniciando con la solicitud a -----

⁷³.- Semanario Judicial de la Federación. Tomo XV-1 Febrero. Tesis: IV-20.60P. Pág. 143.

petición de parte, continuándose con la audiencia, finalizando con una resolución interlocutoria que es apelable en ambos sentidos, con lo que se crea la posibilidad de una eventual revocación.

4.- CARÁCTER DE LAS PRUEBAS.-

El objetivo primordial de las pruebas en el presente incidente a estudio, es de demostrar plenamente que los datos que sirvieron de sustento a la formal prisión, o la sujeción a proceso sin restricción de la libertad, quedan plenamente desvanecidos, por dichas pruebas.

Es por esta razón por la que las pruebas deben ser plenas, es decir que, no den lugar a dudas, o se presten a interpretaciones personales, debiendo tener la calidad de generalidad e individualidad expresamente dada por la ley, siendo en consecuencia su valorización inflexible, y adquiriendo por lo anterior un valor fijo, de aplicabilidad constante a cualquier caso, donde sea ofrecida, excluyendo por tales características la probabilidad de peligrosidad del abuso y arbitrariedad judicial.

Exigiendo de esta forma el artículo 547 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que para la procedencia del incidente de libertad por desvanecimiento de---

datos, éste tenga como sustento para la desaparición de los elementos del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad penal, la aportación de pruebas plenas, que concuerden con el régimen jurídico de las pruebas en materia penal.

Así entonces de la misma manera la Ley Adjetiva Federal concuerda con la ley común, en cuanto a exigir para la procedencia del multireferido incidente, que los datos se desvanezcan plenamente.

Siendo oportuno apuntar que para Julio Acero, en relación a este punto, nos dice que: "Desvanecer significa borrar, deshacer, disolver, y en este caso sin ningún paliativo, dejar destruidos totalmente, o mejor todavía hacer desaparecer por completo los elementos de referencia; no atacarlos, o ponerlos en duda solamente."⁽⁷⁴⁾

Considerando entonces, en términos generales a la prueba como el medio adecuado, justo y hasta podría decirse que idóneo, que nos lleve a conseguir en el ánimo del juzgador, el convencimiento, de que en determinada circunstancia, se ha establecido una verdad cierta, sobre la cual deberá y tendrá que

⁷⁴. - Acero Julio. Procedimiento Penal. Ob. Cit. Pág. 388.

fundar o normar su criterio jurídico, para ser plasmado y emitido en al resolución conducente.

Sergio García Ramírez, menciona que: "los autores penalistas al respecto señalan:

.-Bentham caracteriza a la prueba en amplio sentido, como un hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia de otro hecho.

.-Mitter Mainer concede a la prueba en sentido lato "en todo medio directo o indirecto de llegar al conocimiento de los hechos"

.-Elbro, nos dice que: pruebas son aquellas circunstancias sometidas a a los sentidos del juez y las cuales ponen de manifiesto el contenido del juicio en otros términos y las pruebas vienen a ser "los atestados de personas o de cosas acerca de la existencia de un hecho".⁽⁷⁵⁾

Para que prospere el incidente, es menester, dice Manuel Rivera Silva: "Que las pruebas que destruyan los datos que dieron base al auto de formal prisión o al de sujeción a proceso, constituyan prueba plena...", es esto, quiere decir que por prueba plena, debe entenderse aquella se ajusta a un sistema tasado de valor probatorio. ⁽⁷⁶⁾

⁷⁵.- García Ramírez Sergio Derecho Procesal Penal. Ob. Cit. Pág. 287.

⁷⁶.- Rivera Silva Manuel. El Procedimiento Penal. Ob. Cit. Pág. 368.

Si se quiere nulificar los datos con base en los cuales se dicto la formal prisión o sujeción a proceso, las pruebas aportadas con este fin, deberán destruir total y de forma directa a las que fundamentaron el auto referido, toda vez que para tener por desvanecidos los anteriores elementos, no basta ni es suficiente contradecirlos, sino que es preciso nulificarlos, probando su falsedad ya sea a través del juicio, con su respectiva resolución, o bien con la demostración de una coartada exenta de toda sospecha. (77)

Nos marca en relación a lo anterior la Suprema Corte de Justicia de la Nación su criterio sustentado en las tesis jurisprudenciales, siguientes que : "Por desvanecimiento de datos no debe entenderse que se recaben pruebas que favorezcan más o menos al inculpado, sino aquellas que sirvieron para decretar la detención o prisión preventiva, estén anuladas por otras posteriores y si ésta no destruyen de modo directo las que sirvieron de base para decretar la formal prisión, aun cuando favorezcan al inculpado, deben ser materia de estudio en la sentencia definitiva y no pueden servir para considerar desvanecidos los fundamentos de hecho de la prisión motivada."(78)

⁷⁷.- Acero Julio. Procedimiento Penal. Ob. Cit. Pág. 393.

⁷⁸.- Tesis 185. Semanario Judicial de la Federación. Segunda Parte de la Compilación de 1917-1965.

“LA LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS, PRUEBAS EN EL INCIDENTE DE, DEBEN DESVANECERSE TODAS AQUELLAS EN QUE SE FUNDAMENTO EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN.- Si el procesado aporta al incidente diverso material probatorio con el cual pretende desvanecer las pruebas en que descansa la formal prisión, pero dichas probanzas aportadas no desvanecen la totalidad de las en que se fundamenta el auto de formal prisión o bien de sujeción a proceso, es claro que dicho auto debe seguir prevaleciendo, en los términos del artículo 422 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual señala que dentro del incidente de libertad por desvanecimiento de datos, deben desvirtuarse todas aquellas consideradas que acreditaron el cuerpo del delito en el auto de formal prisión.” (79)

El incidente de libertad por desvanecimiento de datos, es un medio de defensa, que tiene por objeto que el inculcado obtenga su libertad si demuestra, que las pruebas que sirvieron de base para justificar el cuerpo del delito o su probable responsabilidad, en términos del artículo 19 de la Ley Fundamental, quedaron anulados por otras posteriores, de tal suerte, que es inconcluso ...inoperante.. dicho incidente, tendiente a dejar sin efecto el auto de formal prisión...” AUTO DE FORMAL PRISIÓN, ES IMPROCEDENTE EL AMPARO -----

⁷⁹.- Semanario Judicial de la Federación. Tomo VII-Noviembre. Pág. 239.

PROMOVIDO CONTRA EL, SI SE ENCUENTRA PENDIENTE DE RESOLVER EL INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS.⁽⁸⁰⁾

Concluyendo las pruebas con las que se pretenda desvanecer los datos que dieron origen al auto de plazo constitucional que decreto la formal prisión o sujeción a proceso, deben tener el carácter de plenas, sin que se pretenda con este incidente corregir errores en que se hubiere incurrido en materia de apreciación en relación a las pruebas al dictarse los autos de referencia, es decir no se trata de modificarlas o sino simplemente comprobar que tales pruebas han quedado perfectamente desaparecidas en su totalidad.

⁸⁰.- Octava Epoca. Semanario Judicial de la Federación. Tomo XII-Agosto. Pág. 360.

5.- DEL CUERPO DEL DELITO Y LA PRESUNTA RESPONSABILIDAD.

El artículo 19 constitucional establece que ninguna detención podrá exceder de 72 horas, sin que se justifique con un auto de plazo constitucional, en donde se decrete ya sea la formal prisión, o bien la sujeción a proceso sin restricción de la libertad, mismos que deberá contener los siguientes datos o requisitos: El delito imputado,*los elementos del cuerpo del delito que lo constituye, nombre del acusado, persona quien lo acusa y demás datos que arroje la averiguación previa, que deben ser suficientes y bastantes para comprobar tanto la presunta responsabilidad, así como los elementos del cuerpo del delito, sin que medie ninguna causa de justificación; Y en caso de no comprobarse o colmarse los requisitos exigidos en el precepto constitucional aludido se tendrá que dictar un auto de libertad por falta de elementos para procesar.

Por consiguiente los requisitos básicos e indispensables del auto de formal Prisión, son primeramente los que se encuentran establecidos en el numeral 19 de nuestra Carta Magna,..... y en segundo lugar deberán encontrarse acreditados y comprobados tanto el cuerpo del delito, así como los datos que hicieron posible tener por acreditada la presunta -

responsabilidad del procesado, siendo el auto en cuestión la resolución judicial que determinará la situación jurídica del indiciado, precisando el tipo de proceso o juicio que se le seguirá al inculgado.

Asimismo, por lo que hace al auto de sujeción a proceso sin restricción de la libertad, éste se dictará cuando el tipo penal del delito a estudio, no se encuentre sancionado con pena privativa de libertad o bien la pena establecida sea alternativa, es decir que, se pueda elegir entre la privación de la libertad o bien una multa o sanción, teniendo como presupuestos procesales los establecidos en la Constitución Política en su artículo 19, de la igual manera que el de formal prisión, esto es, que se requiere la previa comprobación de tanto de la probable responsabilidad como del cuerpo del delito del tipo penal en cuestión, entre otros requisitos.

En relación al auto de libertad por falta de elementos para procesar, dicha resolución será dictada por juzgador cuando del estudio de la averiguación previa consignada, se llegue a la conclusión de que no se cumplen o satisfacen los requisitos presupuestales establecidos en el ya citado artículo 19 de Nuestra Máxima Ley, como son primordialmente la acreditación del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del procesado, esencialmente.

Y toda vez que, el propósito del incidente a estudio es revocar, nulificar, o desvanecer los datos que sirvieron de fundamento jurídico tanto al auto de formal prisión, como al de sujeción a proceso, y siendo estos requisitos procesales la acreditación de los elementos del cuerpo del delito, así como la demostración de la presunta responsabilidad del indiciado, resulta importante tener un concepto claro de los multicitados cuerpo del delito y presunta responsabilidad.

Iniciando con el concepto que del cuerpo del delito que da Adato de Ibarra quien ha sostenido que :“el cuerpo del delito es el conjunto de presupuestos y elementos del delito que están demostrados existencialmente y que nos permiten de una parte, definir exactamente el delito dado y por otra establecer su nota distintiva respecto de los otros delitos” .⁽⁸¹⁾

Jorge Zavala Baquerizo, refiere conceptualmente que: “El cuerpo del delito está dado por la adecuación del acto a un tipo penal, o, si se quiere, en otras palabras, es el preciso y adecuado ensamblamiento de un acto a una figura de delito, en un tiempo y espacio determinado” . ⁽⁸²⁾

⁸¹.- Adato de Ibarra.- Prontuario del Derecho Penal Mexicano Ob. Cit. Pág.

⁸².- Zavala Baquerizo El Procedimiento Penal Tomo III. Tercera Edición. Editorial Edino Nomos ltd, Bogotá Colombia 1990. Pág. 73

“El cuerpo del delito en el procedimiento penal esta constituido por el conjunto de elementos físicos, materiales, que se contienen en la definición”.⁽⁸³⁾

Por su parte Rivera Silva dice :” Que el cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando esté justificada la existencia de los elementos materiales que constituyen el hecho delictuoso según lo determina la ley penal”⁽⁸⁴⁾

CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE.- por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos; subjetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal. Semanario Judicial de la Federación. Apéndice 1.1. Primera Sala N. 193.201.

La Presunta Responsabilidad del procesado igualmente es requisito otro de los requisitos exigidos por nuestra Constitución Política, cuya demostración compete al órgano jurisdiccional, según estipula el artículo 19 constitucional.

⁸³.- García Ramírez Sergio y Victoria Adato de Ibarra. Prontuario del Proceso Penal. Ob. Cit. Pág. 241.

⁸⁴.- Rivera Silva manuel. El Procedimiento Penal. Ob. Cit. Pág. 350.

Siendo también competencia del Ministerio Público la comprobación de la probable responsabilidad en la etapa de la averiguación previa; toda vez que si cualquiera de los anteriores elementos mencionados no se acredita, no será posible el ejercicio de la acción penal, a través de la consignación. Por consiguiente si no se actualiza el ejercicio de la acción penal, no habrá podrá dictarse ningún auto de plazo constitucional donde se decreta la formal prisión, la sujeción a proceso sin restricción de la libertad, o bien si a si procede el de libertad por falta de elementos para procesar.

Concluyendo el objetivo fundamental del incidente de libertad por desvanecimiento de datos es justamente desaparecer los datos pruebas y elementos que dieron lugar a dictar el auto de plazo constitucional, donde se decreto la formal prisión o sujeción a proceso.

Es decir se tendrá que demostrar plenamente los elementos que conforman el cuerpo del delito, desaparecieron o se destruyeron, o bien en su caso que el procesado no tiene ninguna responsabilidad penal en los hechos delictuosos de los que se le acusa, lo anterior deberá ser con pruebas plenas, que efectivamente destruyan los datos anteriores fundatorios del auto en cuestión, y no sólo que los modifiquen.

6.- CONSECUENCIA Y EFECTOS

Los principales y más importantes efectos o consecuencias del incidente de libertad por desvanecimiento de datos, es el hechos de poder otorgar la libertad de forma definitiva al suspender el proceso en caso que se declare procedente, cuando lo que se hubiese destruido o desvanecido fueran los elementos que integran el cuerpo del delito; o bien la libertad con efectos provisionales, cuando lo atacado haya sido los elementos que tuvieron por demostrada la probable responsabilidad penal del enjuiciado, toda vez que la ley deja en aptitud al ministerio publico de ejercer nuevamente la acción penal si, es que aparecieran nuevos datos que acrediten la responsabilidad del acusado, como en el caso del auto de libertad por falta de elementos para consignar.

Fernando Arilla Bas.- nos indica: " Los efectos de la libertad por desvanecimiento de datos varían en ambos Código. El artículo 551 del Código Común dispone que en el caso de la fracción II del artículo 547, o sea cuando se han desvanecido los datos que sirvieron para la presunta responsabilidad, dicha libertad tendrá los mimos efectos que la libertad por falta de méritos. A contrario sensu, hay que entender que en el -----

supuesto de la fracción Y del propio artículo, ósea cuando se han desvanecido los datos que sirvieron para comprobar el cuerpo del delito, la libertad será definitiva y causará autoridad de cosa juzgada. el artículo 426 del Código Federal dispone que "la resolución que conceda la libertad tendrá los mismos efectos que el auto de libertad por falta de elementos para procesar".
(85)

De los efectos de la libertad por desvanecimiento de datos menciona Eduardo Pallares:" Cabe decir ellos:

1.- Que no son los de una sentencia definitiva por tratarse de un mero auto;

2.- Que absuelve provisionalmente y no de instancia, por lo dicho en el inciso anterior;

3.- Que el acusado no puede ser aprehendido de nuevo por el mismo delito cuando el auto se funda en que se desvanecen los datos relativos al cuerpo del delito, porque en este caso no hay materia u objeto para la acción penal; pero sucede lo contrario si la libertad se le otorga porque se hayan desvanecido los datos relativos a su responsabilidad. Si más tarde aparecen nuevos en contra suya, podrá ser aprehendido por segunda vez y declarado formalmente preso. (art.551), sin que por ello se viole el artículo 20 de la Constitución que presupone una sentencia definitiva que absuelva al reo de la instancia."(86)

⁸⁵.- Arilla Bas Fernando. El Proceso Penal en México. Ob. Cit. Págs. 193 y 194.

⁸⁶.- Parrales Eduardo. Prontuario de Procedimientos Penales. Ob. Cit. Págs. 86 y 87.

El efecto que surte el incidente por desvanecimiento de datos, señala Manuel Rivera Silva: "Consiste en determinar la libertad procesal (es decir que quede libre de un proceso) del inculpado. (87)

En tanto que el Código del Distrito manifiesta que en el caso en que se desvanezcan los datos que sirvieron para comprobar la posible responsabilidad, la libertad concedida equivalía a una libertad por falta de méritos, era de suponerse que cuando el incidente prosperaba, por haberse desvanecido los datos que sirvieron para comprobar el cuerpo del delito, se trata de una libertad absoluta... y cuando prospere el incidente por haberse desvanecido los datos fundatorios de la posible responsabilidad la resolución "tendrá los mismos efectos del auto de libertad por falta de méritos" y cuando se desvanezcan los que sirvieron para acreditar el cuerpo del delito, la resolución "tendrá efectos definitivos y se sobreseerá el proceso"

Así entonces se podría clasificar a los efectos producidos por el incidente desvanecimiento de datos, en dos rubros: 1).-Definitivos.- Cuando lo que se desvanece son los elementos del cuerpo del delito, y que en este caso se sobresee el proceso; y 2).-Relativos o provisionales.- En caso de que se conceda por destrucción de la probable responsabilidad, toda --

⁸⁷.-Rivera Silva Manuel. El Procedimiento Penal. Ob. Cit. págs. 368 y 369.

que vez que en este caso queda expedito el derecho del ministerio público, para ejercer nueva acción penal en caso de que a parezcan nuevos datos que acrediten la responsabilidad del procesado.

Alberto González Blanco, al respecto expresa: "En la legislación procesal del orden común de determina que cuando el auto de libertad por desvanecimiento de datos se refiera a la presunta responsabilidad, tendrá los mismos efectos que la libertad por falta de méritos, quedando en consecuencia expedita la acción del Ministerio Público para poderla ejercitar de cuando se aporten datos que así lo requiera..."⁽⁸⁸⁾

"El efecto que surte el incidente por desvanecimiento de datos, consiste en determinar la libertad procesal del inculpado"; entendiéndose por libertad procesal, el quedar libre de un proceso, ósea, el hecho de quedar fuera, como procesado, de la jurisdicción de un tribunal. Así pues, el efecto del incidente mencionado, es la libertad procesal, la que a su vez engendra la libertad real.⁽⁸⁹⁾

Puesto que la finalidad de dicho procedimiento estriba en establecer si nuevos datos constituyen prueba plena,

⁸⁸.- González Blanco Alberto. El Procedimiento Penal Mexicano. Ob. Cit. Pág. 216.

⁸⁹.- Semanario Judicial de la Federación. Tomo VI Segunda Parte-2. Pág. 549.

capaz de desvanecer los que sirvieron como fundamentos a la resolución que decretó el auto de formal prisión, cabe señalar que, el incidente en cuestión constituye un medio de defensa legal que de resultar procedente dejaría insubsistente el acto reclamado, es decir, tendría como efecto nulificar el auto de formal prisión.

Por lo que las consecuencias y efectos del incidente a estudio, son el hecho de dejar libre del proceso penal iniciado en su contra al presunto responsable, ya sea en forma absoluta y definitiva si se desvanecieron los elementos del cuerpo del delito, o bien provisional, si lo que se desvaneció fueron los datos de la probable responsabilidad, y a parecieran nuevos que la tengan por comprobada.

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

CAPÍTULO I.-

DEL PROCESO PENAL.-

1.- La Averiguación Previa.

Concluyentemente siendo la averiguación previa un etapa de investigación e integración de los elementos del tipo penal de cualquier delito, así como la probable responsabilidad del presunto responsable, previa denuncia acusación o querrela, resulta materialmente imposible la substanciación del incidente de libertad por desvanecimiento de datos, materia de nuestro presente estudio, toda vez que lo que se busca en esta etapa procesal, es el ejercicio de la acción penal, sin que se haya dictado aún ninguna formal prisión o sujeción a proceso; y toda vez que el citado incidente tiene como presupuesto procedimental el desvanecimiento pleno de aquellas pruebas, o datos que dieron lugar a la formal prisión o sujeción a proceso, no hay materia para que se pueda iniciar o proponer en este momento el referido incidente, por no contarse con el requisito requisito procesal, ya citado del la formal prisión.

2.- La Instrucción Penal

La instrucción penal es la etapa, que tiene por objeto se dicte el auto de plazo constitucional, el cual define la situación jurídico procesal del presunto indiciado, ya sea decretándole la formal prisión, o bien la sujeción a proceso, o en su caso de libertad por falta de elementos para procesar; previa satisfacción de los requisitos constitucionales y procesales, es decir básicamente la comprobación de la existencia del cuerpo del delito a estudio y la probable responsabilidad del inculpado, a más tardar en las siguientes setenta y dos horas de su detención o privación de libertad, y después de haberse tomado la declaración preparatoria correspondiente (artículos 16, 18, 20 fracción I Constitucionales y del 287 al 296 bis y 566 del Código Procesal Penal para el Distrito Federal); de lo que se puede deducir que hasta este preciso momento procedimental, aún no se ha llenado o cumplido con el presupuesto fundamental, para que se pueda tramitar el incidente de libertad por desvanecimiento de datos en cuestión, resultando por ende procedente una vez dictado el multicitado auto de formal prisión o sujeción a proceso, esto es concluida la presente etapa. Evidenciándose la inutilidad del incidente en estudio, en caso de que se dictará un auto de libertad por falta de elementos para procesar, ya que el fin inmediato de la libertad por desvanecimiento de datos, es que el inculpado obtenga la libertad tanto procesal, como física mismas que obtuvo con el auto en cuestión.

3.- El Proceso Penal.

Para efectos de este estudio y para evitar mayores confusiones; dada la controversia existente, en relación al momento en que da inicio el proceso penal propiamente dicho, partiremos de la idea de que el proceso penal inicia una vez que se dicto el auto de formal prisión o sujeción a proceso sin restricción de la libertad, mismos en los que se determina el tipo de proceso a seguir, es decir, sumario o bien ordinario, y al continuarse con la substanciación del proceso, se procede a la apertura del periodo probatorio, convirtiéndose así esta etapa procesal en el momento ideal jurídica y procesalmente hablando, para aportar los elementos o pruebas necesarias y pertinentes, tendientes a desvanecer plenamente los datos que dieron lugar a tener por comprobados los elementos del cuerpo del delito de que se trate, o bien por acreditada la probable responsabilidad del procesado, esto es iniciar el incidente de libertad por desvanecimiento de datos, toda vez que es a partir de este momento y hasta el cierre de instrucción, que van a tener lugar todas o casi todas, las diligencias tendientes o en caminadas a acreditar o desacreditar ante el Juzgador, según el interés procesal de cada parte, la culpabilidad o inculpabilidad (iniciencia) del citado procesado.

4.- El Cierre de Instrucción.

Si bien es cierto, que el momento más propicio o adecuado para proponer un incidente de libertad por desvanecimiento de datos, es durante la tramitación del proceso, también lo es que una vez dictado el cierre de instrucción, al formular las partes sus correspondientes conclusiones, sigue siendo adecuado el tiempo para la tramitación del incidente a estudio, toda vez que, el momento en son presentadas las conclusiones por las partes es el una de las últimas oportunidades procesales que se tiene para hacer valer o demostrar sus pretenciones, y lógica y generalmente las conclusiones de la defensa dan dirigidas acreditar o probar la inocencia o la no responsabilidad penal del acusado, determinando al juzgador para que conceda la libertad del sujeto activo del delito, proposito que también se persigue con el incidente citado; Asimismo en la audiencia de vista, también puede llevarse a cabo el planteamiento de la libertad por desvanecimiento de datos y hasta antes de dictarse sentencia es oportuno la solicitud del incidente, ya que una vez dictada la sentencia definitiva y mayormente si esta es absolutoria, resulta obsoleta la tramitación del incidente multireferido. Por otro lado si por el contrario la sentencia es condenatoria, lo más eficaz sería recurrir al amparo.

CAPITULO II

DE LOS INCIDENTES EN GENERAL

1.- DEFINICIÓN DE INCIDENTE

Entendiendo finalmente que por lo que hace al concepto de incidente, este se puede definir de forma genérica como: una cuestión, independiente accesoria, surgida de la cuestión principal de un proceso, que posiblemente lo modifique o inclusive lo interrumpa, en ocasiones de manera transitoria, o bien definitiva, cuyo tramite o resolución debe ser especial, esto es, a parte o fuera del proceso principal.

2.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

En resumen se puede decir, que tanto en el derecho romano, como en la edad media fueron desconocidos los incidentes como tales, ya que se limitaban a una simple exposición y contradicción de la demanda, sin producir ninguna novación en el pleito, y los que se decidían hasta la sentencia, es decir que, no interrumpían el proceso. Siendo el avance en la

edad media en relación a estos incidentes, las sentencias interlocutorias que si se resolvían antes de llegar al fin del proceso.

En la época de la Santa Inquisición, no se les concede importancia.

España no reconoce a los incidentes sino hasta 1855.

En Alemania se les reconoce y señalan que deben resolverse antes de que sea resultado el principal.

En cuanto a la legislación mexicana esta hasta el año de 1880, que se establece un atécnica propiamente dicha, para substanciar los mismos, sin embargo no se tenía una idea clara de ellos.

Siendo en el año de 1884, cuando el Código Adjetivo Penal, da una clasificación o enumeración de los incidentes: 1.- De responsabilidad civil, incidente que declara extinguida la acción penal, por muerte del acusado, prescripción, y en cuanto a los relativos a la libertad: El incidente de libertad por haberse comprobado una excluyente de responsabilidad, de libertad preparatoria, uno especial sobre la retención.

Por último la legislación Penal Procesal de 1929, al igual que la de 1884, comprendía a los incidentes, casi en los mismos términos, pero careciendo ambos de precisión y resultando muy casuísticos.

3.- NATURALEZA JURÍDICA

Así entonces la naturaleza de los incidentes, radica en el hecho de nacer del proceso mismo, esto es, ser una cuestión accesoria relacionada con el asunto principal, que puede interrumpirlo, alterarlo o modificarlo en su estructura, que se tramita en forma diversa a la cuestión principal, y que tiene substancia propia.

De manera general se puede decir que la naturaleza de los incidentes es la de ser un juicio pequeño, dentro del principal, que obviamente surge y esta relacionando con éste.

4.- FACULTAD PARA HACERLOS VALER O SUBSTANCIARLOS.-

La facultad para hacerlos valer o substanciar los incidentes como se vio, la tienen las partes que intervienen en el asunto; así en materia civil le corresponde promoverlos al actor, al demandado, en su caso al Ministerio Público, al Juez, o bien cuando así proceda a un tercero extraño o interesado.

Que dando facultados para solicitar la substanciación de algún incidente en cuanto a la materia penal concierne, al inculpado, su defensor, al agente del ministerio público, y hasta en dado caso al Juez, cuando la controversia tenga que ver con el cuerpo del delito o la probable responsabilidad penal del inculpado; y cuando se trate de cuestiones menores que no constituyan el asunto principal, sólo estará facultado para solicitar su substanciación o hacerlo valer el directamente interesado.

5.- CLASES DE INCIDENTES.

Los incidentes se han clasificado de diversas formas, siendo la más común la siguiente en:

1.- Suspensivos: Son los que suspenden el procedimiento durante su tramitación, Subdividiéndose atendiendo a su objeto, a su vez en: a)Especificados: que son aquellos que tienen un objeto determinado, por ejemplo la competencia. y los b).- Los de recusación, que suspenden el proceso en forma definitiva, y por último los

2.- No Suspensivos : Son aquellos que no suspenden el proceso Subdividiéndose a su vez atendiendo a su objeto en: a) los No especificados, que pueden resolver diversas cuestiones, por no tener una determinada.

Por su parte el Código de Procedimientos Penales en su Título Quinto, los divide en tres grandes rubros o grupos, que son: 1).-Los especificados, 2).-Los no especificados y 3).-los de libertad, dentro de los que se encuentra obviamente el de libertad por desvanecimiento de datos.

6.- Consecuencias y Efectos.

La principal consecuencia derivada de los incidentes es la continuación o suspensión del proceso, traduciéndose lo anterior en la imposibilidad de llegar a dictar sentencia, si antes no se resuelve el incidente planteado en cuestión; O bien se puede actualizar el supuesto de que el incidente planteado sea resultado conjuntamente con el proceso, es decir, en la sentencia definitiva.

Por lo que, de lo anterior se concluye que las principales consecuencias y/o efectos de los incidentes es el hecho de alterar o modificar el procedimiento, suspendiéndolo definitiva o bien transitoriamente.

7.- EL INCIDENTE DE LIBERTAD EN EL PROCESO PENAL.

En el proceso penal mexicano, se establecen tres incidentes relacionados con la libertad del procesado, mismos que son: 1.- la libertad provisional bajo protesta, 2.- la libertad provisional bajo caución y por último el de 3.- libertad por desvanecimiento de datos, siendo el último de los mencionados el único que tiene la tramitación propia de un incidente, toda vez que, los dos primeros más bien son garantías constitucionales, que pueden solicitarse desde la averiguación previa, siempre y cuando no se trate de delitos graves y que se cumpla con la caución impuesta por el juzgador, misma que podrá designarse a elección del procesado, teniendo como propósito fundamental estos dos incidentes la no restricción de la libertad del presunto indiciado, durante y hasta en tanto se resuelva definitivamente su situación jurídico procesal, diferenciándose así, en cuanto a su propósito del de libertad por desvanecimiento de datos, toda vez que, el objetivo de éste último es demostrar que se han desvanecido por prueba plena los datos que dieron lugar a tener por acreditado el cuerpo del delito del tipo jurídico a estudio, o bien los que comprobaron la probable responsabilidad del indiciado, buscando la libertad procesal total y definitiva del ya referido indiciado.

CAPÍTULO III.-

DE LA LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS.-

1.-CONCEPTO.-

En resumen la libertad por desvanecimiento de datos es la resolución judicial por la cual el juzgador, considera han desaparecido los datos que tuvieron por comprobados la probable responsabilidad del inculpado, o bien el cuerpo del delito en cuestión, ordenando o concediendo la libertad inmediata del procesado.

Tratándose, así de una sentencia interlocutoria que recae a un incidente, donde se estudia la subsistencia o insubsistencia de los datos y elementos en que se fundó el auto de formal prisión o sujeción a proceso, siendo el presente un incidente de los que modifica el procedimiento, ya sea "transitoria" o definitivamente, además de suspenderlo entre tanto se resuelve.

2.- NATURALEZA JURÍDICA.-

Así entonces la naturaleza jurídica del incidente de libertad del que se trata, es la propia de todo incidente, es decir, surge del propio procedimiento, es una cuestión accesoria a la acción principal, que puede modificarlo o suspenderlo de manera ya sea transitoria o definitiva.

Y muy particularmente se podría decir que se trata de un derecho del procesado que adquiere al momento aportar pruebas suficientes y plenas para acreditar, el desvanecimiento de los elementos fundatorios del auto de plazo constitucional, donde se dicto la formal prisión o bien la sujeción a proceso sin restricción de la libertad.

3.- ¿QUIEN PUEDE PROMOVERLO Y ANTE QUIEN?

La solicitud correspondiente al incidente de libertad por desvanecimiento de datos, se podrá realizar, a petición de parte, esto es, 1.- por el procesado, 2.- por el defensor, incluso 3.- por el agente del ministerio público, debiendo realizar la anterior solicitud ante el juez del conocimiento, quien después de estudiar y valorar jurídicamente las pruebas a portadas, por-

el solicitante, y en caso de así proceder deberá declarar procedente y debidamente fundado tal incidente, y en consecuencia se decretará la libertad del procesado, misma que podrá ser plena si los que elementos que se desvanecieron fueron los que tuvieron por comprobado el cuerpo del delito, o bien "transitoria" si se declararan destruidas las pruebas con que se tuvo por acreditada la probable responsabilidad del enjuiciado.

Lo anterior con fundamento en la ley Adjetiva Penal, tanto del Distrito Federal, como la Federal.

Toda vez que, previa solicitud presentada por el interesado, ante el juzgador, éste citará a las partes a una audiencia dentro del término de cinco días, con la asistencia obligatoria del ministerio público; y sin más trámite dentro de las siguientes setenta y dos horas, se tendrá que dictar la resolución conducente.

4.- MOMENTO PROCEDIMENTAL EN EL QUE OPERA.-

El momento idóneo y que señala la Ley Penal Procesal, para que opere el incidente materia del presente -----

estudio, es justamente después de que se haya dictado el auto de formal prisión, o bien el de sujeción a proceso sin restricción de la libertad, es decir una vez iniciado el proceso y hasta en tanto no se declare el cierre de instrucción, siempre y cuando tenga como presupuesto procesal el desvanecimiento pleno de los elementos que dieron lugar origen a las dos resoluciones anteriormente señaladas.

Esto es una vez iniciado el proceso penal durante toda su tramitación y hasta antes que se declare agotada y debidamente cerrada la instrucción, toda vez que antes de dar inicio al proceso, todavía no se cuenta con el auto de plazo constitucional, que decreta la formal prisión o bien la sujeción a proceso sin restricción de la libertad, presupuesto jurídico fundamental para que opere el presente incidente, ya que su objeto básico es el demostrar que se desvanecieron o desaparecieron las pruebas en que se sustentó el multicitado auto de plazo constitucional.

5.- SU TRAMITE ANTE EL ÓRGANO JURISDICCIONAL.-

Finalizaremos este punto, con la siguiente conclusión, la libertad por desvanecimiento de datos, inicia su -

tramitación con una petición formal, es decir, con la solicitud formulada por el procesado, su defensor, o en su caso el ministerio público (previa autorización del Procurador General), una vez cubierto el requisito anterior, el juez citará a una audiencia, misma que tendrá verificativo dentro de los siguientes cinco días, oyéndose en la citada audiencia a las partes, sin que pueda llevarse a cabo si no se encuentra el ministerio público, para que una vez celebrada la ya aludida diligencia, y sin más trámite, dentro de las posteriores setenta y dos horas, se dictará la sentencia interlocutoria procedente, siendo tal resolución apelable en ambos efectos o sentidos.

*Cabe hacer notar que en caso de declararse procedente el incidente a estudio, y siendo la función del lógica jurídica ministerio público, éste apele la interlocutoria recaída a la libertad por desvanecimiento de datos, y en consecuencia por ser esta resolución apelable en ambos efectos, se tenga que restringir nuevamente la libertad ya concedida al procesado, en tanto de resuelve la apelación, se podría caer en una violación de garantías al multireferido inculpado.

CAPÍTULO IV.-

INTEGRACIÓN O DINAMICA DEL INCIDENTE

1.- SOLICITUD.-

En consecuencia, la solicitud para la substanciación del incidente de libertad por desvanecimiento de datos, podrá formularse según el propio ordenamiento penal aplicable en cualquier momento del procedimiento, sin impedir lo anterior el señalamiento de que el momento más beneficioso para hacer valer tal recurso, se presenta una vez que sea dictado el auto de formal prisión y durante toda la instrucción, hasta el cierre de la misma, lo anterior atendiendo al propósito básico del incidente en mención, toda vez que el mismo va encausado a otorgar la libertad jurídico-procesal del presunto acusado, esto es el dejarlo en libertad tanto física, como procesal, es decir del juicio que se sigue en su contra, sin tener que esperar a la conclusión del procedimiento con la sentencia definitiva correspondiente.

2.- HIPOTESIS DE PROCEDENCIA.-

Así entonces, se puede establecer finalmente que el incidente de libertad por desvanecimiento de datos, procede una vez que se demuestra que se han destruido por prueba plena, los elementos y datos que dieron lugar a tener por acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, consecuentemente no procede el mismo, cuando las pruebas aportadas sólo modifican los citados datos, u otros diversos y no en los que se fundó la formal prisión o sujeción a proceso, toda vez que el desvanecimiento de referencia tiene que ser total y específicamente de las pruebas en que se fundamentó el auto de plazo constitucional y no de otras cualquiera.

3.- SUBSTANCIACIÓN O EVENTUAL REVOCACIÓN.

En definitiva para la substanciación de este incidente de libertad por desvanecimiento de datos se requiere de la presentación de una solicitud a petición de parte, ya sea el indiciado, su defensor, o en su caso el Ministerio Público, continuándose con la citación dentro del término de cinco días a una audiencia, donde el juzgador escuchará a las partes, y sin más trámite se finalizará dentro de setenta y dos horas, con la resolución interlocutoria correspondiente, misma que es -----

apelable en ambos sentidos; resultando de esta manera sumamente sencilla y rápida la substanciación del incidente a estudio.

Creándose con la admisión del recurso de apelación tanto en sentido suspensivo como devolutivo, la posibilidad de una eventual revocación, del procedente incidente de la libertad por desvanecimiento de datos, toda vez que, la anteriormente señalada revocación concretamente se actualiza, cuando una vez recurrida por el Ministerio Público, la interlocutoria que concede la libertad por desvanecimiento de datos, resulta favorable a este Órgano Técnico, la decisión emitida por la segunda instancia sobre tal apelación, por lo que en consecuencia se revocarán los efectos del incidente a estudio, es decir la libertad concedida al presunto acusado.

Lo anterior, da la pauta para proponer el análisis sobre una posible reforma al artículo 549 del Código de Procedimientos Penales, mismo establece que la resolución recaída al incidente de libertad por desvanecimiento de datos es apelable en ambos efectos; teniendo como antecedente directo o línea a seguir, el ordenamiento Penal Adjetivo Federal, el cual estipula en sus numerales, "367.- Son apelables en el efecto devolutivo, fracción I.-... fracción II.- Los autos en que se decrete el sobreseimiento en los casos de las fracciones III y VI del artículo 298, y....", "298.- El sobreseimiento procederá en los casos siguientes: I.- ..., II.-, III.- Cuando aparezca que la responsabilidad penal está extinguida; VI.-..., V.- Cuando, -----

habiéndose decretado la libertad por desvanecimiento de datos, esté agotada la averiguación y no existan elementos posteriores para dictar nueva orden de aprehensión, o se este en el caso previsto por la parte final del artículo 426; y VI.-..., VII.- ..., y VIII.- ..." y el "426.- Cuando la libertad se resuelva con apoyo en la fracción I del artículo 422, tendrá efectos definitivos y se sobreseerá el proceso.", 442.- La libertad por desvanecimiento de datos procede en los siguientes casos: Y.- Cuando en cualquier estado de la instrucción y después de dictado el auto de formal prisión aparezcan plenamente desvanecidos los datos que sirvieron para comprobar el cuerpo del delito." ; Por consiguiente la reforma propuesta estriba justamente en modificar el aludido artículo del Ordenamiento Procesal Penal para el Distrito Federal en comento, siguiendo el lineamiento del Código Federal, es decir que se establezca que la resolución recaída al incidente de libertad por desvanecimiento de datos podrá ser apelable en un sólo sentido, siendo éste el devolutivo, teniendo en consideración lo siguiente:

Primeramente, cabe hacer alusión al hecho de que al aceptarse en contra de la interlocutoria recaída al incidente de libertad por desvanecimiento de datos, apelación en ambos efectos, se está en cierto sentido restringiendo indebidamente, la libertad concedida al procesado, por virtud de una presumible resolución judicial debidamente fundada, motivada y ajustada a derecho, lo cual no tiene ningún fundamento jurídicamente aceptable, toda vez que lo adecuadamente procedente, sería aceptar la apelación en sentido devolutivo, ----

con lo que no ocasionaría mayor perjuicio, a ninguna de las partes, ya que mientras se resuelve el recurso en mérito, el procesado gozaría de la libertad legal y jurídicamente obtenida, libertad que se confirmaría en caso de no proceder la apelación en mención; y si por el contrario se declarase debidamente procedente tal apelación, consecuentemente se revocaría la libertad del presunto acusado, volviendo las cosas al estado que guardaban antes de la interlocutoria, para consiguientemente proseguirse con el procedimiento normal, sin afectar mayormente a las partes. Afectación que es notoriamente grave en la hipótesis de concederse la libertad por desvanecimiento de datos, y por el hecho de ser apelada la sentencia de referencia, por mero sistema por el Ministerio Público, el procesado tenga que seguir privado de su libertad, hasta que sea dictada la resolución de segunda instancia que confirme la libertad obtenida, y pueda salir libre.

4.- CARÁCTER DE LAS PRUEBAS.-

Concluyentemente las pruebas con las que se pretenda desvanecer los datos que dieron origen al auto de plazo constitucional que decreto la formal prisión o sujeción a proceso, deben tener el carácter de plenas, sin que se pretenda-

con este incidente corregir errores en que se hubiere incurrido en materia de apreciación en relación a las pruebas al dictarse los autos de referencia, esto es no se trata valorar pruebas que modifiquen los elementos fundamentales del auto de plazo, sino de pruebas que destruyan plenamente esos datos, siendo tales pruebas cualquier elemento por el que se cree convicción en el juzgador, debiendo encontrarse ajustadas a derecho a la moral y a las buenas costumbres, y encaminadas a demostrar que han quedado perfectamente desaparecidas en su totalidad, las que dieron lugar al auto de formal prisión o bien de sujeción a proceso.

5.- DEL CUERPO DEL DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD.-

Es decir se tendrá que demostrar plenamente los elementos que conforman el cuerpo del delito, desaparecieron o se destruyeron, o bien en su caso que el procesado no tiene ninguna responsabilidad penal en los hechos delictuosos de los que se le acusa, lo anterior deberá ser con pruebas plenas, que efectivamente destruyan los datos anteriores fundatorios del auto en cuestión, y no sólo que los modifiquen.

6.- CONSECUENCIA O EFECTOS.-

La consecuencia o efecto fundamental que produce el incidente de libertad por desvanecimiento de datos a estudio, es el hecho provocar la libertad total del presunto responsable, es decir el hecho de dejar libre tanto físicamente hablando, así como "libre" también del proceso penal iniciado y seguido en su contra, lo anterior ya sea en forma absoluta y definitiva si lo que se acredita que se desvanecieron los elementos del cuerpo del delito en que se fundamentó el auto de plazo constitucional, o bien forma provisional, si lo que se prueba se desvaneció fueron los datos con los que se tuvo como probable responsable al indiciado, y posteriormente aparecieran nuevos que la tengan por comprobada tal responsabilidad.

Conluyentemente del estudio anterior se puede observar de manera general que si bien es cierto que la substanciación del incidente de libertad por desvanecimiento de datos, tiene aspectos que podrían mejorarse, para una mejor tramitación, pero esencialmente se puede concluir sin temor a equivocarnos, que el principal motivo por el que no prosperan los incidentes y en específicamente el de desvanecimiento de datos, que es el objeto de nuestro estudio, es por la falta de técnica, de los promoventes, toda vez que es muy común que se equivoquen o confundan al momento de especificar tanto los elementos del cuerpo del delito en cuestión, como los de la probable responsabilidad penal del acusado.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EDITORIAL PORRÚA, S.A MÉXICO, 1999.
- 2.- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, EDITORIAL SISTA, S.A de C.V. 1999.
- 3.- ACERO JULIO. PROCEDIMIENTO PENAL. EDITORIAL CAJIGA PUEBLA, PUEBLA MÉXICO 1980.
- 4.- ALSINA HUGO TRATADO TEÓRICO PRACTICO DEL DERECHO CIVIL Y COMERCIAL, ANON EDITORES, TOMO II. ARGENTINA 1995.
- 5.- ARILLA BAS FERNANDO, EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO, EDITORIAL PORRÚA, S.A, MÉXICO, 1982.
- 6.- BECERRA BAUTISTA JOSÉ. EL PROCESO CIVIL EN MÉXICO, EDITORIAL PORRÚA, S.A. MÉXICO, 1990.
- 7.- BRISEÑO SIERRA HUMBERTO. DERECHO PROCESAL TOMO IV. EDITORIAL PORRÚA, S.A. MÉXICO, 1992.
- 8.- BRISEÑO SIERRA HUMBERTO EL ENJUICIAMIENTO PENAL MEXICANO. EDITORIAL PORRÚA, S.A., MÉXICO 1990.

9.- COLÍN SÁNCHEZ GUILLERMO DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. EDITORIAL PORRÚA, S.A MÉXICO 1979.

10.- CLARIA OLMEDO JORGE. TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL. BUENOS AIRES ARGENTINA, EDITORIAL S.A. TOMO VI, 1982.

11.- DAVIS FERNANDO COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL. TEMEX, BOGOTÁ 1989.

12.- DERECHO ROMANO PENAL EDITORIAL TEMIS, BOGOTÁ 1986.

13.- GARCÍA RAMÍREZ SERGIO, ADATO DE IBARRA VICTORIA, PRONTUARIO DEL PROCESO PENAL MEXICANO, EDITORIAL PORRÚA, S.A. MÉXICO 1993, SÉPTIMA EDICIÓN.

14.- GONZÁLEZ BLANCO ALBERTO. EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO EDITORIAL PORRÚA, S.A. MÉXICO, 1982.

15.- GONZÁLEZ BUSTAMANTE JUAN JOSÉ. PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL. EDITORIAL, S.A MÉXICO, 1988.

16.- OROÑOZ SANTANA CARLOS M. MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL. EDITORIAL CÁRDENAS, MÉXICO 1984.

17.- OSORIO Y NIETO CESAR AUGUSTO. LA AVERIGUACIÓN PREVIA, EDITORIAL PORRÚA, S.A MÉXICO 1989.

18.- PALLARES EDUARDO. PRONTUARIO DE PROCEDIMIENTOS PENALES EDITORIAL PORRÚA, S.A MÉXICO 1993.

19.- PIÑA Y PALACIOS JAVIER. RECURSOS E INCIDENTES EN MATERIA PENAL Y LA LEGISLACIÓN MEXICANA, NÚMERO 2 DEL AÑO XXIV, EDICIONES BOTAS, MÉXICO 1958***

20.- RIVERA SILVA MANUEL EL PROCEDIMIENTO PENAL EDITORIAL PORRÚA, S.A. MÉXICO, 1990.

21.- Y MARIBEL DE IBAÑEZ. EL TRIBUNAL DE LA SANTA INQUISICIÓN EN MÉXICO, (SIGLO XVI) EDICIONES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, MÉXICO 1989.

22.- DICCIONARIO DE DERECHO PENAL-CIVIL. EDITORIAL PORRÚA, S.A. MÉXICO, 1991.

23.- ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA TOMO XV. EDITORIAL BIBLIOGRAFÍA ARGENTINA 1982.

24.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN TOMOS XXIX, XLIX, LIII, y LVIII.

25.- ZAVALA BAQUERIZO. EL PROCESO PENAL TOMO III. EDITORIAL NOMOS LTD. BOGOTÁ COLOMBIA, TERCERA EDICIÓN, 1990.