

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES.

"ACATLÁN".

292513

PROPUESTA PARA LA DESCRIPCIÓN DE
PERSECUCIÓN MATERIAL DENTRO DE LA
FLAGRANCIA.

SEMINARIO-TALLER EXTRACURRICULAR.

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
ALEJANDRO BADILLO CORRALES.

LIC. MIGUEL GONZÁLEZ MARTÍNEZ.



MAYO, 2001





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS.

A Dios, por concederme la vida e iluminarme todos mis actos.

A mis padres, Francisco Badillo California y María Bertha Corrales Godines, por sus consejos, sacrificios y guiarme por el camino del bien.

A mis hermanos, Carlos y Fernando, por su ejemplo y persistencia.

A mi esposa Marisela Santa Quiroz Hernández, por el apoyo brindado en todo momento para lograr mis metas, como a mi hijo Alejandro, quienes son causa de motivación y superación día a día.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, por otorgarme la oportunidad de instruirme académicamente hasta alcanzar la meta de realizarme como profesionista.

A todos mis profesores, en especial: Guadalupe Leticia García García, Jesús López Barrientos, José Antonio Álvarez León, Miguel González Martínez y Aarón Hernández López por su dedicación y esfuerzo en impartir la enseñanza y formación de profesionistas en nuestra Universidad.

A mis compañeros de seminario, con quienes compartí tiempo y esfuerzo a quienes guardo un especial afecto.

En memoria de mis hermanos: Miguel y Fernando, a quienes llevo en mi alma y corazón. Y que sea un ejemplo a seguir por mi hermana Karen Mariana.

A mis compañeros de trabajo: Rodolfo, Sergio, Agustín, Rufino y Jorge, por su apoyo y comprensión.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.	1
CAPITULO I : MARCO TEÓRICO DEL DERECHO PENAL Y DEL DELITO.	
1.1. Derecho Penal.	3
1.1.1. Derecho Penal Objetivo.	
1.1.1.1. Concepto, objeto, fines y caracteres.	
1.1.1.2. Límites.	
1.1.2. Derecho Penal Subjetivo.	
1.1.2.1. Concepto, Titular, lus Puniendi	
1.1.2.2. Límites del lus Puniendi.	
1.2. Evolución del Derecho Penal.	8
1.2.1. Aspecto Teórico de la Evolución del Derecho Penal.	
1.2.1.1. Escuela Clásica.	
1.2.1.2. Escuela Positivista.	
1.2.1.3. Tercera Escuela, y otras.	
1.2.2. Evolución del Derecho Penal en México.	12
1.2.2.1. Época Prehispánica.	
1.2.2.2. Época Colonial.	
1.2.2.3. Época Independiente.	
1.2.2.4. Época Contemporánea.	
1.3. Delito.	25
1.3.1.1. Formal, Doctrinal, Legal.	
1.3.1.2. Presupuestos.	
1.3.2. Evolución Doctrinal.	28
1.3.2.1. Teoría Causalista y Finalista de la Acción.	

CAPÍTULO II : MARCO LEGAL EN RELACIÓN AL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

2.1.	Elementos del Delito y Aspectos Negativos.	31
2.1.1.	Conducta y su Aspecto Negativo.	
2.1.2.	Tipicidad y su Aspecto Negativo.	
2.1.3.	Antijuridicidad y su Aspecto Negativo.	
2.1.4.	Culpabilidad y su Aspecto Negativo.	
2.1.5.	Imputabilidad y su Aspecto Negativo.	
2.1.6.	Punibilidad y su Aspecto Negativo.	
2.1.7.	Interpretación Jurídica.	
2.2.	Antecedentes del Código Penal para el Distrito Federal.	44
2.3.	Aspectos Generales.	49
2.3.1.	Tipo de Delitos. (Art. 7)	
2.3.2.	Dolo y Culpa. (Art. 9)	
2.3.3.	Tentativa. (Art. 12)	
2.3.4.	Autoría y Participación. (Art. 13)	
2.3.5.	Causas de Exclusión. (Art.15)	
2.3.6.	Concurso. (Art. 18 y 19)	
2.4.	Delitos Contra la Vida en el Código Penal del Distrito Federal.	60
2.5.	Delitos Contra la Integridad Corporal en el Código Penal del Distrito Federal.	60
2.6.	Delitos Contra las Personas en su Patrimonio de acuerdo al Código Penal del Distrito Federal.	61
2.7.	Delitos Sexuales en el Código Penal del Distrito Federal.	61
2.8.	Delitos Contra la libertad en el Código Penal del Distrito Federal.	62

CAPITULO III : LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

3.	Ministerio Público	63
3.1.	Titular de la Averiguación Previa.	
3.1.2.	La función Investigadora del Ministerio Público.	
3.1.3.	Bases Legales de la función Investigadora.	
3.1.4.	El Ofendido como Coadyuvante en la Averiguación Previa.	
3.1.5.	Garantías Constitucionales y Derechos del Indiciado durante la Averiguación Previa.	
3.2.	Hecho.	70
3.2.1.	Concepto de Averiguación Previa.	
3.2.2.	Inicio de la Averiguación Previa.	
3.2.3.	Requisitos de Procedibilidad. (Denuncia, Querrela)	
3.2.4.	Flagrancia, Flagrancia Equiparada y Caso Urgente.	
3.3.	El Cuerpo del Delito y la Probable Responsabilidad.	75
3.3.1.	Concepto del Cuerpo del Delito.	
3.3.2.	Comentarios al Artículo 122.	
3.3.3.	Concepto de Probable Responsabilidad.	
3.3.4.	Comentarios al Artículo 124.	
3.3.5.	Jurisprudencia Aplicable.	
3.4.	Diligencias Básicas de la Averiguación Previa.	78
3.4.1.	Generalidades.	
3.4.2.	Diligencias Básicas de la Averiguación Previa con Detenido.	
3.4.3.	Diligencias Básicas de la Averiguación Previa sin Detenido.	
3.4.4.	Diligencias de Solicitud a la Autoridad Judicial de Cateo.	
3.4.5.	Diligencias de Solicitud a la Autoridad Judicial de Arraigo.	
3.5.	Determinaciones.	85
3.5.1.	Ejercicio de la Acción Penal.	
3.5.2.	Ejercicio de la Acción Penal con y sin Detenido.	
3.5.3.	No Ejercicio de la Acción Penal Temporal y definitiva.	
3.5.4.	Incompetencia por Territorio, Materia y Monto.	
3.5.5.	Consignación, Elementos de Forma y Fondo del Pliego de Consignación.	

CAPITULO IV : CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES EN EL DISTRITO FEDERAL.

4.1.	Garantías Constitucionales del Proceso Penal.	91
4.1.1.	Artículos 13 a 21 Constitucionales.	
4.2.	Auto de Radicación.	96
4.3.	Declaración Preparatoria y Nombramiento de Defensor (Art. 287 a 296 Bis).	97
4.4.	Auto de Formal Prisión, de Sujeción a Proceso o de Libertad por falta de Elementos para Procesar.	99
4.5.	Tipos de Procedimientos.	100
4.5.1.	Procedimiento Sumario (Art. 305 a Art. 312).	
4.5.2.	Procedimiento Ordinario (Art. 313 y subsecuentes).	
4.6.	Pruebas.	102
4.6.1.	Medios de Pruebas.	
4.6.1.1.	Confesión.	
4.6.1.2.	Inspección.	
4.6.1.3.	Pericial.	
4.6.1.4.	Testimonial.	
4.6.1.5.	Confrontación.	
4.6.1.6.	Careos.	
4.6.1.7.	Documentales.	
4.6.2.	Valor Jurídico de las Pruebas en el Proceso Penal.	108
4.7.	Conclusiones.	109
4.8.	Sentencia.	110
4.9.	Recursos.	112
4.9.1.	Generalidades: Concepto, Tipos, Finalidad.	
4.9.2.	Apelación (Art. 414 a Art. 434).	
4.10.	Ejecución de la Sentencia.	115

CAPITULO V : PROPUESTA PARA LA DESCRIPCIÓN DE PERSECUCIÓN MATERIAL DENTRO DE LA FLAGRANCIA.

5.1.	Ubicación del Tema.	118
5.2.	Referentes Previos.	119
5.2.1.	Antecedentes Legales.	
5.3.	Planteamiento de la Situación Actual.	123
5.3.1	Marco Legal.	
5.3.2.	Problemática	
	Conclusiones.	129
	Propuestas.	133
	Bibliografía.	135

INTRODUCCIÓN.

En la ciudad de México actualmente se vive con el mayor índice delictivo en su historia, producto de diversos problemas sociales como el desempleo, la sobrepoblación, así como la deficiente impartición de justicia. Dicha deficiencia puede apreciarse, por ejemplo en la existencia de lagunas de la ley penal, tales como la omisión de la descripción de figuras mencionadas en el texto de los preceptos penales. Tal es el caso de la flagrancia.

La problemática que estos origina se puede ejemplificar cuando un presunto responsable es puesto a disposición del Ministerio Público por la comisión de algún ilícito penal, y el personal de dicha Representación Social, al realizar las diligencias correspondientes para la debida integración de la averiguación previa se encuentra ante el problema de cómo resolver un caso en el que no se encuentra acreditada fehacientemente la flagrancia por las deficiencias técnicas que integran dicho precepto. Por tal motivo, el Ministerio Público determina la libertad con las reservas de ley, de la persona que fue puesta a disposición, lo cual incrementa los índices de impunidad . De lo contrario, si se lograra la acreditación de la flagrancia, el Ministerio Público podría ejercitar acción penal con detenido.

Por lo anterior, y con el fin de culminar con el análisis del problema planteado, en el presente trabajo, se hace un estudio del Derecho Penal y del delito desde un punto teórico y legal. Se abordan los elementos del delito y sus aspectos negativos.

Por otra parte, se aborda la figura del Ministerio Público como titular de la averiguación previa y su función investigadora, para continuar con el planteamiento de las etapas del proceso penal, haciendo el análisis de la legislación correspondiente.

CAPÍTULO I: MARCO TEORICO DEL DERECHO PENAL Y DEL DELITO.

1. MARCO TEORICO DEL DERECHO PENAL Y DEL DELITO.

1.1. DERECHO PENAL.

El derecho penal ocupa un lugar preponderante, principalmente por tratarse de una disciplina jurídica que afecta los bienes indispensables para la convivencia social. En estas condiciones todos los aspectos del desenvolvimiento del derecho penal adquieren una relevancia especial, las bases culturales, las condiciones económicas, el sistema político en el que se ubica, todo ello influye y a su vez es influido por las normas jurídico- penales.

Asimismo se puede decir que entre los bienes protegidos penalmente se encuentran los más preciados para el ser humano como son: la vida, la integridad corporal, la libertad, la dignidad, la reputación, el patrimonio, etc.

Para definir lo que constituye la esencia del derecho penal, Luis Jiménez de Asúa quien a su vez es citado por Rafael Márquez Piñero, refiere como concepto propio del derecho penal: " Conjunto de normas y disposiciones jurídicas regulatorias del ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto

activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora".¹

Y siguiendo con las definiciones o conceptos del Derecho Penal podemos citar a Octavio Alberto Orellana Wiarco el cual refiere " es el conjunto de normas de derecho público que estudia los delitos, las penas y medidas de seguridad aplicables a quienes realicen las conductas previstas como delitos, con el fin de proteger los bienes jurídicos fundamentales de la sociedad y de los individuos".²

Por lo antes expuesto, queda claro que el derecho penal como disciplina jurídica es necesario para la obtención de un fin y ese fin no puede ser otro que proteger los bienes jurídicos, que lograr y llevar a cabo una convivencia social, recta y adecuada dentro de una sociedad.

1.1.1. DERECHO PENAL OBJETIVO.

1.1.1.1. CONCEPTO, OBJETO, FINES Y CARACTERES.

Al seguir con el estudio del derecho penal se pone de manifiesto que este derecho puede ser entendido en sentido objetivo y en sentido subjetivo. Por lo que se comenzará con el estudio del primero de los señalados:

¹ Márquez Piñero, Rafael. *Derecho Penal Parte General*. México. Trillas, 1999, pp 13 y 14

² Octavio Orellana Wiarco . *Curso de Derecho Penal Parte General*, México. Porrúa. , 1999, p. 5 .

Para dar un concepto del Derecho Penal Objetivo el maestro Eugenio Cuello Calón, quien de igual forma es citado por Rafael Márquez Piñero mismo que nos refiere: "Es el conjunto de Normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los delitos y las penas, y que integran la base de su sustentación del Derecho penal positivo".³

Por consiguiente como derecho penal objetivo, se debe entender que es ley, o norma que manda, que permite o que prohíbe, por lo que sé esta en presencia de normas que integran la legislación objetivamente considerada *ius peónale* y que aparecen conformando las respectivas leyes penales. Son las normas y reglas jurídicas que previenen los delitos, establecen las bases para individualizar las penas a los responsables y fijan las penas y medidas de seguridad.

Asimismo al realizar el estudio respectivo del Derecho Penal Objetivo se observa que éste cuenta con caracteres necesarios para su aplicación: Derecho Público, normativo, valorativo y finalista, que tiene la norma y el bien jurídico como polos de su eje y cuya naturaleza es eminentemente sancionadora, caracteres de los cuales se procede a dar breve explicación:

Normativo.- Se entiende como existencia de dos bloques, es decir las ciencias del ser y las del deber ser.

³ Márquez Piñero, Rafael. Op Cit, p 15

Público.- Por la regulación de las relaciones entre el estado y el individuo individuo.

Valorativo.- La filosofía de los valores ha penetrado profundamente en el Derecho.

Finalista.- Toda vez que si el derecho en estudio se ocupa en conductas, por lógica debe existir un fin.

1.1.1.2. LIMITES.

Al continuar con el estudio del Derecho Penal se coincide que debe regirse por principios que aseguren al Estado, a la sociedad y al individuo (víctima o victimario) ciertos derechos que un Estado debe cumplir. Y tales principios fundamentales son los siguientes:

Principio de legalidad, Principio de irretroactividad, Principio de intervención mínima, Principio de fragmentariedad, Principio de culpabilidad y Principio de Peligrosidad.

Este último principio de peligrosidad es necesario para el estudio de los límites objetivos y subjetivos, pero a continuación se mencionara el primero de ellos.

La peligrosidad implica el uso de medidas de seguridad, las cuales, al igual que las penas, deben tener límites, no deben aplicarse arbitrariamente.

Las medidas de seguridad deben considerar el hecho cometido, lo que viene a constituir el límite objetivo. Por lo consiguiente ninguna medida de seguridad será ni más gravosa ni de mayor duración que la pena que abstractamente sería aplicable al hecho realizado; toda vez que de lo contrario se estaría en presencia de garantías violatorias por el juzgador.

1.1.2. DERECHO PENAL SUBJETIVO.

1.1..2.1. CONCEPTO, TITULAR, IUS PUNIENDI .

Se comprende que el derecho penal subjetivo de acuerdo a Eugenio Cuello Calón, quien es citado por el maestro Rafael Márquez Piñero: "es el *ius puniendi*, el derecho a castigar, el derecho del Estado a conminar la realización de ciertas conductas típicas con penas, y en el caso de la ejecución de las mismas, a imponerlas y ejecutarlas".⁴

Por consiguiente queda claro que el único Titular de dicho Derecho es el Estado, ya que las normas emitidas por éste son dirigidas a todos los individuos que pertenecen al Estado, los cuales deben acatarlas, es decir se esta en presencia de un deber, ante las diversas conductas realizadas por los individuos que sean constitutivas de un ilícito penal, por lo que se reafirma que el Estado, para poder lograr una convivencia pacífica y con carácter de armonía en una sociedad, tiene ese multicitado deber.

⁴ Ibidem. p. 15

1.1.2.2. LÍMITES AL IUS PUNIENDI

Se ha señalado que el Estado es quien emite las normas y tiene el derecho de castigar, pero debe quedar claro que su facultad punitiva tiene como límite intraspasable los derechos de las personas.

Enseguida se mencionan diversos límites materiales del *ius puniendi* : Principio de necesidad de la intervención, Principio de la Protección de Bienes Jurídicos, Principio de dignidad de la persona.

Asimismo se hace notar que al estudiar al individuo que ha realizado alguna conducta delictiva, se está en presencia del límite subjetivo.

En cuanto al límite subjetivo de las medidas de seguridad, éstas deben ajustarse al límite necesario para prevenir daños sociales atendiendo un pronóstico de peligrosidad.

1.2. EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL.

1.2.1. ASPECTO TEÓRICO DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL.

Se dice que el Derecho Penal es una rama del Derecho Público, y el cual se ocupa entre otros temas fundamentales del estudio de la estructura del delito, en sus presupuestos y elementos, donde se destaca el estudio de la teoría del delito, con sus variadas sistemáticas como las teorías causalista, finalista y de la acción social,

1.2.1.1. ESCUELA CLÁSICA.

Se le adjudicó este nombre con un sentido peyorativo por parte de los positivistas, toda vez que no tiene en realidad la expresión clasicismo, y que es, más bien, lo consagrado y lo ilustre. Se trata de una escuela de contenido muy heterogéneo, que engloba tendencias distintas, incluso opuestas que llegaron a combatirse entre sí. La escuela clásica se caracteriza por su índole filosófica, por su sentido liberal y humanitario que alcanza su máximo a mediados del siglo XIX.

A pesar de la señalada diversidad entre los penalistas adscritos a la escuela Clásica, existen entre ellos indudables puntos de contacto, por lo que de acuerdo a Luis Jiménez de Asúa se exponen los " caracteres comunes de la escuela, siendo estos:

- a) Método lógico –abstracto, puesto que el derecho penal, por ser derecho, había de trabajarse con esa metodología.
- b) Imputabilidad basada sobre el libre albedrío y la culpabilidad moral.
- c) El delito como ente jurídico, ya que para los clásicos la acción delictiva no es un ente de hecho, sino el concepto jurídico del que se derivan todas las consecuencias de su sistema de derecho penal; y

d) La pena se concibe por los clásicos como un mal y como un medio de tutela jurídica".⁵

Asimismo cabe mencionar que entre los penalistas de aquellas épocas hay algunos que no creen en el libre albedrío o que asignan a la pena un fin de defensa.

1.2.1.2. ESCUELA POSITIVISTA.

Para entender el contenido de la escuela en estudio nos apoyamos en el concepto de Rafael Márquez Piñero, quien en su obra manifiesta: "el nacimiento de esta escuela puede situarse en la consecuencia de la aparición de las ciencias naturales en los estudios filosóficos, hecho ocurrido en el siglo XIX. La característica distintiva de positivismo no sólo es su concepción realista, sino fundamentalmente sus métodos inductivos de investigación científica frente a los deductivos empleados hasta su época".⁶ Se pone de manifiesto que el Positivismo está caracterizado por estos principios claramente opuestos a los que distinguían a los clásicos:

a) Método experimental. Si el delincuente es un hombre y a él hay que atender, y el delito un producto de factores, para su estudio y para el hallazgo de remedios puede y debe emplearse ese método y no el lógico-abstracto.

⁵ Luis Jiménez de Asúa. *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen 3, México, Harla, 1997, p. 22.

⁶ Rafael Márquez Piñero, *Op. Cit...* p 77

- b) Responsabilidad social, derivada del determinismo y temibilidad del delincuente.
- c) El delito para los positivistas, es un fenómeno natural y social producido por el hombre y
- d) La pena no debe de ser un castigo, sino un medio de defensa social.

De lo anterior se puede decir que la escuela positivista se basa en todo momento en la peligrosidad del delincuente, además es necesario manifestar que los máximos representantes de la escuela positiva son: Cesar Lombroso, cuya obra fundamental es el *Uomo delinquente*, Enrique Ferri con su *Sociologia Criminale*, y Rafael Garófalo con su *Criminología*. Los tres tratadistas han sido llamados los evangelistas y sus textos mencionados constituyen los evangelios de la escuela positiva.

1.2.1.3. TERZA SCUOLA.

Se llamó Terza scuola según el maestro Luis Jiménez de Asúa: "la variedad italiana del positivismo crítico, puesto que la primera era la clásica y la segunda la positiva".⁷ Sus más conocidos representantes fueron Carnevale y B. Alimena. Siguiendo con el estudio se puede manifestar que las características de la Terza scuola fueron:

⁷ Jiménez de Asúa, Luis, Op. Cit., p.32

- a) Afirmación de la personalidad del derecho penal contra el criterio.
- b) Exclusión del tipo criminal.
- c) Reforma social como deber del Estado.

Así se comprende que conciliar la justicia y el finalismo fue el afán de estos escritores, que continúan la tradición de las escuelas mixtas, en que la justicia y la utilidad se amalgaman.

1.2.2. EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL EN MÉXICO.

1.2.2.1. ÉPOCA PREHISPÁNICA.

Se puede decir que los regímenes sociales en que se estructuraban los pueblos prehispánicos eran primitivos y rudimentarios teniendo como autoridad máxima al Tlatoani; asimismo existían en algunos pueblos Consejos de ancianos y sacerdotes que eran los que aconsejaban al jefe supremo en las cuestiones trascendentales de la sociedad existente, así también la conciencia jurídica se debe a factores religiosos que deban al soberano un poder ilimitado.

Así también es posible afirmar que la vida social de los pueblos existentes en México durante la época en estudio se rigió por reglas consuetudinarias tal y como lo afirma Burgoa al decir: "existía entre ellos un conjunto de prácticas que regulaban las relaciones propiamente civiles entre los miembros de la comunidad y fijaban cierta penalidad para

hechos considerados como delictuosos, quedando la observancia de tales prácticas, en el terreno contencioso, al criterio o arbitrio del jefe supremo".⁸

1.2.2.2. ÉPOCA COLONIAL.

La presente etapa tiene su inicio en el descubrimiento de América en el año de 1492, con la llegada de Cristóbal Colón al continente americano, para posteriormente en el año de 1521 darse la conquista en los pueblos que en ese entonces habitaban el territorio mexicano, para así convertirse en la Nueva España.

Durante los inicios del período en estudio, el derecho Colonial se integra al derecho Español propiamente dicho en sus formas legal y consuetudinaria, así como por las costumbres indígenas; lo cual se puede ver claramente en lo que Ignacio Burgoa señala: "al consumarse la conquista de México y al iniciarse la colonización de las tierras recién dominadas, la penetración jurídica española se encontró con un conjunto de hechos y prácticas sociales autóctonas, las cuales lejos de desaparecer y quedar eliminadas por el derecho peninsular, fueron consolidadas por diversas disposiciones reales y posteriormente por la recopilación de leyes de Indias de 1861".⁹

⁸ Burgoa Orihuela, Ignacio. *Garantías Individuales*, México, Porrúa, 1978, p. 112

⁹ *Ibidem*, p.113

En las colonias españolas la autoridad máxima y suprema era el rey de España el cual era representado en la Nueva España primeramente por capitanes generales y posteriormente por virreyes; descansando dicha autoridad sobre principios de origen divino derivados de postulados cristianos; dichas tendencias quedan asentadas en las célebres "Leyes de Indias", que no son otra cosa que la recopilación de derecho hispánico y las costumbres aborígenes.

Se puede apreciar claramente que las "Leyes de Indias" fueron la fuente primordial de derecho neo-español, pues éstas rigieron múltiples aspectos de la vida colonial. Asimismo, se debe mencionar que las "Leyes de Castilla" también tuvieron importancia, en virtud de que se aplicaban supletoriamente a las mencionadas "Leyes de Indias", como lo deja ver claramente Burgoa al afirmar: "por otra parte, las Leyes de Castilla tenían también aplicación en la Nueva España con un carácter supletorio, pues la recopilación de 1681 dispuso que " en todo lo que no estuviese ordenado en particular por las Indias, se aplicaran las "Leyes de Castilla".¹⁰

¹⁰ Burgoa Orihuela, Ignacio, *El juicio de Amparo*, México, Porrúa, p. 96

1.2.2.3. EPOCA INDEPENDIENTE.

La emancipación de la Nueva España se empieza a preparar años antes del grito de independencia en el pueblo de Dolores, sucedido el quince de septiembre de 1810, con el cual se da inicio al movimiento independiente; pero hasta ese momento seguía rigiendo la "Recopilación de Indias".

El 12 de marzo de 1812 es expedida en España la primera Constitución denominada "Constitución de Cádiz", en la cual se suprimen las desigualdades que existían entre criollos, mestizos e indios, estando esta Constitución vigente hasta la consumación de la independencia en la Nueva España.

El 18 de marzo de 1812 se expidió por las Cortes Generales y Extraordinarias de la nación Española la primera Constitución Monárquica de España, cuyo ordenamiento puede decirse que estuvo vigente en México hasta la consumación de su independencia registrada el 27 de septiembre de 1821 con la entrada del llamado "Ejército Trigarante" a la antigua capital novohispana.

Cabe decir que a partir de este momento se experimenta un cambio jurídico y político en la Nueva España, en virtud de que comienza a regir un orden constitucional. Así se observa que a través de la historia de los documentos Constitucionales, han existido dos criterios: el primero de

ellos que omite hablar de la figura jurídica de la flagrancia y el segundo, en el cual se reconoce su existencia.

A continuación se presenta el primero de los criterios mencionados, para lo cual se citan todos aquellos documentos constitucionales en los que no se hace referencia al delito flagrante tomando en consideración su orden de aparición en la historia:

."Constitución de Apatzingan" o "Derecho Constitucional para la Libertad de la América Mexicana" de octubre de 1814.

."Constitución Federativa" de 1824.

."Proyecto de Reformas a las leyes Constitucionales", de fecha 30 de junio de 1840.

."Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana" de fecha 25 de Agosto de 1842.

."Segundo proyecto de Constitución Política de la República Mexicana", de fecha 2 de noviembre de 1842

."Escrito de Bases Orgánicas de la República Mexicana" sancionado por el Supremo Gobierno, en fecha 12 de junio de 1843.

."Código Postal de los Estados Unidos Mexicanos" del 1º de enero de 1884.

En este orden de ideas es oportuno decir que los documentos señalados con antelación omiten en su texto todo lo referente a la

flagrancia o delito flagrante, por lo cual se puede entender que cualquier persona en cualquier momento podía detener al presunto responsable que hubiese realizado algún ilícito.

Por lo que se refiere al segundo de los criterios, es decir, los documentos que advierten la presencia de la flagrancia, se mencionan los siguientes:

."Constitución de Cádiz", de fecha 18 de marzo de 1812.

."Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano", del 15 de septiembre de 1822.

."Leyes Constitucionales de la República Mexicana", de fecha 24 de diciembre de 1836.

."Fracción VI del artículo 5º del voto particular de la minoría de la Comisión Constituyente" del 26 de agosto de 1842.

."Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana", del 15 de mayo de 1843.

."Proyecto de Constitución Política Mexicana" de fecha 16 de junio de 1856.

."Constitución Política de la República Mexicana", en fecha 5 de febrero de 1857.

."Decreto del Cuartel- Maestre ", de fecha 28 de diciembre de 1860.

." Mensaje y Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza", del 1º de diciembre de 1916.

Por tal motivo se debe mencionar que el primer antecedente Constitucional de la flagrancia como figura jurídica se da en la "Constitución de Cádiz", al señalar en su artículo 292 lo siguiente: Artículo 292.- In fraganti todo delincuente puede ser arrestado y todos pueden arrestarle y conducirlo a la presencia del juez: presentado o puesto en custodia, se procederá en todo como se previene en los artículos precedentes".¹¹

A partir de este momento todos los documentos anteriormente señalados hacen referencia al delito flagrante al mencionar en sus textos las palabras "delito In fraganti", " el delincuente In fraganti " o "flagrante delito".

Claramente se puede notar que la figura jurídica en estudio fue traída de España mediante la "Constitución de Cádiz" y adoptada por los legisladores mexicanos, aunque en algunas ocasiones, como ya se mencionó, se omite hablar de ella.

¹¹ H. Cámara de Diputados, *Derecho del Pueblo Mexicano*. México. 4ª ed. Porrúa, 1994, p.202.

1.2.2.4. ÉPOCA CONTEMPORÁNEA

El presente punto se inicia con la transcripción del texto original del Artículo 16 Constitucional, el cual establece: "Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito por la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá liberarse ninguna orden de aprehensión o detención a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquellas por declaración bajo protesta de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos del flagrante delito, en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes cuando no haya en lugar ninguna autoridad judicial, y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención del acusado, poniéndolo inmediatamente de la autoridad judicial. En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que se ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluir una acta

circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o, en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

La autoridad administrativa podrá participar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos".¹²

Se observa con claridad que el texto original de este artículo se divide en dos párrafos, en el primero de ellos se contempla exclusivamente la figura jurídica de la flagrancia. Por otra parte, cabe hacer mención que en decreto Constitucional emitido por el C. Presidente de la República Mexicana don Venustiano Carranza señala que la Constitución de los Estados Mexicanos deberá entrar en vigor el 1º de mayo de 1917, y en cuya fecha debe instalarse el Congreso Constitucional y prestar la protesta de ley el ciudadano que resulte electo en las próximas elecciones para ejercer el cargo de Presidente de la República, siendo de esta manera que en la fecha mencionada dicha

¹² *Diario Oficial de la Federación*, Tomo V, 4ª Época, 5 de febrero de 1917, pp.149 y 150.

Constitución comienza a regir la vida jurídica del país.

Este Artículo Constitucional se conserva intacto desde su expedición en el año de 1917 hasta 1983, cuando se encuentra como primer mandatario en México el C. Miguel de la Madrid Hurtado, mismo que en la fecha dos de febrero del mencionado año promueve una reforma al artículo en estudio al cual se le adicionan dos párrafos, que a la letra dicen:

“Artículo 16...

La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todos los registros, y su violación será penada por la Ley.

En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente”.¹³

De lo anterior se desprende que esta primera reforma al texto original no altera el contenido de la figura jurídica de la flagrancia y únicamente queda dividido en cuatro párrafos.

Aparece una segunda reforma al Artículo en estudio de fecha 3 de septiembre de 1993, impulsada por el C. Carlos Salinas de Gortari, en la

¹³ *Diario Oficial de la Federación*, 3 de febrero de 1983, p.4

cual se observan cambios muy notorios, quedando el artículo de la siguiente forma:

"Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento.

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

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

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

Solo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia, siempre y cuando no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar y circunstancia, el

Ministerio Público podrá bajo su responsabilidad ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

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

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos en que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso será sancionado por la ley penal".¹⁴

Esta reforma es muy importante en virtud de que sufre diversas modificaciones el artículo 16 Constitucional, ya que, por principio de cuentas, se divide en nueve párrafos: la parte inicial queda como en el texto original, en el primero ya se habla de la pena privativa de la libertad y de los datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado; el párrafo segundo se adiciona; en el párrafo tercero ya se menciona al Ministerio Público, al cual se le pondrán en inmediata disposición los indiciados; asimismo en el párrafo cuarto menciona nuevamente al Representante Social atribuyéndole la

¹⁴ *Diario Oficial de la Federación*, 3 de septiembre de 1993, p.6

facultad de girar órdenes de detención, siempre y cuando funde y motiven su proceder; se adicionan los párrafos quinto y sexto, señalando además un término de cuarenta y ocho horas, dentro del cual el Ministerio Público deberá resolver la situación jurídica del indiciado, periodo que se puede aumentar cuando se trate de delincuencia organizada; los párrafos siguientes no sufren modificación alguna y conservan la forma que tenían hasta antes de la citada reforma.

Para finalizar el presente punto debemos mencionar como última reforma al artículo 16 constitucional, la sucedida el 3 de julio de 1996, promovida por el Doctor Ernesto Zedillo Ponce de León, actual presidente constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, misma que adiciona dos párrafos al artículo en análisis, como noveno y décimo, hecho lo cual los párrafos subsecuentes se recorren en su orden. Cabe señalar que la citada reforma no altera en absoluto lo referente a la figura jurídica en estudio.

1.3. DELITO.

1.3.1. NOCION DEL DELITO.

La palabra Delito deriva del verbo latino “*delinquere*” y significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley”.¹⁵

No es posible dar una definición exacta de Delito valida para todas las épocas y todas las naciones, ya que es un concepto que varía en atención al tiempo y al espacio. Es decir que el delito hunde sus raíces en la vida social, económica, cultural y jurídica de cada pueblo. Por consiguiente lo que ayer fue penado como delito, actualmente puede no serlo y viceversa por las distintas necesidades de una sociedad.

1.3.1.1. FORMAL, DOCTRINAL, LEGAL .

Para dar una definición de la Noción Jurídico Formal citamos a Cuello Calón, quien lo define: “como la acción prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena”.¹⁶

Al hacer el estudio de la presente noción y del concepto antes citado, se puede argumentar que si no hay ley sancionadora no existe delito, aunque se hubiera dado una conducta inmoral dentro de la sociedad.

¹⁵ Castellanos Tena, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, 37 ed, México, Porrúa. 1993, p.126.

¹⁶ Cuello Calón, Op. Cit. p.289.

Para continuar y dar una noción Doctrinal citamos a Carlos Juan Manuel Daza Gómez quien refiere: "la teoría clásica considera al delito como la conducta típica, antijurídica y culpable. Para el finalismo sólo existen tres elementos: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad".¹⁷

Para el finalismo sólo existen tres elementos: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad

De lo anterior y coincidiendo con el maestro Carlos Juan Manuel Daza Gómez, para la debida impartición del derecho, el concepto suscrito por el finalismo es el adecuado.

Por último para dar una noción legal del delito, se recurre al Código Penal Vigente para el Distrito Federal, y en su artículo 7º se dice: "Es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".¹⁸

Esta definición concuerda con algunos autores que opinan que sólo es aceptable lo que la misma ley positiva describe. Precepto que se entiende como la conducta humana que exterioriza la voluntad que realiza el agente, o bien por dejar de hacer algo positivo exigido por la misma ley, lo cual conduce a que se lleve acabo la conducta delictiva en el mundo exterior.

¹⁷ Daza Gómez, Carlos Juan Manuel, *Teoría General del Delito*, México, Cárdenas Editores, 1997, p.57

¹⁸ *Código Penal Vigente para el Distrito Federal*, México, Porrúa, 2000 p. 12.

1.3.1.2. PRESUPUESTOS.

Para dar una definición de los presupuestos citamos a Eduardo López Betancourt, que manifiesta: "podemos definir a los presupuestos del delito como aquellos antecedentes jurídicos necesarios para la realización de la conducta o hecho descrito por el tipo penal, de cuya existencia depende el delito".¹⁹

Por lo anterior se entiende que en una conducta antijurídica es necesario que se encuentren reunidos y satisfechos los diversos elementos que hagan presumir la responsabilidad de quien cometa el acto delictivo.

Siguiendo con el estudio de la doctrina en relación a los presupuestos, se encuentran dos corrientes, en una de estas negándolos y en otra aceptándolos, y en esta última diversos autores realizan una clasificación de Presupuestos de delito generales y Presupuestos de delito especiales.

Los Presupuestos de Delito Generales son: a) La norma penal, b) el sujeto activo y pasivo, c) la imputabilidad, d) el bien tutelado, e) el instrumento del delito.

¹⁹ López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito*, 6ª ed. México, Porrúa, 1998 p.33

Los Presupuestos de Delito Especiales son: a) un requisito jurídico, b) previo a la realización de la conducta o del hecho y c) necesario para la existencia del título o denominación del delito respectivo.

1.3.2. EVOLUCIÓN DOCTRINAL.

1.3.2.1. TEORÍA CAUSALISTA Y FINALISTA DE LA ACCIÓN.

En principio se abordará la teoría causalista , y para definir la misma se cita a Roberto Reynoso Dávila “La teoría causalista considera el delito como un comportamiento humano dependiente de la voluntad que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior, trata a la conducta como factor causal del resultado, sin tomar en cuenta la intención que llevó al sujeto a cometerla”.²⁰

De acuerdo a lo anterior, se puede decir que existe una acción delictiva cuando el sujeto tiene la voluntad de realizarla, sin importar la finalidad del mismo; es decir, existe una acción y un resultado, pero necesariamente debe darse un cambio que produzca un efecto.

Por otra parte, para dar una definición de la Teoría finalista, se sigue a Eduardo López Betancourt, quien citando a Jescheck, Hans-Heinrich, señala: “La acción no es sólo un proceso causalmente dependiente de la voluntad, sino por su propia esencia, ejercicio de la actividad final.

²⁰ Reynoso Davila, Roberto, *Teoría General del Delito*, 2ª ed. México) Porrúa, 1997 p.11.

La finalidad obedece a la capacidad del hombre de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su comportamiento causal y de conducir el proceso según el plan a la meta perseguida mediante la utilización de recursos".²¹

De acuerdo con lo anterior, en la teoría finalista, el sujeto que tiene capacidad de conocer y querer, realiza la conducta sabiendo de antemano el resultado y la finalidad del mismo; es decir, se está en presencia de una violación al derecho, además de que el sujeto tiene conciencia de la conducta desplegada.

Asimismo, sí en la teoría finalista existe el tipo penal del que se trate, este se encuentra contenido en la norma jurídica.

De igual forma es importante señalar lo que es acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, mismas figuras que a continuación se enuncian de acuerdo a la escuela causalista y finalista.

Causalismo:

Acción.- Movimiento corporal voluntario

Tipicidad.- Descripción en la ley, de preponderancia a elementos objetivos y materiales.

Antijuridicidad.- Contrario al derecho.

Culpabilidad.- Contiene como especies de culpabilidad el dolo y la culpa.

Finalismo:

²¹ López Betancourt, Eduardo. Op. Cit. p.7.

Acción.- Toda acción humana tiene una finalidad, por lo tanto es vidente y no ciega como en el causalismo.

Tipicidad.- No solo atiende a elementos objetivos o materiales, sino también elementos subjetivos distintos al dolo y culpa, siendo elementos normativos y valorativos etc.

Antijuridicidad.- No solo contrario a derecho, sino además se integra por elementos subjetivos contenidos desde el tipo penal para reprocharle al sujeto su actuar por violar una norma prohibitiva.

Culpabilidad.- Contiene la capacidad de comprender el contenido de la norma y conducirse el sujeto de acuerdo a ella. La no exigibilidad de otra conducta y la imputabilidad como elemento de la culpabilidad.

CAPITULO II: MARCO LEGAL EN RELACION AL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

2.1. ELEMENTOS DEL DELITO Y ASPECTOS NEGATIVOS.

El presente capítulo se fundamentará ubicara en la teoría finalista que es la consecuencia de la evolución del Derecho Penal, ya que en la práctica resulto insuficiente la doctrina clásica; por lo que el pensamiento de diversos autores que hemos destacado en el presente trabajo llevaron consigo la reestructuración de diversos estratos o niveles de la teoría del delito.

Asimismo la teoría finalista deriva, de las ideas expuestas, la afirmación de que el legislador al crear los tipos penales debe estar sujeto a las estructuras permanente de la teoría del delito, y que no debe violentar esas estructuras, sin caer en evidentes consigo mismo.

Por lo anterior el legislador debe partir de los conceptos de acción, de antijuridicidad y culpabilidad, como estructuras fundamentales, que nos servirán para preservar los derechos fundamentales del hombre.

2.1.1. CONDUCTA Y SU ASPECTO NEGATIVO.

Sobre conducta, como uno de los elementos del delito, al realizar su estudio respectivo encontramos diversos conceptos por los autores, por lo que se da el concepto de conducta de acuerdo al maestro Fernando

Castellanos Tena, quien nos manifiesta lo siguiente: "La conducta es el comportamiento humano, voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito".¹

Por lo anterior se comprende que dentro de la conducta existe ya sea una acción u omisión.

Asimismo se hace alusión a los elementos primordiales de la conducta que son:

A) Sujeto Activo.

B) Sujeto Pasivo.

El sujeto Activo es quien realiza la conducta ilícita y, de acuerdo a diversos autores, éste siempre será el hombre por su capacidad como ser pensante, por consiguiente es el único sujeto activo de un delito, por no poderse atribuir conducta delictiva a animales o cosas. Y por lo que hace a las personas morales de igual forma no se les puede atribuir conducta delictiva por carecer de voluntad.

Por lo tanto se resume que el sujeto activo es el que realiza la conducta.

Asimismo podemos manifestar que el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido por la norma penal y es quien resiente directamente los efectos del delito.

¹ Castellanos Tena Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, México, Porrúa, 1999, P. 149.

Al continuar con nuestro estudio es necesario manifestar que la acción es el movimiento corporal, el hecho voluntario del hombre y la actividad volitiva humana que produce cambios en el mundo exterior, y que sus componentes son: El acto de voluntad corporal, el resultado y nexos causales.

La ausencia de conducta o aspecto negativo de la misma, se da cuando el sujeto realiza una conducta de apariencia delictuosa, pero dicha conducta no puede atribuirse a la persona como un hecho voluntario, en donde se estaría en presencia de una fuerza física irresistible, entre las que estarían entre otras el hipnotismo y sonambulismo.

Es decir, que el sujeto no culmina su voluntad y no tiene fines ni propósitos.

2.1.2. TIPLICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

La vida diaria presenta una serie de hechos contrarios a la norma y que por dañar un alto grado la convivencia social, se sancionan con pena.

El código o las leyes los definen y los concretan para poder castigarlos.

Esa descripción legal, desprovista de carácter valorativo, es lo que constituye la tipicidad. Y consultando a Jiménez de Asúa este refiere que "el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador,

descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito".²

Por lo anterior se pone de manifiesto que el tipo es abstracto y estático, en tanto que la tipicidad es concreta y dinámica.

Asimismo se hace mención que la tipicidad es el encuadramiento de la conducta realizada por el sujeto en el tipo penal. Por consiguiente el Tipo es la descripción legal de la conducta.

Los elementos del tipo se dividen en objetivos y subjetivos, mismos que a continuación se enumeran:

Elementos Objetivos:

- a) Bien Jurídico Tutelado.- Es el ente individual o colectivo protegido por las normas penales.
- b) Objeto Jurídico.- Es el ente corpóreo en el que recae la acción del sujeto activo.
- c) Sujeto Activo.- Es el ser que a través de su voluntad, encamina su acción afectando un bien jurídico tutelado protegido.
- d) Sujeto Pasivo.- Es el ser humano o ente que se ve afectado por la acción del sujeto activo.
- e) Medios.- Son las circunstancias materiales de tiempo, de modo, y de ocasión.

² Jiménez de Asúa, Luis, *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen 3, México, Harla, 1997, p. 154.

Elementos Subjetivos:

- a) Dolo.- Es la finalidad de la conducta cuando ha sido tipificada:
- b) Culpa.- Se define como la violación de un deber de cuidado por lo que necesariamente, la acción a realizar esta descrita en la ley o por lo menos reglamentada.

Al continuar con el estudio de la tipicidad y su aspecto negativo, citamos al maestro Osorio y Nieto, quien refiere: "Que no hay delito sin tipo legal, razón por la cual podemos colegir que cuando el legislador no describe una conducta dentro de las leyes penales, tal conducta no es delito, es decir haya ausencia de tipo cuando no existe descripción legal de una conducta delictiva".³

Por consiguiente, cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo denominado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo, si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa.

2.1.3. ANTIJURIDICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

Al estudiar a varios autores podemos manifestar que se define dogmáticamente a la antijuridicidad como todo aquello contrario a derecho.

³ Osorio y Nieto Cesar, *Síntesis de Derecho Penal, Parte General*, México, Trillas, 1998, p.60.

Asimismo en la antijuridicidad existen dos posturas, denominadas formal y material, las cuales se procede a explicar:

Formal.- Se entiende como la que cuenta siempre con la presencia de la interpretación de los tipos legales, lo que textualmente esta descrito en los tipos.

Material. Se refiere hacia donde se dirige la ley en lo individual o lo colectivo.

Lo antijurídico también se debe entender a través de dos teorías que enseguida se enuncian:

1.- *Teoría Indiciaria.* Se dice que la tipicidad da los indicios de la antijuridicidad.

2.- *Teoría de la Razón Esencial.* Se dice que la antijuridicidad es condición necesaria para llegar a la tipicidad.

Por otra parte, cuando la conducta realizada por el sujeto activo se encuentra permitida por el derecho, dicha conducta no es antijurídica, pues no viola ninguna norma penal, no choca con el orden jurídico, no rompe el marco normativo de la sociedad; estamos en presencia del aspecto negativo de la antijuridicidad . Lo cual nos lleva a plantear las siguientes conductas:

a) *Conductas Permisivas.* Son aquellas en las cuales el sujeto si actúa contrario a derecho, se acreditó la tipicidad, surgió la ilicitud y a pesar de esto la misma ley las permitió por ser necesarias. Ejemplo: Legítima defensa.

- b) *Estado de Necesidad Justificante*. Lleva al sujeto activo por obra real y de hecho a violentar la norma en defensa de un bien jurídico propio o ajeno de igual o mayor jerarquía al que pone en riesgo, que mide la razón y por supuesto la necesidad.

2.1.4. CULPABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

La culpabilidad en la teoría del delito se refiere a juicios de reproche que se le hacen al sujeto activo atendiendo a su capacidad objetiva y subjetiva, de tal forma que esto lleva a lo siguiente:

- a) La exigibilidad del comportamiento.
- b) Reprochabilidad del comportamiento y por lo tanto la imputabilidad.

El maestro Jiménez de Asúa define la culpabilidad como “el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica”.⁴

Por consiguiente la culpabilidad se presenta en las formas siguientes:
Dolo o culpa.

⁴ Jiménez de Asúa, Luis. *La ley y el Delito*. Argentina. Hermes. 1954. p.223.

El dolo se manifiesta cuando el sujeto activo ha pensado la conducta que va a realizar y el resultado de esa conducta, y por voluntad propia decide llevar a cabo lo que en su mente se presento, por lo que se afirma que la conducta dolosa es intencional y voluntaria.

La culpa la encontramos cuando el sujeto activo no desea realizar una conducta que lo lleve a cometer un acto o conducta delictiva, pero por un actuar imprudente, negligente, carente de atención, cuidados y reflexión, lo cual origina un resultado previsible y delictuoso. En este caso estamos en presencia de una conducta imprudencial o culposa.

Asimismo es necesario manifestar que el error es una parte fundamental dentro de la culpabilidad, existiendo el error de tipo y el error de licitud.

Existe error de tipo en el caso de que un sujeto, por falso concepto de la realidad, invencible, ignora que integra una figura típica, es decir, un delito si el activo no conoce, para circunstancias invencibles, al cometer el hecho los elementos del tipo legal, actuando bajo una causa de inculpabilidad.

El error de licitud se produce cuando el individuo cree encontrarse ante una causa de justificación, por error invencible; es decir, tiene un falso concepto sobre los presupuestos típicos de una causa de justificación.

El aspecto negativo de la culpabilidad es la inculpabilidad, o sea, la ausencia del elemento culpabilidad. Y de acuerdo a Jiménez de Asúa " la inculpabilidad consiste en la absolucón del sujeto del juicio de reproche".⁵

Pero es necesario manifestar que el juicio de reproche se encuentra presente en la esencia del normativismo, y que este consiste en fundamentar la culpabilidad, en la exigibilidad o imperatividad dirigida al sujeto activo capacitados para comportarse con forme al deber. Es decir, la culpabilidad es reprochabilidad, se reprochará al autor el que no ha actuado conforme a derecho, el que se ha decidido a favor de lo injusto, aun cuando podía comportarse conforme a derecho.

La inculpabilidad también se presenta cuando una persona actúa en forma aparente delictuosa, pero no se le puede reprochar su conducta por existir una causa de inculpabilidad. Por la ausencia de conocimiento o voluntad en la realización de la conducta.

2.1.5. IMPUTABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

La imputabilidad se define según Castellanos Tena, "como la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal".⁶

Asimismo, Carranca y Trujillo refiere que "será imputable todo aquél que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e

⁵ Ibidem, p. 418

⁶ Castellanos Tena Fernando. Op. Cit., p. 218

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 humana".⁷

Una vez que han sido señalados conceptos de la imputabilidad, se hace mención que existen los elementos de la punibilidad señalados a continuación:

c) Intelectual.- Capacidad para comprender.

d) Volitivo.- Capacidad de desear un resultado.

Por otra parte es necesario hacer mención y señalar que la responsabilidad se encuentra aunada a la imputabilidad, por lo que se considera necesario citar al maestro Castellanos Tena quien define La Responsabilidad como "el deber jurídico en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad del hecho realizado".⁸

Al continuar con el estudio de la imputabilidad podemos entender que su aspecto negativo, es la inimputabilidad, la cual se describe como la incapacidad para entender y querer en materia penal. Por lo que se enuncian las causas de inimputabilidad que son:

a) Minoría de edad.

⁷ Carranca y Trujillo, *Derecho Penal Mexicano*, México, Porrúa, 1955, p.222

⁸ Castellanos Tena Fernando, *Op. Cit.*, p. 219

- b) Trastorno mental.
- c) Desarrollo Intelectual retardado.

2..1.6. PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

Una vez que existe un hecho típico, antijurídico y culpable debe ser punible y sancionado con una pena tal comportamiento delictuoso.

Asimismo existen condiciones objetivas de punibilidad y mismas que son definidas por Castellanos Tena como "aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación".⁹

Esta condicionalidad objetiva se debe entender como un requisito, una circunstancia, un dato que deben darse para que opere la penalidad, pero debe quedar claro que en contados casos se presentan tales condiciones.

Por consiguiente para tratar el aspecto negativo de la punibilidad es menester señalar que en casos excepcionales señalados expresamente por la ley, y posiblemente en atención a razones que estimamos de política criminal, se considera conveniente no aplicar, en el caso concreto, pena alguna al sujeto activo del delito.

⁹ Castellanos Tena Fernando, Op. Cit. P. 271.

2.1.7. INTERPRETACIÓN JURÍDICA.

La interpretación jurídica es el punto de partida para analizar de manera sistemática , lógica y técnica los alcances de un cuerpo legal, de una ley o de un enunciado.

La interpretación se puede hacer para fines prácticos siguiendo el orden de lo general a lo particular aduciendo el punto de vista del interprete.

Asimismo existen diversas formas de interpretación de las cuales se procederán a señalar:

Interpretación 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 de las ciencias jurídicas (relación de los hechos con el mundo jurídico). Aunado a lo anterior existen diversas escuelas que a continuación se citaran.

Escuela Exegética. Hace referencia a un modelo directo de análisis, enunciado normativo y gramática –semiótica. Asimismo existe un modelo indirecto que se dirige al juzgador o aquellos sujetos que participan como autoridades, ya sea Ministerio Público o legisladores, dejando los modelos sistemáticos para los defensores. (Esta sirve para analizar textos y se utiliza a través del sentido de las palabras).

Escuela Histórica. Lo importante de esta escuela es sancionar el objetivo de los enunciados legislativos. Esta va de lo real objetivo a un fin para llegar a la voluntad del legislador. (Lleva a reprochar más de lo del legislador, y la ley es producto del acontecer histórico).

Escuela Libre de Derecho. Lo único que importa es la existencia de las normas porque estamos en presencia del sistema positivo, pero no deben de limitar el interés particular. Interpretar en esta escuela es también argumentar.

Sistema de Jerzy. Tiene un sistema de interpretación basado en la crítica lógica de la construcción de enunciados incluyendo en cada enunciado todas las reglas de interpretación de la hermenéutica cuidando solamente que no sea contradictorias, el sistema de interpretación de Jerzy se refiere más a la argumentación verbal y al arte del conocimiento. Este sistema se utiliza básicamente en la formulación de alegatos si se es defensor y en la técnica legislativa si se es autoridad, utilizando siempre silogismos hipotéticos.

Tópica.- La Tópica es un sistema de argumentación y de interpretación basado en el manejo de conceptos que subordinan premisas de manera lógica. La Tópica viene de topos que significa lugar y en el mundo del derecho, concepto adecuado para subordinar normas jurídicas y siempre va de lo general a lo particular.

En esta escuela existe una relación conceptual entre el objeto y circunstancias de la ley.

Estando presente en todo momento la gramática y la lógica.

Asimismo existe dentro de esta escuela Topica diversas herramientas que se enseguida se enuncian:

1.- *Topoi*. Es la idea o concepto movible, punto de vista y además como un agente técnico.

2.- *Aporia*. Esta siempre cuenta con elementos de validez, positivos o negativos. Además de que tiene como elemento fundamental en el derecho, la gramática.

3.- *Endoxa*. Es la garantía de corrección escrita u oral

4.- *Teoría del status*. Este significa punto jurídico o dogmático donde el topoi se puede relacionar con conceptos secundarios o bien con varios conocimientos.

5.- *Estagarita*. Es el punto problemático, subordinación de elementos y la correlación normativa.

2.2. ANTECEDENTES DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Los antecedentes remotos del Código Penal para el Distrito Federal se encuentran en el Derecho Penal Independiente, el cual se estudio en el capítulo anterior, por lo que únicamente se realizara la enunciación de los Códigos en forma cronológica:

“El primer Código Penal Vigente en la República de acuerdo a investigaciones por el penalista Celestino Porte Petit, hicieron saber que correspondió el honor al Código Penal, también de Veracruz, promulgado por Decreto de 28 de abril de 1835, del Gobernador del Estado, General Don Miguel Palacios, siendo Secretario de gobierno Don José Díaz Mirón, el cual fue modificado y adicionado en el año de 1849, y que se integro en tres partes, la primera relativa a las Penas y normas generales sobre el delito, en dos títulos que comprendió 38 secciones; la segunda que se denominó De los delitos contra la sociedad, con ocho títulos y 49 secciones, en tanto la tercera parte comprendió los Delitos contra los particulares, en tres títulos y 15 secciones”.¹⁰

Al Código Penal de 1835, le sucede el Código Penal de Corona de 1869, “denominado así porque Don Fernando de Jesús Corona, siendo magistrado en el estado de Veracruz , realizo los correspondientes proyectos de las materias penal, civil y de procedimientos, siendo auxiliado en sus trabajos por sus compañeros magistrados”.¹¹

Posteriormente se dio origen al Código Penal de 1871, conocido como Código de Martínez de 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

¹⁰ Porte Pett, Celestino. *Evolución Legislativa Penal en México*. México. Editorial Jurídica Mexicana. 1965. p.12-13.

¹¹ Pavon Vasconcelos, Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. México. Porrúa. 1999. p.78

segundo, Responsabilidad Civil en materia criminal; el tercero, De los delitos en particular; y el cuarto, De las faltas.

Dicho Código 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 atenuantes.

En fecha 30 de Septiembre de 1929 surgió el Código de Almaraz, el cual 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).

Las críticas a este Código pusieron en evidencia sus defectos, señalándose su inclinación a la doctrina positivista que no encontró verdadera expresión en su texto, el cual no se separó radicalmente de su antecesor de 1871.

Ante el notorio fracaso de la legislación penal de 1929, se integró una comisión que redactó un proyecto de Código Penal que el Presidente Pascual Ortiz Rubio hizo ley mediante Decreto de 13 de Agosto de 1931, el cual se publicó en el Diario Oficial de la Federación. Este código, a la fecha, ha recibido multitud de reformas, adicionales y derogaciones que resultaría prolijo enumerar. Son trascendentes, sin embargo, las diversas adiciones, reformas y derogaciones hechas al código en los años de 1983,

1993, 1996 y 1999, las cuales han cambiando de manera notable la estructura del mismo. Por lo que podemos decir que tal código de 1931 sólo conserva su nombre pero muy poco de su contenido inicial.

A continuación se hará mención de las diversas modificaciones y derogaciones del Código Penal del Distrito Federal, a partir del año de 1996 a la fecha:

En fecha 13 de Mayo de 1996 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, Decreto, por medio del cual el Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, Decreta: Se reforman, Adicionan y Derogan diversos Artículos del Código Penal para el Distrito Federal, siendo estos:

7º, fracción III, 64, segundo y tercer párrafo, 65, 70 fracciones I, II y III, 185, 189, 243, 253, 289, 364, 366, 400 bis, 63, 65, 158, 243, 254, un nuevo artículo 366 bis, 368 bis y 368 ter, un tercer párrafo del 371, 377 y un último párrafo del 400; se modifica la denominación del Título Vigésimo Tercero del Libro Segundo y se le divide en dos capítulos y se deroga el artículo 321.

Posteriormente en fecha 08 de Febrero de 1999 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, Decreto, en el cual EL CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DECRETA, que se reforman diversas disposiciones del Código Penal en estudio, siendo los artículos reformados:

40, párrafo segundo, 164 párrafo primero; 196 Ter; la denominación del Capítulo II del Título Décimo Tercero del Libro Segundo, y las fracciones XIV y XV del artículo 381: se adicionan un segundo párrafo al artículo 178; los artículos 240 bis y la fracción XVI .

En fecha 08 de Junio del año 2000 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, Decreto en el que se deroga, reforma y adiciona diversos artículos del Título Vigésimo Cuarto del Código Penal para el Distrito Federal, (delitos electorales) siendo los siguientes artículos:

401, , 402, 403, 404, 405, 405 bis, 406, 407, 408, 409 y 410, 411, 412, 413.

De igual forma se suscitaron reformas y adiciones al Código en comento (delitos ambientales) siendo los siguientes artículos:

414 bis, 423 y se adicionan los artículos 414 ter, 414 quater, 414 quintus, 414 sextus, 421 bis, 421 ter, 422 bis 422 ter, 422 quater, 423 bis, 423 ter.

Asimismo se hace mención que las reformas realizadas del año 1996 a la fecha son origen de la problemática que vive nuestra sociedad y que estas reformas van encaminadas a lo siguiente: evitar resquicios a la impunidad, mejores instrumentos para combatir la corrupción, mejores instrumentos para la persecución de la delincuencia, mayor protección a víctimas del delito, mayor protección a mujeres y menores, mayor protección al medio ambiente y protección a la dignidad de la persona.

2.3. ASPECTOS GENERALES.

2.3.1 TIPOS DE DELITOS. (Art. 7)

El delito de acuerdo al Código Penal Vigente para el Distrito Federal se define y se fundamenta en el artículo 7º como: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".¹²

De donde se desprende que existen delitos de acción y de omisión, por lo que se procede a explicar ambos tipos de delitos:

Los delitos encuadrados por la acción se comprenden como el movimiento corporal, la actividad, la conducta activa, con la cual se viola la ley.

Los delitos encuadrados por la omisión se comprenden como el no hacer, la abstención de actuar, la actitud pasiva, encontrándose la ausencia de conducta activa. Y asimismo existe una subdivisión en los delitos de omisión:

a) *Simple omisión.*

b) *Comisión por omisión.*

Simple omisión. Son aquellos en los que existe una abstención de realizar una conducta jurídicamente ordenada por la norma penal.

Comisión por Omisión. Son aquellos en que el sujeto activo decide no actuar para producir un resultado delictivo.

¹² *Código Penal para el Distrito Federal*, 59ª ed. Mexico, Porrúa, 2000, p.8.

Asimismo se enumeran a continuación los tipos de delito de acuerdo al Código Penal vigente para el Distrito Federal:

Instantáneo. Cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos.

Es decir, en los delitos instantáneos, la acción que los verifica se perfecciona en un sólo momento.

Ejemplo: Robo, Lesiones. Art. 367

Permanente o Continuo. Cuando la consumación se prolonga en el tiempo.

Es decir, el delito permanente es aquél en el que la acción que consuma el delito puede prolongarse en tiempo a voluntad del activo, de modo que en cualquier momento que se integre la figura típica se estima que se lesiona el bien jurídicamente protegido.

Ejemplo: Privación ilegal de la Libertad. Art. 364

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

Se puede resumir como aquél en el que hay varias acciones y un solo resultado antijurídico.

Ejemplo: Abandono de persona. Art. 335 y 336

2.3.2 DOLO Y CULPA. (Art. 9)

El dolo se encuentra previsto en nuestra legislación penal actual en el primer párrafo del artículo 9º del Código Penal para el Distrito Federal, que

refiere: Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley.

El dolo dogmáticamente refiere que el sujeto activo se ha representado en su mente la conducta que va realizar, es aquí donde podemos ubicar la primera parte que refiere el citado artículo 9º, que dice obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal. Asimismo al seguir con el estudio dogmático se hace alusión que además el sujeto activo conoce el resultado de esa conducta, y decide en un acto de voluntad llevar a cabo lo que en su mente se representó, es aquí donde podemos ubicar la segunda parte a que refiere el artículo 9º en estudio que dice: o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley.

La culpa se encuentra prevista en nuestra legislación penal actual en el párrafo segundo del artículo 9º del Código Penal para el Distrito Federal que refiere: Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se producirá, en virtud de la violación, a un deber de circunstancias y condiciones personales.

De lo anterior y siguiendo un estudio dogmático decimos que la culpa existe cuando el sujeto activo no desea realizar la conducta sancionada por la ley, pero por un actuar imprudente, negligente, carente de atención y cuidado, culmina con una conducta que produce un resultado previsible

delictuoso, es cuando se esta en presencia de una conducta imprudencial , culposa o no intencional, y el Código Penal del Distrito Federal, señala que se esta en presencia de un delito Culposo.

2.3.3.TENTATIVA (ART. 12).

La tentativa es la exteriorización de la conducta sin la obtención de resultados por causas ajenas al sujeto o al agente, y en ocasiones por propio arrepentimiento del sujeto activo para la culminación de la conducta.

Asimismo existen formas de tentativa que enseguida se enuncian y se describen:

Tentativa Punible. Es aquella preparación del sujeto que no culmina el resultado previsto, pero que esta prevista en la ley y es sancionable, es decir, sanciona la intención.

Tentativa Impune o no Punible. En la tentativa impune aparecen los efectos interiores y exteriores que realiza el sujeto pero que no pude llevarse a la normatividad, toda vez que el resultado se evita por causas propias.

El maestro Osorio y Nieto nos refiere que existen dos formas de tentativa:

Tentativa Acabada o delito frustrado.

Tentativa Inacabada o delito intentado.

Al respecto de éstas refiere que "en la tentativa acabada o delito frustrado hay ejecución completa de actos encaminados hacia un resultado

delictivo, el cual no acontece, como se dijo, por razones ajenas al activo, en tanto que en la tentativa inacabada o delito intentado la ejecución es incompleta, no se realizan todos los actos necesarios para llegar al fin delictivo deseado".¹³

La tentativa se comprende en nuestra legislación actual y se encuentra prevista en el artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal y el cual refiere: Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

2.3.4. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN (ART.13).

La mayoría de los delitos para su ejecución y consumación, requieren únicamente de un sujeto, pero es claro que existen excepciones en algunos delitos, en los que se necesita la participación de una conducta plural.

La participación, según Castellanos Tena, "consiste en la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad".¹⁴

¹³ Osorio y Nieto. Op. Cit., p.79.

¹⁴ Castellanos Tena. Op. Cit., p.293

Asimismo se hace alusión que en la participación se maneja la terminología siguiente:

Autor. Es el sujeto que produce la causa eficiente para la ejecución del delito, la persona que realiza una conducta física y psíquicamente determinante. También se denomina autor al sujeto que comete un delito.

Autor Intelectual. Es el sujeto que aporta elementos anímicos, psíquicos, morales, para que tenga verificativo el delito.

Autor Material. Es la persona que realiza una actividad física, corpórea, para la realización del hecho típico. Se lleva a cabo en la fase ejecutiva del delito.

Autor Mediato. Es el sujeto que para ejecutar un delito se sirve de otro.

Coauto. Son los sujetos que en conjunto ejecutan el ilícito penal.

Cómplices. Son los auxiliadores o sujetos que realizan una actividad indirecta pero útil para la comisión del delito.

La autoría y la participación se encuentran previstas en el artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal, mismo que se procede a enunciar y señalar en sus respectivas fracciones, así como el tipo de autor, correspondiente a las conductas señaladas en las fracciones del artículo, y el cual señala: Son autores o partícipes del delito:

- I. Los que acuerden o preparen su realización (Autor Intelectual)
- II. Los que lo realicen por sí (Autor Intelectual)

- III. Los que lo realicen conjuntamente (Autor Mediato)
- IV. Los que lo llevan a cabo sirviéndose de otro (Autor Mediato)
- V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo (Autor Intelectual)
- VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión (Coautor)
- VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito (Cómplices)
- VIII. Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo (Cómplices)

2.3.5. CAUSAS DE EXCLUSIÓN. (ART. 15).

El al Artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, hace mención de las causas de exclusión de delitos, y al hacer el estudio dogmático al tema en comento, nos ubicamos dentro de la Tipicidad y al hacer el análisis del contenido de las fracciones del artículo 15 y al seguir la dogmática entendemos que se está en presencia de los elementos del tipo, ya sean objetivos o subjetivos, y las causas de exclusión se dan,

cuando por una u otra razón faltará o no se encontrara acreditado alguno de los elementos del tipo.

A continuación se procede a enunciar el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal , y posterior a esto, se realizará una serie de señalamientos de acuerdo a las fracciones del mismo artículo, que a la letra dice: El delito se excluye cuando:

- I. El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente.
- II. Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito que se trate.
- III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:
 - a) Que el bien jurídico sea disponible;
 - b) Que el Titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y
 - c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo.;
- IV. Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e

inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

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

- V. Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionando dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo
- VI. La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;

- VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya visto o le fuere previsible.
- VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:
- a) sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o
 - b) Respecto a la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o por que 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; o
- X. El resultado típico se produce por caso fortuito.

Se hace de manifiesto que en la fracción I se esta en presencia de Vis mayor, Vis absoluta, Sonambulismo, Sueño, Hipnosis y Actos reflejos.

Y por lo que refiere a la fracción II se esta en presencia de una No adecuación de la conducta al tipo penal.

En las fracciones de la III a la VI se esta en presencia de una legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho y consentimiento del titular del bien jurídico.

En la fracción VII se esta en presencia de una minoría de edad, miedo grave (proveniente del interior del sujeto), desarrollo intelectual retardado, trastorno mental, actos voluntarios o culposos realizados antes de cometer el delito; si existe responsabilidad.

Asimismo en las fracciones de la VIII a la X se esta en presencia de : Error esencial de hecho invencible, eximentes putativas, no exigibilidad de otra conducta, temor fundado (proveniente del exterior del sujeto) y caso fortuito.

2.3.6. CONCURSO (ARTS. 18 Y 19).

El concurso de delitos se da cuando el sujeto activo mediante una o varias conductas produce varios resultados típicos.

El concurso puede ser Ideal o Formal y Real o Material, según se trate de conducta singular y pluralidad de resultados o pluralidad de conductas:

Asimismo se pone de manifiesto que el concurso se encuentra previsto en el artículo 18 del Código Penal para el Distrito Federal, el cual refiere:

Existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos.

Y el artículo 19 del Código Penal para el Distrito Federal refiere que: no hay concurso cuando las conductas constituyen un delito continuado.

Por lo anterior es necesario recordar y señalar que el delito continuado es aquel en el que cuando una unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo se viola el mismo precepto legal. Es decir que existen varias acciones y un solo resultado antijurídico.

2.4. DELITOS CONTRA LA VIDA EN EL CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL.

Estos delitos se encuentran en el título Décimo Noveno, Capítulo II y comprende los artículos del 302 al 334 (Homicidio).

2.5. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD CORPORAL EN EL CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL.

Estos delitos tienen su fundamento en el título Décimo Noveno, Capítulo I y comprende los artículos del 288 al 301 (Lesiones).

2.6. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS EN SU PATRIMONIO DE ACUERDO AL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Estos delitos tienen su fundamento en el título Vigésimo Segundo.

Capítulo I: comprende los artículos 367 al 381 bis (Robo).

Capítulo II: comprende los artículos 382 al 385 (Abuso de confianza).

Capítulo III: comprende los artículos 386 al 389 bis (Fraude).

Capítulo III bis: comprende los artículos 390 y 390 bis (Extorsión).

Capítulo IV: comprende los artículos 391 al 394 Derogados (Delitos cometidos por los comerciantes sujetos a concurso).

Capítulo V: comprende los artículos 395 al 396 (Despojo de cosas inmuebles o de aguas).

Capítulo VI: comprende los artículos 397 al 399 Bis (Daño en Propiedad Ajena).

2.7. DELITOS SEXUALES EN EL CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL.

Estos delitos tienen su fundamento en el Título Décimo Quinto. Delitos Contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual.

Capítulo I: comprende los artículos 259 bis a 266 bis (Hostigamiento sexual, Abuso sexual y Violación).

Capítulo III: comprende los artículos 272 (Incesto)

2.8. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD EN EL CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL.

Estos delitos tienen su fundamento en el Título Vigésimo primero, Capítulo Único, comprende los artículos 364 al 366 Quater (Privación de la libertad y otras garantías).

CAPÍTULO III: AVERIGUACIÓN PREVIA

3.- MINISTERIO PÚBLICO

3.1. TITULAR DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

Al formarse el Estado surge la necesidad de instituir un órgano que represente el interés de la sociedad, naciendo de esa forma el Ministerio Público, quien debe procurar mantener la legalidad y como ésta siempre debe ser procurada por el Estado a través de sus diversos órganos, se podría concebir como un órgano del Estado, representante de la sociedad, en virtud de que velaría por los intereses de ésta y no por los del Estado.

Por lo anterior, se cita al maestro Guillermo Colín Sánchez quien refiere que el Ministerio Público "es una institución dependiente del Estado (poder ejecutivo) que actúa en representación del interés social en el ejercicio de la acción penal y tutela social, en todos aquellos casos que le asignen las leyes".¹

Una vez que se ha expresado el concepto del Ministerio Público podemos manifestar que dicha institución es el Titular de la Averiguación Previa, además de que el Ministerio Público es único. Sin embargo es importante hacer notar que en la actualidad el Ministerio Público no cumple

¹ Colín Sánchez, Guillermo. *Diccionario de Procedimiento Penal*. 12ª ed. México., Porrúa., 1988. p.87.

en su totalidad como representante de la sociedad, por lo que sería conveniente llevar a cabo diversas estrategias, toda vez que se trata de revertir las rigidez estructural que ha pervertido la conceptualización debida del Ministerio Público como el representante social, el abogado litigante del interés público en contra de la ilicitud y la criminalidad, y que inducen a que sus agentes se conviertan en meros funcionarios burocráticos, tramitadores y expedidores de oficios, irresponsables e irresponsabilizables de su gestión en el mejor de los casos y, en el peor, proclives a la corrupción y la criminalidad que están obligados a perseguir, por lo que se solicita como estrategia: a) Seleccionar, mantener y evaluar permanentemente a los mejores cuadros por su profesionalismo y probidad, b) Adoptar como principio de gestión que cada agente del Ministerio Publico sea responsable de los resultados para el interés social de los asuntos que investiga, consigna o litiga.

Lo anterior se expone y solicita, toda vez que es importante que el Ministerio Público esté capacitado y sea un profesional en lo que desempeña, ya que tiene a su cargo la responsabilidad de determinaciones dentro de la averiguación previa en la que, si no actúa conforme a derecho y con esa capacidad profesional, puede afectar en ocasiones el patrimonio, libertad o el bienestar social de ciertas personas.

3.1.2 LA FUNCIÓN INVESTIGADORA DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público como órgano investigador tiene su fundamento en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el cual se establece la atribución del Ministerio Público de investigar y perseguir delitos. Dicho artículo otorga por una parte una atribución al Ministerio Público; la función Investigadora auxiliado por la Policía Judicial; por otra parte, una garantía para los individuos, pues sólo el Ministerio Público puede investigar delitos, de manera que la investigación se inicia a partir del momento en que el Ministerio Público tiene conocimiento de un hecho posiblemente delictivo, a través de una denuncia, o querrela, y tiene por finalidad optar en sólida base jurídica, por el ejercicio o abstención de la acción penal. Como se ve, no necesariamente debe ejercitar la acción penal .

3.1.3 BASES LEGALES DE LA FUNCIÓN INVESTIGADORA.

Para actuar en su función de investigador, el Ministerio Público cuenta con las siguientes bases legales:

.Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículos 14, 16 y 21.

.Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, artículo 2º, 3º fracción I, 94 AL 131, 262 al 282 Bis.

.Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de fuero Federal, 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, 360, 365 bis y 399 bis.

.Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, artículo 2º, fracción I; 3º, y 18 párrafo segundo.

.Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, artículo 14, fracciones I, II, IV, VIII, IX, X, XI, XII, XIV, y XVI, 16 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.

.Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, artículos 2º fracción X, 12 fracción II, 19 29 y 30.

.Acuerdo A/03/1999.

3.1.4 EI OFENDIDO COMO COADYUVANTE EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

Las víctimas o los ofendidos que generalmente son los denunciantes o querellantes, una vez que han declarado hechos constitutivos de un delito pueden actuar como coadyuvantes del Ministerio Público; lo anterior con fundamento en el artículo 9º del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que a la letra dice *“Las víctimas o los ofendidos por la comisión de un delito tendrán derecho, en la averiguación previa o en el*

proceso, según corresponda" y la fracción X del mismo precepto manifiesta "A coadyuvar con el Ministerio Público en la integración de la Averiguación Previa y en el desarrollo del proceso."

Por lo anterior se establece que el ofendido o víctima podrá aportar los datos necesarios que en auxilio del Ministerio Público acrediten el cuerpo del delito y la responsabilidad del indiciado en caso de existiera una imputación directa hacia alguna persona, por lo que el ofendido o víctima están en su derecho de presentar los testigos que aporten de igual forma datos conducentes para la integración de la Averiguación Previa.

Asimismo en relación al presente tema en estudio diremos que el artículo 70 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal es también fundamento del mismo, toda vez que dicho artículo refiere: *"La víctima o el ofendido o su representante pueden comparecer en la audiencia y alegar lo que a su derecho convenga, en las mismas condiciones que los defensores."*

3.1.5 GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y DERECHOS DEL INDICIADO DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

Primeramente y desde el punto de vista jurídico, para dar una definición de garantía citamos a Ricardo Soto Pérez, quien manifiesta que garantía significa: "Los límites o prohibiciones que el Poder Público se ha impuesto con el fin de hacer posible a los particulares del disfrute del

máximo posible de su libertad, sin menoscabo del orden y paz sociales que deben ser mantenidos por aquél, en beneficio de todos los habitantes del país".²

El ser humano por naturaleza tiende al abuso de su libertad, le molestan las trabas, las limitaciones; pero el Estado a cuyo cargo corre la organización de la convivencia y la conservación del orden, se ve precisado a limitar la libertad individual en el grado indispensable para garantizar el orden público. Y por consiguiente, en relación al tema de estudio podemos decir que dentro de la averiguación previa deben existir y respetarse las garantías de libertad y de seguridad jurídica a que todo indiciado tiene derecho, por lo que a continuación se abordará el estudio de las citadas garantías.

En su obra *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*, Ricardo Soto Pérez, da una definición de garantía de libertad al señalar lo siguiente: "Nuestra Constitución traduce esta garantía en el respeto, por parte del Estado, de ciertas libertades específicamente determinadas, indispensables para que el hombre consiga sus fines".³

² Soto Pérez, Ricardo, *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*, 15ª ed. México, Esfinge. 1986, p.52.

³ Ramírez Fonseca, Francisco, *Manual de Derecho Constitucional Mexicano*, México, Porrúa, 1967, p.25.

Analizando este concepto, se entiende que el Estado debe de respetar las libertades mínimas del ciudadano, y por lo que hace al tema materia de estudio, es menester señalar que se debe dar la flagrancia para que una persona sea detenida; de no ser así se estaría violando la garantía de libertad que contempla el artículo 16 de nuestra Carta Magna dentro de su párrafo segundo, en virtud de ser un requisito de procedibilidad que se elevó a nivel de garantía, esto por tener una relación estrecha con las citadas garantías de libertad.

Por lo que hace a la garantía de seguridad jurídica, citamos al maestro Burgoa Orihuela quien señala que dichas garantías se refieren "a la observancia de determinadas formalidades, requisitos, medios, condiciones, etc., por parte del Poder Público para que la actuación de este sea constitucionalmente válida en la causación de determinada afectación al gobernado, circunstancias que implican una seguridad jurídica para éste".⁴

Esta garantía se encuentra íntimamente ligada a la figura jurídica de la flagrancia, en razón de que se necesitan reunir y satisfacer las formalidades y requisitos exigidos por el artículo 16 Constitucional para que

⁴ Burgoa Orihuela. Ignacio, *Las Garantías Individuales*, 4ª ed. México, Porrúa, 1965, p.161.

se de ésta; de no reunirse, se estaría violando la garantía de seguridad jurídica que señala el citado precepto.

Por otra parte las principales garantías para víctimas u ofendidos por algún hecho considerado como delito están contempladas en los artículos 8º, 20 fracción X último párrafo y 21 de la Constitución Federal, los cuales se refieren respectivamente al derecho de petición, al de coadyuvar con el Ministerio Público y por último a la atribución del Ministerio Público de investigar los delitos.

3.2 HECHO.

3.2.1 CONCEPTO DE AVERIGUACIÓN PREVIA.

Se entiende en términos jurídicos por averiguación previa: “El conjunto de actividades que desempeña el Ministerio Público para reunir los presupuestos y requisitos de procedibilidad necesarios para ejercitar la Acción Penal”.⁵

Es decir, la averiguación previa es una etapa del procedimiento en la que se incluyen diversos pasos procedimentales que realiza el Ministerio Público en la investigación de los delitos.

⁵ Díaz de León, Marco Antonio, *Diccionario de Derecho Penal y Términos Usuales en el Derecho Procesal Penal*, Tomo II, México, Porrúa, 1989, p. 310.

3.2.2. INICIO DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA .

El Ministerio Público es el encargado de recibir las denuncias o querellas de los particulares afectados y realizar las investigaciones necesarias para reunir los elementos que exige el tipo penal, buscando la responsabilidad de quien o quienes hubiesen realizado o intervenido en la comisión de algún ilícito.

Por otra parte, una vez que el Ministerio Público tenga los suficientes elementos que acrediten la presunta responsabilidad de una persona en el hecho delictuoso y el cuerpo del delito, podrá ejercitar acción penal, o en su defecto, al no tener reunidos los citados requisitos, decretar el no ejercicio de la misma.

3.2.3. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD (DENUNCIA , QUERELLA)

Al respecto es conveniente recordar el texto del artículo 16 Constitucional, el cual señala: "*No podrá librarse ninguna orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrella de un hecho que la ley señale como delito...*" De lo anterior, se infieren dos requisitos de procedibilidad que son: denuncia o querrella, por lo que en el presente estudio se abordará las figuras jurídicas en mención.

La Denuncia como concepto es "Acción y efecto de denunciar. Noticia que de palabra o por escrito se da a la autoridad competente de haberse cometido algún delito o falta".⁶

Es decir, que cuando existe un hecho o acontecimiento que pueda ser constitutivo de algún ilícito penal cualquier persona podrá presentarse ante el Ministerio Público en donde hará del conocimiento del hecho y formulará la respectiva denuncia, en caso de que se estuviera en presencia de un delito perseguible por la ley como de oficio.

Para el maestro Fernando Arilla Bas, la querrela es "la relación de hechos constitutivos de delito, formulada ante el Ministerio Público por el ofendido o por su representante pero expresando la voluntad de que se persiga".⁷

Es de notarse el hecho de que la querrela debe realizarse verbalmente o por escrito ante el Ministerio Público, por el sujeto pasivo del delito o por aquellas personas que autorice la ley para tal efecto, quienes deben manifestar el deseo de que se persiga al autor del delito.

⁶ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, 2ª ed. México, Porrúa, p. 1153.

⁷ Arilla Bas, Fernando. *El Procedimiento Penal en México*. México, Kratos, 1988, p. 52.

3.2.4 FLAGRANCIA, FLAGRANCIA EQUIPARADA Y CASO URGENTE.

EL término flagrancia deriva de flagrante, del latín *flagrans, antis*, cuyo significado es "que se ejecuta actualmente", delito flagrante, da lugar a la locución adverbial en flagrante o en flagrancia que significa: en el acto de cometer un delito.

Ahora bien, desde el punto de vista jurídico-penal "se da propiamente la flagrancia cuando el autor del delito es sorprendido en el acto de cometerlo".⁸

Dicha figura se encuentra contemplada en el artículo 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que a la letra dice: "*Se entiende que existe delito flagrante cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, o bien cuando el inculpado es perseguido material e inmediatamente después de ejecutado el delito.*"

Por consiguiente, cuando alguna persona es sorprendida cometiendo el delito flagrante, podrá ser detenida por cualquier persona o elemento de cualquier corporación policiaca y en forma inmediata deberá ser puesto a disposición ante el Ministerio Público, donde se procederá a dar inicio a la averiguación previa correspondiente.

⁸ Instituto de Investigaciones Jurídicas, Op Cit., p. 1455.

Asimismo existe la figura de la flagrancia equiparada y tiene su fundamento en el párrafo segundo del artículo 267 del citado Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que a la letra dice: *“Se equipará la existencia de delito flagrante cuando la persona es señalada como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiera participado con ella 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 fundadamente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de setenta y dos horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se hubiera iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiese interrumpido la persecución del delito.”*

Asimismo existe la figura del caso urgente, el cual se acredita cuando se está en presencia de un delito grave, exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia y el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otras circunstancias; esta figura tiene su fundamento en el artículo 268 del precepto en estudio.

3.3. EL CUERPO DEL DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD.

3.3.1 CONCEPTO DEL CUERPO DEL DELITO.

El legislador federal, al proponer la reforma de 1993, consideró que los conceptos de cuerpo del delito y tipo penal eran equivalentes y se llegó a la determinación de suprimir el cuerpo del delito de la Constitución General de la República, quedando la figura del tipo penal.

En la reforma de 1999 se retorna a la figura del cuerpo del delito, misma que se define según Arturo Zamora Jiménez como "una institución de carácter procesal, que se entiende como conjunto de elementos materiales cuya existencia permite al Juez la certidumbre de la comisión de un hecho descrito en un tipo penal".⁹

3.3.2 COMENTARIOS AL ARTÍCULO 122

El cuerpo del delito tiene su fundamento en el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que a la letra dice: "*El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito del que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción penal; la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están*

⁹ Zamora Jiménez, Arturo. *Cuerpo del Delito y Tipo Penal*, México, Angel Editor, 2000, p. 40.

acreditados en autos. El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito. En los casos en que la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o normativo como elemento constitutivo esencial, será necesaria la acreditación del mismo para la comprobación del cuerpo del delito. La probable responsabilidad del indiciado, se tendrá por acreditada cuando de los medios probatorios existentes se deduzca su obrar doloso o culposo en el delito que se le imputa, y no exista acreditada en su favor alguna causa de exclusión del delito”.

Por lo establecido en el precepto anterior, el cuerpo del delito se integra con el total de elementos contenidos en el tipo penal, objetivos o externos; subjetivos y/o normativos en su caso. Por lo que si el tipo, la descripción legal de una conducta estimada como delito, contiene exclusivamente elementos objetivos o externos, bastará acreditar éstos para comprobar el cuerpo del delito.

3.3.3 CONCEPTO DE PROBABLE RESPONSABILIDAD.

Citando al maestro Osorio y Nieto: "Por probable responsabilidad se entiende la posibilidad de que una persona determinada haya cometido un delito y existirá cuando del cuadro procedimental se deriven elementos

fundamentados para considerar que es factible que un individuo haya intervenido en la realización de un delito en cualquier forma de autoría".¹⁰

3.3.4. COMENTARIO AL ARTÍCULO 124

Continuando con el estudio de la probable responsabilidad encontramos su fundamento en el artículo 124 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en donde se encuentra lo siguiente: *"Para la comprobación del cuerpo del delito y la probable o plena responsabilidad del inculgado, 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."*

Por lo anterior podemos decir que para la existencia de la probable responsabilidad se requieren indicios de responsabilidad, no la prueba plena de ella, pues tal certeza es materia de la sentencia.

3.3.5. JURISPRUDENCIA APLICABLE.

"Octava Época. Instancia: Tribunales colegiados de circuito. Fuente: Apéndice de 1995, Tomo: Tomo II, Parte TCC. Tesis: 504, p.302 CUERPO DEL DELITO Y PRESUNTA RESPONSABILIDAD, PRUEBA POR LOS

¹⁰ Osorio y Nieto César Augusto. *La Averiguación Previa*, 10ª ed. México, Porrúa, 1999, p.30.

MISMOS ELEMENTOS. Si bien es cierto que 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 que, 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 por los mismos datos probatorios no trae como consecuencia una violación de garantías. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO."

3.4. DILIGENCIAS BÁSICAS DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

3.4.1. GENERALIDADES.

Toda averiguación previa que se inicie a partir de que el Ministerio Público tiene conocimiento de hechos que pueden ser constitutivos de algún ilícito penal, deberá contener todas y cada una de las actividades desarrolladas por el personal del Ministerio Público; tales actividades jurídicamente se denominan diligencias y se realizan siguiendo una estructura sistemática y coherente, atendiendo a una secuencia cronológica,

precisa y ordenada, observando en cada caso concreto las disposiciones legales correspondientes.

A continuación se describirán las diligencias básicas dentro de una averiguación previa:

Rubro o Encabezado: Se asienta en la parte superior de cualquier averiguación previa, conteniendo el nombre de la fiscalía, departamento, turno, agencia o unidad investigadora en donde se actúa.

Proemio: Es el inicio en forma concreta de la averiguación previa y en el cual se debe hacer mención del lugar donde se está iniciando, la fecha y hora en que se inicia, personal de la unidad y agencia en donde se actúa.

Exordio: Éste contendrá un extracto general de los hechos que dan origen al inicio de la averiguación previa.

Razón: Se utiliza para dejar asentado un acto que realiza el Ministerio Público para que conste en la averiguación previa y que sea necesaria para la integración de la misma.

Inspección Ministerial: Actividad realizada por el personal del Ministerio Público en la que su finalidad es observar, examinar y describir los lugares y cadáveres.

Fe Ministerial: Autenticación que hace el Ministerio Público dentro de la diligencia de inspección ministerial, apreciándose que en la práctica se estila que se de fe de objetos, documentos, lesiones, vehiculos etc.

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

3.4.2. DILIGENCIAS BÁSICAS DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA CON DETENIDO.

Una vez que el Ministerio Público tiene conocimiento de hechos constitutivos de algún delito, procederá a tomar la declaración de los policías remitentes (preventivo, judicial, auxiliar o bancario e industrial) o de algún particular que hicieran conocimiento de dichos hechos y quienes serán protestados en términos de ley; enseguida se procede a canalizar al probable responsable ante el servicio médico legista y, una vez que ha sido revisado, se dará fe del certificado, asimismo se dará fe de persona uniformada si hubiera declarado algún elemento de la secretaria de seguridad pública, se dará fe del formato de detenidos puestos a disposición del Ministerio Público. Asimismo, una vez que se han realizado dichas diligencias, el personal hará del conocimiento de dicha indagatoria ante la Subprocuraduría de Averiguaciones Previas Desconcentradas. Se hará saber al probable responsable sus derechos y garantías, lo cual se deberá asentar en una razón de acuerdo a lo que manifieste el probable responsable.

Y una vez que se ha identificado el delito objeto de dicha averiguación previa, se solicitarán los peritos de acuerdo a la materia en que se requieran para la debida integración de la misma, aclarando que, en la práctica, para toda persona presentada ante el Ministerio Público se solicita perito en materia de fotografía y dactiloscopia; dicha solicitud se asentará en una

razón y se señalará el número de llamado correspondiente a la materia del perito en solicitud.

Asimismo es necesario recabar la declaración del denunciante o querellante, así como testigos ya sea de los hechos, de propiedad o de capacidad económica, a quienes se les protesta y apercibe en términos de ley.

En caso de que se estuviera en un delito flagrante, se procederá a decretarse la retención del probable responsable o, en su caso, una orden de detención por caso urgente; posteriormente se declara a la persona de confianza, abogado o defensor de oficio según lo solicite el probable responsable. Enseguida se procede a recabar la declaración de dicho probable responsable, el cual será exhortado y se realizará en presencia de su persona de confianza, abogado o defensor de oficio según sea el caso. Una vez que el probable responsable ha rendido su declaración, se procede a pasar a éste por segunda vez al servicio médico y de igual forma se dará fe de certificado médico y se dará intervención a la policía judicial para que realice una investigación exhaustiva de los hechos.

En caso de que en los hechos que se estuvieran investigando existieran objetos puestos a disposición, se dará fe de los mismos; cuando sea necesario practicar alguna inspección ministerial y recabar los dictámenes periciales, también se da fe de ellos. Asimismo se determinará

dicha averiguación previa, ya sea con un ejercicio de la acción penal o un no ejercicio de la acción penal.

3.4.3 DILIGENCIAS BÁSICAS DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA SIN DETENIDO.

Estas diligencias de igual forma se inician una vez que alguna autoridad o particular hacen del conocimiento al Ministerio Público de hechos constitutivos de algún ilícito penal. El Ministerio Público procederá a dar inicio a la averiguación previa y, una vez tipificado el delito, recabará la declaración del denunciante o querellante que será protestado y apercibido en términos de ley para que se conduzca con verdad en su declaración. Si hubiera testigos, se recaba la declaración de éstos que también son protestados y apercibidos; si el denunciante o querellante tuviera alguna lesión, se pasará al servicio médico para enseguida dar fe de sus lesiones o certificado médico, se solicitarán peritos de acuerdo a la materia que se requiera según el delito que se esté investigando. Se dará intervención a la policía judicial si fuera necesario, no olvidando que dichas solicitudes se asentarán en razones, si existieran objetos relacionados con los hechos se darán fe de los mismos, se recabarán los dictámenes periciales y de igual forma se dará fe de éstos.

Una vez practicadas las diligencias necesarias y conducentes, se determinará la averiguación previa, dictándose una resolución que precise

el trámite que corresponda a dicha averiguación y a la situación jurídica de la misma.

Por otra parte cabe mencionar que el Ministerio Público tendrá como término para la integración de la Averiguación Previa 48 horas, y mismo que podrá duplicarse siempre y cuando se este en presencia de delincuencia organizada.

3.4.4 DILIGENCIAS DE SOLICITUD A LA AUTORIDAD JUDICIAL DE CATEO.

El cateo se llevará a cabo siempre y cuando exista una orden escrita, expedida por la autoridad judicial, en la cual se deberá expresar el lugar que ha de inspeccionarse y la persona o personas que hayan de aprehenderse o los objetos que se buscan (a lo que únicamente deberá limitarse dicha diligencia). Al término de la misma se levantará un acta circunstanciada, en presencia de los testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o, en su ausencia o negativa, se hará por la autoridad que practique la diligencia. Asimismo dicha diligencias podrá practicarse durante el día de las seis de la mañana a las seis de la tarde, a no ser que la diligencia sea urgente.

La figura del cateo tiene su fundamento en el artículo 152 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

3.4.5 DILIGENCIA DE SOLICITUD A LA AUTORIDAD JUDICIAL DE ARRAIGO.

Primeramente diremos que para solicitar la diligencia de arraigo es necesario que exista una averiguación previa. Una que el Ministerio Público ha valorado el hecho imputado y si existe riesgo fundado de que el probable responsable pueda sustraerse de la acción de la justicia, se recurrirá al órgano jurisdiccional, fundando y motivando su petición, para que éste resuelva el arraigo con vigilancia de la autoridad. Aquella será realizada por el Ministerio Público y auxiliares; el arraigo se solicita cuando el Ministerio Público además tiene elementos que señalen a la persona arraigada como responsable de algún ilícito penal, y se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación previa de que se trate.

Asimismo, el tiempo que establece la ley para arraigar es de treinta días, pero pueden ser prorrogables por otros treinta días a solicitud del Ministerio Público, y es entonces cuando el Juez resolverá y lo hará saber al Ministerio Público o arraigado, sobre la subsistencia o el levantamiento del citado arraigo.

3.5. DETERMINACIONES.

El Ministerio Público debe realizar su actividad en la averiguación previa con objeto de llegar a establecer una determinación que sin lugar a duda deberá versar de los hechos que se le pusieran en conocimiento a través de la denuncia o querrela y que por ende tuvo que versar su investigación considerando el cuerpo del delito y la probable responsabilidad que ya anteriormente se ha analizado. Ahora bien, hablar de determinación nos conlleva a establecer un punto final o conclusión de lo que estamos haciendo, que no basta únicamente de criterio, sino de elementos con que se cuenta, por lo que dentro de la averiguación previa las determinaciones pueden ser: ejercicio de la acción penal con o sin detenido, no ejercicio de la acción penal temporal y definitiva y por incompetencia, mismas figuras jurídicas de las que se procede a realizar su estudio.

3.5.1. EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.

El Ministerio Público propondrá el ejercicio de la acción penal una vez que se encuentren reunidos y satisfechos todos y cada uno de los elementos del tipo penal para proceder penalmente en contra de alguna persona determinada.

3.5.2. EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL CON O SIN DETENIDO.

El ejercicio de la acción penal con detenido se presenta en aquellos casos en donde se inició una averiguación previa con la persona señalada como indiciado; cumpliendo con lo que dispone el artículo 16 Constitucional, por mandato deberá realizarse la investigación dentro de las 48 horas siguientes en que es puesto a disposición. Tratándose de delitos cometidos por delincuencia organizada, dicho término podrá ampliarse y una vez concluido y si se encontraran reunidos los requisitos de procedibilidad para proceder penalmente en contra del indiciado, ejercitará acción penal con detenido, o si no se reunieran hasta ese momentos los requisitos de procedibilidad para proceder en contra del probable responsable, o si éste se acogiera al beneficio de la libertad caucional, en caso de estar en presencia de un delito no señalado por la ley como grave, se dejará al probable responsable en libertad con las reservas de ley.

Posteriormente y una vez que sean realizado otras diligencias y se encuentran ya reunidos los requisitos de procedibilidad se propondrá el ejercicio de la acción penal sin detenido, y al realizarse el pliego de consignación respectivo se asentará en el mismo la solicitud al juez de que obsequie la orden de aprehensión, cuando se trate de delitos que tengan pena privativa de la libertad, no siendo así se solicita la orden de comparecencia.

3.5.3. NO EJERCIO DE LA ACCIÓN PENAL TEMPORAL Y DEFINITIVA.

El no ejercicio de la acción penal temporal se determina por el Ministerio Público encargado de la investigación de los hechos de la averiguación respectiva, y esta determinación se da cuando se está en espera de reunir los elementos necesarios para ejercitar la acción penal.

Cuando se han agotado todas las diligencias conducentes para la acreditación del cuerpo del delito e identificar al probable responsable o cuando se ha acreditado plenamente la causa de exclusión del delito, el Ministerio Público propondrá el no ejercicio de la acción penal en forma definitiva, señalando el obstáculo para la integración de la averiguación previa. Si se supera dicho obstáculo la averiguación previa deberá ser reabierta según el artículo 71 del acuerdo A /03/99 emitido por el C. Procurador General de Justicia del Distrito Federal.

3.5.4. INCOMPETENCIA POR TERRITORIO, POR MATERIA Y MONTO.

Se dice que existe incompetencia cuando el Ministerio Público tiene impedimento legal para conocer de un hecho delictivo.

El estudio del presente tema se hará de acuerdo al funcionamiento de la Procuraduría General de justicia del Distrito Federal, por lo que a continuación se explicarán cada una de las incompetencias dentro de esta institución:

La incompetencia por territorio se da cuando se le hace del conocimiento al Ministerio Público de hechos delictivos suscitados en un perímetro no contemplado dentro de su jurisdicción, por lo que con fundamento en el artículo 28 del acuerdo A/03/99, el Ministerio Público realizará las diligencias básicas y enseguida acordará y remitirá las actuaciones a la fiscalía de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, que corresponda de acuerdo al lugar de los hechos.

Asimismo, cuando el Ministerio Público tenga conocimientos de hechos constitutivos de algún ilícito penal que se hayan suscitado en alguna entidad federativa, de igual forma realizará las diligencias básicas, acordará y remitirá las actuaciones a la Procuraduría General de Justicia de la federación correspondiente.

La incompetencia por materia se encuentra expresa cuando en la averiguación previa se encuentre tipificado algún delito del orden federal; el Ministerio Público una vez realizadas las diligencias básicas, remitirá las actuaciones a la Procuraduría General de la República.

De igual forma existen en la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal diversas fiscalías señaladas por materias y a las cuales se les hará del conocimiento y cuando existan hechos de su única y exclusiva competencia.

Cuando, existan menores de edad señalados como probable responsables dentro de alguna averiguación previa, el Ministerio Público

deberá acordar y remitir las actuaciones, así como al menor a la fiscalía para menores.

Por último podemos decir que la incompetencia por monto se encuentra señalada en el artículo 28 de la fracción VII del Acuerdo A/03/99, en la que se la hará del conocimiento a la Fiscalía para Delitos Financieros, los delitos de fraude y de abuso de confianza por un monto superior a 15,000 veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal.

3.5.5. CONSIGNACIÓN, ELEMENTOS DE FORMA Y FONDO DEL PLIEGO DE CONSIGNACIÓN.

La consignación se realizará una vez que se encuentran reunidos los requisitos de procedibilidad y deberá tener anexado un pliego de consignación el cual se debe fundamentar con el artículo 16 Constitucional respecto a los requisitos de la acción penal, así como el artículo 21 del mismo ordenamiento por lo que se refiere a la atribución del Ministerio Público de ejercitar acción penal.

El pliego de consignación no sigue alguna formalidad en especial para la elaboración de las ponencias de consignación, pero sí es necesario que en el mismo se haga mención si dicha consignación es con detenido o sin detenido, asimismo deberá estar fundado por el articulado correspondiente al delito por el que se consigna. Por otra parte deberá motivarse en la relación y descripción de los hechos, materia de la averiguación en donde

se precisarán las circunstancias del lugar, tiempo y modo de la comisión de los delitos en cuanto a la participación de los probables responsables. Algo muy importante en el pliego de consignación es enunciar los elementos probatorios que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, y si fuera el caso se asentará la nota de que se remite desglose de actuaciones a otra autoridad. Además, debe existir el punto petitorio al Juez de que solicite al probable responsable la reparación del daño. Asimismo se asentará en el pliego una nota en donde se especifique el destino legal de los objetos relacionados con la averiguación previa. Dicho pliego que deberá ser firmado al calce por parte del Ministerio Público y deberá contar con los sellos originales de la agencia en donde se actúa.

CAPÍTULO IV: CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

4.1. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL.

Es importante manifestar que el vocablo "garantía" se considera como uno de los términos que más se relacionan con la figura jurídica en estudio, por lo que es preciso recordar lo que el maestro Ignacio Burgoa señala sobre su raíz: "parece ser que la palabra "garantía" proviene del término anglosajón "warranty" o warrantie", que significa acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar (to warrant), por lo que tiene una connotación muy amplia, "Garantía equivale pues en un sentido lato, a "aseguramiento" o "afianzamiento", pudiendo denotar también "protección", "respaldo", "defensa", "salvaguarda" o "apoyo". Juridicamente, el vocablo y el concepto "garantía" se originaron en el derecho privado, teniendo en él las acepciones apuntadas."¹

Por lo anterior podemos afirmar que toda garantía es fuente principal para que exista una legalidad a favor de cualquier sujeto relacionado con algún procedimiento penal, por lo que enseguida se realizara el estudio de las diversas garantías contempladas en nuestra carta magna.

¹ Burgoa Orihuela, Ignacio. *Las Garantías Individuales*, 32 ed. México. Porrúa, 2000, p.161.

4.1.1. ARTÍCULOS 13 A 21 CONSTITUCIONALES.

ARTÍCULO 13: Las garantías señaladas en este artículo se desprenden de que los tribunales que existen en el país deben estudiar todos los casos de su competencia que se presenten, de acuerdo con la leyes; pero está prohibido que se generen tribunales que conozcan sólo de casos particulares, así como leyes que sólo atañen a personas en lo individual.

Los militares exclusivamente tienen un régimen especial que busca la disciplina y el orden en este régimen castrense, por lo que tienen sus propios tribunales, los cuales sólo podrán juzgar a personas relacionadas con los militares.

ARTÍCULO 14: Las garantías existentes en dicho artículo son de suma importancia en el desarrollo de la vida social de los habitantes de nuestro país, toda vez que las leyes sólo podrán aplicarse a las cuestiones que se presenten con posterioridad a la fecha en que se publican en el Diario Oficial de la Federación; las situaciones consumadas antes no podrán modificarse bajo los nuevos textos. Estos se presentan porque sería injusto que una nueva ley modificara bienes adquiridos o hechos que se presentaron en periodos anteriores a la nueva ley en vigencia. Asimismo es importante señalar como garantía la vida y la libertad humana y sólo podrá privarse de la misma cuando exista un juicio ante tribunales.

ARTÍCULO 15: En este artículo apreciamos como garantías que se contribuye a la seguridad de los individuos, porque no se puede celebrar ningún tratado internacional en materia de extradición de reos, que vaya en contra de las garantías mencionadas en esta Constitución.

ARTÍCULO 16: En este ordenamiento se contemplan diversas garantías fundamentales del gobernado, pero por la diversidad de garantías que se aglutinan evita no sólo la adecuada ponderación de cada garantía del gobernado y dificulta hacer una mejor distinción doctrinaria y un adecuado manejo por cuanto hace a los recursos judiciales que la ley establece para la protección ciudadana. Entre las garantías esenciales que se encuentran en dicho precepto podemos señalar: que cualquier molestia que se infiera sobre las personas, la familia, papeles o propiedades, debe originarse en un documento que es una orden concreta, por escrito y firmada por la persona que la expide, quien tiene las facultades para hacerlo.

Otra de las garantías que nos presenta este artículo es de salvaguardar el principio de seguridad jurídica por medio de un marco consolidado de civilidad, cada vez que se ofrecen las reglas básicas para los delitos de flagrancia, de lo contrario los particulares no podrán ser detenidos sin cumplir los requerimientos jurídicos.

ARTÍCULO 17: En épocas remotas las personas buscaban hacerse justicia por propia mano, e incluso se hizo tradicional cobrar el daño en equivalente, pero a partir de que se instituyó el Estado moderno, apoyado en el régimen de derecho, se prohibió en forma definitiva que las personas cobraran venganza por sí mismas; por lo que se crearon los tribunales adecuados que en forma gratuita se encarguen de la impartición de justicia.. Asimismo este artículo señala como garantía el principio de la debida impartición de justicia, la cual deberá ser completa, pronta e imparcial.

ARTÍCULO 18: En este artículo encontramos como garantía que cuando una persona se encuentre detenida por supuesto delito, será recluida en una prisión preventiva, distinta para los que no han sido sentenciados. Este artículo señala los lineamientos elementales para procurar la readaptación social del delincuente y aclara que a los menores infractores se les trate en forma distinta.

ARTÍCULO 19: Queda claro que la detención de una persona no podrá ser superior a 72 horas, sin que el juez formule una resolución que se llama auto de formal prisión. El cómputo de las 72 horas se comienzan a contar a partir de que este funcionario recibe al detenido, sin considerar el periodo que estuvo a disposición del Ministerio Público. El auto de formal prisión

tendrá que relacionar el delito del que se le acusa al reo y los elementos bajo los cuales el juez desprende la posible realización de la falta u omisión.

ARTÍCULO 20: En este artículo se contemplan las garantías a que tiene derecho todo inculpado en un proceso penal como: la obtención de la libertad provisional bajo caución en casos de delitos considerados como graves, el de que el inculpado no sea obligado a declarar, ya que en algunas ocasiones se le intimida (llegándose al grado de la tortura) como medio de presión para el inculpado cuando existen otros intereses, así como el derecho de saber el nombre de su acusador y naturaleza y causas de su acusación, además de que el inculpado siempre que lo solicite será careado en presencia del juez, así como la aceptación de la diversidad de testigos y no tendrá restricción alguna en cuanto hace al número de testigos que quisiera presentar el inculpado. Asimismo siguiendo un recuento de estas garantías podemos encontrar que al inculpado se le facilitarán todos los datos que solicite para contar con una adecuada defensa.

Una vez que se han enunciado las distintas garantías del procesado, cabe señalar que en el presente artículo existe violación de garantía en lo establecido en la fracción I de dicho ordenamiento, toda vez que se niega la libertad bajo fianza a personas que cometieron un delito no grave pero que tienen un antecedente de un delito grave; dicha medida es injusta en virtud de que el delito grave cometido con anterioridad fue motivo de un juicio

diverso y fue aplicada una pena que castigó precisamente el hecho, en este caso se castiga por lo que es y no por lo que se hizo.

ARTÍCULO 21: En este artículo se plasma claramente la atribución de cada autoridad y se indica que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. De igual forma apreciamos en este artículo y entendemos que el Ministerio Público es el único órgano investigador encargado de la persecución de los delitos y que será auxiliado por una policía, asimismo se establece que compete únicamente a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía.

4.2. AUTO DE RADICACIÓN.

El maestro Guillermo Colín Sánchez sostiene que el auto de radicación "es la primera resolución que dicta el juez; con ésta se manifiesta en forma efectiva la relación procesal; es indudable que, tanto el agente del Ministerio Público, como el procesado quedan sujetos, a partir de ese momento, a la potestad del juez instructor".²

Con el auto de radicación se abre el proceso, siendo el auto de entrada al pliego de consignación, el cual deberá ser registrado en el libro

² Colín Sánchez, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, 18ª ed., México, Porrúa, 1999, p.360.

de gobierno y se notificará al Ministerio Público adscrito al juzgado correspondiente.

Es decir, que una vez que el Juez recibe del ministerio público la consignación ya sea con detenido o sin detenido actuará de la siguiente manera: si la consignación fue con detenido, el juez tendrá que dictar de inmediato auto de radicación y el inculpado quedará a su disposición para todos los efectos constitucionales y legales.

Si se ejercitó acción penal sin detenido, el juez ordenará o negará la aprehensión, reaprehensión, comparecencia o cateo solicitado por el Ministerio Público.

4.3. DECLARACIÓN PREPARATORIA Y NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR (ART. 287 A 296 BIS)

La declaración preparatoria es la que rinde el indiciado en presencia del órgano jurisdiccional que tiene conocimiento de su caso dentro del término de las 48 horas, en la cual deben existir ciertos requisitos ya sea de orden procesal o bien constitucional.

El maestro Fernando Arilla Bas refiere que: "La declaración preparatoria no es medio de investigación del delito ni mucho menos tiende a provocar la confesión del declarante. Su objeto lo define con claridad la fracción III del artículo 20 constitucional y no es otro que el acusado

“conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar al cargo”.³

La declaración preparatoria tiene su fundamento en el Artículo 290 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, asimismo es importante señalar que dentro de la declaración preparatoria el juez tendrá la obligación de hacerle saber al detenido en este acto: I El nombre de su acusador si lo hubiera, el de los testigos que declaren en su contra, la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar al cargo.

II. La garantía de libertad caucional en los casos en que proceda y el procedimiento para obtenerla y;

III El derecho que tiene para defenderse por sí mismo o para nombrar persona de su confianza que lo defienda, advirtiéndole que si no lo hiciere , el juez le nombrará un defensor de oficio.

Además, dicho nombramiento de defensor tiene su fundamento constitucional en la fracción IX del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que a la letra dice: “Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le

³ Arilla Bas, Fernando. *El Procedimiento Penal en México*. 19ª ed. México, Porrúa, . 1999, p.93.

designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera”.⁴

4.4. AUTO DE FORMAL PRISIÓN, DE SUJECIÓN A PROCESO O DE LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR .

El procedimiento penal en su etapa de preinstrucción puede concluir con el dictado, dentro del término constitucional a que refiere el artículo 19 de dicho ordenamiento, de cualquiera de estas tres resoluciones: auto de formal prisión, de sujeción a proceso o auto de libertad por falta de elementos para procesar, mismas resoluciones que a continuación se tratan:

Auto de formal prisión. 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 y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del cuerpo del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. La prolongación de la detención en perjuicio del inculcado será sancionada por la ley penal.

Auto de sujeción a proceso. Este auto es otra de las resoluciones con las que puede concluir la preinstrucción y para su dictado deben satisfacerse

⁴ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 133ª ed. México, Porrúa. 2000, p. 19.

los mismos requisitos que para el dictado de un auto de formal prisión, solamente que por el delito por el que se decreta, debe tener señalada en la ley pena alternativa o distinta a la de prisión. Por lo anterior podemos mencionar que todo proceso se seguirá por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso.

Auto de libertad por falta de elementos para procesar. Como ya se ha mencionado la detención ante autoridad judicial no puede prolongarse más allá de setenta y dos horas, sin un auto de formal prisión que la justifique, mas este auto debe dictarse solamente cuando de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del cuerpo del delito que se impute al detenido y existan también datos que hagan probable la responsabilidad de éste. Por ende, si existe la indemostración de cualquiera de estos elementos, lo que procede es que el Juez conocedor del caso ponga en libertad por falta de elementos al inculcado, sin perjuicio de que por pruebas posteriores se actúe nuevamente en su contra. En dichos casos no procederá el sobreseimiento hasta que prescriba la acción penal.

4.5. TIPOS DE PROCEDIMIENTOS.

4.5.1. PROCEDIMIENTO SUMARIO (ART. 305 A ART.312).

En los artículos 305 al 312 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal se encuentran contenidas las disposiciones que rigen el procedimiento sumario, el cual se abre cuando se trate de delito

flagrante, exista confesión rendida ante el Ministerio Público o la autoridad judicial, o se trate de delito no grave.

Abierto el procedimiento sumario, las partes dispondrán de tres días comunes, contados desde el siguiente a la notificación del auto de formal prisión, para proponer pruebas que se desahogarán en la audiencia principal. Esta se realizará dentro de los cinco días siguientes al auto que resuelva sobre la administración de pruebas, en las que, además, se fijará la fecha para aquéllos. Cualquiera de las partes podrá reservarse en dicha audiencia el derecho de formular verbalmente sus conclusiones. Si es el Ministerio Público el que hace dicha reserva, al concluir el término señalado, se iniciará el concedido a la defensa.

4.5.2. PROCEDIMIENTO ORDINARIO (ART. 313 Y SUBSECUENTES).

Una vez que ha sido dictado el auto de formal prisión, se pone a la vista de cada una de las partes y si el inculpado o su defensor solicitaron se siga por procedimiento ordinario, tendrán quince días contados desde el siguiente a la notificación de dicho auto para ofrecer las pruebas que estimen necesarias, mismas que se desahogarán en los quince días posteriores; pero si al desahogar las pruebas aparecen nuevos elementos probatorios, el juez podrá señalar otro plazo de tres días para que estos elementos se desahogarán dentro de los cinco días siguientes.

Transcurridos o renunciados los plazos o en el caso de que no se hubieran ofrecido nuevas pruebas, el Juez declarará cerrada la instrucción y mandará la partida, a efecto de que las partes ofrezcan sus respectivas conclusiones. Si el expediente excediera de doscientas fojas, por cada cien en exceso o fracción, se aumentará un día de plazo señalado, sin que nunca sea mayor de treinta días hábiles.

El procedimiento ordinario se distingue del sumario únicamente en cuanto a la mayor amplitud de términos para el despacho de los actos probatorios.

4.6. PRUEBAS.

4.6.1. MEDIOS DE PRUEBAS.

Primeramente es importante señalar un concepto de prueba, por lo que citamos al maestro Marco Antonio Díaz de León, quien refiere: "la prueba es pues, un juicio, una idea que denota necesidad ineludible de demostración, verificación o investigación de la verdad de aquellos que se ha afirmado en el proceso".⁵

De lo anterior se puede entender que la prueba se refleja como todos los medios lógicos que se presentan para llegar al conocimiento y verdad de los hechos.

⁵ Díaz de León, Marco Antonio. *Tratado Sobre las Pruebas Penales*. México, Porrúa, 1982, p.49.

Ahora bien, para definir los medios de prueba citamos al maestro Carlos M. Oronoz Santana, quien señala lo siguiente: "El medio de prueba es la prueba misma, o sea el medio con el cual se dota al juzgador del conocimiento cierto en torno del hecho concreto que originó el proceso; por ello, el medio es el puente que une el objeto por conocer con el sujeto cognoscente, o dicho de otra forma, es el objeto o acto en que el juez encuentra los motivos de la certeza".⁶

Por lo anterior seguimos confirmando que los medios de prueba son instrumentos de verdad que el juzgado utiliza para lograr determinar la responsabilidad o penal de los sujetos involucrados en un proceso penal.

4.6.1.1. CONFESIÓN.

La prueba de la confesión se integra con el reconocimiento o captación realizada por la persona involucrada en los hechos que se le imputan ante la autoridad competente, ésta puede ser ante el Ministerio Público, Tribunal o Juez de la causa.

Si existiera una confesión ante el Ministerio Público, ésta deberá ser ratificada ante el Juez para que se le dé valor pleno a dicha confesión, por lo que se le ha denominado la reina de las pruebas.

⁶ Oronoz Santana, Carlos M., *Manual de Derecho Procesal Penal*, 3ª ed. México, Noriega editores, p. 122.

4.6.1.2. INSPECCIÓN.

La prueba de inspección que queda sujeta a la comprobación material del juzgador, está constituida por la percepción de los efectos resolutivos del delito; las huellas materiales, los vestigios que dejó en su perpetración, es decir el hecho objetivo y material de los hechos relacionados con el caso penal respectivo.

Para dar un concepto de inspección citamos al maestro Julio Antonio Hernández Pliego quien 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".⁷

Asimismo podemos decir que la inspección judicial puede practicarse de oficio o a petición de parte, debiendo el juez estar asistido por los peritos que posteriormente estarán obligados a emitir su dictamen en relación con los lugares u objetos inspeccionados y a criterio del juez, podrán levantarse planos o tomarse fotografías, lo que también puede ser solicitado por las partes.

⁷ Hernández Pliego, Julio Antonio. *Programa de Derecho Procesal Penal*. 5ª ed. México, Porrúa, 2000. pp.229 y 230.

4.6.1.3. PERICIAL.

El conocimiento que el juez debe tener sobre algún objeto no siempre le es permitido obtenerlo a simple vista, toda vez que en muchos casos para la comprensión del mismo se necesita ser apoyado por personas que tengan el conocimiento acreditado en alguna ciencia o arte, mismas personas que se les denomina peritos, los cuales una vez que emiten ante el juzgador sus dictámenes respectivos explicarán mediante ellos situaciones que le eran desconocidas; asimismo cabe mencionar que los denominados peritos pueden ser llamados a un proceso, ya sea por el juzgador o por las partes en controversia dentro de un procedimiento penal.

4.6.1.4. TESTIMONIAL.

Se conoce como testigo a toda aquella persona que se presenta ya sea ante el Ministerio Público o ante el órgano jurisdiccional y aporta datos sobre hechos relacionados con un proceso penal, dicho testigo puede ser toda persona que tiene conocimiento de los hechos que originaron el proceso y cuya testificación resulta importante, por lo que lo manifestado por el testigo se reputa como testimonio.

Además podemos señalar acerca de la prueba testimonial que es, al mismo tiempo, uno de los medios probatorios cuya confiabilidad más se cuestiona y, no obstante, quizás el más empleado en el procedimiento penal.

4.6.1.5. CONFRONTACIÓN.

Para tratar el tema de la prueba de confrontación citamos al maestro Marco Antonio Díaz de León, quien refiere que procesalmente significa "el acto por medio del cual se procura el reconocimiento que hace una persona respecto de otra que afirma conocer, o bien el que se efectúa, cuando se sospeche que no la conoce para despejar las incertidumbres sobre dicho conocimiento".⁸

Por lo que podemos señalar que la confrontación es 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 les conoce o no.

4.6.1.6. CAREOS.

Los careos no son más que enfrentar a dos o varios sujetos cara a cara para descubrir la verdad de un hecho, comparando sus declaraciones, constituyen un medio de prueba que se utiliza para despejar las dudas provocadas por disposiciones discordes. Existen tres tipos de careo como son: careo constitucional, careo procesal y careo supletorio, de los cuales se da una breve explicación:

⁸ Díaz de León, Marco Antonio. Op. Cit., p. 186.

Careo constitucional. Como su nombre lo indica, encuentra su fundamento en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en la fracción IV del artículo 20, que establece: " Siempre que lo solicite, será careado en presencia del juez con quienes depongan en su contra".⁹

Careo procesal. Es el hecho tendiente a que dos personas frente a frente sostengan su dicho, existiendo contradicción entre el de ambas y que consta en el proceso a efecto de que ratifiquen o rectifiquen, lo que tiende a dar mayor luz al juzgador, de donde es posible apreciar ciertos elementos necesarios para que se dé, a saber: que existan previamente las declaraciones de las personas que se carean y que sean contradictorias entre sí parcial o totalmente.

Careo Supletorio. Este careo supletorio se da cuando una persona, después de ser requerida para que se presente ante el juzgador, no se encuentra en esa jurisdicción y se procede a realizar la diligencia en su ausencia.

4.6.1.7. DOCUMENTALES.

Esta prueba se basa prácticamente como lo refiere el artículo 230 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en documentos (instrumentos) públicos y documentos (instrumentos) privados.

Es natural que nuestras leyes procesales otorguen eficacia plena a los documentos públicos, porque no tendría sentido que se autorizaran

⁹ Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos. Op. Cit. p.19.

oficialmente las funciones de los fedatarios, para desconfiar o no dar completo crédito a los actos que autoricen, e igualmente deben merecer absoluta confiabilidad los documentos expedidos por los servidores públicos, en los que se alude a las funciones que se encuentren desempeñando.

Asimismo puede establecerse que si los documentos privados son comprobados por testigos, se considerarán sujetos a su valoración, en los mismos términos que la prueba testimonial.

4.6.2. VALOR JURÍDICO DE LAS PRUEBAS EN EL PROCESO PENAL.

El valor de la prueba es el grado de credibilidad que contiene para provocar la certeza en el ánimo del titular órgano jurisdiccional. Este valor se forma siguiendo un criterio cualitativo o cuantitativo. De acuerdo con el criterio cualitativo, todo medio de prueba es, en principio, apto para provocar la certeza. De acuerdo con el criterio cuantitativo, los medios que por sí solos no bastan para provocar la certeza, sino que necesitan complementarse con otros, constituyen la prueba semiplena, y los que no precisan de esa complementación, la prueba plena. La prueba semiplena, obviamente, no es prueba.

4.7. CONCLUSIONES.

Para tratar el presente tema citamos al maestro Guillermo Colín Sánchez, quien define las conclusiones de la siguiente manera: "son actos procedimentales realizados por el agente del Ministerio Público, y después, por el defensor, con el objeto, en unos casos, de fijar las bases sobre las que versará la audiencia final, y en otros, para que el agente del Ministerio Público fundamente su pedimento y se sobresea el proceso".¹⁰

Las conclusiones en el proceso sumario se concentran en una sola audiencia principal, toda vez que salvo el caso de que las partes se reserven el derecho de formular conclusiones por escrito, éstas se formulan verbalmente en la propia audiencia.

En cambio, en el procedimiento ordinario el periodo de juicio (totalmente diferenciado del proceso) se inicia con el auto que el juez declara cerrada la instrucción y manda a poner la causa a la vista del Ministerio Público y de la defensa durante cinco días para la formulación de conclusiones.

Las conclusiones se presentarán por escrito y en ellas se fijarán proposiciones concretas de los hechos punibles que se atribuyen al acusado, solicitando la aplicación de las sanciones correspondientes,

¹⁰ Colín Sánchez, Guillermo, Op. Cit., p.553.

incluyendo la reparación del daño y perjuicio, con cita de las leyes y la jurisprudencia aplicables al caso. Mismas proposiciones que deberán contener los elementos de prueba relativos a la comprobación del cuerpo del delito y los conducentes a establecer la responsabilidad penal. Las conclusiones de la defensa no se sujetarán a ninguna regla especial.

4.8. SENTENCIA.

Para comprender lo que es la sentencia citamos al maestro Aarón Hernández López, quien en su obra *El Procedimiento Penal en el Fuero Común* a su vez cita a Hugo Roco, quien refiere: "La sentencia es un acto intelectual por medio del cual el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales competentes, declara la tutela jurídica que otorga el derecho violado y aplica la sanción que corresponda al caso concreto".¹¹

En la sentencia penal habrá de resolverse acerca de si el delito por el que el Ministerio Público ejercitó la acción penal, está demostrado legalmente, y si el procesado es penalmente responsable de su comisión. Sólo en este caso se impondrán las penas y medidas de seguridad, lo cual es un principio constitucional por el cual a nadie se le puede imponer una pena que no sea a través de una sentencia.

¹¹ Hernández López Aaron, *El Procedimiento Penal en el Fuero Común*, 3ª ed. México, Porrúa, 2000. p..XXXI

En nuestra legislación penal las sentencias pueden clasificarse en condenatorias y absolutorias.

Existe sentencia condenatoria cuando se comprueban los elementos del cuerpo del delito y la responsabilidad del sentenciado imponiéndole, como consecuencia, una pena o medida de seguridad, la cual es propia de la autoridad judicial.

Las sentencias absolutorias proceden en los siguientes casos: a) Cuando existe insuficiencia de prueba respecto de los elementos integrantes del cuerpo del delito; b) Si esta demostrada la responsabilidad penal plena del acusado; c) Cuando se haya acreditado alguna causa que excluya el delito; d) Ante la probada existencia de alguna circunstancia extintiva de la acción penal.

Nuestra ley procesal exige el cumplimiento de una serie de requisitos formales en la sentencia que integra propiamente su estructura, siendo dichos requisitos los siguientes: el preámbulo, los resultandos, los considerandos y los puntos resolutivos.

En el preámbulo se expresarán entre otros los datos que especifiquen el asunto, lugar y fecha en que se dicte la resolución, número de expediente, el tribunal que la emite, nombres y apellidos del inculcado, sobrenombre si lo tuviera, lugar de nacimiento, nacionalidad, edad, estado civil, en su caso el grupo étnico al que perteneciere, idioma o dialecto, residencia o domicilio, ocupación, oficio o profesión, el monto de sus

ingresos, su calidad de primodelincuente o reincidente, la mención del delito por el que se siguió el proceso.

Los resultandos serán un extracto de los hechos exclusivamente conducentes a los puntos resolutivos, evitando la reproducción innecesaria de constancias.

Los considerandos en los que la autoridad jurisdiccional parte de la litis que plantearon las partes, formula las argumentaciones adecuadas con base en el material probatorio recabado para dilucidar la controversia a la luz de las disposiciones legales aplicables.

Los puntos resolutivos de la sentencia constituyen la parte con la que concluye y en estos, de manera breve y clara, se establecen las conclusiones a las que llegó el juzgador y con las que dirimió el conflicto de intereses sometido a su conocimiento.

4.9. RECURSOS.

4.9.1. GENERALIDADES, CONCEPTO, TIPOS, FINALIDAD.

El contenido de las resoluciones en todo proceso penal es de suma importancia en cada uno de estos, toda vez que en muchos de los casos pueden afectar en sus derechos ya sea al Agente del Ministerio Público, al probable autor del delito así como al ofendido. En algunos casos existen intereses en pugna o en ocasiones en los procesos existen errores, mala fe y el quebrante del deber estatuido en la ley; por lo que las leyes consagran

el derecho de inconformarse, a través de diversos medios de impugnación, cuya finalidad es evitar que el proceso marche por cauces indebidos o que exista una resolución injusta.

Asimismo es importante definir los recursos, por lo que citamos al maestro Guillermo Colín Sánchez quien los define: "los recursos, son medios establecidos por la ley para impugnar las resoluciones judiciales que, por alguna causa fundada, se consideran ilegales ó injustas, garantizando, de esta manera, en forma más abundante, el buen ejercicio de la función judicial".¹²

Existen como recursos: el recurso de revocación y el recurso de apelación. A continuación se explicará el primero de los recursos señalados, toda vez que la apelación se estudiara más adelante.

El recurso de revocación procede cuando no se conceda el de apelación impidiéndose que el Tribunal pueda revocar la sentencia que dicte.

Debe interponerse en el momento de la notificación o al día siguiente hábil directamente ante el juez de la causa, quien deberá admitirlo o desecharlo y, en caso de que considere que es necesario escuchar a las partes, los citará a una audiencia de carácter verbal dentro de los dos días siguientes, en donde las partes podrán manifestar lo que a su derecho

¹² Colín Sánchez, Guillermo, Op. Cit. p. 607.

convenga y en dicha audiencia se emitirá la resolución, contra la que no cabe recurso alguno.

Para señalar la finalidad de dichos recursos citamos al maestro Guillermo Colín Sánchez, quien refiere: "El fin perseguido a través de la impugnación, es el restablecimiento del equilibrio perdido en el proceso: es decir, al exterminarse de nueva cuenta la resolución se repara el daño producido, ordenando las medidas que para el caso se prevé en la ley".¹³

4.9.2. APELACIÓN (ART 414 A ART. 434).

Este recurso puede ser interpuesto por la parte que se considera agraviada, pudiendo hacerlo en forma conjunta, es decir, que ambas partes pueden interponerlo contra la misma resolución.

Por lo que hace a la tramitación, diremos que este recurso podrá interponerse por escrito o de palabra, es decir, por comparecencia, dentro de tres días de hecha la notificación, si se tratare de auto; de cinco, si se tratare de sentencia definitiva.

El recurso se admite o se rechaza por el órgano a quo. En el primer caso, la resolución que dicte dicho órgano no es impugnabile. En el segundo, en cambio, lo es por medio del recurso denominado de denegada

¹³ Ibidem. p. 610.

apelación. El juez a quo, al resolver respecto de la interposición del recuso, realiza la llamada calificación del grado, es decir, resuelve si la resolución es apelable o no, si el recurso está interpuesto en tiempo y forma y el efecto, devolutivo o devolutivo y suspensivo, que en su caso procede. Si la apelación se admite en el solo efecto devolutivo, como éste no suspende la jurisdicción del juez a quo, y por lo tanto puede seguir actuando en el proceso, se remite al superior únicamente testimonio de las constancias solicitadas por las partes y las que agregue el juez.

El órgano ad quem (Sala del Tribunal Superior de Justicia en el Fuero Común y Tribunal Unitario de Circuito en el Fuero Federal), recibidos los autos del inferior, procede a revisar la calificación del grado. En el supuesto de que el recurso haya sido mal admitido, por no ser apelable la resolución o por haber sido interpuesto extemporáneamente, lo declara así y ordena la devolución de los autos al inferior, causando entonces ejecutoria la resolución apelada. Si el recurso procede, pero no en el efecto en que fue admitido modifica el grado.

4.10. EJECUCIÓN DE SENTENCIA.

Para tratar este tema, citamos a García Ramírez y Adato de Ibarra quienes sostienen lo siguiente: "En doctrina se discute acerca de la naturaleza de fase ejecutiva penal. Para algunos, ésta forma un proceso penal ejecutivo, siguiente al de cognición, como ocurre en el enjuiciamiento

civil. Para otros, en cambio, se halla por completo desvinculado de la jurisdicción y sólo posee carácter administrativo. Al respecto, es determinante el régimen que adopta el Derecho Positivo. Algunos Países no el nuestro introducen figuras jurisdiccionales y actos de este género en el momento ejecutivo".¹⁴

Asimismo a continuación se enuncian ciertos requisitos en la ejecución de la sentencia, citando al maestro Aarón Hernández López:

"REO

1. Penas y medidas de seguridad:

- a) Pena pecuniaria.
- b) Pena alternativa.
- c) Pena conmutativa.
- d) Condena condicional.
- e) Pena privativa de libertad.
- f) Tratamiento de libertad, semiliberación y trabajo a favor de la comunidad.

2. Otras figuras:

- a) Libertad preparatoria .

3. Trámites a seguir:

- a) Notificación del Ministerio Público.

¹⁴ García Ramírez y Adato de Ibarra, *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*, México, Porrúa, 1980, p. 17.

- b) Notificación a la procesada.
- c) Notificación al defensor.
- d) Oficio al Tesorero.
- e) Oficio al C. Director General de Prevención y Readaptación Social.
- f) Remisión a la Penitenciaría del Distrito Federal (sexo masculino)
- g) Centro Femenil de Readaptación Social.
- h) Islas Marias".¹⁵

¹⁵ Hernández López , Aarón, Op. Cit. p.112.

CAPÍTULO V: PROPUESTA PARA LA DESCRIPCIÓN DE PERSECUCIÓN MATERIAL DENTRO DE LA FLAGRANCIA.

5.1. UBICACIÓN DEL TEMA.

Para el estudio del presente tema fue necesario abordar en los capítulos anteriores al Derecho Penal desde su aspecto teórico y legal, a través de las diversas escuelas existentes en su devolución, así como el aspecto doctrinal y legal del delito. Asimismo, se realizó el estudio correspondiente a la averiguación previa hasta llegar al estudio del procedimiento penal.

Para el presente capítulo es necesario retomar lo señalado en el tercer capítulo titulado La Averiguación Previa; debemos recordar que ésta comprende todos aquellos pasos procedimentales que realiza el Ministerio Público dentro de una investigación, la cual puede concluir con el ejercicio o no ejercicio de la Acción Penal.

Como ya se ha dicho, el Ministerio Público de acuerdo a lo establecido en el artículo 21 Constitucional es el encargado de la persecución de los delitos, misma función investigadora que debe dar inicio con un hecho que razonablemente pueda ser constitutivo de delito, para que la averiguación no se sustente sobre bases frágiles.

Dentro de las atribuciones con las que el ministerio publico cuenta, para lograr la persecución e investigación de los delitos, se pueden

mencionar el recibir las denuncias, querellas y practicar las diligencias necesarias para acreditar los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

No obstante, en los casos en que las diligencias se desprende que en dicha indagatoria se está en presencia de un delito flagrante, éste no corresponde, por lo general a la figura de la flagrancia, pues el artículo 267 del Código de Procedimientos Penales no es explícito en definir el significado de que el sujeto sea perseguido materialmente, lo cual provoca que el Ministerio Público tenga ese obstáculo para la debida integración de la averiguación previa.

Es importante que esta situación sea analizada en virtud de que la consecuencia actual nos lleva a que los jueces, al tener conocimiento de dicha indagatoria, en muchos de los casos dejan en libertad a los probables responsables por falta de elementos, argumentando que no se encuentra acreditada la flagrancia.

5.2. REFERENTES PREVIOS.

5.2.1. ANTECEDENTES LEGALES.

Los antecedentes históricos de la flagrancia, fueron ya tratados en el primer capítulo, consistiendo su estudio y señalamiento desde la Época Prehispánica hasta la Contemporánea .

En dicho capítulo fueron tratados asimismo los antecedentes relativos al artículo 16 Constitucional, por lo que el presente se tratarán los relativos al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

El antecedente legal más remoto de la figura de "flagrancia" lo encontramos en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorios Federales, que entró en vigor el 29 de Agosto de 1931.

El citado Código de Procedimientos Penales de 1931, sigue en vigor en el Distrito Federal y únicamente ha sufrido diferentes reformas. Dicho código desde su vigencia ha contemplado la figura jurídica de la flagrancia en sus artículos 266 y 267, cuyo texto original era el siguiente:

"ARTÍCULO 266.-El Ministerio Público y la Policía Judicial del Distrito Federal y Territorios Federales, están obligados, sin esperar a tener orden judicial, a proceder a la detención de los responsables de un delito:

I.- En caso de flagrante delito; y

II.- En caso de notoria urgencia, cuando no haya en el lugar autoridad judicial.

ARTÍCULO 267.- Se entiende que el delincuente es detenido en flagrante delito; no sólo cuando es arrestado en el momento de estarlo cometiendo, sino también cuando, después de ejecutado el acto delictuoso, el delincuente es materialmente perseguido".

Como se puede observar en el texto original de ambos artículos se utiliza la expresión flagrante delito, desprendiéndose de ello que los

legisladores tomaron desde un principio como figura jurídica la flagrancia a nivel procedimental.

Es importante subrayar que las diferentes reformas que ha sufrido el Código de Procedimientos Penales, durante el lapso que va del 29 de agosto de 1931 al 30 de octubre de 1989, manteniendo intactos los textos originales de los artículos 266 y 267, por lo tanto ninguna de ellas realiza cambio o modificación alguna a la figura de la flagrancia.

El 10 de Enero de 1994 quedaron de la forma siguiente:

“ARTÍCULO 266.- El Ministerio Público y la Policía Judicial a su mando están obligados a detener al responsable, sin esperar a tener orden judicial, en delito flagrante o en caso urgente”.

“ARTÍCULO 267.- Se entiende que existe delito flagrante, no sólo cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, sino cuando, después de ejecutado el hecho delictuoso, el inculpado es perseguido materialmente o cuando en el momento de haberlo cometido, alguien lo señala como responsable del mismo delito y se encuentra en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad”.

En esos casos el Ministerio Público iniciará, desde luego la averiguación previa y bajo su responsabilidad, según proceda, decretará la retención del indiciado si están satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merezca pena privativa de la libertad, o bien, ordenará la libertad

del detenido, cuando la sanción sea no privativa de la libertad o bien, alternativa.

La violación de esta disposición hará penalmente responsable al Ministerio Público que decrete la indebida retención, y el indiciado deberá ser puesto en inmediata libertad.

En fecha 22 de Julio de 1994, se publica en el Diario Oficial de la Federación otra reforma al citado Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en la que se modifica el párrafo primero del artículo 268 bis: "En los casos de delito flagrante y en los casos urgentes, ningún indiciado podrá ser detenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo con el que deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial. Este plazo podrá duplicarse en los casos de delincuencia organizada, que serán aquellos en los que tres o más personas se organizan bajo las reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento y reiterado o con fines predominantemente lucrativos algunos de los delitos previstos en los siguientes artículos del Código Penal para el Distrito Federal del Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal: Terrorismo previsto en el artículo 139 párrafo primero; sabotaje previsto en el artículo 140 párrafo primero; evasión de presos previsto en los artículos 150 y 152; ataques a las vías de comunicación previsto en los artículos 168 y 170; trata de personas previsto en el artículo 205 segundo párrafo; explotación del cuerpo de un menor de

edad por medio del comercio carnal previsto en el artículo 208; violación previsto en los artículos 265, 266 bis; homicidio doloso previsto en los artículos 302 en relación al 307, 315 y 320; secuestro previsto en los artículos 366 fracciones I a VI exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo; robo calificado previsto en el artículo 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracciones IX y X, 381 bis; extorsión previsto en el artículo 390; despojo previsto en el artículo 395 último párrafo; así como la tortura previsto en los artículos 3º y 5º de la ley para Prevenir y Sancionar la Tortura.

De lo anterior podemos establecer que aunque han existido diversas modificaciones a los artículos citados relacionados con la figura de la flagrancia, dicha figura no ha variado respecto a su concepción jurídica.

5.3. PLANTEAMIENTO DE LA SITUACIÓN ACTUAL.

5.3.1. MARCO LEGAL.

La figura de la flagrancia dentro del marco de nuestra legislación se ubica en el ya citado artículo 16 Constitucional párrafo cuarto que a la letra dice: *“En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado y poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público”*.

El fundamento legal de la figura de la flagrancia actualmente lo encontramos en el artículo 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que fue reformado y publicado en el Diario Oficial de la Federación, de fecha 13 de mayo de 1996, pero para el estudio del tema que nos ocupa, únicamente se citará el párrafo primero del citado precepto de a la letra dice:

“Se entiende que existe delito flagrante cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, o bien cuando el inculpado es perseguido material e inmediatamente después de ejecutado el delito”.

5.3.2. PROBLEMÁTICA.

En la actualidad cuando una persona que cometió un delito es puesta a disposición del Ministerio Público, ya sea por algún elemento perteneciente a alguna de las corporaciones policiacas o por un particular, los primeros de los señalados al rendir su declaración correspondiente en relación a los hechos objeto de la puesta a disposición, por falta de criterio no ubican los hechos tratando de cuadrar la flagrancia, o en ocasiones, por motivo de corrupción declaran con el objeto de no acreditar los elementos de la flagrancia.

Lo anterior lo hacen dichos elementos de seguridad aprovechando la generalidad con que se expresa el artículo 267 del Código de

Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y la falta de descripción de su texto, toda vez que este señala en su primer párrafo lo siguiente:

“Se entiende que existe delito flagrante cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, o bien cuando el inculpado es perseguido material e inmediatamente después de ejecutado el delito”.

Como se puede apreciar, el contenido del precepto en mención no señala qué debemos entender “que sea perseguido material”, lo cual provoca que cuando el elemento de seguridad o el particular, declaren que “no realizaron persecución material inmediatamente después”, el Ministerio Público encargado de la integración de la averiguación previa tiene obstáculos para encuadrar dicha figura de la flagrancia.

Asimismo es preciso señalar que en ocasiones, no necesariamente por corrupción, los elementos de seguridad declaran en ese sentido, ya que argumentan que de otro modo serán citados posteriormente por el órgano jurisdiccional para declarar en el procedimiento penal, y como son acosados por éste o por la defensa del probable responsable, prefieren declarar de una manera sencilla y no colaboran con el Ministerio Público para acreditar la flagrancia.

Asimismo, cuando un particular asegura en flagrante delito a la persona que es puesta a disposición del Ministerio Público, la mayoría de las veces no declara adecuadamente debido a la inexperiencia en lo suscitado o por temor a las represalias de que pudiera ser objeto por parte

del probable responsable, y omite en su declaración situaciones fundamentales que pudieran acreditar la figura en estudio.

Por otro lado, cuando se hace del conocimiento al Ministerio Público algún ilícito penal por parte de algún elemento de seguridad o particular y se les aperece, éstos declaran de manera concreta para no ser sancionados por el delito de falsedad de declaraciones dadas a una autoridad distinta a la judicial, y por ende no cooperan con el Ministerio Público para la debida integración de la averiguación previa.

La acreditación de la flagrancia es difícil ya que en ocasiones, al momento de que el probable responsable fue asegurado, hubo momentos de interrupción en la persecución, o bien ésta no fue en forma inmediata. Además a pesar de que estén conscientes de la responsabilidad del sujeto, el policía o particular que lo ponen a disposición declaran no proporcionando los datos que ayuden a la acreditación de la flagrancia, lo cual es triste ya que el delincuente, al no existir en ese momento la referida flagrancia obtendrá su libertad con las reservas de ley, aunque posteriormente se ejercite acción penal sin detenido.

Asimismo, si existe el ejercicio de la acción penal sin detenido, y se libra una orden de aprehensión en contra del probable responsable, en la mayoría de los casos no se llega a cumplir, toda vez que el delincuente cambia de domicilio o de lugar habitual de reunión y el Estado no brinda los

recursos suficientes para que se trabaje profesionalmente para dar cumplimiento a las órdenes en mención.

Por lo anterior, podemos establecer que la laguna jurídica existente en el artículo 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal es en beneficio de los delincuentes.

Por otra parte cuando el Ministerio Público integra una averiguación previa y reúne los requisitos de procedibilidad, la probable responsabilidad y el cuerpo del delito, y ejercita acción penal con detenido, y el órgano jurisdiccional toma conocimiento de la consignación y abre el proceso, en muchas ocasiones deja en libertad al inculcado por falta de elementos, argumentando que no existe flagrancia ya que no se encuentra acreditado lo establecido en los artículos 266 y 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, determinación que realizan por criterio y no por aplicación de los citados artículos.

Es necesario aclarar, que lo expresado en el presente tema, que no existe intención de que las agencias del Ministerio Público se conviertan en fabricas de delitos, pero sí se es consciente de que en la actualidad existe un elevado índice delictivo en nuestra ciudad por diversas causas, entre éstas la impunidad por la ineficacia de la regulación de la flagrancia. Además de que tomando como estadística la Fiscalía Miguel Hidalgo, encontramos que en el inicio de 95 averiguaciones previas con detenido, de

las cuales en 55 se ejercitó acción penal y en las restantes 40 no se acreditó la figura de la flagrancia, originando de esta manera la impunidad.

Por lo anterior, el artículo 267 debe ser adicionado de modo que además de "perseguido material e inmediatamente después de ejecutado el delito" se incluya "o se realicen actos encaminados para su persecución con la finalidad de lograr su detención". Con esto, se amplía y explica esta figura jurídica brindando una mayor claridad en su concepción.

Sin embargo, se requiere que los elementos de corporaciones policíacas deben ser capacitados para que tengan conocimiento de la importancia de la flagrancia dentro de la averiguación previa, con la finalidad de que cuando rindan su declaración respecto de un hecho en el que haya existido flagrancia, la realicen en forma correcta y se logre la integración de dicha figura.

Además que es necesario que exista una campaña dirigida a la sociedad en general con el propósito de que las personas que sean objeto de algún ilícito penal, estén conscientes de la relevancia de la figura de la flagrancia y al momento de denunciar los hechos delictivos colaboren con el Ministerio Público para que no exista problema para encuadrar la figura en comento.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- El Derecho Penal se encuentra en todo momento y en todo lugar, no existe individuo que éste marginado del mismo, y aunque continúen surgiendo nuevas teorías, el Derecho siempre podrá evolucionar de acuerdo a las necesidades que se vayan presentando en la sociedad.

SEGUNDA.- Existen en el Derecho Penal teorías como la Causalista y la Finalista, la primera de éstas hace referencia a una acción delictiva por voluntad sin importar la finalidad de dicha conducta. Y la segunda se refiere a una conducta realizada por un sujeto que tiene la capacidad de conocer y querer, no obstante realiza la conducta sabiendo de antemano el resultado y su finalidad. El Código Penal vigente para el Distrito Federal, se encuentra en un contexto ecléctico de ambas teorías.

TERCERA.- Legalmente el delito es definido como "la acción u omisión que sancionan las leyes penales", la descripción de dicha conducta implica el tipo penal y sus elementos son: conducta, tipicidad, antijuridicidad , culpabilidad, imputabilidad, punibilidad.

CUARTA.- La Averiguación Previa es el conjunto de actividades que desempeña el Ministerio Público para reunir los presupuestos y requisitos

de procedibilidad necesarios para ejercitar la Acción Penal, siendo entonces que el Ministerio Público como representante de la sociedad es el único que tiene facultad de la investigación de los delitos de acuerdo a lo establecido en el artículo 21 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

QUINTA.- El Ministerio Público actualmente cuenta con un sin fin de obstáculos que le dificultan la debida integración de la Averiguación Previa, a pesar de que existen acuerdos y circulares que en teoría deberían agilizar la procuración de justicia y el resultado es, sin embargo, que está no es pronta ni expedita, ocasionando que los particulares sean afectados.

SEXTA.- En todo proceso Penal el inculpado tendrá derecho a gozar de las garantías que hace alusión el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

SÉPTIMA.- En la actualidad existen diversas lagunas en la ley, como lo es la omisión de la descripción de figuras citadas en el texto de los preceptos penales, tal es el caso del precepto establecido en el artículo 267 del Código de procedimientos Penales para el Distrito Federal, referente a la flagrancia. Dicho artículo menciona que: "Se entiende que existe delito flagrante cuando la persona es detenida en el momento de estarlo

cometiendo, o bien cuando el inculpado es perseguido material e inmediatamente después de ejecutado el delito". Como puede apreciarse, en dicho precepto no se establece lo que debe entenderse por "que sea perseguido materialmente".

OCTAVA.- En una averiguación previa donde se ha detenido al responsable en flagrancia, existe dificultad al integrarla, en virtud de que los elementos policiacos o particulares afectados, al rendir su declaración respecto a los hechos relacionados con la conducta ilícita cometida por el probable responsable, no la realizan en forma correcta ya sea por la falta de criterio o temor de represalias, y en algunos de los casos por corrupción por parte de los elementos policiacos.

NOVENA.- Se advierte una ineficacia en la actual regulación de la flagrancia ya que, tomando como ejemplo la Fiscalía Miguel Hidalgo, en el período comprendido del 1º de Enero al 31 de Marzo del año 2001, se iniciaron 95 averiguaciones previas con detenido, de las cuales en 55 se ejercitó acción penal y en las restantes 40 no se acreditó la figura de flagrancia, por lo que se dejó en libertad, con las reservas de ley, a los probables responsables, originando de este modo la impunidad.

DECIMA.- Se requiere que el artículo 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, sea reformado a fin de que éste sea claro y preciso en la regulación de la figura de la flagrancia.

PROPUESTAS.

PRIMERA.- El contenido del artículo 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su párrafo primero debe ser reformado.

Actualmente éste a la letra dice:

*“Se entiende que existe delito flagrante cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, o bien cuando el inculpado es **perseguido material e inmediatamente después de ejecutado el delito**”.*

Se propone que dicho ordenamiento sea explícito en lo referente a que el inculpado sea “perseguido materialmente”, por lo que como propuesta, la redacción del ordenamiento en mención debe ser reformada para quedar de la siguiente forma:

*“Se entiende que existe delito flagrante cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, o bien cuando el inculpado es **perseguido material, inmediata e ininterrumpidamente después de ejecutado el delito o se realicen actos encaminados para su persecución con la finalidad de lograr su detención**”.*

SEGUNDA.- Los elementos de corporaciones policiacas deben ser capacitados a fin de que tengan conocimiento de la importancia de la figura de la flagrancia dentro de la Averiguación Previa, para que cuando rindan su

declaración respecto de un hecho en el que haya existido flagrancia, la realicen en forma correcta y se logre la integración de dicha figura.

TERCERA.- Debe ser realizada una campaña dirigida a la sociedad en general con la finalidad de que las personas que sean objeto de algún ilícito penal, estén conscientes de la relevancia de la figura de la flagrancia y al momento de denunciar los hechos delictivos colaboren con el Ministerio Público en lo que respecta a encuadrar debidamente la figura en estudio.

BIBLIOGRAFÍA.

- 1.- Arilla Bas, Fernando, *El Procedimiento Penal en México*, México, Kratos, 1988.
- 2.- Burgoa, Orihuela, Ignacio. *Las Garantías Individuales*, 32ª ed. México, Porrúa, 2000.
- 3.- Burgoa, Orihuela, Ignacio, *El Juicio de Amparo*, México, Porrúa, 1965.
- 4.- Carranca y Trujillo, *Derecho Penal Mexicano*, México, Porrúa, 1955.
- 5.- Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales del Derecho Penal, Parte General*, 16ª ed. México, Porrúa, 1981.
- 6.- Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, México, Porrúa, 1981.
- 7.- Colín Sánchez, Guillermo, *Diccionario de Procedimiento Penal*, 12ª ed. México, Porrúa, 1988.
- 8.- Daza Gómez, Carlos Juan Manuel, *Teoría General del Delito*, México, Cárdenas Editores, 1997.
- 9.- Díaz de León, Marco Antonio, *Diccionario de Derecho Penal y Términos usuales en el Derecho Procesal Penal*, Tomo II, México, Porrúa, 1989.
- 10.- Díaz de León, Marco Antonio, *Tratado Sobre las Pruebas Penales*, México, Porrúa, 1982.
- 11.- García Ramírez y Adato de Ibarra, *Prontuario de Proceso Penal Mexicano*, México, Porrúa, 1980.

- 12.- H. Cámara de Diputados, *Derecho del Pueblo Mexicano*, 4ª ed. México, Porrúa, 1994.
- 13.- Hernández López Aarón, *El Procedimiento Penal en el Fuero Común*, 3ª ed. México, Porrúa, 2000.
- 14.- Hernández Pliego, Julio A., *Programa de Derecho Procesal Penal*, 5ª ed. México, Porrúa, 2000.
- 15.- Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, 2ª ed. México, Porrúa, 1985.
- 16.- Jiménez de Asúa, Luis, *La Ley del Delito*, Argentina, Hermes, 1954.
- 17.- Jiménez de Asúa, Luis, *Lecciones de Derecho Penal, Volumen 3*, México, Harla, 1997.
- 18.- López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito*, 6ª ed. México, Porrúa, 1998.
- 19.- Márquez Piñero, Rafael, *Derecho Penal, Parte General*, México, Trillas, 1999.
- 20.- Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, México, Porrúa, 1999.
- 21.- Oronoz Santana, Carlos M., *Manual de Derecho Procesal Penal*, 3ª ed. México, Limusa, 1990.
- 22.- Osorio y Nieto, Cesar Augusto, *La Averiguación Previa*, 10ª ed. México, Porrúa, 1999.

- 23.- Osorio y Nieto, Cesar Augusto, *Síntesis de Derecho Penal, Parte General*, México, Trillas, 1998.
- 24.- Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General*, 14ª ed. México, Porrúa, 1999.
- 25.- Porte Petit, Celestino, *Evolución Legislativa Penal en México*, México, Editorial Jurídica Mexicana, 1965.
- 26.- Ramírez Fonseca, Francisco, *Manual de Derecho Constitucional Mexicano*, México, Porrúa, 1967.
- 27.- Reynoso Dávila, Roberto, *Teoría General del Delito*, 2ª ed. México, Porrúa, 1997.
- 28.- Soto Pérez, Ricardo, *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*, 15ª ed. México, Esfinge, 1986.
- 29.- Zamora Jiménez, Arturo, *Cuerpo del Delito y Tipo Penal*, México, Ángel Editor, 2000.
- 30.- *Diario Oficial de la Federación*, Tomo V, 4ª Época, 5 de febrero de 1917, p.p. 149 y 150; 3 de febrero de 1983, p.4; 3 de septiembre de 1993, p.6.

LEGISLACIÓN.

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 2.- Código Penal Vigente para el Distrito Federal.
- 3.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.