

403



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MÉXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS
PROFESIONALES "ACATLAN"**

**ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE AL NO
EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL EN LA
AVERIGUACIÓN PREVIA EN EL DISTRITO FEDERAL**



SEMINARIO TALLER EXTRACURRICULAR

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE :
LICENCIADO EN DERECHO**

**PRESENTA :
MARISELA VILICAÑA LARA**

ASESOR : LIC. G LETICIA GARCIA GARCIA

ABRIL DEL 2001



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS

A LA MEMORIA DE MI MADRE

Que con su ejemplo, inculcó
los valores que rigen mi
vida.

A MIS HERMANOS BLANCA Y JUAN JOSÉ, ARTURO y GABRIEL

Por su incondicional apoyo
en cada momento de mi
vida. Gracias.

A MIS SOBRINOS BLANCA, JUAN JOSÉ, PATRICIA, RAÚL, VERÓNICA, JONATHAN Y PATSIANGÉLICA.

Como muestra de mi cariño
incondicional

A FLOCELA TRUJILLO
ZAVALA

Por tu amistad
incondicional, gracias.

A VERÓNICA NAVARRO
BENÍTEZ

Mi mayor gratitud por su
apoyo incondicional.

A LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

Que me brindó la fortuna de
formarme profesionalmente.

A LOS PROFESORES

LIC. G. LETICIA GARCÍA
GARCÍA

LIC. JESÚS LÓPEZ
BARRIENTOS

LIC. JOSÉ ANTONIO
ÁLVAREZ LEÓN

LIC. MIGUEL GONZÁLEZ
MARTÍNEZ

LIC. AARÓN HERNÁNDEZ
LÓPEZ

Mi mayor gratitud por sus
conocimientos y paciencia
con los que nos enseñaron
a ver y comprender el
verdadero significado de la
Ciencia del Derecho Penal.

A MIS COMPAÑERAS Y
COMPAÑEROS DEL
SEMINARIO CON
QUIENES COMPARTIMOS
MOMENTOS DE
APRENDIZAJE,
VISLUMBRANDO LAS
DIVERSAS OPINIONES
DEL DERECHO PENAL.

A TODOS Y TODAS
AQUELLAS PERSONAS
QUE DE ALGUNA
MANERA HAN
CONTRIBUIDO A MI
FORMACIÓN
PROFESIONAL Y QUE ME
HAN HONRADO CON SU
AMISTAD, MI GRATITUD.

A LA LIC. MARIA DEL
CONSUELO SANTAMARÍA
Por su dedicación y empeño
en corregir y ordenar el
presente trabajo. Gracias.

ÍNDICE

	Página
INTRODUCCIÓN.....	9
CAPITULO I.....	12
MARCO TEÓRICO DEL DERECHO PENAL Y DEL DELITO.....	12
1.1. Derecho Penal.....	12
1.1.2. Derecho Penal Objetivo.....	12
1.1.2.1. Concepto, Objeto, Fines y Caracteres.	12
1.1.1.2.- Límites.....	15
1.1.2 Derecho Penal Subjetivo.....	16
1.1.2.1. Concepto, Titular, Ius Puniendi.	16
1.1.2.2. Límites al Ius Puniendi.....	17
1.2. Evolución del Derecho Penal (Evolución de las Ideas Penales).....	22
1.2.1. Aspecto Teórico de la Evolución del Derecho Penal.....	22
1.2.1.1. Escuela Clásica.....	22
1.2.1.2. Escuela Positivista.....	24
1.2.1.2. Terza Scuola.....	25
1.2.2. Evolución del Derecho Penal en México.....	26
1.2.2.1. Época Prehispánica.....	26
1.2.2.2. Época Colonial.	27
1.2.2.3. Época Independiente	28
1.2.2.4. Época Contemporánea.....	29
1.3. Delito.....	31
1.3.1. Noción del delito.....	31
1.3.1.1. Formal. Doctrinal. Legal.....	31
1.3.1. 2. Presupuestos.	32
1.3.2. Evolución Doctrinal.	33
1.3.2.1. Teoría Causalista y Finalista de la Acción.	33
1.3.2.1.1 Teoría Causalista.....	33
1.3.2.1.2. Teoría Finalista	35

CAPITULO II.....	39
MARCO LEGAL EN RELACIÓN AL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	39
2.1. Elementos del Delito y Aspectos Negativos.....	39
2.1.1. Conducta y su Aspecto Negativo.....	39
2.1.2. Tipicidad y su Aspecto Negativo.....	40
2.1.3. Antijuricidad y su Aspecto Negativo.	42
2.1.4 Imputabilidad y su Aspecto Negativo.....	44
2.1.5 Culpabilidad y su Aspecto Negativo.....	45
2.1.6 Punibilidad y su Aspecto Negativo.....	48
2.1.7. Interpretación Jurídica.....	50
2.2 Antecedentes del Código Penal para el Distrito Federal.....	59
2.3 Aspectos Generales.....	60
2.3.1. Tipo de delitos (Art. 7).....	60
2.3.2. Dolo y Culpa. (Art. 9).	61
2.3.3. Tentativa. (Art. 12).	63
2.3.4. Autoría y Participación. (Art. 13)	64
2.3.5.Causas de Exclusión. (Art. 15).	65
2.3.6. Concurso. (Art. 18 Y 19).	66
CAPITULO III.....	67
LA AVERIGUACION PREVIA.....	67
3.1 Ministerio Público	67
3.1.1 El Titular de la Averiguación Previa.....	67
3.1.2 La Función Investigadora del Ministerio Público.....	67
3.1.3 Bases Legales de la Función Investigadora.....	69
3.1.4 El Ofendido como Coadyuvante en la Averiguación Previa.	70
3.1.5 Garantías Constitucionales y Derechos de la Víctima u Ofendido. Durante la Averiguación Previa.....	71
2.2.1. Concepto de Averiguación Previa.....	72
3.2.2. Inicio de la Averiguación Previa.	73

3.2.3. Requisitos de Procedibilidad.	73
3.2.4. Flagrancia, Flagrancia Equiparada y Caso Urgente.	74
3. 3. El Cuerpo del Delito y de la Probable Responsabilidad.....	75
3.3.1. Concepto del Cuerpo del Delito.	75
3.3.4. Comentarios al Artículo 122.	76
3.3.3. Concepto de Probable Responsabilidad.	77
3.3.4. Comentarios al Artículo 124.	77
3.4. Diligencias Básicas de la Averiguación Previa.....	78
3.4.1. Generalidades.....	78
3.4.2 Diligencias Básicas de la Averiguación Previa con Detenido.....	78
3.4.3 Diligencias Básicas de la Averiguación Previa sin Detenido.	79
3.4.4 Diligencias de Solicitud a la Autoridad Judicial de Cateo.....	79
3.4.5 Diligencias de Solicitud a la Autoridad Judicial de Arraigo.....	79
3.5. Determinaciones.....	80
3.5.1. Ejercicio de la Acción Penal.....	80
3.5.2. Ejercicio de la Acción Penal con y sin Detenido.....	80
3.5.3 No Ejercicio de la Acción Penal.	81
3.5.4. Incompetencia por Territorio, por Materia y Monto.	81
3.5.5. Consignación, Elementos de Forma y Fondo del Pliego de Consignación.	81
CAPITULO IV.....	83
Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.	83
4.1. Garantías Constitucionales del Proceso Penal.	83
4.1.1. Artículos 13 al 21 Constitucionales.....	83
4.2. Auto de Radicación.....	86
4.3. Declaración Preparatoria y Nombramiento de Defensor	

(Artículos 287 a 296 Bis)	87
4.4. Auto de Formal Prisión, de Sujeción a Proceso o de Libertad por falta de Elementos para Procesar.	89
4.4.1. Tipos de Procedimientos.	91
4.4.1.1. Procedimiento Sumario (Artículos 305 a 312).....	91
4.5. Procedimiento Ordinario (Artículo 313 y Subsecuentes).....	92
4.6 Pruebas.....	92
4.6.1 Medios de Prueba.....	93
4.6.1.1 Confesión.....	94
4.6.1.2 Inspección.....	96
4.6.1.3 Pericial.....	97
4.6.1.4 Testimonial.....	100
4.6.1.5 Confrontación.....	102
4.6.1.6 Careos.....	104
4.6.1.7 Documentales.....	105
4.6.2 Valor Jurídico de las Pruebas en el Proceso Penal.....	106
4.7 Conclusiones.....	107
4.8 Sentencia.....	108
4.9 Recursos	110
4.9.1 Generalidades: Concepto, Tipos, Finalidad.....	110
4.9.2 Apelación (Art. 414 a Art. 434)	111
4.10 Ejecución de la Sentencia.....	113
CAPÍTULO V.....	115
ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE AL NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA EN EL DISTRITO FEDERAL.	115
5.1 Ubicación del Tema.....	115
5.2. Situación Actual.....	119

5.3 Análisis Práctico Jurídico de la Eliminación de la	
Determinación de la Reserva.	122
5.3.1 VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA DE LEYES.	124
5.3.2 DEFICIENTE TÉCNICA LEGISLATIVA.	126
CONCLUSIONES.....	140
PROPUESTAS.....	143
REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.....	144

INTRODUCCIÓN

El Derecho Penal como cuerpo normativo tiende a regular la conducta del hombre en sociedad, preservando los más altos valores de sus integrantes, tales como la vida, la libertad, el patrimonio, así como la propia supervivencia del ente estatal y con ello salvaguardar el orden social.

En nuestro país y particularmente en los grandes centros de población, durante la década pasada, se incrementaron las conductas delictivas que generaron en la ciudadanía, temor, incertidumbre y descontento con sus instituciones de seguridad pública.

El aumento en la comisión de los delitos, superó ampliamente al aparato gubernamental de seguridad y justicia.

El crimen organizado, mejor preparado y con más recursos materiales y humanos, evidenció las fallas del sistema de procuración y administración de justicia.

En respuesta a los altos índices delictivos, se creó el Sistema Federal de Seguridad Pública que pretendía unir los esfuerzos de las Procuradurías de Justicia, formando un frente común contra la delincuencia.

La Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal implementó una política de transformación en diversas vertientes para frenar la delincuencia y abatir la impunidad y la burocracia a su interior.

En materia de recursos humanos, estableció los lineamientos del servicio civil de carrera, incrementó su plantilla en las áreas sustantivas, tales como peritos, policías judiciales y ministerios públicos y capacitó a la plantilla existente. Reorganizó sus unidades estructurales por lugar y materia, creando diversas fiscalías para atacar los sectores que generan mayor recurrencia delictual.

En cuanto a la averiguación previa, dictó lineamientos metodológicos que tenderían a uniformar los criterios en su inicio, tramitación y conclusión. De esto último, resulta el Acuerdo A-003/99 dictado por el Procurador el 23 de agosto de 1999, que estableció las bases y especificaciones para la atención y el servicio a la población, en los procedimientos y la organización de las agencias del Ministerio Público.

En este Acuerdo se plasmaron con especial énfasis las directrices para determinar la averiguación previa, tomando en consideración que el resultado de la indagatoria incide directamente en los resultados contra la delincuencia, la impunidad y la corrupción.

Las buenas intenciones contenidas en el capítulo VI del acuerdo referido, han quedado inconclusas por no considerar dentro de las determinaciones con las que se concluye una averiguación previa, a la llamada determinación de la reserva.

La determinación de reserva constituye una suspensión administrativa de la averiguación previa, que es utilizada para interrumpir la actividad ministerial por razones de imposibilidad material o jurídica, de manera temporal.

Cotidianamente el quehacer investigador del Ministerio Público se ve frenado por diversas causas que le impiden momentáneamente buscar los elementos del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad, que constituyen requisitos para ejercitar la acción penal.

Esta imposibilidad puede ser material, como por ejemplo, un testigo que por estar enfermo no puede declarar; o aquél interviniente que se encuentra fuera del país, aquel probable responsable que es objeto del procedimiento de declaración de procedencia (desafuero), etc. Esto es, puede existir una amplia gama de causas, que impiden que el investigador ministerial prosiga la indagatoria.

Dentro de los lineamientos dictados en el Acuerdo A-003/99, no se dictaron los preceptos relativos a la reserva, más aún, se omitió de plano su existencia; pero adicionalmente se creó la figura del no ejercicio de la acción penal "temporal".

Dada la existencia del derecho de la víctima de impugnar el no ejercicio de la acción penal, a través del juicio de amparo, el cambio entre la ponencia de reserva por la ponencia de no ejercicio de la acción penal temporal resultó desafortunada, ya que incide en los derechos de la víctima y del probable responsable e impide la certeza y la certidumbre en las determinaciones de la averiguación previa, tal como se acredita en este trabajo.

CAPITULO I

MARCO TEÓRICO DEL DERECHO PENAL Y DEL DELITO

1.1. Derecho Penal

El Derecho como medio de control social protege a las personas, sus bienes y objetos; todos ellos de importancia incalculable; sin embargo, en determinadas sociedades, tiempo y lugar, el valor de ellos varía en mayor o menor grado. "El Derecho Penal tiene por objeto proteger todos aquellos bienes que son fundamentales para la sociedad y el ser humano para garantizar la supervivencia del grupo social, mediante su naturaleza esencialmente punitiva que lo conserva y justifica".¹

Para el maestro Rafael Márquez Piñero el Derecho Penal "es un conjunto de normas jurídicas que describen las conductas constitutivas de delitos, establecen las penas aplicables a las mismas, indican las medidas de seguridad y señalan las formas de su aplicación"².

Como se desprende de los conceptos anteriores, el Derecho Penal constituye un medio protector que se adecua a cada sociedad en un lugar y tiempo determinado. Su perspectiva es finalista al ser eminentemente sancionador, que garantiza la supervivencia del grupo social.

1.1.2. Derecho Penal Objetivo

1.1.2.1. Concepto, objeto, fines y caracteres.

Una clasificación del derecho penal se actualiza al dividirlo en objetivo y subjetivo. El primero se refiere a su materia, su sustancia, mientras que el segundo a su aplicación dentro del proceso.

¹ Malo Camacho, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, 3ª. Edición, ed. Porrúa.

² Márquez Piñero, Rafael, *Derecho Penal, Parte General*, México, Trillas, 1999. p.13

Concepto. Para el maestro Octavio Alberto Orellana Wiarco el Derecho Penal Objetivo "es la ley, es decir, el conjunto de normas que precisan los delitos, las penas y las medidas de seguridad".³

En México, Raúl Carrancá y Trujillo lo califica como el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación.⁴

Objeto. Según Porte Petit, "... el objeto o contenido del derecho penal lo constituyen las normas penales, a su vez, compuestas de precepto y sanción".⁵

En conclusión, el Derecho Penal lo constituye la creación de normas que protegen los bienes fundamentales del hombre que el Estado se encuentra obligado a tutelar, precisando las conductas antisociales mediante el catálogo de delitos, las penas y medidas de seguridad a imponer a quien se coloque en las hipótesis normativas de su infracción.

Fines. Gustavo Malo Camacho indica que son las metas propugnadas por el derecho penal, orientadas a la seguridad jurídica y la defensa social para posibilitar y fomentar la existencia humana.⁶

La seguridad jurídica se entiende en un doble sentido: objetivo, que significa la protección en sí a los bienes jurídicos; subjetivo, que significa la tranquilidad y certeza de la comunidad acerca de su posibilidad para

³ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Curso de Derecho Penal*, México, Porrúa, p. 8

⁴ Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho Penal Mexicano*, 4ª. Edición, México, Porrúa, p. 17

⁵ Porte Petit, Candaudap, Celestino, *Apuntamiento de la Parte General del Derecho Penal*, XVIII Ed. México, Porrúa, p. 1

⁶ Malo Camacho, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, 3ª. Edición, México, Porrúa, pp. 115-116

disfrutar y disponer de esos bienes jurídicos, lo que naturalmente, implica un ámbito diferente del concepto anterior, si bien estrechamente relacionado y se traduce en un aspecto subjetivo de la propia seguridad jurídica.⁷

En este punto, consideramos que el Derecho Objetivo satisface el deber del Estado de cumplir con la defensa interna de la sociedad, mediante la creación, regulación, determinación de supuestos normativos que consignan valores de especial defensa, que a su vez determina el límite estatal para ejercer la coerción al imponer las penas, con función ejemplificativa, preventiva y represiva a quien los violente.

Características. Según Márquez Piñero, las características del Derecho Penal son las siguientes: a) cultural (normativo); b) público; c) sancionador; d) valorativo; e) finalista; y f) personalísimo.

Para Porte Petit los caracteres del Derecho Penal son: a) positivo o jurídico; b) público; c) constitutivo o sancionador; d) original; e) autónomo; f) normativo; g) valorativo; h) cultural; i) finalista; j) imperativo; k) personal; l) social; m) político; y n) aflictivo y preventivo.

El Derecho Penal es, entre otras cosas, un derecho de carácter público, valorativo, normativo y finalista. De carácter público, porque las sanciones impuestas por el Estado, son en razón de un interés público; porque el delito crea una relación jurídica entre el sujeto activo del delito y el Estado y, en fin, en cuanto que es facultad exclusiva del Estado determinar los delitos, las penas y las medidas de seguridad. De carácter valorativo, porque valora las conductas o hechos realizados por el

⁷ Márquez Piñero, Rafael, *Op. cit.* p. 16

hombre. De carácter normativo, porque lo constituye un conjunto de normas jurídicas penales, dando este carácter, ocasión de que se exprese Fontán Balestra, que según la clasificación en ciencias del "ser" y del "deber ser" y la inclusión de las jurídicas en el segundo grupo, es acaso en su naturaleza normativa donde reside, precisamente, el carácter de Ciencia del Derecho. Finalmente, de carácter finalista, porque como señala Jiménez de Asúa, la dogmática jurídica no puede quedar desnuda de la finalidad y nuestro Derecho Penal, como rama jurídica, ha de poseer carácter finalista. Se dice que un carácter del Derecho Penal es que sea personal, porque la sanción penal es intransmisible al recaer exclusivamente sobre el sujeto activo; e imperativo, porque la norma penal prohíbe u ordena y pune. Maggiore por tal razón expresa: "Sea como fuere la realidad, coactiva o no coactiva, la norma penal, lo cierto es que siempre tiene valor de mandato (no de autorización o de permiso), es decir, obliga al juez a imponer la pena, y según algunos, al delincuente a sufrirla". Al referirnos a la autonomía o no autonomía del Derecho Penal, estamos dentro de la esfera de uno de sus caracteres, o sea, de su carácter constitutivo o sancionador⁸. Es sancionador, garantizador diría el maestro Jiménez de Asúa, porque el derecho penal no crea la norma, sino que la hace positiva a través de la ley, pero es el soporte insustituible para el ordenamiento jurídico general y está ligado, más que ninguna otra rama del derecho, a la efectiva eficacia de este ordenamiento.⁹

1.1.1.2.- Límites

El límite de creación de normas jurídicas penales lo constituye el bien jurídico tutelado.

⁸ Porte Petit Candaudap, Celestino, *Op. cit.* p. 21.

⁹ Márquez Piñero, Rafael, *Op. cit.* p. 16

Al respecto, Gustavo Malo Camacho lo define como el objeto de la protección de un concreto interés social, individual o colectivo reconocido y protegido por el estado a través de la ley penal. Ello significa que precediendo la norma jurídica penal, existe siempre una cierta valoración cultural de la sociedad en relación con los bienes, como acertadamente lo observó en su oportunidad Max E. Mayer, significando con eso, que es el interés social el que origina un cierto bien, valorado culturalmente en función de los fines de convivencia, resulte ser jurídicamente protegido, al superar el proceso legislativo que determina el nacimiento de la ley¹⁰.

1.1.2 Derecho Penal Subjetivo

1.1.2.1. Concepto, Titular, Ius Puniendi.

Orellana Wiarco lo señala como "la facultad o derecho del Estado para sancionar, para castigar, es el *ius puniendi*. El Estado como ente soberano y dentro del marco de la propia ley le concede, determina qué conductas son delictivas y qué penas o medidas de seguridad deben aplicarse al delincuente. Algunos penalistas niegan la existencia de tal derecho, éste no existe, se impone por razones de necesidad con base en el poder del Estado"¹¹.

En nuestra opinión, las normas del derecho penal no deben aplicarse arbitraria o caprichosamente, por lo que es necesario contar con un conjunto de normas relativas a la forma de su aplicación al caso concreto. Este conjunto ordenado y sistemático es definido como el

¹⁰ Malo Camacho, Gustavo, *Op. cit.* p. 280.

¹¹ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Op. cit.*, p. 8

derecho penal subjetivo que regula la actividad estatal al imponer una sanción prevista por el derecho penal sustantivo.

Jiménez de Asúa diserta que el derecho subjetivo en materia penal sería el *ius puniendi*, que resulta limitado por las propias leyes que los Estados dictan. Esto es así en garantía de la libertad, ya que las actividades estatales han quedado, por lo mismo, concretadas a lo que la ley establece: *Nullum crimen, nulla poena. sine lege*. Tenemos, sin embargo, que revisar esas viejas concepciones, ya Manzini nos dijo que no había tal derecho subjetivo del Estado, sino que la facultad de penar era un atributo de soberanía.

Sin embargo, conservamos la vieja fórmula del *ius puniendi*, tan expresiva y cargada de problemas, para tratar más tarde, en el aspecto filosófico el fundamento de la penalidad¹².

En este contexto, consideramos que es importante tener presente que en nuestra legislación el Estado es el único titular del *ius puniendi*, entendiéndolo como una atribución cuyo ejercicio es obligatorio y no potestativo.

1.1.2.2. Límites al Ius Puniendi

El maestro Orellana Wiarco señala como principios fundamentales del derecho penal y, por ende, límites al actuar estatal en el ejercicio del *ius puniendi*, los siguientes principios:

¹² Jiménez de Asúa, Luis, *La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal*, Argentina, Edit. Hermes, p.

De legalidad se refiere a la exacta aplicación de la ley, es decir, sólo lo que la ley prevé como delito y sanción puede ser aplicada al individuo. traduciéndose en que la ley cumpla tres requisitos fundamentales: a) que sea previa; b) que sea escrita; y, c) que sea estricta. Estos tres principios fundamentales de la ley: previa, escrita y estricta, son los pilares del principio de legalidad de la ley penal, y ellos se expresan en la fórmula *nullum crimen, sine lege, nulla poena sine lege*¹³.

Que la ley sea previa se refiere a que haya sido expedida con anterioridad al hecho que se dice punible, significa que la existencia de un delito y la pena aplicable a éste deben encontrarse consagradas en la ley. Que cumpla con el requisito de escritura implica que haya sido aprobada conforme el proceso legislativo: iniciativa; discusión, aprobación, sanción, promulgación y publicación, y el requisito de estricto derecho implica que la aplicación de la ley penal no admite la analogía ni la mayoría de razón, sino que su aplicación debe ser exactamente conforme la letra de la ley.

Del principio de legalidad se desprende que en la materia penal, la ley es la única fuente formal del derecho, ni la costumbre, ni la doctrina, pueden crear delitos, penas o medidas de seguridad¹⁴.

De irretroactividad. Las leyes se aplican por un tiempo, mientras dure su vigencia: ningún ordenamiento legal es eterno, nace en un momento determinado y permanece hasta que es derogado. La vigencia temporal de la ley penal acarrea ocasionalmente la posibilidad de aplicar

¹³ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Op. cit.* p. 10.

¹⁴ *Ibidem.* p. 11.

la nueva ley a supuestos acontecidos en fecha anterior, lo que se denomina aplicación retroactiva de la ley.

En nuestro sistema la Constitución prohíbe la aplicación retroactiva en su Artículo 14 que reza así: "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna"¹⁵.

Partiendo de que es un derecho público del gobernado impedir a la autoridad la aplicación retroactiva de la ley en su perjuicio, más interpretando a contrario *sensu* la norma constitucional en cita, llegamos a la válida conclusión de que puede aplicarse la norma penal retroactivamente en beneficio del inculpado.

De intervención mínima. El uso del *ius puniendi* debe reservarse exclusivamente para proteger los bienes jurídicos fundamentales para el Estado y la sociedad, pero de manera imprescindible, es decir, cuando no se puedan resolver con medidas distintas y menos lesivas para el ciudadano.

El principio de intervención mínima debe ser, para algunos juristas, piedra angular, pues excederse en su empleo da lugar a un Estado represivo o totalitario, como ya ha sucedido cuando se utiliza en una medida innecesaria, pues pone en peligro la estabilidad de la sociedad y al propio Estado. Así, pues, al derecho penal lo califican por esta fundamental razón como un derecho de carácter secundario, subsidiario o fragmentario. Para otros, es en tal carácter lo relevante, pues para el

¹⁵ *Ibidem* p. 12.

Estado el uso del *ius puniendi* es la última *ratio legis*, cuando las demás normas jurídicas son insuficientes para garantizar el orden jurídico.¹⁶

De fragmentariedad. Una consecuencia del principio de intervención mínima trae, por consecuencia, que el derecho penal se circunscriba a proteger no todos los valores, sino los más importantes o fundamentales de la sociedad y sus integrantes.

De culpabilidad. Este principio se expresa de la siguiente manera: no hay pena sin culpabilidad.

La culpabilidad puede definirse como el reproche que puede hacerse al autor de una conducta delictiva. Nos referimos a una persona como culpable cuando la responsabilizamos de un delito, cuando pudo decidir libremente, con conciencia de lo antijurídico de su actuar y tenía la posibilidad de conducirse en tal forma que no hubiera violado la ley.

También la culpabilidad resulta ser un escudo protector para el delincuente, pues el Estado tampoco puede imponerle pena alguna fuera de los límites que la propia ley señale, pues el probable responsable tiene a su favor (que el Estado tiene el deber de): a) la necesidad de demostrar que actuó culpablemente; b) la de individualizar su -grado de reprochabilidad y, por ende, su responsabilidad al caso concreto; y c) la de limitarla al marco que la ley establezca.

De peligrosidad. Por peligrosidad debemos entender la posibilidad o potencialidad que tiene un individuo de realizar conductas lesivas, eventos socialmente dañosos. La peligrosidad entraña un juicio sobre el

¹⁶ *Ibidem* p. 13.

comportamiento del individuo proyectado al futuro. Algunos autores distinguen entre peligrosidad criminal y peligrosidad social. La primera la refieren a la posibilidad de que un sujeto que ha cometido un delito, reincida en su comisión, la segunda es más bien la potencialidad de cometer ilícitos. La peligrosidad criminal requiere de medidas de seguridad previstas en la legislación penal. La peligrosidad social exige medidas de seguridad en el ámbito administrativo.

De presunción de inocencia. Este principio se encuentra consagrado como garantía individual en nuestro máximo texto con una serie de medidas que todo procedimiento penal debe respetar, como son: el de no inculparse a sí mismo, o sea, que el probable responsable o inculpaado puede negarse a declarar sobre los hechos que se le imputan; la obligación de la autoridad de no realizar diligencias sin que aquel esté asistido por un abogado; el derecho de conocer la acusación y quienes declaran su contra, etcétera.

De proporcionalidad. Este principio indica que la gravedad de la pena o de la medida de seguridad, debe corresponder a la magnitud del hecho cometido.

De necesidad. La pena, además de ser la adecuada a la culpabilidad, debe ser la necesaria para responder a las exigencias de la prevención general y prevención especial. Este principio se distingue del de proporcionalidad, pues el de necesidad se refiere a su aplicación al caso concreto y el de proporcionalidad de la pena a su señalamiento en abstracto en la ley.

De humanidad o dignidad de la persona. Se reconoce que el Estado moderno y liberal está instituido para el bienestar del individuo y por ello no debe hacer uso del imperio del *ius puniendi* de modo que atente a la dignidad de la persona.

Este principio se encuentra plasmado en el Artículo 22 Constitucional al prohibir las penas de mutilación, infamia, marcas, azotes, palos y tormentos de cualquier especie, así como la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera de otras penas inusitadas y trascendentales, además, el Artículo 20 prohíbe y ordena sancionar toda incomunicación, intimidación o tortura para obligar a una persona a confesar la comisión de un delito.

1.2. Evolución del Derecho Penal (Evolución de las Ideas Penales)

1.2.1. Aspecto Teórico de la Evolución del Derecho Penal

1.2.1.1. Escuela Clásica

La escuela clásica nace con el Tratado de los delitos y de las penas de Beccaria y finaliza con Carrará¹⁷. Se caracteriza por su índole filosófica, por su sentido liberal y humanitario, que alcanza su máximo apogeo a mediados del siglo XIX, culminando en la obra inmortal del maestro Carrara, *Programma del corso di diritto criminale* (ocho volúmenes), cuya primera versión en español se realizó en San José de Costa Rica en 1889.

¹⁷ Porte Petit Candaudap, Celestino. *Op. cit.* p. 33.

A pesar de esta señalada diversidad entre los penalistas adscritos a la escuela, hay entre ellos indudables puntos de contacto, lo que permite resumir como principios fundamentales de la misma los siguientes:

1. Su método es racionalista y, al considerar sus miembros que no había más ciencia penal que el derecho punitivo, aquéllos aplicaban la metodología lógica abstracta, deductiva y especulativa. Para los clásicos, el derecho penal es un sistema dogmático, fundamentando sobre concepciones racionalistas.
2. La imputabilidad se basa en el libre albedrío. El hombre es responsable penalmente porque también lo es moralmente, y es responsable moralmente porque goza del libre albedrío.
3. Sólo puede castigarse a quien realice una acción u omisión, prevista como delito por la ley y sancionada con una pena, consagración del sentido individualista proteccional y garantía contra abusos y arbitrariedades, sacralización del principio de legalidad de los delitos y las penas (*nullum crimen nulla poena sine lege*).
4. Carrara encuentra la fórmula sacramental, en la que asienta el apoyo de toda la construcción jurídica, basamento unitario de todos los dogmas que integran la ciencia penal, fuente de donde emanarían las demás verdades del derecho penal de los pueblos cultos y que constituyen la noción exacta del delito. Dicha fórmula dice: el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico. Así, pues, el meollo de la justicia penal es el delito (supuesto objetivo), más no el delincuente (supuesto subjetivo).

5. La pena es un mal impuesto al delincuente, en retribución del delito cometido; ha de existir proporcionalidad entre penal y delito; la pena debe estar determinada en forma clara y concreta, y el juez sólo tiene facultad para aplicar la pena señalada en la ley para cada delito.¹⁸.

1.2.1.2. Escuela Positivista

Para Fernando Castellanos, la Escuela Positiva se presenta "como la negación radical de la Clásica, pues pretende cambiar el criterio represivo, suprimiendo su fundamentación objetiva al dar preponderante estimación a la personalidad del delincuente"¹⁹.

Por su parte, Ignacio Villalobos la resume de la siguiente manera:
1° El punto de mira de la justicia penal es el delincuente; el delito no es sino un síntoma revelador de su estado peligroso; 2° La sanción penal para que derive del principio de la defensa social, debe estar proporcionada y ajustada al estado peligroso y no a la gravedad objetiva de la infracción; 3° El método es el inductivo, experimental; 4° Todo infractor de la ley penal, responsable moralmente o no, tiene responsabilidad legal; 5° La pena posee una eficacia muy restringida; importa más la prevención que la represión de los delitos y, por tanto, las medidas de seguridad importan más que las penas mismas;-6° El juez tiene facultad para determinar la naturaleza delictuosa del acto y para establecer la sanción, imponiéndola con duración indefinida para que pueda adecuarse a las necesidades del caso; 7° La pena, como medidas

¹⁸ Márquez Piñero, Rafael, *Derecho Penal, Parte General. Op. cit.* pp. 75-76.

¹⁹ Castellanos Tena, Fernando. *op. cit.* p. 61.

de defensa, tiene por objetivo la reforma de los infractores readaptables a la vida social y la segregación de los incorregibles²⁰.

El reducir la existencia del delito a fenómenos meramente físicos, sociales o psicológicos es evidentemente limitativo, puesto que se puede prejuzgar a una persona por ubicarse en los supuestos contenidos en estas teorías, negando la libre determinación o decisión de los actos del sujeto activo del delito, quienes en muchas ocasiones es perfectamente consciente de lo que quiere hacer y de los resultados de su conducta.

1.2.1.2. Terza Scuola

Terza Scuola (denominada tercera escuela para distinguirla de la Clásica y de la Positiva, que cronológicamente ocuparon el primero y segundo lugares), encuentra su formación, esencialmente, en los estudios de Alimena y Carnevale y constituye una postura ecléctica entre el positivismo y la dirección clásica; admite de aquél la negación del libre albedrío y concibe el delito como fenómeno individual y social, inclinándose también en el estudio científico del delincuente, al mismo tiempo que preconiza las conveniencias del método inductivo. Rechaza la naturaleza morbosa del delito y el criterio de la responsabilidad legal y acepta de la escuela Clásica el principio de la responsabilidad moral; distingue entre delincuentes imputables e imputables, aún cuando niega al delito el carácter de un acto ejecutado por un ser dotado de libertad²¹.

La aportación importante de esta postura es el hablar de la pena como un elemento que de alguna manera retribuye a la sociedad del mal

²⁰ Villalobos, Ignacio. *Derecho Penal Mexicano*, Porrúa. p. 40.

²¹ Castillos, Fernando. *Op. cit.* p. 69.

causado por el transgresor de la norma, como castigo a su conducta antisocial y, además, es un elemento importante para definir o valorar la peligrosidad, temibilidad o estado dañoso de algunos delincuentes.

1.2.2. Evolución del Derecho Penal en México

1.2.2.1. Época Prehispánica

Muy pocos datos precisos se tienen sobre el Derecho Penal anterior a la llegada de los conquistadores; indudablemente los distintos reinos y señoríos pobladores de lo que ahora es nuestra patria, poseyeron reglamentaciones sobre materia penal.

Carrancá y Trujillo escribió que lo más destacado por los historiadores fue la desigualdad que privó en los pueblos indígenas al establecerse y respetarse jerarquías sociales, aristocracias, guerrera y sacerdotal, ya que el poder militar y religioso han ido siempre de la mano en el dominio de los pueblos, flotando sobre las desigualdades económicas; los pueblos indígenas sólo conocieron oligarquías dominantes y consecuentemente una justicia penal diferenciada, según las clases, con penas diversas según la condición social de los infractores²².

El derecho penal azteca revele excesiva severidad, principalmente con la relación a los delitos considerados como capaces de hacer peligrar la estabilidad del gobierno a la persona misma del soberano: las penas crueles se aplicaron también a otros tipos de infracciones. Ha quedado

²² Carrancá y Trujillo, Raúl. *Derecho Penal Mexicano*. Parte General, XVI Edición. Porrúa, México, 188, pp. 111-112

perfectamente demostrado que los aztecas conocieron la distinción entre delitos dolosos y culposos las circunstancias atenuantes y agravantes de la pena, las excluyentes de responsabilidad, la acumulación de sanciones, la reincidencia, el indulto y la amnistía.

Las penas eran las siguientes: destierro, penas infamantes, pérdida de la nobleza, suspensión y destitución de empleo, esclavitud, arresto, prisión, demolición de la casa del infractor, corporales, pecuniarias y la de muerte, que se prodigaba demasiado. Esta última se aplicaba principalmente en las siguientes formas: incineración en vida, decapitación, estrangulación, descuartizamiento, empalamiento, lapidación, garrote y machacamiento de cabeza²³.

1.2.2.2. Época Colonial.

Consumada la Conquista y establecida la Colonia, tomaron vigencia en la Nueva España las leyes españolas, particularmente las Leyes de Indias, y en lo no decidido ni declarado por éstas, o por ordenanzas, cédulas o provisiones, se aplicaron las Leyes de Castilla, conforme a las de Toro. La principal recopilación de las leyes fue la de los Reinos de las Indias de 1680, lo que no fue obstáculo para que la Colonia dictara numerosas Cédulas, Instrucciones y Ordenanzas²⁴.

Puede afirmarse que la legislación colonial tendía a mantener las diferencias de castas, por ello no debe extrañar que en materia penal haya habido un cruel sistema intimidatorio para los negros, los mulatos y castas, como tributos al rey, prohibición de portar armas y de transitar por las calles de noche, obligación de vivir con amo conocido, penas de

²³ Castellanos, Fernando. *Op. cit.* p. 41.

²⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General.* México 1999, Porrúa, p. 75

trabajo en minas y de azotes, todo por procedimientos sumarios excusado del tipo y proceso. Para los indios las leyes fueron más benévolas, señalándose como penas los trabajos personales, por excusarles las de azotes y pecuniarias, debiendo servir en conventos, ocupaciones o ministerios de la colonia y siempre que el delito fuera grave, pues si resultaba leve, la pena sería la adecuada aunque continuando el reo en su oficio y con su mujer; sólo podían ser entregados los indios a sus acreedores para pagarles con su servicio, y los mayores de 13 años podrían ser empleados en los transportes, donde se careciera de caminos o de bestias de carga. Los delitos contra los indios debían ser castigados con mayor rigor que en otros casos²⁵.

Cabe resaltar que en esta etapa de la vida de México era el Santo Oficio, que en nombre de Dios, juzgaba y castigaba a quienes delinquieran. La pena era desde la confiscación de sus bienes hasta la quema en la hoguera.

1.2.2.3. Época Independiente

La grave crisis producida en todos los órdenes por la guerra de Independencia, motivó el pronunciamiento de disposiciones tendientes a remediar, en lo posible, la nueva y difícil situación. Se procuró organizar a la policía y reglamentar la portación de armas y el consumo de bebidas alcohólicas, así como combatir la vagancia, la mendicidad, el robo y el asalto. Posteriormente, en 1838 se dispuso, para hacer frente a los problemas de entonces, que quedaran en vigor las leyes existentes durante la dominación²⁶.

²⁵Castellanos, Fernando. *op. cit.* p. 44-45.

²⁶Castellanos, Fernando. *op. cit.* p. 45.

Ricardo Abarca²⁷ plantea que como resumen de esta época queda una legislación fragmentaria y dispersa, motivada por los tipos de delincuentes que llegaban a constituir problemas políticos, pero ningún intento de formación de un orden jurídico total; hay atisbos de humanitarismo en algunas penas, pero se prodiga la de muerte como arma de lucha contra los enemigos políticos; las diversas Constituciones que se suceden ninguna influencia ejercen en el desenvolvimiento de la legislación laboral y no se puede afirmar que las escasas instituciones humanitarias creadas por las leyes, se hayan realizado.

En esta etapa aparece el Código de Corona para el estado de Veracruz, que se considera el primer Código Penal en México.

1.2.2.4. Época Contemporánea

Así, el estado de Veracruz fue la primera entidad que contó con un código penal local, pues si bien en el estado e México se había redactado en 1831 un bosquejo general de código penal, no llegó a tener vigencia. Posteriormente, en la capital del país había sido designada una comisión de 1862, para la redacción de un proyecto de código penal, cuyos trabajos fueron interrumpidos por la intervención francesa durante el imperio de Maximiliano, culminando sus trabajos en 1871 con el Código de Martínez y Castro.

Dicho ordenamiento constó de 1,152 artículos, además de los transitorios, ordenados en cuatro libros denominados: el primero, *De los delitos. faltas. delincuentes y penas*; el segundo, *Responsabilidad Civil en*

²⁷ Abarca, Ricardo, *El Derecho Penal en México*, 1941, p. 109

materia criminal; el tercero, *De los delitos en particular* y el cuatro, *De las faltas*. El Código tiene marcada influencia del Código Penal español de 1870. En opinión de José Ángel Ceniceros, el Código de Martínez y Castro tomó fundamentalmente, para la determinación de las penas, la proporcionalidad cualitativa y cuantitativa entre las mismas y el daño causado por el delito, procurando la divisibilidad de las penas y estableciendo igual graduación de ellas respecto de los participantes en el delito. Acogió el sistema de clasificación de delitos graves y leves señalando las penas a unos y otros, otorgando al juzgador un arbitrio limitado con un sistema de agravantes y atenuantes²⁸.

Siendo Presidente de la República Emilio Portes Gil, se expidió, en 1929 el Código Almaraz, por haber formado parte de la Comisión Redactora José Almaraz, quien expresa que se acordó presentar un Proyecto fundado en la Escuela Positiva. El Código consta de 1228 artículos, sin contar los transitorios que se agrupan en tres libros precedidos de un título preliminar, los que se ocupan de: *Principios Generales, Reglas sobre Responsabilidades y Sanciones* (primero); *De la Reparación del daño* (segundo), y *De los tipos Legales de los Delitos* (tercero).

Esa legislación se enfrentó a diversas críticas que la llevaron al fracaso. Entonces, se integró una nueva comisión, quienes redactaron un proyecto de Código Penal que el presidente Pascual Ortiz Rubio hizo ley mediante decreto del 13 de agosto de 1931.

²⁸ Ceniceros, José Ángel, *El Nuevo Código Penal. Bases Generales*, Talleres Gráficos de la Nación, México, 1931, pp.8-9.

Muchas Entidades han adoptado el ordenamiento del 31, en forma íntegra unas veces y con modificaciones, otras; aunque la tendencia actual, que día a día cobra fuerza, es seguir modelos más modernos, como el Código de la Defensa Social Veracruzano y los Anteproyectos de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1949, 1958 y 1963²⁹.

1.3. Delito

1.3.1. Noción del Delito

La palabra delito deriva del verbo "*delinquere*" y significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.³⁰

El delito es una trasgresión de las disposiciones que regulan en orden social al atacar bienes fundamentales. La definición legal se contiene en el Artículo 7º. Del Código Penal, que establece: delito es el acto u omisión que sanciona las leyes penales.

1.3.1.1. Formal. Doctrinal. Legal

Para el mayor exponente de la Escuela Clásica, Francisco Carrara, el delito es: "La infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso"³¹.

²⁹ Castellanos, Fernando. *op. cit.* pp.129-130.

³⁰ Daza Gómez Carlos Juan Manuel. *Teoría General del Delito*. Cárdenas Editor. Distribuidor. México. p. 60

³¹ *Ibidem*, p. 60.

Un concepto sustancial del delito sólo puede obtenerse, dogmáticamente, del total ordenamiento jurídico penal. De éste desprendemos que el delito es la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, afiliándonos, por tanto, a un criterio pentatómico, por cuanto consideramos son cinco sus elementos integrantes: a) Una conducta o un hecho; b) la tipicidad; c) la antijuridicidad; d) la culpabilidad, y e) la punibilidad.³²

1.3.1. 2. Presupuestos.

En la doctrina existen dos corrientes sobre el tema de los presupuestos: a) una negándolos; y b) otra que los acepta, en la cual se cuentan los autores que admiten la clasificación: a) de presupuestos del delito y del hecho; y b) los que sostienen únicamente los presupuestos del hecho. Los presupuestos del delito han sido divididos en generales y especiales. La doctrina enseña que son presupuestos del delito generales aquellos comunes al delito en general, y presupuestos del delito especiales, aquellos propios de cada delito en particular. Como presupuestos del delito generales se señalan:

a) La norma penal, comprendidos el precepto y la sanción. Massari ha hecho notar, a este respecto, que uno de los presupuestos fundamentales del delito, es el precepto penalmente sancionado, o sea aquella parte de la norma penal que prescribe, bajo la amenaza de una pena, una determinada conducta.

b) El sujeto activo y pasivo.

³² Pavón Vasconcelos, Francisco. *op. cit.*, p. 189.

- c) La imputabilidad.
- d) El bien tutelado.
- e) El instrumento del delito.

En la corriente negadora de la clasificación de los presupuestos en generales y especiales sobresale Steffano Riccio, quien considera inadmisibles la distinción entre presupuestos generales y especiales. Considera que "lo que se define como presupuesto especial no es sino modificación o del sujeto activo o del objeto del delito, o del sujeto pasivo o del bien lesionable"³³

Puede dársele el nombre de presupuesto, afirma Grispigni, a las circunstancias constitutivas antecedentes, es decir, toda circunstancia, antecedente indispensable, para que el delito exista.

La ausencia de algún presupuesto del delito general acarrea la inexistencia de éste, mientras dicha ausencia, tratándose de un presupuesto del delito especial, sólo se traduce en una variación de tipo delictivo.

1.3.2. Evolución Doctrinal.

1.3.2.1. Teoría Causalista y Finalista de la Acción.

1.3.2.1.1 Teoría Causalista

La explicación naturalística del acto o acción humana, se basa en relaciones de procesos causales. La acción nace de un movimiento corporal que es un proceso, que va a producir un cambio en el mundo

exterior, es decir, un efecto, y entre una y otra se da una relación; como todo proceso causal natural que parte de una causa, produce un efecto. El sistema causalista señala que los subelementos que integran a su vez el elemento acto, o acción son: a) manifestación de la voluntad; b) un resultado causado por la manifestación de la voluntad; y c) un nexo causal que radica en que el acto, acción o conducta ejecutado por el sujeto, produzca el resultado previsto en la ley, de tal manera que entre uno y otro exista una relación de causa a efecto³⁴.

Para el sistema causalista los elementos del delito son: a) una conducta; b) típica; c) antijurídica, y d) culpable, todas ellas con sus elementos negativos.

Hans Welzel es el indiscutible jurista que da nacimiento a la llamada "teoría de la acción finalista" que plantea una sistematización de la dogmática jurídico-penal que se aparta de la sistemática de la dogmática llamada "causalista". Esta teoría que acepta que si bien el delito parte de una acción, y que ésta es conducta humana voluntaria, la misma tiene una finalidad, un fin, no como lo explica la teoría causalista que prescinde del contenido de la voluntad, o sea, del fin. De esta diversa concepción de van a generar múltiples consecuencias que conforman la "teoría finalista de la acción".

La teoría finalista deriva la afirmación de que el legislador al crear los tipos penales debe estar sujeto a las estructuras permanentes de la teoría del delito y que no debe violentar esas estructuras sin caer en evidentes contradicciones consigo mismo. De este modo el legislador debe partir de los conceptos de acción, de antijuridicidad y culpabilidad,

³³ Porte Petit Candaudap, Celestino, *op. cit.*, pp. 207-208.

como estructuras fundamentales que servirán para preservar los derechos fundamentales del hombre. En la teoría de la acción finalista encontramos que el dolo (y la culpa) se van a ubicar ya no a nivel de la culpabilidad, sino a nivel de la acción típica. El dolo y la culpa van a dejar de ser especies o formas de la culpabilidad, como tradicionalmente lo aceptó la teoría causalista, ahora el dolo y la culpa constituyen el fin de la acción.

Entonces, la acción y omisión para que sean típicos, deben tener una finalidad; la acción (y omisión) se realiza de dolo o de culpa. En este punto, el finalismo difiere radicalmente del sistema causalista, pues la acción y omisión va a dejar de ser "objetiva" y pasar a ser un concepto objetivo y subjetivo porque la voluntad la va a proyectar en forma dolosa o culposa. El esquema causalista de que todo lo objetivo se refiere a la acción y a la antijuridicidad y lo subjetivo a la culpabilidad, es desechado por la teoría finalista por reñir con la realidad³⁵.

Para el maestro Eduardo López Betancourt, "La teoría causalista es un comportamiento humano dependiente de la voluntad (voluntario), que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior. Dicha consecuencia puede consistir tanto en el puro movimiento corporal (delitos de mera actividad), como en este movimiento corporal seguido del resultado ocasionado por él en el mundo exterior (delitos de resultado)".

1.3.2.1.2. Teoría Finalista

Vale la pena destacar que la diferencia esencial entre la teoría finalista y causalista es que la primera analiza el fin que busca alcanzar el

³⁴ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Teoría del Delito, Sistemas Causalista y Finalista*. Editorial Porrúa, 8ª. Edición, México 1999, pp. 9-10

³⁵ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *op. cit.* pp. 9, 81, 94 y 95.

sujeto activo del delito y en la causalista precisamente es lo que lo motiva a realizar la conducta.

Para el Maestro Octavio Alberto Orellana Wiarco: "La teoría finalista plantea una sistematización de la dogmática jurídico penal que se aparta de la sistemática de la dogmática llamada causalística. A partir de la década de los años treinta, aparecen publicados los trabajos de Hans Welzel, que acepta que si bien el delito parte de una acción, y que ésta conducta humana voluntaria, la misma tiene una finalidad un fin no como lo explica la teoría causalista que prescinde del contenido de la voluntad, o sea del fin.

La "Teoría causalista presenta los siguientes elementos:

- a) Acción: Este elemento se entiende en un sentido naturalístico como una causa que altera el mundo exterior para una conducta corporal voluntaria.

La acción se compone de un movimiento corporal (conducta), el cual produce una modificación del mundo externo (resultado).

- b) Tipicidad: Es la descripción externa de la acción sin contenido normativo ni elemento subjetivo. Su relación con la antijuridicidad se fijó como indicio. La tipicidad resulta una característica objetiva sin valoración o subjetividad (incolora o sin sangre). Lo que interesa constatar es el resultado producido por la acción y la relación de causalidad. La tipicidad es descriptiva y objetiva.

c) Antijuridicidad. Es un juicio de valor que recae sobre la acción, contemplada como un aspecto objetivo, en el juicio de valor no se toma en cuenta el elemento subjetivo.

La valoración de este proceso de la naturaleza, al considerar su dañosidad social o ataque a bienes jurídicos, es la antijuridicidad. La antijuridicidad como segunda determinación o adjetivación de la acción viene a ser una valoración. La antijuridicidad es un elemento, entonces: objetivo y valorativo.

d) Culpabilidad. Es un proceso psicológico que se encuentra en el sujeto y está relacionado con el hecho. La culpabilidad es el aspecto subjetivo del delito. Su presupuesto es la imputabilidad y sus especies son: el dolo y la culpa.

Concepción de la acción final.

La teoría de la acción final dio un nuevo enfoque al delito; la acción es final y no causal. Como afirma Welzel. La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su actividad, proponerse por tanto fines diversos y dirigir su actividad conforme a su plan. Actividad final es obrar orientado conscientemente a un fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido a un fin, sino que es resultante de los componentes causales en cada caso.

a) Acción. En la teoría finalista, el dolo pertenece al injusto, siendo natural y final, apartándolo de la culpabilidad. La antijuridicidad es un predicado de la acción.

- b) Tipicidad. En la tipicidad hay una parte objetiva y una subjetiva del tipo. La primera es la objetivización de la voluntad integrante del dolo y comprende características externas del autor; la parte subjetiva está formada por el dolo y los elementos subjetivos. El dolo se agota en la finalidad dirigida al tipo objetivo; la antijuricidad no es un elemento del tipo; el dolo no se extiende sobre ella, no comprende el conocimiento de la antijuricidad.
- c) Antijuricidad. En un juicio de valor, el cual expresa que la acción puede ser contraria a la norma y lo será cuando no exista causa de justificación. Toma en cuenta la conducta externa del autor. Al injusto sólo le importa el fin que el sujeto se ha propuesto, Injusto es la acción antijurídica personal referida al autor.
- d) Culpabilidad. Es un juicio de reproche que se formula al autor por no haber adecuado su conducta al derecho, a pesar de que estaba en situación de hacerlo.

Sus elementos son:

- a) Imputabilidad
- b) Conocimiento de la antijuricidad
- c) Exigibilidad

CAPITULO II

MARCO LEGAL EN RELACIÓN AL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

2.1. Elementos del Delito y Aspectos Negativos

2.1.1. Conducta y su Aspecto Negativo

La conducta es la forma como el hombre se expresa activa o pasivamente. El maestro Castellanos Tena define la conducta como "el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito"³⁶.

Olga Islas de González Mariscal y Elpidio Ramírez enuncian la conducta como "el proceder volitivo descrito en el tipo" Explican que la doctrina tradicional ubica a ésta fuera y antes del tipo, a pesar de que dicha doctrina sostiene que los tipos son descriptivos de conductas y que la tipicidad es adecuación de la conducta al tipo. De sus propias ideas se deduce que si la conducta no está incluida en el tipo, entonces su definición de tipicidad es falsa; y si, por el contrario, su definición de tipicidad es verdadera, entonces la conducta está incluida en el tipo³⁷

Por su parte, Rodolfo Monarque Ureña señala que la conducta en la corriente finalista se compone de la acción y la omisión.³⁸

³⁶ Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.* p. 149

³⁷ Islas de González Mariscal, Olga y Ramírez, Elpidio. *Análisis Lógico de Delitos Contra la Vida y el Derecho*, Edit. Trillas, p 29.

³⁸ Monarque Ureña, Rodolfo, *op. cit.* p. 119

De esta forma, los elementos de la acción son: a) manifestación de voluntad, consistente en hacer algo; b) nexo de causalidad, y c) resultados dolosos o culposos.

En tanto que la omisión se divide en: a) la comisión por omisión o omisión impropia, y b) omisión simple o propia.

La ausencia de conducta se ha clasificado como el aspecto negativo de la conducta. En ocasiones, un sujeto puede realizar una conducta de apariencia delictuosa, pero dicha conducta no puede atribuirse a la persona como un hecho voluntario, tal sería el caso de la fuerza física irresistible, la energía de la naturaleza o de animales, el hipnotismo y el sonambulismo³⁹.

2.1.2. Tipicidad y su Aspecto Negativo

Fernando Castellanos Tena describe a la tipicidad como el "encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley: la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es, en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa". El autor advierte que no debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. Basta que el legislador suprima de la Ley Penal un tipo, para que el delito quede excluido"⁴⁰.

³⁹ Osorio y Nieto, César Augusto. *Síntesis de Derecho Penal, Parte General*. ed. Trillas, p.57.

⁴⁰ Castellanos Tena, Fernando. *op. cit.* p. 168

En ese sentido, Osorio y Nieto indica que el tipo viene a ser el marco o cuadro y la tipicidad el encuadrar o enmarcar la conducta al tipo. Podemos afirmar, agrega, este autor, que el tipo es abstracto y estático, en tanto que la tipicidad es concreta y dinámica⁴¹.

Para Porte Petit la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula *nullum crimen sine tipo*⁴².

Para la corriente finalista, la tipicidad es el elemento del delito más relevante; al igual que en el sistema tradicional, la tipicidad es la cualidad que se atribuye a una acción cuando es subsumible al supuesto de hecho de una norma penal, o lo que es lo mismo, adecuación de la acción (u omisión) al tipo⁴³.

Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad, que es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica jamás podrá ser delictuosa. Suele distinguirse entre ausencia de tipo y de tipicidad; la primera se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos⁴⁴.

Osorio y Nieto aclara que habrá ausencia de tipicidad cuando una conducta no se adecue a la descripción legal; existe tipo, pero no encuadramiento de la conducta al marco legal constituido por el tipo, por

⁴¹ Osorio y Nieto, César Augusto, *op. cit.* p. 59

⁴² Porte Petit, Celestino, *op. cit.* p. 37

⁴³ Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.* p. 170.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 175.

ejemplo, un caso típico es el del adulterio cometido sin escándalo y además fuera del domicilio conyugal⁴⁵.

Castellanos Tena enmarca las siguientes causas de atipicidad: a) ausencia de la calidad o del número exigido por la ley en cuanto a sus sujetos activos y pasivo; b) si faltan el objeto material o el objeto jurídico; c) cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo; d) al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley; e) si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos; y, f) por no darse, en su caso, la antijuricidad especial⁴⁶.

2.1.3. Antijuricidad y su Aspecto Negativo.

Comúnmente se acepta la antijuricidad como lo contrario a la norma penal. La conducta antijurídica es aquella que viola una norma penal tutelar de un bien jurídico⁴⁷

Javier Alba Muñoz afirma que “el contenido último de la antijuridicidad que interesa al jus-penalista es, lisa y llanamente, la contradicción objetiva de los valores estatales... En el núcleo de la antijuridicidad, como en el núcleo mismo de todo fenómeno penal, existe sólo el poder punitivo del Estado valorando el proceso material de la realización prohibida implícitamente”⁴⁸.

⁴⁵ Osorio y Nieto, César Augusto, *op. cit.* p. 58

⁴⁶ Castellanos, Tena, Fernando, *op. cit.* p. 176

⁴⁷ Osorio y Nieto, César Augusto, *op. cit.* p. 58

⁴⁸ Alba Muñoz, Javier, *Prólogo a la Tesis Profesional* de R. Higuera Gil, p. 11

Mientras que Cuello Calón opina que la "acción humana para ser delictiva ha de estar en oposición con la norma penal que prohíba u ordene su ejecución, ha de ser antijurídica; obra antijurídicamente el que contraviene las normas penales. La antijuricidad presupone un juicio acerca de la oposición existente entre la conducta humana y la norma penal, juicio que solo recae sobre la acción realizada excluyendo toda valoración de índole subjetiva, por lo cual la antijuricidad tiene el carácter objetivo"⁴⁹.

Puede ocurrir que la conducta típica esté en aparente oposición al derecho y sin embargo, no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación. De esta forma, las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la antijuricidad. Un hombre priva de la vida a otro, su conducta es típica por ajustarse a los presupuestos del Artículo 302 del Código Penal del Distrito Federal de 1931, pero puede ser antijurídica si se descubre que obró en defensa legítima, por estado de necesidad o en presencia de cualquiera otra justificante.

Conforme a nuestro derecho, son causas de justificación en materia penal las siguientes: a) legítima defensa; b) estado de necesidad; c) ejercicio de un derecho; d) cumplimiento de un deber; y d) impedimento legítimo. A las causas de justificación también se les llama justificantes, causas eliminatorias de la antijuricidad, causas de licitud, etc.

Se reconocen como características de las causas de justificación, las siguientes:

⁴⁹ Cuello Calón, Eugenio. *Derecho Penal, Nacional*, 9ª. Edición. p. 309

- a) Deben ser históricas o reales de manera tal que si sólo existen en la mente del autor no hay causa de justificación.
- b) Deben estar expresa y limitativamente contempladas en la ley, de tal suerte que no pueden existir por encima de las legislaciones penales, ni siquiera en forma supralegal.
- c) Favorecer *erga omnes* a diferencia de otras excluyentes que sólo aprovechan al autor (exime a todos los partícipes).

2.1.4 Imputabilidad y su Aspecto Negativo

La imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente. Es la capacidad de obrar en Derecho Penal, es decir, de realizar actos referidos al Derecho Penal que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción. En suma, la imputabilidad es la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal⁵⁰.

Algunos autores separan la imputabilidad de la culpabilidad, estimando ambas como elementos autónomos del delito; otros dan amplio contenido a la culpabilidad y comprenden en ella la imputabilidad. Existe una tercera posición que sostiene que la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad.

Para Carrancá y Trujillo será imputable todo aquel que sea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley para poder desarrollar su conducta

socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana⁵¹

En tanto que Castellanos Tena apunta que para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad intervienen el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de *entender* y de *querer*... A la imputabilidad se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito, según pretenden algunos especialistas⁵².

Osorio y Nieto indica que la imputabilidad se integra por dos elementos: uno intelectual, referido a la comprensión del alcance de los actos que uno realiza, y otro de índole volitiva, es decir, la capacidad para desear un resultado. Reconoce a la inimputabilidad como el aspecto negativo de la imputabilidad, esto es, la incapacidad para entender y querer en materia penal y señala las siguientes como causas de la inimputabilidad: a) minoría de edad; b) trastorno mental; c) desarrollo intelectual retardado, y d) miedo grave⁵³.

2.1.5 Culpabilidad y su Aspecto Negativo

En su formulación más simple, el principio de culpabilidad señala que "no hay delito sin culpabilidad. Muchos han sido los especialistas del

⁵⁰ Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.* p. 218

⁵¹ Carrancá y Trujillo, Raúl, *op. cit.* p. 222

⁵² Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.* p. 217-218

⁵³ Osorio y Nieto Cesar Augusto, *op. cit.* pp. 62-63

Derecho que han tratado de definir el término de culpabilidad. Mientras que para Jiménez de Asúa la culpabilidad es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica⁵⁴; para Porte Petit es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto⁵⁵.

En ese marco, Castellanos Tena explica que la definición de Porte Petit, sólo es válida para la culpabilidad a título doloso, pero no comprende los delitos culposos o no intencionales, en los cuales, por su naturaleza misma, no es posible querer el resultado. De esta forma, él interpreta a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto⁵⁶.

Por su parte, Villalobos dice que la culpabilidad consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa⁵⁷.

La polémica sobre naturaleza jurídica de la culpabilidad se centra en dos principales doctrinas: el psicologismo y el normativismo. Para la primera, la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuridicidad. Para la corriente normativista, el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche; una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o

⁵⁴ Jiménez de Asúa, Luis, *op. cit.* p. 379

⁵⁵ Porte Petit Candaudap, Celestino, *Importancia de la Dogmática Jurídico Penal*, p. 49

⁵⁶ Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.* pp. 233 y 234

⁵⁷ Villalobos, Ignacio, *op. cit.* p.283

culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada. Su esencia consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea, el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme el deber⁵⁸.

Moñarque Ureña⁵⁹ explica los contenidos de la culpabilidad normativa y psicológica:

Contenido de la culpabilidad normativa:

- a) Tiene como presupuesto la imputabilidad, al igual que la culpabilidad psicológica.
- b) La reprochabilidad, es decir, que al agente le sea lógico, racional y legalmente exigible conducirse conforme a la norma (exigibilidad de la conducta esperada).
- c) Que al agente de la conducta debe poseer conciencia de la significación antijurídica del hecho.

Contenido de la culpabilidad psicológica:

- a) Tiene como presupuesto la imputabilidad.
- b) Que exista un nexo psicológico en forma de dolo o culpa, entre la conducta y el resultado.

El mismo autor identifica como formas de culpabilidad al dolo y la culpa, existiendo en algunas legislaciones la preteintención, que es una combinación de ambas.

⁵⁸ Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.* pp. 235-236

⁵⁹ Moñarque Ureña, Rodolfo, *op. cit.* p. 81

El dolo opera cuando en el sujeto activo se ha representado en su mente la conducta que va a realizar y el resultado de esa conducta, y decide en un acto de voluntad llevar a cabo lo que en su mente se representó. La conducta dolosa es intencional y voluntaria.

La culpa (o imprudencia) la encontramos cuando el activo no desea realizar una conducta que lleve un resultado delictivo, pero por un actuar imprudente, negligente, carente de atención, cuidados y reflexión verifica una conducta que produce un resultado previsible delictuoso. En este caso la conducta es imprudencial, culposa o no intencional.

La preterintención es la suma del dolo y la culpa. Es una conducta que tiene un inicio doloso o intencional y una culminación culposa o imprudencial.

Estas tres formas de conducta están previstas en los artículos 8º. y 9º. del Código Penal.

2.1.6 Punibilidad y su Aspecto Negativo

En opinión de Castellanos Tena, la punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena.

El maestro amplía sus definiciones sobre punibilidad cuando explica que es: a) merecimiento de penas; b) conminación estatal de

imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales, y c) aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley⁶⁰.

Existe la polémica sobre si la punibilidad posee o no el rango de elemento esencial del delito, Porte Petit dice: "Para nosotros que hemos tratado de hacer dogmática sobre la ley mexicana, procurando sistematizar los elementos legales extraídos del ordenamiento positivo, indudablemente la penalidad es un carácter de delito y no una simple consecuencia del mismo"⁶¹.

Como opinión contraria está la de Monarque Ureña, quien luego de definir a la punibilidad como la amenaza que el Estado realiza a través de una norma para el autor de una conducta típica, antijurídica y culpable, considera que la punibilidad no es elemento esencial del delito, sino una consecuencia del mismo⁶².

En ese mismo sendero, están los conceptos de Villalobos y de Carrancá y Trujillo. Este último, al referirse a las excusas absolutorias afirma, "certeramente a nuestro juicio, que tales causas dejan subsistir el carácter delictivo del acto y excluyen sólo la pena"⁶³. De esto se determina que para el maestro Carrancá y Trujillo la punibilidad no es elemento esencial del delito.

Para Villalobos, la pena es la reacción de la sociedad o el medio de que ésta se vale para tratar de reprimir el delito; es algo externo al mismo y, dados los sistemas de represión en vigor, su consecuencia ordinaria;

⁶⁰ Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.* p. 275

⁶¹ Porte Petit, Candaudap, Celestino, *op. cit.* p. 59

⁶² Monarque Ureña, Rodolfo, *op. cit.* p. 107

⁶³ Carrancá y Trujillo, Raúl, *op. cit.* p. 125

por esto, acostumbrados a los conceptos arraigados sobre la justicia retributiva, suena lógico decir: el delito es punible; pero ni esto significa que la punibilidad forme parte del delito, como no es parte de la enfermedad el uso de una determinada medicina, ni el delito dejaría de serlo si se cambiaran los medios de defensa de la sociedad. Un acto es punible porque es delito, pero no es delito por ser punible⁶⁴.

Conforme a la definición de delito que proporciona el artículo 7º. del Código Penal podría resolverse que la punibilidad sí es elemento del delito.

La condicionalidad objetiva es un requisito, una circunstancia, un dato, que debe darse para que opere la punibilidad, pero sin que sea elemento del delito, pues sólo en contados casos se presentan tales condiciones, tal sucede en los delitos fiscales, en los cuales se requiere una declaración de la hacienda pública respecto a la existencia de un perjuicio fiscal.

En casos excepcionales, se considera conveniente no aplicar pena alguna al sujeto activo del delito. Estas situaciones excepcionales constituyen las excusas absolutorias, que son: a) excusa por razones de mínima temibilidad; b) excusa en aborto imprudencial o en embarazo resultado de violación, y c) otras excusas (Artículo 280, II; Artículo 151 y Artículo 247, IV. todos del Código Penal).

2.1.7. Interpretación Jurídica

⁶⁴ Villalobos, Ignacio, *Op. cit.* p. 203

Es el punto de partida para analizar de manera sistemática, lógica y valorativamente los alcances de un cuerpo legal, de una ley o de un enunciado.

Interpretar significa gramaticalmente desentrañar el significado de algo, determinar el significado, comprenderlo y expresarlo; supone una tarea de intermediación. Algunos autores reconocen a esta tarea mediadora como el primer problema de la interpretación, pues cuestionan de si quien la cumple reproduce fiel y exactamente lo que explica. o si, por el contrario, la interpretación conlleva un elemento puesto por el intérprete o lleva un sello subjetivo que altera el significado real de lo que se traduce o interpreta.

De esta forma, no se pueden establecer criterios objetivos que permitan determinar de manera inequívoca la identidad de las cosas. Así, el problema de la interpretación jurídica se traduce en el de precisar la conducta prescrita por una norma (general o particular), en el de su actualización.

Alejandro del Palacio señala que la práctica judicial y administrativa permiten afirmar que tanto el juez como el administrador al interpretar la ley para aplicarla en los asuntos de su competencia, crean derecho, pues la ley no tiene un sentido único y definitivo.

Las escuelas de interpretación jurídica ponen en duda o niegan que el orden priva sobre el hombre. Indican que es el hombre quien construye el orden y lo cambia según sus propios designios y con ello el orden se vuelve más flexible, móvil y adaptable. De ahí nace la exigencia de que la

interpretación jurídica se desarrolle bajo criterios que apliquen la norma adecuada, válida o justa en cada caso particular.

Para algunos estudiosos de la materia los criterios de la interpretación jurídica no han sido delineados, por lo que el derecho ha caído en manos de los administradores, que lo interpretan y aplican sin atender a conceptos de validez, justicia o legalidad, sino conforme a conveniencias funcionales, por cuya causa la regularidad jurídica es desplazada por la funcionalidad operativa. que impone el orden.

Existen diversas corrientes que han tratado de dilucidar el objeto sobre el cual se sostiene la interpretación.

Escuela exegética. Se origina a mediados del siglo XIX bajo la guía de *La autoridad de la ley*, del jurista francés Blondeau, para quien las decisiones de los jueces deben fundarse exclusivamente en la ley, de modo que toda posibilidad de interpretación se reduce a la exégesis de los textos legales, desechando precedentes, doctrina, usos, principios de justicia y equidad u otros recursos de los cuales pudiera valerse el juzgador para dictar sentencia.

Esto significa que la exégesis consiste en que la única labor interpretativa es la de poner en claro la voluntad del legislador mediante el análisis de la ley.

Bajo este enfoque se deduce que el método exegético descansa básicamente en la interpretación gramatical: es decir, el ineludible apego a la letra de la ley. Sin embargo, muchas veces la expresión resulta

oscura, incompleta o incomprensible, que es necesario recurrir a la interpretación lógica. En esta tarea, la exégesis se vale de:

1. Los debates legislativos, las consultas públicas, las orientaciones ideológicas de los partidos participantes, las exposiciones de motivos de las leyes, etc.
2. El estudio de las condiciones sociales, imperantes cuando la ley es formulada.
3. La remisión a recursos indirectos, de los cuales los más importantes son los conocidos como principios generales del derecho y la equidad.

Estos principios generales son un conjunto de máximas jurídicas de reconocimiento universal que, independientemente de ser o no legisladas, orientan la legislación de la mayor parte de los regímenes jurídicos nacionales. Entre ellos se encuentran:

- La ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento.
- Nadie debe hacerse justicia por propia mano.
- No hay delito si no hay ley.
- Nadie está obligado a lo imposible.
- A igual trabajo, igual salario.
- Nadie debe ser juzgado dos veces por el mismo delito.
- Toda persona es inocente hasta que se pruebe su culpabilidad.
- Primero en tiempo, primero en derecho.
- A nadie beneficia su propia mala fe.
- Lo que no está expresamente prohibido, está permitido.

Escuela histórica. En oposición a la Escuela Exegética, surge la Escuela Histórica, que afirma la realidad objetiva del contenido de la ley. Lo importante de esta escuela es encontrar el objetivo (que sólo se encuentra en la realidad) de los enunciados legislativos (normas). No hay norma que no tenga un fin.

Su creador, Friedrich von Savigny, fija la posición de esta corriente en el *Tratado de Derecho Romano*, donde, a consecuencia de la afirmación de la unidad y la universalidad necesarias del derecho, se declara convencido de que aquélla se rescata "en virtud de su propia fuerza orgánica", que le permite suprimir contradicciones y colmar sus lagunas

Dice que el derecho es ante todo un producto de las costumbres y de las convicciones de un pueblo y sólo posteriormente el resultado de la jurisprudencia, de tal manera que es siempre y en todo momento la consecuencia de la acción de fuerzas internas espontáneas y nunca la creación del arbitrio de un legislador.

Ninguna ley, ningún código pueden ser certeramente interpretados mediante el desenvolvimiento lógico de determinados principios jurídicos; para hacerlo ha de tenerse presente la situación real y efectiva de los intereses que persigue. El criterio para entender e interpretar el derecho no es un criterio absoluto de verdad, sino un relativo de finalidad, por lo cual su contenido no es uno, sino diverso, sujeto no tanto a los refinamientos conceptuales como a los propósitos prácticos de los intereses en juego.

Escuela Libre de Derecho. Surge a principios del siglo en la obra *La lucha por la ciencia del Derecho*, de Hermann Kantorowicks, con antecedentes en las sentencias del magistrado francés Magnaud.

Esta escuela se caracteriza por enfrentar el dogma estatista de que la ley es la única o más importante fuente del derecho positivo. Representa una reacción contra la tesis de la *plenitud hermética* y la sumisión incondicional del juez a los textos legales. Los puntos en que sus partidarios coinciden, son, de acuerdo con Reichel, los siguientes:

- a) Repudiación de la doctrina de la suficiencia absoluta de la ley.
- b) Afirmación de que el juez debe realizar, principalmente por la insuficiencia de los textos, una labor personal y creadora.
- c) Tesis de que la función de juzgador ha de aproximarse cada vez más a la actividad legislativa.

En tanto, Luis Recaséns Siches resume la tesis de la Escuela del Derecho Libre en los siguientes puntos:

1. La función jurisdiccional es principalmente tarea del Estado.
2. Si el texto legal es claro y no ofende los sentimientos sociales, el juez debe apegarse a él.
3. El juez debe hacer a un lado la ley cuando: a) da lugar a dudas; b) está convencido de que el poder estatal no dictaría resoluciones conforme a ella en el momento del fallo.
4. En los casos de estimación cuantitativa complicada —como el daño moral regulado en el Código Penal Civil—el juez debe decidir discrecionalmente (como sucede en la actualidad).

Positivismo kelseniano. El método de interpretación formulado por H. Kelsen ha de entenderse atendiendo el carácter voluntarista de su normativismo y al orden jerárquico de las normas que establece a partir del principio de validez, y conforme al cual la interpretación es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una inferior. La norma superior determina parcialmente el contenido de la inferior, de modo que siempre deja un margen de apreciación al responsable de su aplicación.

No existe sólo una interpretación verdadera de la norma; por el contrario, puede haber varias, todas con valor jurídico. La atribución hecha a cada norma por el órgano competente es asunto de carácter volitivo no racional. De tal forma, se puede aplicar la que aquél prefiera al caso específico de que se trate y ésta será la única convertida - por este acto de voluntad- en derecho positivo.

Al respecto, Kelsen plantea que la teoría del derecho positivo no suministra criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, a uno de los sentidos que ésta pueda tener. Un comentario científico, agrega, debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene competencia de aplicar la norma creando una nueva.

Un discípulo y continuador de la teoría de Kelsen, Alf Ross, clasifica los problemas de la interpretación, por razón de la expresión jurídica, en tres tipos:

1. Sintácticos

2. Semánticos

3. Lógicos

Distingue, a la vez, dos tipos de interpretación:

1. Por significado, consistente en definir el significado de la expresión por medio de términos más claros.
2. Por referencia, consistente en determinar si en una cierta secuencia de acontecimientos satisface —se aduce— el significado de la expresión, de manera que pueda afirmarse que son hechos designados por ella y que, en mayor o menor medida, pueden significarla.

Ante la antigua actitud de acatamiento irrestricto de la letra de la ley, Ross concluye que la administración del derecho no se reduce a una mera actividad intelectual. Está arraigada en la personalidad total del juez, tanto en su conciencia jurídica formal y material como en sus opiniones y puntos de vista racionales. Se trata de una interpretación constructiva, que es a la vez conocimiento y valoración, pasividad y actividad.

Hermenéutica. Se refiere al análisis de la ley vinculando los hechos descriptivos como reales a un concepto o idea que no cambia y que es necesario tener presente en el mundo de las ideas jurídicas. Hermenéutica significa: sistema cerrado pero movable; sistema lógico y sistemático, pero hipotético, siempre dirigido al objeto del estudio de las ciencias jurídicas.

Tópica. La tónica es un sistema de argumentación y de interpretación basado en el manejo de conceptos que subordinan premisas de manera lógica. Esta expresión proviene de "topos" que

significa "lugar"; en el derecho significa concepto adecuado para subordinar normas jurídicas y siempre va de lo general a lo particular.

Perelman define a la Tópica, llamada por él "Nueva Retórica", como un conjunto de técnicas discursivas que tratan de provocar y de acrecentar la adhesión de los espíritus a tesis que se presentan para su asentimiento. Para precisar su definición, enfatiza cuatro observaciones:

1. Trata de persuadir por medio del discurso.
2. en tanto la lógica formal de tradición cartesiana existe demostraciones evidentes, la Tópica que juega con los significados diversos de los términos, es persuasiva.
3. La adhesión a una tesis puede ser de intensidad variable. Esencial cuando se trata de valores.
4. No se refiere tanto a la verdad como a la adhesión. Aquella es imparcial, y se le reconozca o no, no cambia ni se afecta; ésta es parcial y depende del reconocimiento.

Por su parte, Theodor Viehweg sostiene la tesis de que la Tópica no puede –ni podrá—ser eliminada del mundo del derecho, donde es imprescindible para el cálculo lógico. Concibe la Tópica como una técnica del pensamiento problemático, cuya finalidad radica en suministrar orientación a la conducta frente a una *aporia* (falta de camino). Indica que es un medio extraordinariamente eficaz contra el simplismo, que marcha ciegamente hacia su objetivo.

La Tópica cuenta con las siguientes herramientas:

Topoi, que es un concepto movible o un agente técnico.

Aporia, que se fundamenta en la gramática.

Endoxa, que es la garantía de corrección escrita u oral, algunos autores la denominan como la teoría argumentativa.

Status, que es un punto jurídico o dogmática donde el *Topoi* se puede realizar con conceptos secundarios, o bien con varios conocimientos.

Estagarita, es la subordinación de argumentos, correlación normativa. Con esta herramienta se pueden combatir los argumentos; es el medio de defensa.

2.2 Antecedentes del Código Penal para el Distrito Federal

Como quedó establecido en el capítulo anterior, existieron los códigos del año de 1869 a 1871.

La legislación penal de 1929 fracasó ante las críticas que pusieron evidencia sus defectos, como su inclinación a la doctrina positivista que no encontró verdadera expresión en su texto. Carrancá y Trujillo niega el avance de este ordenamiento, puntualizando que como el anterior se ocupó de los grados del delito (artículo 20), de la responsabilidad (artículo 36), de las agravantes y atenuantes (artículos 56 a 63), acogiendo un arbitrio judicial muy restringido (artículos 151, 1761, 194 y 195), prisión con sistema celular (artículos 206 y 1985), entre otras críticas⁶⁵.

Jiménez de Azúa, reprocha el exagerado número de artículos de la legislación penal del 1929 y por ser obra emparentada con el positivismo

⁶⁵ Carrancá y Trujillo, Raúl, *op. cit.* p.128 a 130

entendido en sus más primitivas formas y que además no señalaba penas para los inimputables⁶⁶

Ante este fracaso, se integró una nueva comisión, quienes redactaron un proyecto de Código Penal que el presidente Pascual Ortiz Rubio hizo ley mediante decreto del 13 de agosto de 1931.

Muchas Entidades han adoptado el ordenamiento del 31, en forma íntegra unas veces y con modificaciones otras. La capital de la República adoptó con el nombre completo de Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común. En diciembre de 1998 el Congreso de la Unión asumió como Federal el mismo texto y le cambió el nombre a Código Penal Federal, quedándose el Distrito Federal con el anterior.

El 8 de febrero de 1999 se publicaron en el Diario Oficial nuevas reformas al Código Penal del Distrito Federal y del Federal.

2.3. Aspectos Generales

2.3.1. Tipo de Delitos. (Art. 7)

El artículo 7 del Código Penal para el Distrito Federal, define al delito como el acto u omisión que sancionan las leyes penales; sin embargo, en su segundo párrafo incluye como forma de conducta la comisión por omisión.

En sí, es el comportamiento humano positivo o negativo encaminado a un fin determinado

⁶⁶ Jiménez de Asúa. Luis, p. 124

En efecto, el numeral en cita establece como forma conducta:

Acción, conceptuada como el movimiento corporal voluntario.

Omisión simple, es la violación de un deber de cuidado o asistencia.

Comisión por omisión, referida en el segundo párrafo del precepto mencionado, es la omisión de impedir el resultado cuando se tiene el deber jurídico de evitarlo.

El delito, puede ser en cuanto a su consumación:

Instantáneo.- Cuando la consumación se agota en el mismo momento que realizan todos sus elementos.

Permanente o continuo.- En el supuesto que la consumación se prolonga en el tiempo.

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

2.3.2. Dolo y Culpa. (Art. 9).

El dolo y la culpa forman la culpabilidad. De acuerdo al artículo 9 del Código Penal para el Distrito Federal, el dolo se actualiza cuando el sujeto activo conoce los elementos del tipo penal o prevé el resultado típico y quiere o acepta la realización del hecho descrito en la ley.

El dolo opera cuando el sujeto activo se ha representado en su mente la conducta que va a realizar y el resultado de esa conducta y decide en su acto la voluntad de llevar a cabo lo que en su mente

representa. La conducta dolosa es intencional y voluntaria. Es voluntad del sujeto activo realizar la conducta antijurídica.

Los elementos del dolo: moral, ético o cognoscitivo (es el conocimiento de la antijuridicidad según las formas del tipo) y el volitivo o psicológico (es la libre aceptación de la realización de la acción antijurídicamente típica de la voluntad de decisión de realizar la conducta)

Formas de dolo: directo (el resultado corresponde al que hubiera previsto el sujeto activo), indirecto o necesario (se presenta cuando el sujeto se representa un fin, pero prevé y acepta la realización necesaria de otros actos delictivos), indeterminado es la voluntad genérica de delinquir sin fijarse un resultado delictivo concreto), eventual (el sujeto se propone un resultado delictivo pero no prevé la posibilidad de que surjan otros tipos no deseados pero que aceptan en el supuesto que ocurran) y específico o calificado (se designan los delitos que determinada intención vendría a sumarse a las exigencias generales del dolo de ese delito).

Según la legislación local, la culpa, implica la realización de un resultado típico, que no previó siendo previsible o lo previó confiando en que no se presentaría, como consecuencia a una violación de un deber de cuidado, que debía o podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

En efecto, la culpa o imprudencia se actualiza cuando el activo no desea realizar una conducta que lleve un resultado delictivo, pero por un actuar imprudente, negligente carente de atención, cuidados y reflexión, verifica una conducta que produce un resultado previsible o no intencional.

Elementos de la culpa, una conducta positiva o negativa, ausencia de cuidado o precauciones exigidas por la ley, resultado típico previsible evitable y no deseado y una relación causal entre la conducta y el resultado.

Especies de culpa, consciente con representación (existe cuando el sujeto activo prevé la posibilidad de un resultado ilícito, con la esperanza de que no se presente) o inconsciente sin representación (la conducta en sí es contraria al cuidado pero totalmente al margen de la previsión de que el desarrollo de ella puede provocar el resultado consignado en el tipo).

2.3.3. Tentativa. (Art. 12).

Doctrinalmente considerada como el camino del crimen, es decir, el proceso intelectual por el cual comienza la ideación, deliberación y resolución de la comisión del delito, elementos de la tentativa inacabada, la acabada compuesta por la resolución manifestada en la comisión del delito, preparación y ejecución del delito, siempre y cuando éste no tenga verificativo por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo.

Elementos.- Intención de cometer un delito determinado (por lo que en los delitos culposos no hay tentativa), que exista un principio de ejecución del delito, que la ejecución se interrumpa por causas ajenas a la voluntad el agente (tentativa acabada) ya que cuando la ejecución se interrumpe por voluntad del agente se está frente a un desistimiento (tentativa inacabada).

En el Distrito Federal es punible únicamente la tentativa acabada, concebida como la resolución exteriorizada de la conducta, esto es, realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado o bien omitiendo los que deberían evitarlo, siempre y cuando el resultado no se actualice por causas ajenas a la voluntad del agente.

2.3.4. Autoría y Participación. (Art. 13)

Autoría.- Es autor del delito el que lo ejecuta realizando los elementos que integran su figura ideal.

Participación.- Es la intervención en un hecho ajeno, presupone la existencia el autor de un hecho principal al cual se accede.

La legislación del Distrito Federal, previene como formas de autoría las consignadas en el artículo 13 del Código Penal, a saber:

- I.- Los que acuerden o preparen su realización; (complicidad)
- II.- Los que lo realicen por sí; (autor material)
- III.- Los que lo realicen conjuntamente; (coautoría)
- IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro; (autor mediato)
- V.- Los que determinen a otro dolosamente a cometerlo; (autor intelectual)
- VIII.- Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo. (complicidad correspondiente).

La forma de participación se encuentra referida en las fracciones:

- VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión, y;

VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento a una promesa anterior al delito.

2.3.5.Causas de Exclusión. (Art. 15).

Son las circunstancias o condiciones que exceptúan la actualización del delito y se encuentran consignadas en el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, consistentes en:

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

II.- Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito que se trate;(atipicidad)

III.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre y cuando:

a).- El bien jurídico sea disponible;

b).- El titular tenga capacidad jurídica para disponer del bien;

c).- No medie vicio del consentimiento. (consentimiento del ofendido o facultado para otorgarlo).

IV.- Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad y racionalidad en la defensa respecto a la amenaza y no medie provocación . (Legítima defensa)

V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro real, actual o inminente , lesionando otro bien de menor o igual valor, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tenga el deber jurídico de afrontarlo. (estado de necesidad).

VI.- La acción u omisión se realice en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada y esta no se realice con el sólo

propósito de perjudicar a otro. (cumplimiento de un deber jurídico y ejercicio de un derecho);

VII.- Al realizar la conducta el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiera provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responde del resultado típico. (trastorno mental transitorio).

VIII.- Se realice la acción u omisión bajo un error invencible, en cuanto:

a).- Alguno de los elementos esenciales del tipo;

b).- Respecto de la ilicitud de la conducta, por desconocimiento de la ley o su alcance o porque crea que está justificada su conducta.

IX.- Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; (no exigibilidad de otra conducta).

X.- El resultado típico se produce por caso fortuito.

2.3.6. Concurso. (Art. 18 y 19).

Puede ser:

Ideal, consistente en que con una sola conducta se cometan varios delitos.

Real o material, cuando con varias conductas se cometen varios delitos.

La legislación local precisa que no existe concurso de delitos cuando las conductas constituyan un delito continuado.

CAPITULO III

LA AVERIGUACION PREVIA

3.1 Ministerio Público

3.1.1 El Titular de la Averiguación Previa

De acuerdo al Artículo 21 Constitucional, el Ministerio Público es el titular de la acción penal y por ello de la averiguación previa. Esta disposición constitucional también se secunda en el Artículo 3º. del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y en los Artículos 1º, 2º, y 3º de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Es importante indicar que el Ministerio Público se plasma en la dependencia denominada Procuraduría General de Justicia y constituye una unidad indivisible, es decir, que actúa a nombre y representación de la institución. Sin embargo, existe toda una estructura la cual en sus diferentes áreas o direcciones señalan a un responsable y éste será el titular en cuanto al responsable directo de la Averiguación Previa en que actúa y da fe.

3.1.2 La Función Investigadora del Ministerio Público

Las atribuciones que le concede el Artículo 21 Constitucional al Ministerio Público son investigar y perseguir delitos, mediante dos momentos procedimentales: el preprocesal y el procesal. El primero abarca la averiguación previa, constituida por la actividad investigadora del Ministerio Público, tendiente a decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal.

De esta forma, el Artículo 21 Constitucional otorga al Ministerio Público, por una parte, la función investigadora auxiliado por la Policía Judicial y, por otra, es una garantía para los individuos, pues la investigación se inicia a partir del momento en que el Ministerio Público tiene conocimiento de un posible acto delictivo, a través de una denuncia, o una querrela.

Osorio Nieto señala que la función investigadora del Ministerio Público debe iniciar partiendo de un hecho que razonablemente puede presumirse delictivo, pues de no ser así, sustentaría la averiguación previa en una base endeble, frágil, que podría tener graves consecuencias en el ámbito de las garantías individuales jurídicamente tuteladas.⁶⁷

El autor concluye que la función investigadora del Ministerio Público tiene como finalidad decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal⁶⁸.

De esta forma, las funciones del Ministerio Público se pueden enumerar de la siguiente manera:

- a) Actividad de cumplimiento de los requisitos de procedibilidad.
- b) Actividades públicas de averiguación previa.
- c) Actividad consignatoria.
- d) Actividades judiciales complementarias de la averiguación previa.
- e) Actividades preprocesales.
- f) Actividad procesal.

⁶⁷ Osorio Nieto, César Augusto, *La Averiguación Previa*, Novena Edición, Edit. Porrúa, p.3.

g) Actividad de vigilancia en la fase ejecutiva.

3.1.3 Bases Legales de la Función Investigadora

Las bases legales de la función investigadora del Ministerio Público se fundamenta, principalmente en los artículos 14, 16, 19 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El artículo 14 indica "que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho".⁶⁹

Mientras que el artículo 16 resalta que una persona no podrá ser molestado sin mandamiento escrito de la autoridad competente, como tampoco podrá liberarse orden de aprehensión sin que proceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito.⁷⁰

Por su lado, el artículo 19 indica que ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán el delito que se impute al acusado el lugar, tiempo y circunstancia de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa.⁷¹

⁶⁸ *Ibidem*, p. 4

⁶⁹ *Agenda Penal del Distrito Federal*, Ediciones Fiscales, 2000, México, p. 3

⁷⁰ *Agenda Presidencial del Distrito Federal*, op. cit., p. 5

⁷¹ *Agenda Presidencial del Distrito Federal*, op. cit., p. 5

Finalmente, el artículo 21 constitucional establece que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial; en tanto que la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público.⁷²

También en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal se encuentran bases legales para la función investigadora del Ministerio Público, en sus artículos 2º, 3º fracción I, 94 al 131, 262 al 286 bis. En términos generales, se determina que al Ministerio Público corresponde el ejercicio exclusivo de la acción penal, la cual tiene por objetivo pedir la aplicación de las sanciones establecidas en las leyes penales, así como solicitar la liberación de los procesados y la reparación del daño.

El Código Penal para el Distrito Federal, en sus artículos 1º, 6º, 7º, 8º, 9º, 60, 61, 62, 63 91, 92, 93, 100, 101, 102, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 199 bis, 263, 274, 276, 369, 365 Bis y 399 Bis, también se plantean elementos de la bases legales del Ministerio Público. Igualmente, se encuentran presentes estas bases en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, artículos 2º, fracción I, 3º, y 18, párrafo segundo. Asimismo, en el Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, artículos 14, fracciones I, II, IV, VIII, IX, X, XI, XII, XIV, y XVI; fracción VI; 17, fracciones I, II, IV, IX, X, XI, XII y XIV; 18, fracciones I y II; 19, fracciones I y III; 20, fracciones VIII y IX; 26, fracciones VII, VIII y IX.

3.1.4 El Ofendido como Coadyuvante en la Averiguación Previa.

El ofendido es la persona en quien recae la titularidad del Derecho de participar dentro del procedimiento penal en defensa de sus intereses.

⁷² *Agenda Presidencial del Distrito Federal, op. cit., p. 5.*

que han sido transgredido por la conducta delictual. El Artículo 20 Constitucional contempla como garantía la coadyuvancia, que ofrece la posibilidad que una persona coadyuvante pueda reunir mayores elementos en la integración de la Averiguación Previa.

3.1.5 Garantías Constitucionales y Derechos de la víctima u ofendido. Durante la Averiguación Previa.

La función de las garantías constitucionales es la de establecer el mínimo de derechos que debe disfrutar la persona humana y las condiciones y medios para asegurar su respeto y pacífico goce. Para Osorio Nieto es un instrumento que limita a las autoridades para asegurar los principios de convivencia social y la constitucionalidad y en su caso legalidad de las leyes y de los actos de autoridad.⁷³

Las principales garantías para víctimas u ofendidos por algún hecho considerado como delito están contenidas en los Artículos 17º. y 21 de Carta Magna, los cuales hacen referencia al acceso a una justicia pronta y expedita, al de coadyuvar con el Ministerio Público y a la atribución del Ministerio Público de investigar los delitos.

También en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal se encuentran este tipo de garantías, en donde se hace énfasis sobre el derecho que tiene el ofendido de poner a disposición del Ministerio Público todos los datos que conduzcan a establecer la culpabilidad del indiciado y a justificar, en su caso, la reparación del daño.

⁷³ Osorio y Nieto, Cesar Augusto, *La Averiguación Previa*, Novena Edición, Edit. Porrúa, p.35.

además de identificar al sujeto activo de la violación en la Cámara de Hessel.

Otras garantías que se mencionan en estas disposiciones constitucionales son: atención médica y psíquica; la garantía de la reparación del daño y que la denuncia o querrela sea recibida por el Ministerio Público en forma verbal o escrita.

En tanto, que la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal incluye como derechos a favor de la víctima u ofendido las correlativas facultades del Ministerio Público a perseguir los delitos, recibir denuncias, acusaciones o querellas, investigar los delitos, practicar las diligencias y allegarse de pruebas para comprobar los elementos del tipo de las probable responsabilidad, además de la detención o retención de los presuntos responsables, preservar las huellas y solicitar órdenes de cateo, de arraigo, entre otras medidas precautorias.

3.2.1. Concepto de Averiguación Previa.

El vocablo averiguación se entiende como una acción y efecto de averiguar del latín *verificare*, de *verum*, verdadero, y *facere*, hacer, indagar la verdad hasta conseguir descubrirla.

Osorio y Nieto define la Averiguación Previa como "la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, los

elementos del tipo penal (cuerpo del delito) y la probable responsabilidad y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal⁷⁴.

3.2.2. Inicio de la Averiguación Previa.

La fase de la averiguación previa da inicio con la denuncia o querrela, en la que se deben incluir datos como la fiscalía en la que está radicada, número de la Agencia Investigadora, fecha y hora correspondientes, así como el nombre del funcionario que ordena la integración del acta, responsable del turno y la clave de la averiguación previa

3.2.3. Requisitos de Procedibilidad.

Los requisitos de procedibilidad se sintetizan como las condiciones legales que deben cumplirse para iniciar una averiguación previa y, en su caso, ejercitar la acción penal contra el responsable de una conducta típica. El Artículo 16 constitucional identifica como requisitos de procedibilidad la denuncia y la querrela, al señalar que "no podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia 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 cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado".

Para mejor entendimiento de los dos requisitos de procedibilidad señalados en el Artículo 16 constitucional, explicaremos en qué consisten estos conceptos.

⁷⁴ Osorio y Nieto, César Augusto. *op. cit.* p. 4.

DENUNCIA. Es la comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público de la comisión de un delito, el cual se encuentra constreñido a investigarlo aún de oficio.

QUERRELLA. Puede definirse como la manifestación de voluntad, de ejercicio potestativo, la cual es formulada por el sujeto pasivo o el ofendido, con el propósito de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio para que se inicie e integre la averiguación previa correspondiente y, en su caso, se ejercite la acción Penal.

3.2.4. Flagrancia, Flagrancia Equiparada y Caso Urgente.

FLAGRANCIA. Se da cuando la persona es sorprendida en el momento de estar cometiendo el delito y también cuando "después de ejecutado el acto delictuoso, el inculpado es materialmente perseguido"⁷⁵.

Conviene aclarar que cuando existe flagrancia, existe el deber de detener al probable responsable por cualquier persona, sea particular o por agentes de la policía, pero con la obligación de ponerlo de inmediato, a disposición de la autoridad competente.

FLAGRANCIA EQUIPARADA. Existe cuando la persona es señalada como probable responsable por la víctima o algún testigo de los hechos o en su caso quien hubiere participado con el presunto responsable en la comisión del delito o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir su participación en el delito siempre y

⁷⁵ *Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Artículo 267.*

cuando se trate de un delito grave así calificado por la ley y no haya transcurrido un plazo de 72 horas y desde el momento de la comisión de los hechos delictivos se hubiere iniciado la averiguación previa y no se hubiese interrumpido la persecución del delito.

CASO URGENTE. Esta situación se presenta en las siguientes variables:

- ◆ Se trate de un delito grave así calificado por la Ley, como homicidio por culpa grave, terrorismo, sabotaje, evasión de presos, ataques a las vías de comunicación, corrupción de menores, entre otros
- ◆ Exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia al tratar de abandonar el ámbito territorial de jurisdicción de la autoridad que estuviera conociendo del hecho.
- ◆ Que el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la Autoridad Judicial por razón de la hora, lugar y otras circunstancias, fundando y motivando su proceder.

3. 3. El Cuerpo del Delito y de la Probable Responsabilidad.

3.3.1. Concepto del Cuerpo del Delito.

Es el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la Ley Penal. Sin ello no habrá posibilidad ninguna de dictar un auto de formal prisión, o en su caso, una sentencia en donde se declare a una persona culpable y se le imponga alguna pena.

Es importante señalar que debido a las reformas a diversos Artículos de la Carta Magna se cambió el término "cuerpo del delito" por

“elementos del tipo penal”, razón por lo que en los Códigos de Procedimientos Penales se hace referencia sólo a esto último.

Colín Sánchez critica esta reforma, pues “con semejante innovación se rompió bruscamente con una tradición jurídica que desde siempre ha estado justificada, porque el concepto cuerpo de delito alude a una conducta o hecho típico, antijurídico y culpable y como se advierte, para hacer referencia a los elementos del tipo se requiere de un presupuesto: la conducta y para que ésta tenga trascendencia debe ser además de típica, antijurídica y culpable, dado el caso”⁷⁶.

Es el propio Colín Sánchez que, desde su punto de vista, define al delito como una “conducta típica, antijurídica y culpable; la punibilidad es una consecuencia y, por lo tanto, no forma parte de él”. De ahí que considere que existe “cuerpo del delito cuando hay tipicidad de la conducta o hecho, de acuerdo con el contenido de cada tipo, de tal manera que el cuerpo del delito corresponderá, atendiendo a la situación concreta de: a) objetivo; b) objetivo y normativo; c) objetivo, normativo y subjetivo, y d) objetivo y subjetivo”⁷⁷. Nuestra Carta Magna ha regresado al concepto del cuerpo del delito.

3.3.4. Comentarios al Artículo 122.

Tal como se ha mencionado, la Averiguación Previa es la búsqueda de la verdad a través de una dinámica de investigación la cual debe llevar un orden que regule la misma, de tal suerte que el Artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, es imperativo en la fase de investigación para el Ministerio Público señalando la manera

⁷⁶ Colín Sánchez, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. Edit. Porrúa, p. 374.

⁷⁷ Colín Sánchez, Guillermo. *op. cit.*, pp. 377-379

en que deberá de acreditar el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal.

El mencionado numeral conduce a la autoridad judicial a una metodología que deberá de llevar al momento de examinar los requisitos con que fue acreditado el cuerpo del delito; sin embargo, cada tipo penal indica en su conjunto los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho. Si no se observan tales reglas de acreditación, quedarán impunes las conductas de los presuntos responsables.

3.3.3. Concepto de Probable Responsabilidad.

Existe probable responsabilidad (o presunta) cuando haya elementos suficientes para suponer que una persona pudo haber tomado parte, de alguna manera en la concepción, preparación o ejecución de un acto típico, antijurídico y culpable.

La determinación de la probable responsabilidad del procesado corresponde, fundamentalmente, al juez; sin embargo, también concierne al agente del Ministerio Público

3.3.4. Comentarios al Artículo 124.

Tanto el Artículo 122 como este correlativo tienen entrelazada una correspondencia de apreciación jurídica, pues en ambos casos tenemos cuerpo del delito y probable responsabilidad y esto es de entenderse puesto que la conducta prohibida por la ley se encuentra en el mundo fáctico materializándose por una acción u omisión, de tal suerte que tenemos las conductas dolosas y culposas, las cuales ejecuta el sujeto

activo, de tal manera que su actuar es diverso, mas hoy en día que la tecnología se ha desbordado, sin embargo el Ministerio Público o el Juez en su caso, tienen la más amplias discrecionalidad para el esclarecimiento de la verdad histórica y por hecho pueden emplear los medios legales que estimen pertinentes.

3.4 Diligencias básicas de la averiguación previa

3.4.1. Generalidades

El Diccionario de la Lengua Española define el término de diligencia como "el acta en que se consignan las actuaciones judiciales".

El agente del Ministerio Público, al tomar conocimiento de los hechos manifestados en la denuncia o la querrela, se encuentra a primera vista ante la imposibilidad de determinar si se actualizan las notas distintivas del ilícito y también ante el problema de saber quién es el autor o si aquel a quien se hace la imputación es en realidad el ejecutor del delito.

Para determinar lo anterior procede la averiguación previa, durante la cual se agruparán los elementos legales que justifiquen, en su caso, el ejercicio de la acción penal.

3.4.2 Diligencias básicas de la averiguación previa con detenido.

Las diligencias básicas que se desarrollan en la averiguación previa con detenido es el inicio de un acta que se caracteriza por ponerla a disposición del indiciado o probable responsable de un delito. En el acta

se incluyen datos como delegación, declaración del policía remitente, responsable del turno, síntesis de los hechos, declaraciones del denunciante o querellante, así como inspección ministerial.

3.4.3 Diligencias básicas de la averiguación previa sin detenido.

Se realiza el mismo proceso del acta, pero sin ponerla a disposición del indiciado. Se podrá consignar sin detenido. Se solicita búsqueda, localización y presentación del probable responsable del ilícito para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad. El acta podrá concluir con la determinación o no del ejercicio de la acción penal.

3.4.4 Diligencias de solicitud a la autoridad judicial de cateo.

Los cateos pueden efectuarse sobre personas, documentos, inmuebles, etc.; en lugares cerrados o abiertos. El cateo en una casa-habitación sin orden judicial representa una violación de garantía constitucional. También es ilegal realizar cateos y arrestos por simple sospecha y sin orden de autoridad judicial. Una orden de cateo sólo puede ser presentada por la persona autorizada para hacer la búsqueda o el registro. Esta persona puede ser ayudada por otras, pero necesariamente deber estar presente durante la diligencia.

3.4.5 Diligencias de solicitud a la autoridad judicial de arraigo.

El arraigo es un mandato judicial mediante el cual una persona, contra quién se dicte, deberá estar a disposición de la autoridad en un lugar determinado sin salir del mismo. Será por 60 días. Su fundamento lo encontramos en el Artículo 270 del Código de Procedimientos Penales

del Distrito Federal, que a la letra señala: "Cuando por motivo de una averiguación previa el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales de aquel, recurrirá al órgano jurisdiccional, fundando y motivando su petición, para que éste, oyendo al indiciado resuelva el arraigo con vigilancia de la autoridad que ejercerán el Ministerio Público y sus auxiliares. El arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, pero no excederá de 30 días, prolongables por otros treinta días a solicitud del Ministerio Público".

3.5 Determinaciones

3.5.1. Ejercicio de la acción penal

Es el acto procedimental, a través del cual, de la valoración de todo lo actuado en la indagatoria, el agente del Ministerio Público concluirá que están satisfechos los requisitos señalados en el Artículo 16 constitucional para ejercitar la acción penal y consignará el expediente al juez penal competente.

3.5.2. Ejercicio de la acción penal con y sin detenido

La determinación será diferente cuando haya o no persona detenida. Si existe detenido, con las diligencias será remitido a disposición del juez penal. Si no hay detenido, únicamente se remitirán las diligencias con la petición al juez penal de que éste gire la orden de comparecencia o presentación, o en su caso, la orden de aprehensión.

3.5.3 No ejercicio de la acción penal.

De acuerdo a Colín Sánchez, el no ejercicio de la acción penal "es un acto unilateral con el que el agente investigador del Ministerio Público, en su carácter de representante del Estado, determina que por no estar satisfechos los requisitos exigidos en el Artículo 16 Constitucional no hay lugar al ejercicio de la acción penal".⁷⁸

3.5.4. Incompetencia por territorio, por materia y monto.

Las averiguaciones previas en las que se presenten hechos acontecidos en algún Estado de la Federación serán remitidos a la unidad administrativa competente para que ésta la envíe, a su vez, a la entidad correspondiente.

Es en el Artículo 28 del Acuerdo A/003/99 donde se establece la incompetencia por territorio; asimismo, define la materia según la asignación a la fiscalía para llevar a cabo averiguaciones previas, referentes al tipo de delito cometido y se señala un monto con relación a la cuantía pecuniaria.

3.5.5. Consignación, elementos de forma y fondo del pliego de consignación.

Varios autores coinciden en definir a la consignación como el acto procesal mediante el cual el Estado, por conducto del Ministerio Público, ejercita la acción penal.

⁷⁸ Colín Sánchez, Guillermo, *op. cit.* p. 347.

En el Artículo 286 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se señala que "cuando aparezca de la averiguación previa que existe denuncia o querrela, que se han reunido de los requisitos previos que en su caso exija la ley y que se ha acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, el Ministerio Público ejercerá la acción penal ante el órgano jurisdiccional que corresponda".

Este mismo ordenamiento indica que en el pliego de consignación el Ministerio Público hará expreso señalamiento de los datos reunidos durante la averiguación previa que, a su juicio, puedan ser considerados para los efectos previstos en el Artículo 20, fracción I, de la Constitución, y en los preceptos de este código referentes a la libertad provisional bajo caución, tanto por lo que toca a la determinación del tipo penal, incluyendo sus modalidades, como por lo que respecta a los elementos que deban tomarse en cuenta para fijar el monto de la garantía.

Para que proceda la consignación es indispensable que en la averiguación previa se hayan practicado todas y cada una de las diligencias necesarias para integrar los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

En cuanto a formalidades especiales, la ley procedimental no exige ninguna, por tanto, los únicos requisitos que deberán preceder a la consignación, son los establecidos en el Artículo 16 Constitucional.

CAPITULO IV

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

4.1. Garantías Constitucionales del Proceso Penal.

4.1.1. Artículos 13 al 21 Constitucionales.

Artículo 13. Tiene como fundamento el principio de la igualdad de las personas ante la ley, al expresar que "nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales".

Cabe hacer mención que la Suprema Corte ha considerado que esta frase "se refiere a que las personas no pueden ser sentenciadas en aplicación de una ley que no sea de observancia general y, por tanto, para que se viole esta garantía constitucional es preciso que se aplique o trate de aplicarse una disposición que sólo se refiera a determinada persona especialmente".⁷⁹

Artículo 14. En esencia, este ordenamiento contempla tres preceptos: la prohibición de retroactividad, el derecho o garantía de audiencia y la estricta aplicación de la ley a las resoluciones judiciales.

Artículo 15. Manifiesta que "no se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano".

⁷⁹ *Semanario Judicial de la Federación*, 5ª. Ed. T. LXVI, Vol. 1, p. 44

La prohibición que abarca a cualquier tratado o convenios internacionales –de carácter penal o extrapenal—se asocia con el artículo 1 constitucional, que manifiesta que en nuestro país todos gozarán de las garantías otorgadas por la Carta Magna, “las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”.

De ello se desprende que sólo es legítima la afectación negativa de derechos públicos subjetivos cuando para este fin se resuelva la llamada suspensión de garantías, en la hipótesis y bajo las formas previstas en el artículo 29 constitucional.

Artículo 16. Esta disposición consagra la garantía de libertad personal, a la letra dice: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal de procedimiento. No podrá liberarse orden de aprehensión sino por autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito...”.

Es fundamental que la orden de aprehensión, aún cuando sea dictada por órgano jurisdiccional, no sea librada en forma caprichosa o arbitraria. Debe reunir los siguientes requisitos: a) que proceda denuncia o querrela; b) que sea de un hecho determinado que la ley señale como delito; c) que existan datos que acrediten el cuerpo del delito, y d) que el Ministerio Público lo solicite.

Artículo 17. Fundamentalmente, ese artículo hace referencia a la garantía de legalidad de los actos de autoridad. Asimismo, contempla las

condiciones específicas para determinados actos de autoridad como: las órdenes judiciales de aprehensión y de cateo, la orden ministerial de detención y la visita domiciliaria.

Artículo 18. Se refiere, principalmente, a la finalidad de las penas y a los medios para alcanzarlas. Alude a la prisión, tanto preventiva como punitiva. Fija los lineamientos generales de los infractores menores. Finalmente, determina casos de ejecución extraterritorial de sentencias condenatorias, en aras del principio de readaptación social de los delincuentes.

Artículo 19. Este mandamiento se refiere a la garantía de auto de formal prisión, al señalar que "ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán el delito que se le impute al acusado, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado".

Es obligación del órgano jurisdiccional y una garantía para el inculpado el hecho de que se resuelva su situación jurídica dentro de las 72 horas siguientes a partir de que fue puesto a disposición del juez de la causa y, por lo tanto, podrá justificar su detención únicamente con auto de formal prisión y de no cumplir con esta resolución, se le concederá un plazo de tres horas más, y de no cumplir en esta ampliación el inculpado será puesto en libertad por las autoridades carcelarias.

Artículo 20. En este precepto se establece la garantía de libertad bajo caución, al expresar que “inmediatamente que el inculpado lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio”.

Artículo 21. Este precepto establece la garantía en relación a “las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio de la acción penal y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley”.

Con esta disposición constitucional se establece una garantía que abarca doble posibilidad para la víctima: la de impugnar ante órgano jurisdiccional el no ejercicio de la acción penal o el desistimiento de la acción penal por el Ministerio Público.

4.2. Auto de Radicación

El artículo 286 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (CPPDF) establece que cuando de la averiguación previa existe denuncia o querrela que se han reunido los requisitos previos que en su caso exija la ley y que se han acreditado los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, el Ministerio Público ejercerá la acción penal ante el órgano jurisdiccional que corresponda.

El auto de radicación contiene los siguientes requisitos: fecha y hora en que se recibió la consignación, la orden para que se registre en el libro de gobierno y se den los avisos correspondientes tanto al superior como al Ministerio Público adscrito a fin de que se intervenga conforme a su

atribución y al código de procedimientos penales, si hay detenido; cuando no lo hay, deberá ordenar al juez que se hagan constar sólo los datos primeramente citados para que, previo estudio, determine dar la orden de aprehensión o negarla.

4.3. Declaración Preparatoria y Nombramiento de Defensor (Artículos 287 a 296 bis).

Aún cuando algunos especialistas en el tema le llamen "indagatoria", el término más usual es el de declaración preparatoria. Para Colín Sánchez es el acto procesal en el que comparece el procesado ante el juez para que le haga saber la conducta o hecho antijurídico y culpable por el que el agente del Ministerio Público ejercitó la acción penal en su contra, para que bajo ese supuesto, manifieste lo que a sus intereses convenga y defienda, y el juez resuelva la situación jurídica planteada antes de que venza el término de setenta y dos horas.⁸⁰

González Bustamante, por su parte, afirma que la declaración preparatoria tiene por finalidad informar al inculcado sobre el procedimiento judicial instaurado en su contra para que conteste los cargos. Aclara que no es un medio de investigación del delito ni tiende a procurar la confesión del inculcado sobre los hechos que se le atribuyen, porque entonces se confunde con la declaración indagatoria o declaración con cargo, en que se imponía al juez la obligación de

⁸⁰ Colín Sánchez. *op. cit.* p. 368

formular preguntas, cargos y reconveniciones sobre la participación que el inculcado hubiere tenido en el delito.⁸¹

La declaración preparatoria debe practicarse dentro de las 48 horas contadas a partir de que el indiciado ha quedado a disposición de la autoridad judicial encargada de practicar la instrucción. Esta se rendirá en forma oral o escrita en presencia de su defensor para la asistencia jurídica que necesite. Si se diera el caso de varios los inculcados por los mismos hechos, se les tomará declaración por separado en una sola audiencia.

En ninguna circunstancia podrá la autoridad emplear la incomunicación, intimidación o tortura para lograr la declaración del indiciado o para otra finalidad. Si éste no hubiera solicitado su libertad bajo caución en averiguación previa, se le hará saber nuevamente de ese derecho en términos del artículo 20 fracción I de la Constitución y del 556 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal.

Se le hará de su conocimiento en qué consiste la denuncia, acusación o querrela, así como el nombre de sus acusadores, denunciantes o querellantes y de los testigos que declaren su contra. De la misma forma se le hará saber todas las garantías que le otorga el Artículo 20 Constitucional, que determina que se le recibirán todos los testigos y las pruebas que ofrezca, además que se serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y consten en el proceso.

⁸¹ González Bustamante, Juan José, *Principios de Derecho Procesal Mexicano*, IV, Edit. Porrúa, p. 226.

El artículo 293 del CPPDF prevé que las contestaciones del inculpado podrán ser redactadas por él mismo, pero si no fuere así, las redactará el juez: "con la mayor exactitud posible, sin omitir detalle alguno que pueda servir de cargo de descargo".

También en el CPPDF, artículo 295, se señala que "el juez interrogará al inculpado sobre su participación en los hechos imputados, y practicará careos entre el inculpado y los testigos que hayan declarado en su contra y estuvieren en el lugar del juicio, para que aquél y su defensor puedan hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa, mismo derecho que también corresponde al Ministerio Público...".

Reñida la declaración preparatoria, lo procedente es el desahogo de todas las pruebas aportadas por las "partes". Al vencerse el término constitucional de setenta y dos horas, el juez tendrá que resolver la situación jurídica del procesado.

4.4. Auto de Formal Prisión, de Sujeción a Proceso o de Libertad por Falta de Elementos para Procesar.

El auto de formal prisión es la resolución pronunciada por el órgano jurisdiccional competente para resolver la situación jurídica del inculpado al vencerse el término constitucional (artículo 297) de setenta y dos horas, por estar comprobados los elementos integrantes del tipo penal que merezcan pena corporal y los datos suficientes que hagan probable su responsabilidad, para así determinar el delito o delitos por los que ha de seguirse el proceso.⁸²

⁸² Quintana Valtierra, Jesús y Cabrera Morales, Alfonso. Manual de Procedimientos Penales. Edit. Trillas, p.57

Colín Sánchez explica que esta resolución judicial no se dictará cuando esté probada, a favor del procesado, una causa de exclusión del delito, porque incumbe al juez, inclusive, oficiosamente aplicarla.⁸³

Todo auto de formal prisión deberá reunir los siguientes requisitos:

1. Se dictará dentro del plazo de 72 horas, a partir de que el indiciado sea puesto a disposición de la autoridad judicial.
2. Que se haya tomado la declaración preparatoria al inculpado en los términos de ley, o bien conste en el expediente que se negó a emitirla.
3. Que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten el cuerpo del delito por el cual deba seguirse el proceso.
4. Que el delito sea sancionado con pena privativa de libertad.
5. Que no esté acreditada alguna causa de licitud.
6. Que de lo actuado aparezcan datos suficientes que hagan probable la responsabilidad del indiciado.
7. Los nombres y firmas del juez que dice la resolución y del secretario que autorice (artículos 297 a 301 del CPPDF).

El artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal manifiesta que son autores o partícipes del delito: los que acuerden o preparen su realización; los que lo realicen por sí; los que lo realicen conjuntamente, y los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro.

También están: los que determinen dolosamente a otro a cometerlo; los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión; los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito, y los que sin acuerdo

⁸³ Colín Sánchez, Guillermo, *op. cit.* p. 389.

previo intervengan con otros en su comisión cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

Auto de formal prisión con sujeción a proceso. Es la resolución dictada por el juez, para los delitos que se sancionan con pena no corporal o alternativa, en el que se determina el o los hechos por los que habrá de seguirse el proceso, previa comprobación del cuerpo del delito y de la presunta responsabilidad.

Auto de libertad por falta de elementos para procesar. Es la resolución dictada por el juez al vencerse el término de setenta y dos horas, por no estar acreditados los elementos del tipo penal ni la probable responsabilidad o habiéndose dado lo primero, no existe lo segundo y cuya consecuencia es la orden y para que el procesado sea restituido en el goce de su libertad.

4.4.1. Tipos de Procedimientos.

4.4.1.1. Procedimiento Sumario (Artículos 305 a 312).

Aún cuando Fix Zamudio indica que la ley distrital en cuanto al procedimiento sumario tiene su antecedente en una reforma a las leyes penal y procesal penal de Chihuahua en 1965.⁸⁴, siguió su propia trayectoria y muy diversa a la del estado norteño, y se regula en los artículos 10 y 305 a 312 del CPPDF.

De esta forma, el artículo 305 del CPPDF dispone: "Se seguirá procedimiento sumario cuando se trate de delito flagrante, exista confesión rendida ante el Ministerio Público o la autoridad judicial, o se

⁸⁴ Fix Zamudio, Héctor. *La Administración de Justicia*, p. 143

trate de delito no grave. Los procesos ante los jueces de paz en material penal, siempre serán sumarios”

Hernández López sintetiza al procedimiento sumario como el periodo de reconocimiento por el juzgado a través del cual se busca la pronta resolución a un conflicto. Aquella tramitación en la que los plazos para ofrecer y desahogar pruebas, presentar conclusiones y dictar sentencia son breves.⁸⁵

4.5. Procedimiento Ordinario (Artículo 313 y subsecuentes).

Es el propio Hernández López que define el procedimiento ordinario como aquella tramitación que se desenvuelve en términos más amplios, a fin de que el juzgador pueda conocer sobre la cuestión planteada con riqueza de pormenores y así estar en posibilidad de lograr una certeza absoluta.⁸⁶

4.6 Pruebas

El término deriva del latín *probo*. En sentido estricto, los tratadistas consideran que la prueba es la obtención del cercioramiento del juzgador acerca de los hechos discutidos y discutibles, cuyo esclarecimiento resulta necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso, siendo de esa manera la verificación o confirmaciones de hechos expresados por las partes.⁸⁷

⁸⁵ Hernández López, Aarón, *El Procedimiento Penal en el Fuero Común*, 3ª. Ed. Porrúa, México, 2000, pp. 134-135

⁸⁶ Hernández López, Aarón, *Op. Cit.*, p. 135

⁸⁷ De la Cruz Agüero, Leopoldo, *Procedimiento Penal Mexicano*, Porrúa, p. 195

Particularizando la definición de prueba, apuntaremos lo que dice al respecto Colín Sánchez: "Es el factor básico sobre el que gravita todo el procedimiento; de ésta dependerá el nacimiento del proceso, su desenvolvimiento y la realización de su último fin". De esta forma, el autor indica que en materia penal, prueba es todo medio factible de ser utilizado para el conocimiento de la verdad histórica y la personalidad del presunto delincuente, y bajo esa base definir la pretensión punitiva estatal.⁸⁸

4.6.1 Medios de Prueba

Para Franco Sodi, el medio de prueba es el acto o modo usado por la persona física referida para proporcionar el citado conocimiento. Conocer es individualizar un objeto de la conciencia, y el modo de conocerla es el medio de prueba.⁸⁹

Por su parte, Rivera Silva nos dice: "el medio de prueba es la prueba misma; es el modo o acto por el cual se llega al conocimiento verdadero de un objeto".⁹⁰

Mientras que Colín Sánchez define los medios de prueba como el vehículo para alcanzar un fin. Esto significa que, para su operancia, debe existir un funcionario que le imprima dinamismo, y así, a través de uno o más actos determinados se actualice el conocimiento.

Es importante mencionar la advertencia que sobre el tema hace Claria Olmedo: "No deben confundirse los elementos probatorios con los

⁸⁸ Colín Sánchez, Guillermo, *Op. cit.* pp. 405-407

⁸⁹ Franco Sodi, Carlos, *El Procedimiento Penal Mexicano*, 4ª. Ed. Porrúa, México, 1957, pp.222-224

⁹⁰ Rivera Silva, Manuel, *Derecho Penal*, Porrúa, México, 1984, p. 193

medios de prueba. Los primeros están en el objeto integrándolo en sus diversos aspectos y manifestaciones; los segundos son elaboraciones legales, aún cuando no taxativas, tendientes a proporcionar garantías y eficacia en el descubrimiento de la verdad dentro del proceso.⁹¹

El CPPDF reconoce, en su artículo 135, como medios de prueba: la confesión; los documentos públicos y privados; los dictámenes de peritos; la inspección ministerial y la judicial, las declaraciones de testigos y las presunciones.

También regula la reconstrucción de hechos, los cateos y visitas domiciliarias, la interpretación, la confrontación y el careo.

4.6.1.1 Confesión

El término proviene del latín *confeso*, que significa reconocer un hecho, por lo que se dice que esta prueba consiste en la declaración realizada por el inculpado, en la que acepta haber efectuado una determinada conducta o haber participado en la comisión de algún delito.⁹²

Para Rivera Silva, la confesión es "el reconocimiento que hace el reo de su propia culpabilidad".⁹³

En su artículo 136, el CPPDF señala: "La confesión es la declaración voluntaria hecha por persona no menor de 18 años; en pleno uso de sus facultades mentales, rendida ante el Ministerio Público, el juez

⁹¹ Claria Olmedo, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Argentina, Edial, 1960, p. 448.

⁹² *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Porrúa, México, 1949.

⁹³ Rivera Silva, Manuel. *Op. Cit.*, p.211

o tribunal de la causa, sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo material de la impugnación, emitidas con las formalidades señaladas por el artículo 20 fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Diario Oficial de la Federación del 3 de septiembre de 1993).

La confesión se clasifica en judicial y extrajudicial. La primera se rinde únicamente ante los órganos jurisdiccionales (artículo 207 del CPPDF). En tanto que la confesión extrajudicial se realiza ante cualquier órgano distinto del jurisdiccional (policía judicial, Ministerio Público, etc.).

La confesión es admisible en cualquier etapa del proceso, hasta antes de pronunciarse la sentencia definitiva (art. 137 del CPPDF). Esto significa que el individuo podrá declarar ante el agente del Ministerio Público, en la averiguación previa; o bien, ante el juez instructor, desde el momento en que comparece ante él, o en cualquiera de las etapas procedimentales posteriores.

Para el CPPDF (art. 249), la confesión debe reunir los siguientes requisitos:

- ◆ Que sea hecha por persona no menor de 18 años, en su contra, con pleno conocimiento, y sin coacción ni violencia física o moral.
- ◆ Que sea de hecho propio.
- ◆ Que sea hecha ante el Ministerio Público, juez o tribunal de la causa, asistido por su defensor o persona de su confianza y que esté el inculpado debidamente enterado del procedimiento.
- ◆ Que no vaya acompañada de otras pruebas o presunciones que la hagan inverosímil a juicio del ministerio público o del juez.

4.6.1.2 Inspección

En su sentido etimológico, inspección proviene del latín *inspectio-tionis*, que significa acción y efecto de inspeccionar y ésta a su vez equivale a examinar, reconocer una cosa con detenimiento.

En términos procesales, la inspección es un medio de prueba real y directo por el cual el juez observa o comprueba personalmente sobre la cosa, no sólo la existencia o realidad, sino alguna de sus características, condiciones o efectos de interés para la solución del asunto sometido a su decisión.⁹⁴

Para Colin Sánchez, la inspección "es un acto procedimental que tiene por objeto la observación, examen y descripción de: personas, lugares, objetos y efectos de la conducta o hecho posiblemente delictuoso, para así llegar al conocimiento de la realidad y el posible descubrimiento del autor".⁹⁵

Hernández Pliego la define como "la percepción, examen y descripción, directamente por parte de la autoridad, de personas, cosas, lugares, huellas y otros efectos materiales del delito, considerando que la ley procesal autoriza inspeccionar todo aquello que pueda ser apreciado por la autoridad que conozca del caso."⁹⁶

García Ramírez opina que por medio de la inspección el funcionario que practica diligencias, trátese del juzgador o del Ministerio Público en

⁹⁴ Barragán Salvatierra, Carlos. *Op. cit.* p. 418.

⁹⁵ Colin Sánchez, Guillermo. *Op. cit.* p. 511

⁹⁶ Hernández Pliego, Julio A.. *Programa de Derecho Procesal Penal*, Edit. Porrúa.México, 2000, p. 229-230

función autoritaria, verifica directamente ciertas circunstancias a través de sus propios sentidos, con objeto de advertir la realidad en relación con hechos controvertidos o conectados con la controversia.⁹⁷

En materia de fuero común, la inspección deberá practicarse conforme a lo dispuesto por los artículos 139 al 151 del CPPDF, debiendo ajustarse además a los requisitos previstos para las diligencias de la policía judicial referentes a los elementos del delito, huellas y objetos del mismo.

Para su desahogo, se fijará día, hora y lugar. Asimismo, se citará oportunamente a quienes hayan de concurrir, los que podrán hacer al funcionario que la practique, las observaciones que consideren pertinentes; estas observaciones deberán asentarse en el expediente si así lo consideran algunas de las partes.

De acuerdo al artículo 144 del CPPDF, la prueba de inspección podrá tener por objeto apreciar las declaraciones que se hayan rendido y los dictámenes periciales que se hayan formulado; se practicará dentro de la averiguación previa únicamente cuando el Ministerio Público que practique las diligencias lo estime necesario. También podrá practicarse durante la vista del proceso o la audiencia del jurado cuando el juez o el tribunal lo estimen necesario, aun cuando no se hayan practicado en la instrucción.

4.6.1.3 Pericial

Proviene de la voz latina *peritia*, que quiere decir sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o un arte.

⁹⁷ García Ramírez, Sergio, *Derecho Procesal Penal*, 1ª. Ed. Porrúa, México, 1974.

Ante la confusión de este término en la doctrina y en la legislación, Colín Sánchez⁹⁸, conceptualiza la prueba pericial, de la siguiente manera:

Perito. Es toda persona, a quien se atribuye capacidad técnico-científica, o práctica en una ciencia o arte.

Pericia. Es la capacidad técnico-científica, o práctica que sobre una ciencia o arte posee el sujeto llamado perito.

Peritación. Es el procedimiento empleado por el perito, para realizar sus fines.

Peritaje. Es la operación del especialista, traducida en puntos concretos, en inducciones, razones y operaciones emitidas, como generalmente se dice, de acuerdo con su "leal saber y entender", y en donde se llega a conclusiones concretas.

Para este autor, lo correcto es hablar de peritación, porque implica al perito, la pericia, la peritación y el peritaje. En ese sentido, detalla a la peritación como "el acto procedimental, en el que el técnico o especialista en un arte o ciencia (perito), previo examen de una persona, de una conducta o hecho, cosa, circunstancias, efectos, etc., emite un dictamen, conteniendo su parecer, basado en razonamientos técnicos sobre aquello en lo que se ha pedido su intervención".

Sin embargo, la mayoría de los autores la determinan como la prueba pericial. En ese sentido, Leopoldo de la Cruz estima que en el procedimiento penal debe entenderse como el estudio práctico o científico, utilizando métodos adecuados a la materia de que se trate,

⁹⁸ Colín Sánchez, Guillermo, *Op. cit.* pp.481-482.

mediante el conocimiento de la ciencia o sus disciplinas, la tecnología o el arte, con objeto de aportar datos precisos y concretos al conocimiento del órgano jurisdiccional respecto de cualquier duda que se presenta en el esclarecimiento de la verdad jurídica que se busca en el litigio de determinada causa criminal, desarrollada por profesionistas o peritos en la materia de que se trate, ajenos a los hechos, cuyas conclusiones deberán concretarse a su cometido sin aportar opiniones sobre culpabilidad o inculpabilidad del presunto responsable o autor de la comisión del hecho controvertido.⁹⁹

El perito proporciona los medios con los cuales es posible obtener e interpretar el acto buscado. Con la prueba pericial se ilustra al juzgador no sólo de los hechos por interpretar, sino de los medios interpretativos, suministrándole, con la peritación, la forma como él debe estimar los datos a través de la técnica usada.

El CPPDF (art. 174) ordena que los peritos practicarán todas las operaciones y experimentos que su ciencia o arte les sugiera y expresarán los hechos y circunstancias que sirvan de fundamento a su dictamen.

Una vez que el perito efectúe su juicio o apreciación sobre los puntos sometidos a su consideración, debe emitir un dictamen en donde haga constar un preámbulo, parte, expositiva, discusión y conclusión.

Jorge Alberto Silva indica que el estado actual del valor del dictamen pericial revela que éste es visto en ocasiones con menor calidad que el propio testimonio. Asegura que el descrédito no está en la

⁹⁹ De la Cruz Agüero, Leopoldo, *Op. cit.* p. 296

pericial misma, ni en los mecanismos que el perito emplea para llegar a la conclusión, sino en el descrédito y la falta de honorabilidad de los peritos, quienes por ser pagados por una u otra parte, falsean el dictamen pericial o realizan incorrectamente el procedimiento, a fin de llegar a los resultados queridos por el que paga¹⁰⁰.

Los peritos deberán contar con título oficial en la ciencia o arte de que se trate. El artículo 180 del CPPDF ofrece la posibilidad de que "si no hubiese peritos oficiales se nombrará de entre las personas que desempeñen el profesorado del ramo correspondiente en las escuelas nacionales, o bien, de entre los funcionarios o empleados de carácter técnico en establecimientos o corporaciones dependientes del gobierno".

Las partes tienen derecho de nombrar hasta dos peritos; el juzgado, los que estime convenientes. El valor probatorio de la prueba pericial será calificada, según las circunstancias, por el Ministerio Público, por el juez y por el tribunal (art. 254 del CPPDF).

4.6.1.4 Testimonial

El término proviene del latín *testano*, que significa declarar, referir o explicar; de ahí el concepto de testigo como la persona física que tiene conocimiento sobre los hechos controvertidos materia del proceso, que puede proporcionar datos sobre ellos y no es parte de éste.

Para Arilla Bas la prueba testimonial en el procedimiento penal es la más frecuente y falible. Requiere, dice, de: un órgano, un objeto y una

¹⁰⁰ Silva Silva, Jorge Alberto, *Derecho Procesal Penal*, 2ª. Ed. Colección Textos Jurídicos Universitarios, Oxford University Press México, 2000, p. 624.

forma En principio se examinarán separadamente a los testigos y sólo las partes podrán asistir a la diligencia, salvo los siguientes casos:

El órgano es el testigo; el objeto es la sensopercepción (olfativas, gustativas y táctiles) del testigo; y la forma es el testimonio, es decir, la expresión verbal del hecho percibido, recordado y evocado¹⁰¹.

El fundamento de la prueba testimonial se encuentra en los artículos 185 a 216 del CPPDF.

Para ser testigo, la ley no señala requisito específico alguno. El artículo 191 del CPPDF establece que "toda persona, cualquiera que sea su edad, sexo, condición social o antecedente, deberá ser examinada como testigo, siempre que pueda aportar algún dato para la averiguación del delito y el Ministerio Público y el juez estimen necesario su examen".

Los testigos se clasifican en:

- ◆ Testigos que se escogen antes de los hechos (*ante factum*)
- ◆ Testigos que son el hecho mismo (*in facto*)
- ◆ Testigos que se escogen después de los hechos (*pos factum*).

Asimismo, se determinan por: directos (cuando por sí mismos han tenido conocimiento de los hechos); indirectos (si el conocimiento proviene de información de terceros u otros medios; judiciales y extrajudiciales (conforme realicen sus declaraciones, fuera o dentro del proceso); y de cargo o de descargo (ya sean testigos que declaren en contra o a favor del inculpado).

¹⁰¹ Arilla Bas, Fernando, *El Procedimiento Penal en México*, 4ª. edic., Porrúa, México, 1999, pp. 145-146.

Para el desahogo de la prueba testimonial se sigue la mecánica que a continuación describimos:

1. En principio se examinarán separadamente a los testigos y sólo las partes podrán asistir a la diligencia, salvo los siguientes casos:
 - a) Si el testigo es ciego, el tribunal podrá designar a una persona que lo acompañe.
 - b) Cuando sea sordomudo.
 - c) Cuando ignore el idioma castellano.
1. Antes de que declaren, se les comunicarán a los testigos las penas en que incurren los que se conducen con falsedad o se niegan a declarar.
2. Una vez que el testigo rinda la protesta de decir verdad, mencionará su nombre, apellido, edad, nacionalidad, vecindad, domicilio, estado civil, ocupación o profesión.
3. La declaración que se rinda será de viva voz, sin permitir leer las respuestas que lleven escritas, salvo las notas o documentos que lleven consigo, a juicio de quien practique las diligencias y según la naturaleza de la causa.
4. Tanto la representación social como la defensa podrán interrogar a los testigos. El tribunal, en todo caso, tiene la facultad de desechar las preguntas que a su juicio considere capciosas o inconducentes.
5. Las declaraciones se redactarán con claridad, usando, hasta donde sea posible, las mismas palabras empleadas por los testigos.
6. Concluida la diligencia, se leerá al testigo su declaración o la leerá él mismo, para que la ratifique o corrija y posteriormente la firmará.

4.6.1.5 Confrontación

La palabra proviene de las voces latinas *cum*, cuyo significado es con y del vocablo *frons*, que significa frente; esto es: "poner a dos o más

personas frente para comparar sus personales y poder distinguir una de otra".¹⁰²

Colín Sánchez señala que es "un acto procesal para llevar a cabo la identificación de la persona a que alguien hace referencia en sus declaraciones, para así despejar dudas o impresiones".¹⁰³ Añade que la confrontación está impregnada de teatralidad, en la que el juez, a manera de espectador, percibe en forma directa e inmediata el suceso y el resultado.

Por su parte, Hernández Pliego ubica a la confrontación como una prueba auxiliar que permite la identificación, no sólo por su nombre, sino físicamente, de los participantes en el proceso penal, para descubrir si realmente se le conoce o no.¹⁰⁴

En los artículos 217 a 223 del CPPDF se establece la dinámica a seguir en la confrontación, en los que resaltan las siguientes consideraciones:

1. Que la persona que sea objeto de ella no se disfrace ni se desfigure, ni borre las huellas o señales que puedan servir al que tiene que desahogarla.
2. Que la persona confrontada esté acompañada de otros individuos vestidos con ropas semejantes y aun con las mismas señas que la del confrontado, si fuere posible.
3. Que los individuos que acompañen al confrontado sean de clase análoga, atendiendo a su educación, modales y circunstancias especiales.

¹⁰² *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Porrúa, México, 1949, p.260

¹⁰³ Colín Sánchez, Guillermo. *Op. cit.* p. 521

¹⁰⁴ Hernández Pliego, Julio A., *Op. cit.* p. 217

En la diligencia de confrontación se procederá colocando en una fila a la persona que deba ser confrontada y a los que hayan de acompañarlo. Luego de tomar al declarante la protesta de decir verdad y de interrogarlo sobre si persiste en su declaración anterior, si conocía a la persona a quien atribuye el hecho, se conducirá al declarante frente a las personas que formen la fila. Si afirma conocer a la persona de cuya confrontación se trata, se le permitirá reconocerla detenidamente y se le prevendrá que toque con la mano a la identificada.

4.6.1.6 Careos

El concepto de careo viene de la acción y efecto de carear y ésta, a su vez, de cara, de poner cara a cara a dos sujetos o más para discutir.

En el ámbito jurídico significa enfrentar a dos o varios individuos para descubrir la verdad de un hecho al comparar sus declaraciones. En términos procesales, es un medio de prueba autónomo que se utiliza para despejar las dudas por deposiciones discordes.¹⁰⁵

El artículo 226 del CPPDF especifica que el careo solamente se practicará entre dos personas y no concurrirán a la diligencia, sino los que deban ser careados, las partes y los intérpretes, si fueren necesarios. De acuerdo al artículo 227 de este mismo ordenamiento, nunca se deberá de hacer constar en una diligencia más de un careo. En tanto que en el artículo 228, se indica que los careos se practicarán dando lectura a las declaraciones de los careados, a fin de que entre sí reconvengan el resultado del careo, el cual se asentará en el expediente.

El careo puede clasificarse en:

- ◆ Constitucional, que está regulado por el Artículo 20 Constitucional, conforme al cual en todo proceso penal tendrá el inculpado la garantía de ser careado, en presencia del juez, con quienes declaren en su contra.
- ◆ Careo procesal, en el que no necesariamente habrá de participar el inculpado.
- ◆ Careo supletorio, tendrá lugar cuando por cualquier motivo no logre obtenerse la comparecencia de alguno de los careantes.

4.6.1.7 Documentales

Documento es una palabra que viene del latín *documentum docere*, que significa título o prueba escrita o también todo aquello que nos enseña, ilustra o comprueba algo.

Rivera Silva acota que documento es, desde el punto jurídico, “el objeto material mediante el cual por escritura o gráficamente, consta o se significa un hecho. Así, pues, no solamente será documento jurídico el objeto material en el que con la escritura se alude a un hecho, también lo será todo objeto con el que, con figuras o cualquier otra forma de impresión, se haga constar un hecho”.¹⁰⁶

Por su lado, Colín Sánchez asevera que en el procedimiento penal, “documento es todo objeto o instrumento en donde consta o se expresa de manera escrita, representativa o reproductiva, la voluntad de una o más personas, relatos, ideas, sentimientos, cuestiones plásticas, hechos,

¹⁰⁵ Barragán Salvatierra, Carlos, *Op. cit.* p. 403

¹⁰⁶ Rivera Silva, Manuel, *op. cit.* p. 225.

o cualquier otro aspecto cuya naturaleza sea factible de manifestarse en las formas señaladas".¹⁰⁷

4.6.2 Valor Jurídico de las Pruebas en el Proceso Penal

Jorge Alberto Silva expresa que la valoración o apreciación de la prueba es el proceso intelectual que consiste en una interpretación individual e integral de los resultados, que conduce a asignarles o rechazarles consecuencias jurídicas.¹⁰⁶

Quintana Valtierra y Cabrera Morales coinciden en que se denomina valoración de las pruebas a la operación mental que realiza el juzgador con el objeto de formarse una convicción sobre la eficacia de los medios de prueba representados en el proceso.¹⁰⁹

En tanto que Colín Sánchez califica el valor de las pruebas como el acto procedimental caracterizado por un análisis conjunto de todo lo aportado en la investigación (relacionando unos medios de prueba con otros), para así obtener un resultado, en cuanto a la conducta o hecho, certeza o duda, y a la personalidad del delincuente.¹¹⁰

Arilla Bas, por su parte, dice que el valor de la prueba es el grado de credibilidad que contiene para provocar la certeza en el ánimo del titular del órgano jurisdiccional. Este valor se forma siguiendo un criterio cualitativo o cuantitativo.¹¹¹

¹⁰⁷ Colín Sánchez, *op. cit.* p. 527.

¹⁰⁸ Silva Silva, Jorge Alberto, *Op. cit.* p. 556

¹⁰⁹ Quintana Valtierra, Jesús y Cabrera Morales, Alfonso, *Op Cit.* p.106

¹¹⁰ Colín Sánchez, Guillermo, *Op. cit.* p. 425

¹¹¹ Arilla Bas, Fernando, *Op. cit.* pp. 133.134

Tanto en la doctrina como en el derecho comparado se identifican cuatro sistemas de valoración de la prueba:

1. El sistema de la prueba legal. Se fundamenta en la necesidad de prevenir la arbitrariedad y la ignorancia del juez.
2. El sistema de prueba libre. Se justifica en la necesidad de adoptar la prueba a la infinita variabilidad de los hechos humanos.
3. El sistema mixto. Sujeta la valoración de unas pruebas a normas preestablecidas y deja otras a la crítica del juez.
4. El de la sana crítica. Sujeta la valoración de la prueba tanto a las reglas de la lógica como a la experiencia del juez.

4.7 Conclusiones

Son consideradas como actos preparatorios para la audiencia final o de vista. Gramaticalmente, viene de concluir, cuyo significado es terminar, acabar, llegar a un resultado.

Jurídicamente son actos de gran importancia dentro del proceso pues mediante las conclusiones el Ministerio Público —con base en los datos arrojados durante la averiguación previa y la instrucción—precisa su acusación o bien la inocencia del procesado. Asimismo, la defensa establece sus argumentos a favor del procesado.¹¹²

Hernández Pliego indica que las conclusiones constituyen un acto procesal por virtud del cual las partes, con vista de todo el material

¹¹² Quintana Valtierra Jesús y Cabrera Morales, Alfonso. *Manual de Procedimientos Penales*, 2ª ed. Trillas. México, 1998. p.105

probatorio existente en la causa, precisan frente al juez, su propia posición y pretensiones en el proceso.¹¹³

Las conclusiones del Ministerio Público, pueden ser de tres clases: acusatorias, inacusatorias y contrarias a las constancias procesales.

4.8 Sentencia

Proviene del *latin sententia* que quiere decir dictamen o parecer. También se afirma que viene del vocablo *sentiendo*, porque el juez, partiendo del proceso, declara lo que siente.

Diversos conceptos se han manejado para definir la sentencia penal: conceptos que van desde la doctrina clásica hasta la moderna. Para Carrara es todo dictamen dado por el juez acerca del delito a cuyo conocimiento ha sido llamado¹¹⁴. Cavallo la ubica como la decisión del órgano jurisdiccional que declara imperativamente, en las formas establecidas por la ley, el derecho sustantivo, para resolver el conflicto de derechos subjetivos que se agitan en la pretensión jurídica, deducida en el proceso y que agota definitivamente el fin de la jurisdicción en relación con la fase procesal en la cual se pronuncia¹¹⁵.

Colin Sánchez considera que la sentencia penal "es 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

¹¹³ Hernández Pliego, Julio A., *Op. cit.* p.246

¹¹⁴ Carrara, Francesco, *Programa del Curso de Derecho Criminal*, Parte General II, Buenos Aires, 1944, p. 476

¹¹⁵ Cavallo, Vicenzo, *La Sentenza Penale*, Ed. Casa Editrice Ditt. Napoli, 1936, p.144

estatal, individualizando el derecho y poniendo con ello fin a la instancia".¹¹⁶

Diversos autores clasifican a la sentencia de acuerdo con alguno de los siguientes criterios:

- Tomando como base el momento procesal en que se dictan, en interlocutorias y definitivas.
- Por sus efectos, en declarativas, constitutivas y de condena.
- Por sus resultados, en absolutoria y de condena.

Al respecto, vale la pena mencionar lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado: "Por sentencia definitiva en materia penal debe entenderse la que resuelve el procesado, y la ejecutoriada es aquella que no admite recurso alguno."¹¹⁷

Conforme al artículo 72 del CPPDF la sentencia debe revestir una forma determinada y cumplir también con determinadas formalidades. A la letra dice: "Toda resolución judicial expresará la fecha en que se pronuncie. Los decretos se reducirán a expresar el trámite. Los autos contendrán la breve exposición del punto de que se trate y la resolución que corresponda, precedida de sus fundamentos legales.

Este mismo artículo señala que las sentencias contendrán:

1. El lugar en que se pronuncien.
2. Los nombres y apellidos del acusado, su sobrenombre si lo tuviere, el lugar de su nacimiento, nacionalidad, edad, estado

¹¹⁶ Colín Sánchez, Guillermo, *Op. cit.* p. 574

¹¹⁷ *Sumario Judicial de la Federación*, Tomo XXXIV, p. 285.

- civil, en su caso, el grupo étnico indígena al que pertenezca, idioma, residencia o domicilio, ocupación, oficio o profesión.
3. Un extracto de los hechos exclusivamente conducentes a los puntos resolutivos de la sentencia del auto o de la sentencia en su caso, evitando la reproducción innecesaria de constancias.
 4. Las consideraciones y los fundamentos legales de la sentencia.
 5. La condenación o absolución correspondiente y los demás puntos resolutivos.

4.9 Recursos

4.9.1 Generalidades: Concepto, Tipos, Finalidad

Procede del latín *recursus*, que implica el retorno de una cosa al lugar de donde salió; en otra acepción gramatical, es la acción concedida por la ley al interesado en un juicio, o en otro procedimiento para reclamar contra las resoluciones, ya sea ante la autoridad que las dictó, ya ante alguna otra¹¹⁸.

Los Códigos de Procedimientos Penales tanto del Distrito Federal como el Federal denominan recurso a todos los medios legalmente establecidos para impugnar las resoluciones judiciales que por una causa fundada se consideren injustas, de esa manera garantizan de forma más abundante el buen ejercicio de la función jurisdiccional.

Para Colín Sánchez los recursos "son los medios establecidos por la ley para impugnar las resoluciones judiciales que, por alguna causa

¹¹⁸ Hernández Pliego, Julio A., *Los Recursos Ordinarios en el Proceso Penal*, Porrúa, 2000, p. 54.

fundada, se consideran ilegales o injustas, garantizando, de esa manera, en forma más abundante, el buen ejercicio de la función judicial".¹¹⁹

El mismo autor señala que los medios de impugnación son el género y los recursos la especie, ya que existen medios de impugnación que no son recursos, aunque así lo señalen las leyes, como es el caso de la revocación.

Al respecto, Arilla Bas señala que "sistematizando los elementos legales proporcionados por la ley mexicana, podemos definir el recurso diciendo de él que es el medio que aquélla concede a las partes del proceso. Ministerio Público, procesado, al ofendido por lo que hace a la reparación del daño y a los terceros en los incidentes de reparación del daño, para impugnar las resoluciones que les causan agravio para que sean examinadas por el propio tribunal que las dictó o por otro de mayor jerarquía y sean, en sus casos, recibidas y substraídas por otras o simplemente rescindidas".¹²⁰

Señala que los recursos se dividen en ordinarios y extraordinarios. Los ordinarios son la revocación y la apelación; en tanto que el extraordinario es el indulto necesario, que viene a constituir, en puridad, un medio de impugnar la sentencia condenatoria ejecutoriada.¹²¹

4.9.2 Apelación (Art. 414 a Art. 434)

Apelar deriva del latín *appellare*, cuyo significado es invocar, referirse a cierta cosa particular, para predisponerle a conceder algo que

¹¹⁹ Colín Sánchez, Guillermo, *Op. cit.* p. 607

¹²⁰ Arilla Bas, Fernando, *Op. cit.* p. 199

¹²¹ *Ibidem*, p. 199

se le pide; y de la palabra *apellatio*, que significa llamamiento o reclamación.

El artículo 414 del CPPDF define el recurso de apelación por sus resultados. Igualmente, es un recurso regido por el principio dispositivo, pues de acuerdo con el 415 del mismo ordenamiento, “la segunda instancia solamente se abrirá a petición de parte legítima. También es un recurso ordinario, toda vez que debe interponerse dentro del término señalado en la ley (cinco días si se trata de sentencia y tres si de auto) y su interposición suspende los efectos de la cosa juzgada. Finalmente, es un recurso de efectos rescindentes y rescisorios, desde el momento en que el tribunal de segunda instancia, por gozar de facultad de sustitución, sustituye la sentencia de la primera por otra nueva y, por ende, resuelve con la plenitud de facultades a que se refiere el artículo 427 del CPPDF.

Colin Sánchez identifica la apelación como el “medio de impugnación ordinario, a través del cual el agente del Ministerio Público, el procesado, acusado o sentenciado, o el ofendido, manifiestan inconformidad con la resolución judicial que se les ha dado a conocer, originando con ello, que los integrantes de un tribunal distinto y de superior jerarquía, previo estudio de lo que consideran agravio, dicten una nueva resolución judicial: confirmado, modificado o revocando aquella que fue impugnada”.¹²²

El mismo autor resalta que el fin perseguido con la apelación es la reparación de las violaciones legales cometidas y solamente es posible

¹²² Colin Sánchez, Guillermo. *Op. cit.* p. 619.

lograrlo modificando o revocando la resolución impugnada, para lo cual deberá dictarse otra que resuelva.

El artículo 418 del CPPDF enumera las resoluciones apelables, entre las que se encuentran las siguientes:

1. Las sentencias definitivas.
2. Los autos que se pronuncien sobre cuestiones de jurisdicción o competencia; los que mandan suspender o continuar la instrucción; el de ratificación de la detención; el de formal prisión o de sujeción a proceso o el que los niegue; el que conceda o niegue la libertad.
3. Los que resuelvan las excepciones fundadas en alguna de las causas que extinguen la acción penal; los que declaran no haber delito que perseguir; los que conceden o nieguen la acumulación, los que decreten la separación de los procesos.
4. Todos aquellos en que este Código conceda expresamente el recurso.

4.10 Ejecución de la Sentencia

Conforme al artículo 577 del CPPDF corresponde al ejecutivo la ejecución de las sanciones. Igualmente, con base en el artículo 575 del mismo ordenamiento es al ejecutivo federal, por conducto de la Dirección General de Prevención y Readaptación Social, dependiente de la Subsecretaría de Gobierno del Distrito Federal, a quien corresponde la ejecución de las sentencias ejecutoriadas.

Esta autoridad administrativa designará los lugares en que los sentenciados ejecutoriados deban extinguir las sanciones privativas de

libertad, ejerciendo todas las funciones que le señalen las leyes y reglamentos.

Por sentencia irrevocable o ejecutoriada debe entenderse toda aquella resolución definitiva contra la cual no se concede ningún recurso ante los tribunales, que pueda producir su revocación en todo o en parte. Es la resolución emitida de manera definitiva en segunda instancia por el tribunal competente o bien aquella resolución de primera instancia contra la cual no se interpuso el recurso correspondiente, ya sea porque así lo decidió el afectado o porque dejó transcurrir el término legal para hacerlo. También las sentencias emitidas en única instancia en los juicios sumarios, conforme lo dispone el artículo 309 del CCPDF.

El juez o el tribunal que pronuncie la sentencia condenatoria deberá emitir, dentro del término de 48 horas, una copia certificada de la Dirección General de Prevención y Readaptación Social. En tanto que los agentes del Ministerio Público comunicarán por escrito al procurador de justicia las sentencias que se pronuncien en los casos en que hubieren intervenido.

Una vez recibida la copia de la sentencia por la Dirección General de Prevención y Readaptación Social y puesto a disposición el sentenciado, designará el lugar en el que éste deba extinguir la sanción privativa de libertad.

CAPÍTULO V

ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE AL NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA EN EL DISTRITO FEDERAL.

5.1 Ubicación del tema.

Constitucionalmente el Ministerio Público es el órgano estatal que tiene el monopolio en la investigación y persecución de los delitos, conforme el artículo 21:

"La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato."

La investigación de los hechos presumiblemente delictuosos, encuentra sus parámetros en el artículo 16 de ese ordenamiento supremo:

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

Esto es, la investigación inicia con la *notitia criminis*, en la que el Ministerio Público indagará los hechos en la búsqueda del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad.

La averiguación se hará sobre las personas y las cosas, bajo los lineamientos normativos genéricos previstos por el artículo 124 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal:

“Para la comprobación del cuerpo del delito y de la probable o plena responsabilidad del inculpado, en su caso, el Ministerio Público y el juez gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de prueba que estimen conducentes, para el esclarecimiento de la verdad histórica, aunque no sean de los que define y detalla la ley, siempre que esos medios no estén reprobados por ésta”.

El cuerpo del delito constituye el cúmulo de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictivo; es el conjunto de elementos típicos del injusto: objetivos, subjetivos y normativos; y ha sido definido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

“CUERPO DEL DELITO. El cuerpo del delito no es más que la reunión de los diversos elementos constitutivos que lo caracterizan, según la definición que de cada uno de ellos de la ley penal”.¹²³

Mientras que la probable responsabilidad constituye la relación entre la conducta del activo y los hechos presumiblemente delictuosos, es decir, la relación de causa y efecto entre él y los elementos previstos en el tipo penal.

La jurisprudencia ha sentado la diferencia entre ambos conceptos:

¹²³ *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo VII. 5º. Época, p. 1043

"CUERPO DEL DELITO Y PRESUNTA RESPONSABILIDAD. PRUEBA POR LOS MISMOS ELEMENTOS. Si bien es cierto que el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad resultan ser conceptos diferentes, en virtud de que el primero se refiere a cuestiones impersonales relativas a la verificación de un hecho tipificado por la ley como delito, independientemente de la autoría de la conducta, y la segunda radica en la atribución de la causación del resultado a una persona; también lo es, puede suceder que un medio de convicción sirva para acreditar ambos extremos, ya que en ese caso, por un lado puede revelar la existencia de un hecho determinado como delito y por el otro atribuir la comisión del suceso a un sujeto específico; por tanto, tener por justificadas ambas premisas con los mismos datos probatorios no trae como consecuencia una violación de garantías".¹²⁴

Una vez realizadas todas las diligencias necesarias que el asunto amerite, el Ministerio Público determina la averiguación previa, esto es, concluye la misma, con cualquiera de las siguientes determinaciones:

- Ejercicio de la acción penal.
- No ejercicio de la acción penal.
- Reserva. (archivo temporal)
- Incompetencia.

Ejercicio de la acción penal. El derecho de acción es la facultad del gobernado de poner en movimiento la función jurisdiccional ante los tribunales para obtener justicia. En materia penal le está vedado este derecho, pues la Institución del Ministerio Público, plasmada en la

¹²⁴ Semanario Judicial de la Federación. Tomo VI. 8ª. Época, p. 341

Procuraduría de Justicia de la entidad de que se trate, es el titular monopólico de esa acción.

Ejercitar la acción es consignar la averiguación, remitir el expediente a un juzgador penal, satisfaciendo los requisitos constitucionales advertidos con anterioridad, solicitando ya una cita, ya una orden de aprehensión, para que el probable responsable comparezca ante el juez librador y se inicie la etapa de preinstrucción dentro del procedimiento penal.

Reserva. Es la suspensión del procedimiento administrativo indagatorio, aún cuando de los hechos objeto de la averiguación se perciba la integración del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad, porque se actualiza una condición, impedimento u obstáculo, que deba necesariamente ser fugaz, pasajero, provisional, ya jurídico ya material, que impide en ese momento proseguir la investigación.

Incompetencia. Conforme la división y organización política en nuestro país y el principio de territorialidad en el derecho penal, y en ocasiones la calidad del sujeto activo del delito; el cúmulo de atribuciones y facultades que otorga la ley al Ministerio Público se organiza en materia Federal y Local de la entidad federativa que se trate, así como en materia militar, por tanto, si los hechos objeto de investigación ministerial se hallan fuera del ámbito de sus atribuciones, ya por grado, territorio o materia, debe finalizar la indagatoria con la determinación de incompetencia y remitirla al Ministerio Público idóneo.

No ejercicio de la acción penal. Significa que el Ministerio Público no hará uso de la facultad de ejercer la acción punitiva contra el probable responsable; Esta determinación se actualiza cuando:

a.- La conducta o los hechos no sean constitutivos de delito conforme la descripción típica de la ley penal;

b.- Se acredite plenamente que el inculpado no tuvo participación en la conducta o en los hechos punibles;

c.- Aún pudiendo ser delictivos la conducta o los hechos de que se trate, resulte imposible la prueba de su existencia por obstáculo material insuperable.

d.- La responsabilidad penal se halle extinguida legalmente, en los términos del Código Penal.

e.- De las diligencias practicadas se desprende plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen su responsabilidad penal.

f.- El indiciado ya hubiere sido juzgado por la misma conducta o por los mismos hechos.

Con esta determinación el Ministerio Público ya no consigna y archiva definitivamente el expediente.

5.2. Situación Actual.

Con fecha 6 de julio de 1999, se publicó en la Gaceta Oficial del Gobierno del Distrito Federal el acuerdo A/003/99 emitido por el C. Procurador General de Justicia del Distrito Federal, el que establece las bases y especificaciones para la atención al público, reestructurando los procedimientos y organización de las agencias del Ministerio Público.

El acuerdo incurre en la anomalía de no considerar la determinación de reserva para las indagatorias, con lo que contraviene disposiciones jurídicas de diversa jerarquía, e importa inconveniencias de índole práctica, al normar el actuar de sus integrantes respecto a las determinaciones con las que se concluye una averiguación previa, especialmente el capítulo VI.

De esta forma, modifica una ley de mayor grado: Al omitir la determinación de reserva, indebidamente modifica una norma de superior jerarquía como lo es la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia en el Distrito Federal, la que prevé la competencia de distintos funcionarios para dictarla, mientras el acuerdo sólo hace previsión expresa del ejercicio, del no ejercicio de la acción penal y de la incompetencia, como determinaciones exclusivas para la indagatoria.

El resultado de dichas disposiciones, independientemente de las violaciones teórico jurídicas analizadas anteriormente respecto de la modificación de leyes de mayor jerarquía, es el siguiente:

- Ostenta una deficiente técnica legislativa.- El acuerdo adolece de incongruencia al dictar primeramente reglas que en su construcción normativa parecen generales y después invoca excepciones a las mismas, pero de manera imprecisa, lo que incide en confusión y en un mayor grado de inseguridad al conceder más amplitud de criterios, permitiéndole al intérprete deducir conforme a su arbitrio.
- Nombra con igual designación instituciones procedimentales de distinta naturaleza.- El instructivo designa con iguales alcances jurídicos, dentro del procedimiento, a entidades de distinta naturaleza,

tal como sucede con el no ejercicio de la acción penal y la reserva, cuestión que excede el simple problema gramatical para pasar al ámbito de incertidumbre en el ejercicio de los derechos de la víctima u ofendido del delito y del probable responsable. Situación que se actualiza cuando previene la existencia de la determinación de no ejercicio de la acción penal 'temporal,' la que ni constituye la inacción penal, como tampoco la suspensión del procedimiento, y resulta ser una designación mal hecha, ya que la Ley de Amparo otorga el juicio de garantías a la víctima u ofendido contra el no ejercicio de la acción penal, sin distinguir si es 'definitivo' o 'temporal'. Es menester precisar que estas últimas designaciones no se encuentran incluidas en el acuerdo en forma expresa, pero es de común utilización en la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Entonces, resulta desafortunado enfrentar un juicio de amparo contra averiguaciones previas que se encuentran suspendidas en espera de satisfacer las diligencias pendientes por un hecho material o jurídico, lo que conlleva a un círculo vicioso, pues el amparo procederá en ejecutoria que ordene la realización de las diligencias postergadas, cuestión que es obligación del Ministerio Público sin necesidad de mandamiento judicial.

- No establece firmeza en los procedimientos indagatorios y por ello rompe la certeza y fijeza de las determinaciones ministeriales.- El acuerdo no precisa las hipótesis normativas que deben ser previstas cuando una determinación de no ejercicio de la acción penal sea firme, es decir, no permite al intérprete saber expresamente cuándo esa resolución puede ser reabierto oficiosamente o a petición de parte legítima.

5.3 Análisis Práctico Jurídico de la Eliminación de la Determinación de la Reserva.

El acuerdo indebidamente ha dejado de lado la determinación de reserva en detrimento de la procuración de justicia y de los derechos de los involucrados en las averiguaciones previas.

La determinación de Reserva constituye una suspensión del procedimiento de la averiguación previa que no es desconocido en el derecho mexicano; más aún, ha sido usada prolijamente por el Ministerio Público y que si bien dio pauta para que su indiscriminada utilización aumentara la impunidad y la corrupción del sistema de procuración de justicia, también lo es que la misma jamás fue objeto de controles internos que impidieran esas indeseables consecuencias, los que actualizados devolverían bondad a esa figura y permitirían la eficiencia del Ministerio Público y certeza a los derechos procedimentales del ofendido o víctima del delito, y en su momento al probable responsable quien necesariamente deberá ser llamado como tercero perjudicado en el juicio de amparo que se entable con una determinación de no ejercicio de la acción penal.

La reserva es conocida y necesaria en la tramitación de la averiguación previa, ya que en la vida diaria existen obstáculos por los que es necesario dilatar la investigación, por ejemplo, la imposibilidad de declarar por enfermedad de la víctima u ofendido, de algún testigo; por no estancia en el territorio de éstos, por la espera de informes de otras autoridades, etcétera.

La legislación positiva expresamente la contempla en el Código Federal de Procedimientos Penales, en la fracción VII de su artículo 2. establece:

"Compete al Ministerio Público Federal llevar a cabo la averiguación previa y ejercer, en su caso, la acción penal ante los tribunales. En la averiguación previa corresponderá al Ministerio Público:...VII.- Determinar la reserva o el ejercicio de la acción penal;..."

Asimismo, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia en el Distrito Federal establece en su artículo 18:

"Las Delegaciones tendrán funciones en materia de Averiguaciones Previas, Policía Judicial, Servicios Periciales, *Reserva de la Averiguación Previa*, Consignación, Propuesta del no ejercicio de la acción penal y Control de Procesos..."

En el caso concreto, el Acuerdo A/003/99 omite a la determinación de reserva como una figura aplicable a la averiguación previa, como se desprende del artículo 58:

- "La averiguación previa se determinará como ejercicio de la acción penal, no ejercicio de la acción penal o incompetencia".

La omisión de contemplar la determinación de reserva en la tramitación de la averiguación previa, plasmada en el acuerdo analizado, no sólo resulta una violación legal formal, sino material, pues implica el uso de vocablos idénticos para distintas figuras del procedimiento ministerial e impide la fijeza y certeza del no ejercicio de la acción penal, transgrediendo derechos de los involucrados, y pasando por alto la supremacía de las leyes.

5.3.1 VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA DE LEYES.-

Al omitir la determinación de reserva, excluyéndola expresamente del artículo 58 del acuerdo analizado, se ha violentado la supremacía de las leyes y el procedimiento de creación, modificación o extinción de las mismas.

Tal como ha quedado precisado con antelación, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia en el Distrito Federal, previene en su artículo 18, las facultades del Ministerio Público para aplicar la reserva en la averiguación previa, entonces, si el acuerdo referido expresamente omitió la actualización de esa decisión, es patente que se violenta el artículo 72, fracción 'f' de la Carta Magna: en la que se menciona:

“En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su conformación”

Ello es así porque el C. Procurador de Justicia, en uso de sus facultades legislativas, a través de la emisión de circulares, exclusivamente debe emitir normas que provean la exacta observancia de los ordenamientos aplicables al caso concreto, y nunca modificarlas, reformarlas o derogarlas, como acontece en la especie, en la que la ley secundaria invocada, norma la determinación de reserva luego, no existe impedimento para su uso, quedándole vedado entonces, excluirla en el acuerdo A/003/99

Resulta de explorado derecho que nuestro sistema legal está constituido de tal forma que la Ley de mayor jerarquía o supremacía es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los tratados internacionales realizados con apego a ella. De esta Ley

suprema emanan leyes de menor jerarquía como son: las Leyes Ordinarias c Secundarias, ejemplo: Códigos Penales, Códigos Mercantiles, etc. A éstas se encuentran supeditados ordenamientos de menor rango como son los Reglamentos, emitidos por el titular del Poder Ejecutivo y que proveen la exacta observancia de aquéllas, es decir, servirán estrictamente para pulir o hacer una mejor descripción de la aplicación de una Ley; por último, y subordinados a éstos, tenemos al Acuerdo, también denominado como Instructivo, Manual, Circular, etc., que resultan ser disposiciones que detallan lo dispuesto por las normas de mayor jerarquía, pero que en ningún caso podrán estar por encima o contraposición con aquéllas, ya que sirven como base para su existencia.

Dicho de otra manera, el Acuerdo siempre estará subordinado a las disposiciones jurídicas de mayor jerarquía llámense: Constitución, Código, Ley Orgánica o Reglamento.

Así las cosas, la exclusión de la determinación de reserva que se efectúa en el acuerdo analizado, resulta ser contradictorio a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en la doble vertiente de modificar la ley fuera del procedimiento legislativo y contrariar la supremacía de las leyes.

El no considerar la reserva, implicó la utilización del novedoso concepto de *no ejercicio de la acción penal temporal*. Esto significó que en lugar de resolver problemas de impunidad y rezago en el trabajo, motivó una incertidumbre jurídica, pues el legislador administrativo perdió de vista la naturaleza jurídica de las nociones de reserva y no ejercicio de la acción penal.

Aunado a lo anterior, debe advertirse que los numerales invocados del Acuerdo A-003/99 encuentran su homólogo en el contenido del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia en el Distrito Federal, el que fue dictado después de aquél, es decir, el acuerdo fue publicado el 6 de julio de 1999 y el reglamento fue reformado el 27 de diciembre de 1999.

5.3.2 DEFICIENTE TÉCNICA LEGISLATIVA.- La exclusión de la determinación de reserva trae consigo una contradicción de normas como se observa de los siguientes artículos del acuerdo materia del análisis:

“ARTÍCULO 60.- El agente del Ministerio Público titular de la unidad de investigación que conozca de la averiguación previa propondrá el no ejercicio de la acción penal, para acuerdo del responsable de la agencia a la que se encuentre adscrito, en caso de que se den alguna o algunas de las hipótesis siguientes: I...En ningún caso, podrá proponerse el no ejercicio de la acción penal sin que se haya determinado el destino legal de los bienes y valores afectos a la averiguación previa en los términos previstos por el Código Penal”.

“ARTÍCULO 61.- Cuando se actualice en la averiguación alguno de los supuestos establecidos en el artículo anterior, el agente del Ministerio Público del conocimiento, bajo su responsabilidad, deberá plantear inmediatamente el no ejercicio de la acción penal con motivación y fundamento debidos, refiriendo y sustentando con precisión las hipótesis que resulten demostradas en la especie, al responsable de la agencia a la que esté adscrito, quien será responsable en los mismos términos por la formulación y, en su caso, la resolución debida de la propuesta. En todo caso, antes de proponer el no ejercicio de la acción penal, el agente

del Ministerio Público del conocimiento deberá agotar todas la diligencias conducentes para acreditar el cuerpo del delito e identificar al probable responsable, con el fin de superar el o los obstáculos que impidan la continuación de la averiguación o, en su caso, acreditar plenamente la causa de exclusión del delito".

De estos preceptos se acredita que se previeron los supuestos que dan lugar al no ejercicio de la acción penal, pero además, los previos requisitos y condiciones para llegar a esa conclusión, lo que implica que de arribar a esa determinación, se han tenido en consideración todos los inconvenientes legales y materiales y los mismos se han allanado, lo que permite dar fijeza y certeza a esa inacción.

Hasta aquí no existe discusión respecto a los requisitos y condiciones previas para concluir una indagatoria con la determinación de no ejercer la acción punitiva ante los tribunales.

Sin embargo, a continuación aparece una figura novedosa denominada por algunos en el foro como *no ejercicio de la acción penal temporal*, que si bien tiene cierta identidad con la figura de la reserva, contrapone los principios de fijeza y certeza en las determinaciones con las que el Ministerio Público ha concluido su investigación:

"ARTÍCULO 62.- Cuando los elementos de prueba existentes en la averiguación sean insuficientes para determinar el ejercicio de la acción penal y resulte imposible desahogar algún otro, el agente del Ministerio Público propondrá el no ejercicio de la acción penal; pero si se supera el obstáculo o los obstáculos que impiden la determinación de la averiguación, ésta podrá ser reabierta de acuerdo con lo establecido en el artículo 71 de este acuerdo. El agente del Ministerio Público precisará en

su propuesta cuál es el obstáculo o el impedimento para la integración de la averiguación, así como la fecha en que opera la prescripción, de conformidad con las reglas que resulten aplicables, y el responsable de agencia o, en su caso, la Coordinación de Agentes Auxiliares resolverán lo procedente fundando y motivando su resolución de conformidad con lo dispuesto en los artículos 63 y 64 siguientes. En ningún caso, podrá proponerse el no ejercicio de la acción penal si existen pruebas pendientes de desahogo tendientes a acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad cuya omisión pueda afectar el resultado de la averiguación previa”.

Esta norma carece de congruencia:

I. En su primer párrafo se refiere a una hipótesis que motiva el no ejercicio de la acción penal, sin que exista inconveniente alguno para que el mismo haya sido puesto en el artículo 61:

“Cuando los elementos de prueba existentes en la averiguación sean insuficientes para determinar el ejercicio de la acción penal y resulte imposible desahogar algún otro, el agente del Ministerio Público propondrá el no ejercicio de la acción penal;

II. En un segundo párrafo considera la existencia de impedimentos temporales que motivan una reapertura de la indagatoria:

“...Pero si se supera el obstáculo o los obstáculos que impiden la determinación de la averiguación, ésta podrá ser reabierto de acuerdo con lo establecido en el artículo 71 de este acuerdo”

Remitiéndonos al artículo 71:

"Cuando desaparezcan el obstáculo o los obstáculos a que hace referencia el artículo 62 anterior, los agentes del Ministerio Público, por conducto del responsable de agencia competente, solicitarán al Fiscal o al Subprocurador de averiguaciones previas que corresponda, la extracción de la averiguación previa determinada para su perfeccionamiento. En este caso, el Fiscal o los Subprocuradores en las hipótesis del artículo 63 anterior o el coordinador de Auxiliares en las del artículo 64 anterior ordenarán la extracción de la averiguación previa del archivo por ser procedente su perfeccionamiento en vista de haber desaparecido el obstáculo o los obstáculos que motivaron su determinación".

Estas normas asociadas aplicarían por sí mismas, lo que se conoce como reserva y con ello se allanarían los problemas que invoco en el presente trabajo, pero dada la manera en que se encuentran vinculadas con los demás párrafos y artículos, no resulta así:

Si por un lado se afirma que existe obstáculo imposible para determinar el ejercicio de la acción penal y por el otro se permite la reapertura de la indagatoria, no es aplicable ni lingüística ni jurídicamente el vocablo de no ejercicio de la acción penal.

Como el segundo párrafo se encuentra ligado al primero, resulta que el obstáculo debe ser imposible, entonces, ¿por que después se afirma que una vez superado se reabrirá la indagatoria?, ¿es o no imposible el impedimento?.

El artículo 62 sólo habla de obstáculos pero nunca los precisa y el artículo 71 al referirse a éstos, indica que son los referidos en el 62,

luego, ambas normas se correlacionan y dan por definidos los impedimentos.

Atinadamente en ese artículo 62, se implementan los controles para la procedencia de la reserva en los subsiguientes párrafos. luego, no existe impedimento legal alguno para llamar a las cosas por su nombre: el freno, barrera o dificultad temporal que afecta la investigación ministerial, permite la suspensión de la indagatoria, y no sería motivo de uso indiscriminado con los controles adecuados por parte de la superioridad y cuidando el estricto apego a la legalidad del Ministerio Público instructor:

“El agente del Ministerio Público precisará en su propuesta cuál es el obstáculo o el impedimento para la integración de la averiguación, así como la fecha en que opera la prescripción, de conformidad con las reglas que resulten aplicables, y el responsable de agencia o, en su caso, la Coordinación de Agentes Auxiliares resolverán lo procedente fundando y motivando su resolución de conformidad con lo dispuesto en los artículos 63 y 64 siguientes. En ningún caso, podrá proponerse el no ejercicio de la acción penal si existen pruebas pendientes de desahogo tendentes a acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad cuya omisión pueda afectar el resultado de la averiguación previa”.

Entonces, si de manera discreta se ha tomado en consideración que existen impedimentos jurídicos o materiales que limitan temporalmente la prosecución de las diligencias ministeriales en la indagación de los hechos materia de averiguación previa, no existe motivo suficiente alguno para soslayar y aplicar la determinación de reserva.

La determinación de no ejercicio de la acción penal, como el derecho mismo, se rige por los principios de firmeza y certidumbre, los que se actualizan agotados los medios de impugnación que en determinado momento se interpongan en su contra. El principio de fijeza e inmutabilidad de las mismas se encuentra previsto en el primer párrafo del artículo 23 de la Ley Suprema:

“Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias.”

En el Acuerdo en estudio se llega a la contradicción entre la firmeza y la no firmeza de la determinación de no ejercicio de la acción penal:

En primer lugar existen expresamente los supuestos normativos de procedencia del no ejercicio de la acción penal, descritos en el artículo 60 del artículo analizado.

“ARTÍCULO 60.- El agente del Ministerio Público titular de la unidad de investigación que conozca de la averiguación previa propondrá el no ejercicio de la acción penal, para acuerdo del responsable de la agencia a la que se encuentre adscrito, en caso de que se den alguna o algunas de las hipótesis siguientes:

Cuando no exista querrela del ofendido o de su representante legal, o no exista legitimación para presentarla, si se trata de un delito que deba perseguirse a petición del ofendido o respecto del cual se requiera un acto equivalente en términos de ley.

Cuando los hechos que motiven la denuncia o querrela no sean constitutivos de delito, en cuyo caso el agente del Ministerio Público, desde las primeras actuaciones que practique, buscará que el

denunciante, querellante u ofendido precise y concrete los hechos que motiven la denuncia o querrela, asi como las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que ocurrieron, a fin de contar con los datos necesarios para resolver si los hechos constituyen o no delito;

Cuando en la averiguación previa no sea determinable la identidad del probable responsable, después de haber agotado todas las diligencias necesarias para lograr su identificación.

Cuando los medios de prueba desahogados en la averiguación sean insuficientes para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad y resulte imposible desahogar medios de prueba ulteriores relevantes para el efecto;

Cuando se acredite plenamente alguna causa de exclusión del delito en la indagatoria;

Cuando se haya extinguido la acción penal en términos de ley, sea por muerte del delincuente, por amnistía, por perdón del ofendido o el legitimado para otorgarlo, por prescripción o por disposición legal derogatoria o abrogatoria;

Cuando exista previamente dictada una sentencia definitiva o resolución de sobreseimiento judicial que haya causado ejecutoria, respecto de los hechos atribuidos al indiciado; y

En los demás casos que señalen las leyes. En ningún caso, podrá proponerse el no ejercicio de la acción penal sin que se haya determinado el destino legal de los bienes y valores afectos a la averiguación previa en los términos previstos por el Código Penal".

Por otro lado la determinación dictada puede ser revisada oficiosamente por el superior jerárquico o a través del medio de impugnación interpuesto por la víctima u ofendido:

“ARTÍCULO 63.- Cuando la averiguación que motive la propuesta de no ejercicio de la acción penal verse sobre delitos y sus modalidades sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético no exceda de cinco años, pena alternativa o exclusivamente multa, el agente del Ministerio Público del conocimiento formulará la propuesta al responsable de la agencia de su adscripción, para su acuerdo, quien después de resolver sobre su procedencia, en su caso, hará saber de inmediato su determinación al denunciante, querellante u ofendido, mediante notificación personal de acuerdo con lo previsto en el Código Procesal, informando al titular de la fiscalía de su adscripción y a la Coordinación de Agentes Auxiliares. Dicha coordinación podrá revisar la determinación dentro del plazo de 30 días y revocarla, en cuyo caso precisará, motivará y fundará debidamente las causas que la originaron para que sean subsanadas por el Agente del Ministerio Público del conocimiento. Transcurrido dicho término sin que se ejerza dicha facultad, el responsable de agencia estará obligado a remitir de inmediato al archivo la averiguación correspondiente”.

“ARTÍCULO 64.- Las propuestas de no ejercicio de la acción penal sobre averiguaciones de delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio sea de cinco años o más, serán remitidas a la Coordinación de Agentes Auxiliares para su resolución. Cuando dicha Coordinación determine el no ejercicio de la acción penal, remitirá de inmediato la averiguación correspondiente al archivo. lo que hará conocer

al querellante, denunciante u ofendido mediante la notificación debida en los términos del Código Procesal”.

“ARTÍCULO 68.- El denunciante, querellante u ofendido tendrá derecho a inconformarse respecto de la determinación de no ejercicio de la acción penal. expresando las razones por las cuales la estima improcedente, en un término que no podrá exceder de 10 días hábiles contados a partir de su notificación. El escrito de inconformidad se interpondrá ante el responsable de la agencia del conocimiento en los casos previstos en el artículo 63 anterior, quien lo remitirá al fiscal de su adscripción en un término que no podrá exceder de tres días hábiles contados a partir de su presentación, para que la fiscalía resuelva lo conducente en un plazo que no excederá de 15 días hábiles a partir de la presentación del escrito. El escrito de inconformidad se interpondrá ante la Coordinación de Agentes Auxiliares en los casos previstos en el artículo 64 anterior, la que remitirá el escrito, en un término que no podrá exceder de tres días hábiles contados a partir de su presentación, al subprocurador de averiguaciones previas correspondiente. El subprocurador considerará los planteamientos del inconforme y resolverá en un plazo que no excederá de 15 días hábiles contados a partir de la recepción del escrito de inconformidad. Dicha resolución se notificará por el mismo procedimiento establecido en este acuerdo”.

“ARTÍCULO 69.- Quando el fiscal o el subprocurador correspondiente dictamine como improcedente la determinación de no ejercicio de la acción penal, devolverá la averiguación respectiva a la agencia del conocimiento para su integración debida, señalando las causas de la improcedencia y las diligencias necesarias para su determinación. Si del examen se desprenden probables

responsabilidades, el fiscal o el subprocurador dará vista de inmediato a la Contraloría y a la Fiscalía para Servidores Públicos".

Determinación que alcanza firmeza una vez agotado el recurso administrativo o ejercida la facultad comprobatoria oficiosa:

"ARTÍCULO 70.- Una vez que se haya autorizado en definitiva la determinación de no ejercicio de la acción penal, se archivará el expediente, con la autorización del superior inmediato del agente del Ministerio Público responsable de la averiguación previa o, en su caso, de la Coordinación de Agentes Auxiliares. En este caso, la averiguación no podrá reabrirse, sino por acuerdo fundado y motivado del subprocurador de averiguaciones previas competente y en consulta con el coordinador de Agentes Auxiliares, por acuerdo del Procurador o por resolución judicial ejecutoria".

ARTÍCULO 76.- Las averiguaciones previas en las que haya recaído determinación firme de no ejercicio de la acción penal y, en consecuencia, su archivo, deberán conservarse durante el tiempo que a continuación se señala:

Un año, cuando se trate de averiguaciones previas relacionadas con hechos probablemente delictivos en los que se haya extinguido la acción penal por prescripción; y

Tres años, en los casos distintos a lo indicado en el inciso anterior. Dichos términos comenzarán a contar a partir del ingreso formal del expediente al archivo. Independientemente de lo prescrito con anterioridad, considerado la gravedad e importancia del hecho investigado o, en su caso, las personas involucradas, el procurador o el

subprocurador que corresponda podrán determinar el tiempo de la guarda y custodia de los expedientes”.

Pero es el caso que se llega a la contradicción de romper con el principio de irrevocabilidad de la determinación de no ejercicio de la acción penal, por la propia autoridad emitente, violando también el principio de unidad que rige al Ministerio Público:

“ARTÍCULO 70.- Una vez que se haya autorizado en definitiva la determinación de no ejercicio de la acción penal, se archivará el expediente, con la autorización del superior inmediato del agente del Ministerio Público responsable de la averiguación previa o, en su caso, de la Coordinación de Agentes Auxiliares. En este caso, la averiguación no podrá reabrirse, sino por acuerdo fundado y motivado del subprocurador de averiguaciones previas competente y en consulta con el coordinador de Agentes Auxiliares, por acuerdo del Procurador o por resolución judicial ejecutoria”.

“ARTÍCULO 71.- Cuando desaparezcan el obstáculo o los obstáculos a que hace referencia el artículo 62 anterior, los agentes del Ministerio Público, por conducto del responsable de agencia competente, solicitarán al fiscal o al subprocurador de averiguaciones previas que corresponda, la extracción de la averiguación previa determinada para su perfeccionamiento. En este caso, el fiscal o los subprocuradores en las hipótesis del artículo 63 anterior o el coordinador de Auxiliares en las del artículo 64 anterior ordenarán la extracción de la averiguación previa del archivo por ser procedente su perfeccionamiento en vista de haber desaparecido el obstáculo o los obstáculos que motivaron su determinación”.

"ARTÍCULO 72.- Cuando en una averiguación previa se ha determinado el no ejercicio de la acción penal con base en lo dispuesto por las fracciones III y IV del artículo 61 (sic) de este acuerdo, aquélla será reabierta si aparecen datos que permitan la identificación del probable responsable, si en otra averiguación previa se investigan hechos conexos con los de la ya determinada o si por su conexidad con otros hechos delictivos resulta procedente su reapertura, previo acuerdo del subprocurador competente en los casos del artículo 64 anterior, a petición del responsable de agencia o del fiscal en donde se encuentre adscrita la unidad investigadora que solicita la reapertura correspondiente o por resolución judicial ejecutoria y mediante notificación al coordinador de Agentes Auxiliares".

Elo es así porque conforme el principio de legalidad constitucional, mientras que los particulares pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido, la autoridad sólo puede realizar aquello que le esté expresamente atribuido o facultado. En el caso concreto, el Procurador General de Justicia del Distrito Federal no cuenta con norma secundaria alguna que le permita revocar las determinaciones de no ejercicio de la acción penal y en contrario existen los siguientes artículos:

3°, fracción 'f' de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia en el Distrito Federal:

"...El Procurador o los subprocuradores que autoricen el Reglamento de esta Ley, resolverán en definitiva, los casos en que el Agente del Ministerio Público proponga el no ejercicio de la acción penal;..."

y el 10 de la Ley de Amparo:

“La víctima y el ofendido, titulares del derecho de exigir reparación del daño o la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, podrán promover amparo:...III.- Contra las resoluciones del Ministerio Público que confirmen el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, en los términos de lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 21 Constitucional.”

Ambas normas contienen la existencia de la firmeza en las determinaciones del no ejercicio de la acción penal y con ello, el principio de propia irrevocabilidad de las mismas.

Con la postura de evitar la determinación de reserva, se ha inventado un supuesto no ejercicio de la acción penal temporal, en el que crea la duda de la procedencia del juicio de amparo de acuerdo al numeral transcrito. Esto sólo ha servido para embrollar el actuar del Ministerio Público, pues el dictado de no ejercer la acción penal constituye una resolución que incide en la esfera jurídica de la víctima u ofendido y del probable responsable, por lo que, reabrir una averiguación previa que supuestamente ha quedado firme, contradice el principio de irrevocabilidad de la misma y, por ende, se ha dejado de lado la certidumbre que emana de la fijeza y firmeza de las resoluciones, aunado al hecho de transgredir los derechos de los involucrados, quienes conforme al artículo 10 de la Ley de Amparo, podrán promover el juicio de garantías.

En esa tesitura debe llegarse a la válida conclusión que la existencia del no ejercicio de la acción penal temporal no cumple con los

objetivos de su creación y sin necesidad de mayores esfuerzos, es evidente que tal defecto puede revertirse con la simple aplicación de la reserva, la que aplicada, no incide en la esfera jurídica de los involucrados porque ningún agravio les causa. En cambio, el no ejercicio de la acción penal, una vez dictado, otorga la legitimación a la víctima u ofendido a la interposición del recurso administrativo y una vez firme, le permite la incoación del juicio constitucional; situación que no acontece con la reserva, en la que no se ha determinado sobre la existencia o inexistencia del cuerpo del delito o la probable responsabilidad, y por ende no transgrede los derechos de las partes en la averiguación previa, al no incidir en los principios de firmeza e irrevocabilidad de las determinaciones del Ministerio Público que inciden en la esfera de los particulares, aunado al hecho de utilizar correctamente los tecnicismos jurídicos y evitar el invento de aparentes instituciones procedimentales, como resulta ser el no ejercicio de la acción penal temporal.

CONCLUSIONES

PRIMERA: El Derecho Penal como cuerpo normativo tiende a regular la conducta del hombre en sociedad, preservando los más altos valores de sus integrantes, tales como la vida, la libertad, el patrimonio, así como la propia supervivencia del ente estatal y con ello salvaguardar el orden social. El Derecho penal, como ciencia, se encuentra en constante evolución, lo que ha provocado diversas corrientes iusfilosóficas como los clásicos, los finalistas o los eclécticos.

SEGUNDA: El Derecho Penal, no obstante su tradición histórica, se mantiene en constante transformación: acompaña al hombre en su evolución, ello debe loarse a los grandes hombres, estudiosos de esta materia, que a pesar de su distinta idiosincrasia, nacionalidad o estatus social, con amor a la humanidad han perfeccionado sus lineamientos, han reorientado sus fines, apegándolos a la eficiencia, a la seguridad pública, al respeto irrestricto de los derechos humanos, a la reintegración del delincuente a la sociedad, etc. Han buscado y encontrado las doctrinas que permiten explicar los principios y los fines últimos de esta materia, pero aún así falta camino por recorrer, el que toca a nuestras generaciones y a las que están por venir.

TERCERA: Las diferentes corrientes penalistas han dividido al delito dándole uno o varios elementos, las llamadas monovalentes o polivalentes. Sin embargo la mayoría acepta como elementos la conducta, típica, antijurídica y culpable.

CUARTA.- La Ciencia Penal, para su estudio, se ha valido de diferentes corrientes para realizar una correcta interpretación de las leyes penales. Corresponde a cada jurista desentrañar el verdadero sentido de

la ley y a los jueces apearse estrictamente a lo que el legislador trató de encuadrar como delito.

QUINTA.- La averiguación previa, es la etapa preliminar del procedimiento penal, a cargo y en exclusiva del Ministerio Público, en la que toma la *notitia criminis* y procede a investigar para decidir si los hechos son del ámbito de su competencia y si son presumiblemente constitutivos de delito o no. De acuerdo a la legislación adjetiva federal y a la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal vigentes, el Ministerio Público podrá dictar las determinaciones de: no ejercicio de la acción penal, ejercicio de la acción penal, incompetencia y reserva.

SEXTA.- Por su parte el titular de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, al expedir el Acuerdo A-003/99, durante la averiguación previa omite tomar en consideración la determinación de reserva, instituyendo exclusivamente las determinaciones de incompetencia, ejercicio de la acción penal y no ejercicio de la acción penal.

SÉPTIMA.- La reserva es una determinación ministerial que constituye una suspensión administrativa del procedimiento indagatorio, en espera de allanar obstáculos físicos o jurídicos y estar en aptitud de continuar con la averiguación para decidir sobre la existencia del cuerpo del delito y/o de la probable responsabilidad.

OCTAVA.- El Acuerdo A-003/99, trajo consigo el uso indiscriminado de la determinación ministerial de no ejercicio de la acción penal, creando la figura novedosa del no ejercicio de la acción penal temporal en

detrimento de la aplicación de la determinación de reserva, incidiendo de manera negativa en los derechos de los involucrados.

NOVENA.- El acuerdo A-003/99 transgrede el principio de supremacía de leyes, al dejar de observar la figura de la reserva instituida en una ley y crear en una circular la determinación de no ejercicio de la acción penal temporal, la que a más de ser una forma contradictoria y de pésima construcción legislativa, violenta el principio de certeza en la determinación de la inacción penal, al eludir su fijeza, permitiendo la apertura posterior de esa determinación, creando incertidumbre y desconfianza al incidir sobre derechos de la víctima u ofendido, quien puede acceder al juicio de amparo contra el no ejercicio de la acción penal, en cuyo caso, la resolución de dicho juicio será la orden al Ministerio Público para concluir la averiguación previa.

DÉCIMA.- El restablecimiento de la determinación de reserva y la desaparición del no ejercicio de la acción penal temporal, mediante la reforma al Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia en el Distrito Federal y del acuerdo A-003/99, permitirán al Ministerio Público, la utilización correcta de los tecnicismos jurídicos sin incidir en los derechos de la víctima u ofendido.

PROPUESTAS

Debe ser establecida expresamente la determinación de reserva en la tramitación de la averiguación previa, con la consiguiente desaparición de la figura del no ejercicio de la acción penal 'temporal', mediante reforma por Acuerdo del C. Procurador de Justicia del Distrito Federal.

La reinstalación de la determinación de reserva debe ser realizada concretizando los supuestos de su procedencia, protegiéndola con los mecanismos pertinentes que impliquen su uso apegado e irrestricto a la ley. En el entendido de que la propuesta de reserva tendrá como presupuesto invariable la temporalidad, la que permitirá en determinado momento que las indagatorias no permanezcan indefinidamente en el archivo y se proceda a su conclusión definitiva con las determinaciones de un ejercicio o no ejercicio de la acción penal y de manera excepcional con la prescripción de la misma.

En dicha implementación, necesariamente deberán reformarse los artículos 10, 16, 25 y 26 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y los correlativos artículos 58, 62, 70, 71 y 72 del acuerdo A-003/99, conciliando la figura de no ejercicio de la acción penal con la reserva, delimitando expresamente la procedencia y consecuencias de ambas figuras.

En cuanto al Acuerdo 003/99, no existe impedimento jurídico para su modificación, pues la simple emisión de uno que reforme el analizado bastará para dejarlo sin efectos, sin que se soslaye el previo trabajo legislativo por las unidades administrativas de la Procuraduría General de Justicia en el Distrito Federal, que analicen acuciosamente las bondades de la utilización de la reserva y se impida al máximo la interpretación.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- Abarca, Ricardo, *El Derecho Penal en México*, 1941.
- Alba Muñoz, Javier, *Prólogo a la Tesis Profesional* de R. Higuera Gil, México.
- Arilla Bas, Fernando, *El Procedimiento Penal en México*, 4ª. edición Porrúa, México, 1999.
- Cavallo, Vincenzo, *La Sentenza Penale*, Ed. Casa Editrice Ditt. Napoli, 1936.
- Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho Penal Mexicano*. Parte General, XVI Edición. Porrúa. México, 1998.
- Carrara, Francesco, *Programa del Curso de Derecho Criminal*, Parte General II, Buenos Aires, 1944.
- Ceniceros, José Ángel, *El Nuevo Código Penal. Bases Generales*, Talleres Gráficos de la Nación, México, 1931.
- Claría Olmedo, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Argentina, Edial, 1960.
- Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Edit. Porrúa, México, 2000.
- Cuello Calón, Eugenio. *Derecho Penal*, Nacional. 9ª. Edición.
- Daza Gómez Carlos Juan Manuel. *Teoría General del Delito*. Cárdenas Editor, Distribuidor. México, 1997.
- De la Cruz Agüero, Leopoldo, *Procedimiento Penal Mexicano*, Porrúa, México, 1998.
- Del Palacio Díaz Alejandro, *Introducción a la Teoría del Derecho*, México, UAM- Azcapotzalco, México, 1992. García Ramírez, Sergio, *Derecho Procesal Penal*, 1ª. Ed. Porrúa, México, 1974.
- González Bustamente, Juan José, *Principios de Derecho Procesal Mexicano*, IV, Edit. Porrúa, México, 1999.
- Fix Zamudio, Héctor, *La Administración de Justicia*, Edit. Porrúa, México, 2000.
- Franco Sodi, Carlos, *El Procedimiento Penal Mexicano*, 4ª. Ed. Porrúa, México, 1957.
- Jiménez de Asúa, Luis, *La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal*, Argentina, Edit, Hermes, 1958.
- Hernández López, Aarón, *El Procedimiento Penal en el Fuero Común*, 3ª. Ed. Porrúa, México, 2000.
- Hernández Pliego, Julio A., *Los Recursos Ordinarios en el Proceso Penal*, Porrúa, 2000.
- Hernández Pliego, Julio A., *Programa de Derecho Procesal Penal*, Edit. Porrúa, México, 2000.
- Islas de González Mariscal, Olga y Ramírez, Elpidio, *Análisis Lógico de Delitos Contra la Vida y el Derecho*, Edit. Trillas, México, 1982.

Malo Camacho, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, 3ª. Edición, ed. Porrúa, 2000.

Márquez Piñero, Rafael, *Derecho Penal*, Parte General. México, Trillas, 1999.

Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Curso de Derecho Penal*. México, Porrúa, 1999.

Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Teoría del Delito, Sistemas Causalista y Finalista*, Editorial Porrúa, 8ª. Edición, México. 1999.

Osorio y Nieto, César Augusto, *Síntesis de Derecho Penal, Parte General*. ed. Trillas, México, 1998.

Osorio Nieto, César Augusto. *La Averiguación Previa*, Novena Edición, Edit. Porrúa, México, 2000.

Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Parte General. Porrúa. México 1999.

Porte Petit, Candaudap, Celestino, *Apuntamiento de la Parte General del Derecho Penal*, XVIII Ed. Porrúa, México, 1999.

Porte Petit Candaudap, Celestino, *Importancia de la Dogmática Jurídico Pena*, ed. Porrúa, México, 1998.

Villalobos, Ignacio, *Derecho Penal Mexicano*, Porrúa, 1998.

Quintana Valtierra, Jesús y Cabrera Morales, Alfonso, *Manual de Procedimientos Penales*, Edit. Trillas, México, 1997.

Rivera Silva, Manuel, *Derecho Penal*, Porrúa, México, 1984.

Silva Silva, Jorge Alberto, *Derecho Procesal Penal*, 2ª. Ed. Colección Textos Jurídicos Universitarios, Oxford University Press México, 2000.

LEGISLACION

Agenda Penal del Distrito Federal, Ediciones Fiscales, 2000, México.

Código Federal de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa, México, 2000.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Artículo 267.

Acuerdo A/003/99 del C. Procurador de Justicia del Distrito Federal.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Porrúa. México, 1949.

Semanario Judicial de la Federación. Tomo VII, 5ª. Época, p. 1043

Semanario Judicial de la Federación. Tomo VI, 8ª. Época, p. 341

Sumario Judicial de la Federación, Tomo XXXIV.

Semanario Judicial de la Federación, 5ª. Ed. T. LXVI, Vol, 1.