



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL

LA EFICACIA JURIDICO PROCESAL DEL INCIDENTE DE
LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A ,
JOSEFINA MARGARITA VALERIANO QUEVEDO



ASESOR: LIC. TOMAS CANTU LOPEZ



CIUDAD UNIVERSITARIA

2006



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MÉXICO

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA UNAM.
P R E S E N T E .

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL
OFICIO 212/SDPP/06

La alumna **VALERIANO QUEVEDO JOSEFINA MARGARITA**, con número de cuenta **9325168-2**, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del Licenciado **TOMÁS CANTÚ LÓPEZ**, la tesis profesional titulada "**LA EFICACIA JURÍDICO PROCESAL DEL INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS**" que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El Licenciado **TOMÁS CANTÚ LÓPEZ**, en su calidad de asesor, nos informa que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "**LA EFICACIA JURÍDICO PROCESAL DEL INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS**", puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna **Josefina Margarita Valeriano Quevedo**.

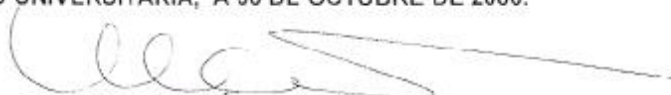
En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

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



SEMINARIO DE
DERECHO PROCESAL

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
CIUDAD UNIVERSITARIA, A 30 DE OCTUBRE DE 2006.


LIC. MARGARITA MARÍA GUERRA Y TEJADA
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL

c.c.p. Archivo Seminario
c.c.p. Alumno
c.c.p. Minutario

AGRADECIMIENTOS

A DIOS

*Por darme la oportunidad de nacer de una gran mujer,
por acompañarme a lo largo de mi vida y
por darme la fuerza para enfrentar con valor los
retos más difíciles.*

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO,
*la máxima casa de estudios, por la oportunidad de cursar la licenciatura en Derecho y
guiarme, a través de los profesores, por el camino de la ética y la lealtad.*

A MI MADRE

MARÍA TERESA QUEVEDO GUZMÁN

*A ti que eres mi luz, mi dirección, y mi mejor amiga,
te dedico, con todo mi amor y admiración,
mi esfuerzo pues siempre me he inspirado en ti.
Sé que jamás podré pagarte
la oportunidad de vivir, el apoyo, el amor,
la comprensión, la fortaleza, y la confianza, que me has brindado.
GRACIAS MAMA.
Por ser mi ejemplo y yo tú proyecto,
este logro es tuyo.*

A MI ABUELA

ANTONIA SÁNCHEZ QUEVEDO

*Mi agradecimiento eterno
por tu amor, tu cariño, tus sacrificios y tus palabras de aliento.*

A MIS HERMANOS

ARACELI, CARLOS Y PAQUITO

*Quienes con su amor incondicional, su apoyo y sus consejos,
siempre me han impulsado a seguir adelante.
Sin ustedes, mi vida no hubiera sido lo maravillosa que es hoy.
Gracias por existir.*

A MI ESPOSO

ROBERTO CARLOS CORONA BRUNO

*A mi compañero de aula y amigo incondicional,
de todos los momentos hermosos y difíciles de la vida universitaria,
gracias por tu amor, apoyo e impulso y
por permitirme llegar a este momento juntos.*

**A LA MEMORIA DE
APOLONIA GUZMÁN, DONACIANO QUEVEDO,
MARÍA SANTOS QUEVEDO Y ANDRÉS QUEVEDO ARELLANO**

*Con todo mi amor, cariño y respeto,
con la seguridad de que están conmigo compartiendo la realización de este sueño.*

**A MIS PRIMOS
RAFAEL SANTOS QUEVEDO Y JUAN MANUEL SANTOS QUEVEDO**

Mi reconocimiento por ser un ejemplo de superación constante.

A DOÑA ISABEL CORONA BRUNO Y A DON ROBERTO CORONA VÁZQUEZ

Mi respeto por su ejemplo de constancia y dedicación.

A MIS PRIMOS

*Por compartir mis sueños e ilusiones,
que este trabajo sirva de inspiración.*

A MI FAMILIA

*Mil gracias por su respaldo, sus enseñanzas, sus virtudes
y por el afecto que siempre me han demostrado.*

AL DOCTOR EN DERECHO, OMAR OLVERA DE LUNA Ph. D.

Mi maestro,

*Mi reconocimiento, respeto y agradecimiento por todas sus enseñanzas y exigencias, que formaron los
cimientos de mi carrera como abogado postulante.*

**A MI ASESOR DE TESIS,
DOCTOR EN DERECHO, TOMÁS LÓPEZ CANTÚ**

*Un agradecimiento especial por su tiempo, sus consejos, su sabiduría, su paciencia en la dirección del
presente trabajo, y sobretodo, por motivarme.*

A MIS AMIGOS

*Que me han acompañado durante las diferentes etapas de mi vida, de forma incondicional
y que han dejado en mí, una huella muy importante.*

A MIS HIJOS QUE AÚN NO EXISTEN

Que sirva de estímulo, inspiración y ejemplo.

Introducción

CAPÍTULO 1 PROCEDIMIENTO PENAL

1.1 Su evolución Histórica en México.....	1
1.2 Concepto de procedimiento, proceso y juicio.....	10
1.2.1 Diferencias entre Procedimiento, proceso y juicio.....	14
1.3 Sujetos y Autoridades dentro del Procedimiento Penal en el Distrito Federal.....	17
1.3.1 El Agente del Ministerio Publico dentro de la Averiguación Previa.....	18
1.3.2 El agente del Ministerio Público dentro del proceso.....	24
1.3.3 El Juez.....	25
1.3.4 El acusado y su defensor.....	27
1.3.5 El ofendido como coadyuvante.....	33
1.4 La garantía de audiencia para el ofendido y procesado.....	40
1.5 La seguridad jurídica en el procedimiento.....	41

CAPÍTULO 2 ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL

2.1. La averiguación previa.....	46
2.1.1 La acción penal y la consignación.....	52
2.2. La preinstrucción.....	56
2.2.1 La radicación.....	58

2.3 La instrucción.....	64
2.3.1 La declaración preparatoria.....	65
2.3.2 El auto de plazo constitucional.....	70
2.4 El juicio.....	74
2.4.1 Las conclusiones.....	77
2.4.2 La audiencia de vista.....	79
2.4.3 La sentencia.....	80

CAPÍTULO 3

INCIDENTE DE LA LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS.

3.1 Antecedentes.....	82
3.2 Concepto de incidente.....	83
3.2.1 Semántico.....	86
3.2.2 Jurídico.....	88
3.2.3 Penal.....	90
3.3 Naturaleza jurídica del incidente de libertad por desvanecimiento de datos.....	94
3.4 Análisis comparativo del incidente de desvanecimiento de datos de otras legislaciones.....	98
3.4.1 Estado de México.....	98
3.4.2 Morelos.....	101
3.4.3 Hidalgo.....	104
3.4.4 En el Fuero Federal.....	107
3.5 Naturaleza jurídica de la prueba en el incidente de libertad por desvanecimiento de datos.....	109
3.6 Elementos jurisdiccionales para la procedencia del incidente de libertad por desvanecimiento de datos.....	113

3.7 Procedimiento para llevar a cabo la tramitación del incidente de libertad por desvanecimiento de datos.....	115
3.8 Efecto jurídico del incidente de libertad por desvanecimiento de datos.....	120
3.8.1 Efecto social del incidente de libertad por desvanecimiento de datos.....	125

CAPÍTULO 4
LA EFICACIA JURÍDICO PROCESAL DEL
DESVANECIMIENTO DE DATOS

4.1 El concepto de eficacia.....	128
4.2 La naturaleza de la prueba indubitable.....	129
4.3 El ofendido y su indispensable intervención en el incidente.....	133
4.4 La necesidad de una mayor reglamentación.....	134
4.5 Propuestas de reformas.....	137

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCIÓN

La libertad, el más preciado de los valores humanos. Ha sido el tema favorito de nuestras preocupaciones estudiantiles. No podíamos por tanto desaprovecharlo en la oportunidad que se nos brinda ahora de elaborar un estudio de carácter jurídico científico para acceder a la noble profesión de abogados.

El enfoque y la perspectiva formal de conceptualización de este tema sobre la libertad tendría que ser naturalmente el jurídico, sin dejar de reconocer que la libertad se trata también con sumo interés desde otros puntos de vista, como son el filosófico, el histórico y el social, entre otros.

Como se ve, el campo es amplísimo. Y por lógica necesidad hemos tenido que seleccionar el punto concreto de nuestra tesis, que es el incidente de libertad por desvanecimiento de datos, analizándolo de manera específica al Código de Procedimiento Penal del Distrito Federal.

La decisión de desarrollar este proyecto de tesis responde a que, sin lugar a dudas uno de los incidentes que tiene mayor trascendencia jurídico procesal, es el incidente de libertad por desvanecimiento de datos.

La trascendencia primordialmente radica, en los efectos que tiene la resolución del incidente de libertad por desvanecimiento de datos, la cual desvanece los datos que sirvieron para tener por comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

La jurisprudencia ha establecido, que la prueba, que se lleve a cabo en el incidente de desvanecimiento de datos, debe ser indubitable, es decir, que no deje lugar a duda, por lo tanto fija la naturaleza de la prueba plena.

Es necesario considerar, la importancia de este incidente de libertad por desvanecimientos de datos, por lo que dentro del proyecto de tesis, se toma en consideración el procedimiento penal, y sus etapas, lo anterior, con el único fin de conocer el momento en que se debe presentar el multicitado incidente, la evolución y los efectos que puede llegar a causar, por ese motivo en el trabajo a desarrollar se tocan estos puntos, de manera tal que sea más práctico para el lector, comprender la esencia y naturaleza de este tipo de incidente de libertad por desvanecimiento de datos, sus efectos y eficacia.

La finalidad, el objetivo capital y definitivo del proceso penal es una decisión sobre la culpabilidad o inculpabilidad del procesado, su condena o absolución, resultado de la sentencia de fondo. Lo deseable sería llegar a esa meta sin dificultad alguna, sin embargo, tanto en el proceso referido como en cualquier actividad no siempre se puede conseguir el resultado propuesto de un solo intento continuado, pues surgen en el curso obstáculos, dificultades accesorias que se requieren anticipada solución.

Estas cuestiones secundarias que hay que dilucidar en forma independiente y que constituyen un impedimento de marcha, exigen una tramitación adicional o lateral y un fallo anticipado especial, constituyendo lo que en Derecho conocemos con el nombre de incidentes.

Sin embargo, cabe hacer notar que para recibir propiamente la denominación de tales, se requieren sin duda, aparte de la cuestión incidental, materia accesoria, el que tengan una relación inmediata con el asunto principal, pues no todas las cuestiones que ocurren para resolución en el proceso constituyen incidentes, como sucede en los tramites ordinarios y necesarios de

todo proceso, que no forman cuerpo incidental ni materia accesoria por no constituir una interrupción, interposición o desviación del camino que conduce a la meta del proceso.

Acerca de este tópico tan importante, el tratadista español Santiago López Moreno ha escrito: “Son los incidentes hablando en tesis general, la reforma mayor de los procedimientos: arma ordinaria de los litigantes de mala fe, eterno recurso de los abogados enredadores, fuente inagotable de la avaricia del curial; motivo de temor para los abogados honrados, causa primera del desprestigio de la justicia en el procedimiento escrito. Por medio de los incidentes se embrollan los más sencillos asuntos y se hacen interminables los pleitos. No basta para impedirlo la rectitud de los jueces, la cual se estrella siempre en este punto, contra las menguadas habilidades de la malicia, amparadas en las vaguedades de la ley. No puede suprimirse en el procedimiento lo que no puede suprimirse en la naturaleza. No es posible tampoco reducirlos, por que no puede calcularse nunca ni reducirse lo occidental o accesorio, por lo mismo que no pueden reducirse ni limitarse las relaciones de los hechos que son punto menos que infinitas.

Refiriéndonos a la etimología del vocablo, vemos que no existe una opinión generalizada entre los tratadistas respecto del origen etimológico del vocablo “incidente”, por lo que nos limitaremos a transcribir la que diversos autores han emitido sobre esta materia.

Para José Becerra Bautista, etimológicamente la palabra incidente viene del Latín **inciere**, que significa sobrevenir, interrumpir, producirse.

Cabe así mismo señalar que algunos incidentes en materia penal no solo tienden a resolver controversias de carácter adjetivo sino también sustantivo.

El Código de Procedimientos Civiles. Incluye capítulo relativo a incidentes, por lo que no nos proporciona definición alguna, dejando así en libertad al

juzgador para que sea el quien determine que cuestiones planteadas configuran o no un incidente y decida, por tanto, su admisión o rechazo.

El Código de Comercio en el artículo 1349 anota la siguiente definición: **“Son incidentes las cuestiones que se promueven en un juicio y tienen relación inmediata con el negocio principal”**.

La definición de referencia es vaga o imprecisa porque no soporta un análisis, ya que hay muchas cuestiones que se promueven en el juicio, tienen relación directa o inmediata con el asunto principal, como lo son los trámites ordinarios y necesarios de todo proceso y que, sin embargo, no se consideran como incidentes.

Por otra parte los diversos penalistas no se han puesto de acuerdo sobre lo que son los incidentes, no precisando así claramente su contenido. Transcribimos definiciones de alguno de ellos, mencionando las ideas en que estamos de acuerdo.

El autor Guillermo Colín Sánchez, anota lo siguiente: “Los incidentes, como su nombre lo dice, son obstáculos que surgen durante la secuela procedimental impidiendo su desarrollo. Por estar relacionados con diversos aspectos sobre los cuales versa el proceso, es necesario, resolverlos para que en el momento oportuno se puede definir la pretensión punitativa estatal”.¹

El tratadista Franco Sodi, refiriéndose a los conceptos que emiten Julio Acero y Demetrio Sodi, escribe lo siguiente: De los conceptos que sostienen los dos autores, se concluye **que por incidente entienden, una cuestión, una controversia que surge en el proceso y que se hace necesario resolver desde luego, pues su naturaleza espacial así lo requiere, exigiendo por lo**

¹ COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. “Derecho Mexicano de Procedimientos Penales”, 18ª edición. editorial. Porrúa, México, 2001, P. 533.

mismo una tramitación especial. Por mi parte estimo que dicho criterio no es suficiente, ya que no precisa en forma clara cuando una controversia o cuestión que se suscite tendrá las características que ameritan llamarlo incidental, y resolverlo conforme al procedimiento especialmente fijado por la ley para los incidentes. Finalmente el autor concluye: “Incidente es toda cuestión, que sobreviene en el proceso, planteando un objeto accesorio del mismo, en forma tal, que obliga a darle una tramitación especial”.²

De la definición de Franco Sodi se desprende que los incidentes sobrevienen, acontecen, sin distinguir si se promueve o no, es decir, se concluye que para este autor surge el incidente aun sin que se promueva. En cambio, para Rivera Silva González Bustamante, hay que promover la cuestión.

Otros tratadistas, para precisar la naturaleza del incidente lo hacen comparando los incidentes con los recursos ya que aquellos son un medio equilibrados para la correcta construcción del proceso, y estas son cuestiones que deben resolverse previamente para llegar así a la sentencia definitiva. En tanto el incidente no es sino, como decíamos, una cuestión surgida, un punto cuestionado que interrumpe, altera o modifica la estructura lógica del proceso.

En la actualidad el incidente por desvanecimiento de datos La libertad por desvanecimiento de datos se promueve por las partes, formulándose por escrito, citando el Juez citara a una audiencia dentro del termino de cinco días. En esta audiencia se oirá a las partes, y se dictara la resolución luego de audiencia dentro del término de 72 horas.

Tocante al contenido de los artículos 546 a 551 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, revisten ser de gran importancia,

² FRANCO SODI, Carlos. “El Procedimiento Penal Mexicano”, 10ª edición, editorial Porrúa, México, 2001, P.325.

por un lado el hecho de que se vayan fijando los diversos términos que como esencia natural, debe de tener el medio de prueba para que realmente sea válido y por otro que se desvanezcan los datos que sirvieron para acreditar el cuerpo del delito en el auto de formal prisión.

También dentro del multicitado incidente, se observa que la víctima, ofendido o el sujeto pasivo del delito de nueva cuenta, es olvidado, hecho a un lado, creyendo que el Agente del Ministerio Público lo es todo y que de alguna manera esta perfectamente bien representado por este último, la víctima, ofendido o el sujeto pasivo del delito dentro del proceso.

Debido a la naturaleza y efectos del incidente de libertad por desvanecimiento de datos, éste debe llevarse a cabo con la asistencia del ofendido, quien puede alegar lo que a su derecho convenga, para así tratar de demostrar lo contrario a la prueba indubitable que se haya presentado.

El tema se justifica, en virtud de lo interesante que resulta en la práctica el incidente de libertad por desvanecimiento de datos, el cual a través de la naturaleza de la prueba, sirve para como su nombre lo dice "desvanecer" los datos, de ahí que deba ser esta prueba, de carácter indubitable, esto hace al incidente diferente e interesante, ya que no deberá dejar la más mínima duda.

Debe la prueba ser de tal naturaleza, que se relacione inmediatamente con los elementos mismos que sirvieron, para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, en el auto de formal prisión, desvaneciendo sus propios efectos.

De ahí se hace necesario que se especifique claramente la naturaleza de esta prueba, y que los litigantes tomen en serio la trascendencia del multicitado incidente, lo que traerá consigo la necesidad de que el ofendido, este presente durante este incidente para que nada pueda suceder si no es con la audiencia del

ofendido y la posibilidad que este tiene, para que en todo momento manifieste lo que a su derecho convenga.

Un motivo mas por el cual se elige el presente trabajo de tesis, se identifica con la práctica que la suscrita a tenido a través del tiempo, y las formas mediante las cuales, se ha aplicado el incidente de libertad por desvanecimiento de datos en los procesos, en los que he tenido la oportunidad de participar.

Se considera que la reglamentación establecida en el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, todavía puede ser perfeccionada, fijando con mayor exactitud la naturaleza de la prueba, la forma en que puede ser observada, lo que debe entenderse por desvanecimiento de datos y por supuesto la intervención en todo momento del ofendido.

El objetivo general que se persigue con este trabajo de tesis es en principio demostrar que no se puede echar abajo, todo lo hecho por el Agente del Ministerio Público en virtud que desde la averiguación previa hasta, lo que podemos denotar en el auto de formal prisión tanto la institución ministerial, como la jurisdiccional consideraron la existencia del cuerpo del delito y por lo tanto dicho cuerpo del delito debe subsistir en la secuela del proceso a menos, de que efectivamente exista una fuerza probatoria tan trascendental, que desvanezca el dato, ya que en la actualidad los litigantes pretenden y se limitan a que el incidente pruebe que la persona acusada no estuvo en tal o cual situación, el anterior razonamiento retarda y desvirtúa la esencia del incidente.

La naturaleza de la prueba debe ser plena y estar íntimamente comunicada con el desvanecimiento del dato, que sirve para acreditar los elementos del cuerpo del delito en la formal prisión, pero no desvaneciéndolos con una prueba contradictoria, para que este pueda ser una de las condiciones principales a efecto de que el acusado logre su libertad.

Se propone una reforma a la sección segunda, del título V Capítulo I del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el apartado en donde se especifica la determinación del incidente de libertad por desvanecimiento de datos, en virtud de que se consideró dos elementos como hipótesis.

Es claro subrayar la calidad de la prueba y la dirección que dicha prueba deba tomar para que pueda ser verdadera o tomada en cuenta, para que el dato se desvanezca, de hecho el acto mismo debe desaparecer por sí solo y no tener una prueba contradictoria que lo haga desvanecer, por lo que es necesario hacer un análisis de la naturaleza de la prueba y el desvanecimiento de datos.

Por otro lado, es importante que se aplique la intervención del ofendido para que este último, se de cuenta de lo que está sucediendo en su proceso y de esta manera pueda alegar lo que a su derecho convenga, pues en un momento determinado se le estará afectando, una vez que ya, ejercitada la acción penal esta se desvanece a través de este incidente de libertad por desvanecimiento de datos y puede quedar libre el infractor.

En todas las legislaciones modernas, y aun en antiguas, se encuentran disposiciones para conceder la libertad de las personas sujetas a proceso. Mediante la Constitución o leyes reglamentarias se tiende a proteger la libertad de los inculcados, pues al mismo tiempo que existe un interés social de perseguir a los responsables de un delito, existe también el interés del inculcado, que merece disfrutar las garantías que la misma ley le otorgue y a su vez son parte del interés social. El individuo, parte integrante de la sociedad, debe gozar del apoyo de las leyes, sobre todo en los casos que se han creado los incidentes de libertad en el procedimiento penal.

Existe la idea de que el objeto de los incidentes es el de resolver algunas cuestiones secundarias de los juicios y mas bien consiste en eliminar todo aquello que signifique obstrucción en la secuela procedimental.

El objeto principal del proceso es necesario, constituye su fondo y sin él, el proceso mismo no tiene razón de ser. El objeto accesorio es incidental, surge sólo cuando existe el principal.

LA EFICACIA JURÍDICO PROCESAL DEL INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS

CAPÍTULO 1 PROCEDIMIENTO PENAL

El objetivo principal para de estudio en este primer capítulo, es dar una idea generalizada de lo que es el procedimiento penal y resaltar, cual es en sí, la seguridad jurídica que otorga a la sociedad, en la previsión del delito y la persecución del mismo, todo esto con el fin de establecer una idea amplia del procedimiento penal, que nos permita entender y analizar ¿cuál sería la eficacia jurídico-procesal del incidente de libertad por desvanecimiento de datos!

Ahora bien, iniciaré, analizando la evolución histórica del procedimiento penal en México.

1.1 Su evolución Histórica en México.

Desde la época prehispánica, en nuestro país, la idea de la pena y el procedimiento para imponerla, ha sido por demás debatida en las diversas formas, a través de las cuales, la sociedad Mexicana se ha ido integrando.

El derecho penal de los Aztecas fue rudimentario, símbolo de una civilización que no había alcanzado la perfección de las leyes, es decir, el máximo de evolución moral de acuerdo con una cultura valorativa. Los sacrificios, la lapidación de los adúlteros, eran situaciones un tanto incivilizadas, por parte de los indígenas antes de la llegada de los españoles.

El Derecho prehispánico no rigió uniformemente para todos los diversos pobladores del Anáhuac, puesto que constituían agrupaciones diversas gobernadas por distintos sistemas y aunque había cierta semejanza, las normas eran distintas y el derecho era consuetudinario y quienes tenían la misión de juzgar, la transmitían de generación en generación.

En el Derecho Azteca, el monarca era la máxima autoridad judicial y éste, a su vez delegaba funciones en un magistrado supremo, este último se encargaba de nombrar a un magistrado para ejercer iguales funciones en las ciudades, con un número de habitantes considerables, así también podía designar a jueces encargados de los asuntos civiles y criminales.

A este respecto, el maestro Carrancá y Rivas Raúl comenta:

“El emperador Azteca –Colhuatecuhtli, Tlatoqui o Hueitlatoani- era, con el consejo supremo de gobierno –el Tlatocan- formado con cuatro personas que había de ser sus hermanos, primos y sobrinos, y entre de los que habría de ser elegido el sucesor del emperador- el que juzgaba y ejecutaba las sentencias” los pleitos duraban ochenta días como máximo y se seguían sin intermediarios. Cada ochenta días el Tlatocan celebraba audiencias públicas, sentenciando sin apelación.”¹

Las Leyes Aztecas eran bastantes rígidas, inflexibles, fueron elaboradas con la finalidad de atemorizar a la población, la persona que infringía una ley era desterrada, o bien, se le condenaba a la pena de muerte, por ahorcadura, lapidación, decapitación o descuartizamiento.

¹ CARRANCA Y RIVAS, Raúl. “Derecho Penitenciario, Cárceles y Penas en México”, 2ª edición, editorial Porrúa, México, 1981, P. 19.

Es importante tomar en cuenta que en el Derecho Azteca se clasificaban las infracciones penales en leves o graves, quienes conocían de las primeras, eran jueces cuya jurisdicción se limitaba únicamente a un barrio de la ciudad, las infracciones graves se encomendaban a un tribunal colegiado, integrado por tres o cuatro jueces, los primeros iniciaban las actuaciones, efectuaban aprehensiones y los segundos fueron quienes decidían de manera definitiva.

Distinguían entre la intención y la imprudencia, de tal suerte que el derecho penal Azteca era considerado demasiado riguroso y en exceso sangriento. Así, la pena de muerte llegó a ser la sanción más común.

Otras penas eran la esclavitud, la mutilación y el destierro definitivo o temporal, los encarcelamientos en prisiones que llegaron a considerarse lugares de lenta y penosa eliminación.

Cabe hacer mención que en ocasiones los efectos de ciertos castigos se extendían a los parientes del culpable, con lo que lo primitivo del derecho penal Azteca, se muestra en la ausencia de toda distinción entre autores y cómplices, es decir, todos podían recibir el mismo castigo.

Por ultimo, debemos señalar que el hecho de ser noble, en la comunidad Azteca, en lugar de dar acceso a un régimen privilegiado, se tenía como circunstancia agravante, en virtud de que estos eran los que debían de dar el ejemplo, lo que permite suponer el carácter severísimo de la pena en la comunidad Azteca.

“La civilización maya presenta perfiles muy diferentes de la azteca. Mas sensibilidad, sentido de la vida más refinado, concepción metafísica del mundo más profunda...

La pena no era fatalmente de muerte. Si se la compara con la azteca, la maya es una represión mucho menos brutal. Y es que el pueblo maya quiché es “quizá el de más evolucionada cultura entre todos los que habitaban el Continente americano”²

En la conquista y la época colonial, como resulta lógico suponer, España traslada hacia nuestro país, todas aquellas ideas españolas, a través de las cuales, se empieza a generar otro tipo de organización, basada en los intereses, tanto de la corona española como del clero, instaurando para las indias, el Derecho Penal propio, si bien dentro de estas normas se contemplaban las conducentes para los ibéricos en su mayoría concernían principalmente a los indios.

A este respecto, el maestro Jiménez de Asúa manifiesta que:

“El más importante documento de este tipo de legislación está constituido, por la recopilación de leyes de indias, empezada por Antonio Maldonado, Fiscal de México, que terminó el Oidor de la misma Audiencia doctor Vasco de Puga. Su formación abarca éstos años, 1525-1563, 1571, 1596, 1628, 1680. El Libro VII-compuesto de ocho títulos-trata de los delitos y penas.

Estas leyes indias se aumentaron luego con los Autos Acordados hasta 1759 y desde esta fecha dictaronse las ordenanzas Intendentes (1782, 1786, 1803 y las de Marinería.”³

Al llevarse a cabo la conquista, los ordenamientos legales del derecho Castellano y las disposiciones dictadas por las nuevas autoridades, desplazaron el sistema jurídico azteca, el texcocano y el maya.

² Ibidem. P. 33-35.

³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. “Tratado de Derecho Penal”, Tomo I-VII, 4ª edición, editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1963, P. 748.

Diversos cuerpos de leyes, como la recopilación de las leyes de las indias, las siete partidas, de Don Alfonso El Sabio, la Novísima Recopilación y muchas otras, que establecieron disposiciones, en razón de que no existía un grupo de normas organizadas que regularan el procedimiento penal, ya que era difícil y se podía confundir el establecer un procedimiento para llevar un enjuiciamiento, toda vez que se llegaban a confundir, las disposiciones de carácter eclesiástico, profano y real.

Durante el transcurso de la época colonial, se presentaron diversos problemas toda vez que, conforme avanzaba la sociedad, las normas de esa época no alcanzaban a regular ni suplían las deficiencias, y fue hasta 1578, que Felipe I decretó nuevas sanciones más rigurosas, que tenían como fin el limitar los abusos y las competencias entre obispos y corregidores.

El historiador Agustín Cué Canovas, cuando nos habla de las situaciones de administración de justicia en la colonia, dice: “La administración de justicia en la Nueva España fue lenta y costosa, los litigantes debían pagar por las resoluciones obtenidas de tribunales y jueces, lo que originó quejas y abusos constantes.

En el negocio del orden criminal las penas eran crueles y terribles, pues además de emplearse el tormento para conocer la verdad, se aplicaba la marca con hierro candente, la mutilación, la picota, la pena de muerte, y la horca, etc. Existieron penas trascendentales, es decir, que pasaban de padres a hijos, como las que se le imponía a los herejes.

Existieron tribunales especiales con fuero judicial propio, como el de cuentas, el consulado para los comerciantes, los eclesiásticos, los militares, el del Santo oficio de la inquisición, el de la Universidad para maestros y estudiantes de ella, el de Minería, el de la Santa Hermandad que tenía facultad de juzgar en forma sumarísima y ejecutar inmediatamente las sentencias

dictadas, generalmente la muerte en la horca, a los salteadores y delincuentes en despoblados”⁴

Nótese, como la situación en administración de justicia penal, es en si misma delicada, puesto que uno de los objetivos que se persigue, es la discusión de la verdad legal del acontecimiento y hechos, su primera consecuencia consiste en que una persona pueda gozar de su libertad, o bien se le restrinja.

Una vez que termina la colonia, todo lo que son los movimientos constitucionalistas de independencia en México, dan origen a una época en la cual, se interesan mas por la lucha del poder gubernamental, que en la organización del país de tal manera, que en términos generales, las diversas circunstancias iban generando dos grupos políticos principales, como son: Por un lado los liberales y por el otro, los conservadores.

En términos generales, surge la constitución de Cádiz de 1812, la de Apatzingan 1814, la Constitución Federalista de 1824, y es en ése momento cuando se consolida la independencia de nuestro país, (Tratado de Córdoba 27 de Septiembre de 1821, firmado por Iturbide y D. Juan O. Donojú, en Córdoba, Veracruz.)

José Luis Soberanes Fernández, al decir que derecho aplico para llevar a cabo la administración de la justicia en México, en la época independiente dice: “De acuerdo con José María Álvarez, autor Guatemalteco de comienzos del siglo XIX, en su tratado sobre las instituciones del derecho de Castilla y de Indias (autor que en palabras de Maria del Refugio González puede tomarse como prototipo), encontramos el siguiente orden propuesto:

⁴ CUE CANOVAS, Agustín. “Historia Social y Económica de México”, edición 25ª, editorial Trillas, México, 1985, P. 171.

- 1) Decretos dados por los congresos Mexicanos;
- 2) Decretos dados por las Cortes de España, publicados antes de declararse la independencia;
- 3) Reales disposiciones novísimas aún no inscritas en Recopilación;
- 4) Leyes de Recopilación, primero las más modernas;
- 5) Leyes de la Nueva Recopilación;
- 6) Leyes del Fuero Real y Juzgo;
- 7) Estatutos y fueros municipales de cada ciudad, en lo que no se oponía a Dios, a la razón y a las leyes escritas;
- 8) Las Partidas en lo que no estuvieran derogadas”⁵

Se van configurando para nuestro país las formas adecuadas a través de las cuales la sociedad trata de lograr una cierta evolución organizando a las masas, evidentemente en la época independiente, es mas se fijaban por la lucha por el poder, que por organizar Códigos civiles o penales de tal naturaleza que los conservadores triunfan para 1836, fecha en que colocan su constitución conservadora, y luego los liberales para 1857 fecha en que se promulga la constitución liberal y por supuesto las diversas legislaciones de reformas.

De tal manera que se van estableciendo algunas instituciones a través de las cuáles el propio derecho penal va logrando su evolución.

Después de la constitución de 1857, luego de la guerra de los tres años y de la intervención francesa, cuando Don Benito Juárez triunfa, éste le alcanza la muerte y lo sucede a su paso Lerdo de Tejada y después Don Porfirio Díaz.

En los tiempos de Porfirio Díaz, es en donde más auge toman las disposiciones civiles y penales.

⁵ SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis. “Historia del Derecho Mexicano”, 9ª edición, editorial Porrúa, México, 2002, P.113.

Es el caso, de que las nuevas disposiciones van formándose a finales del siglo XIX.

Guillermo Colín Sánchez al hablar de esto, dice: “En el Texto de la Ley de Jurados Criminales expedida el 15 de julio de 1869, se introdujeron innovaciones de importancia para la administración de justicia de la época.

Se hizo referencia, aunque sin mayor énfasis, al Ministerio Público, independientemente de que sus funciones, se ciñeron a los lineamientos que observaban los fiscales de la Época Colonial.

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

Finalmente, se expidió El Código Penal de 1871, para el Distrito Federal y Territorios de Baja California, y para toda la Nación, en delitos Federales.

Este Código, al decir de don Antonio Ramos Pedrueza, fue: “la manifestación lógica y bien coordinada del Estado de los conocimientos Científicos de la época acerca de la función del Estado.

Expedido el Código mencionado, era necesaria una ley de enjuiciamiento que lo hiciera aplicable, y después de muchas vicisitudes, se pronunció el primer Código de Procedimientos Penales en el medio mexicano, el de 1880.

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

En otros órdenes, aunque moderado, impera el sistema inquisitivo, independientemente, de algunos derechos para el procesado: la defensa, inviolabilidad de domicilio, libertad caucional, etc. En cuanto a la víctima del delito se instituyó la obligación del delito, búsqueda y aportación de pruebas.

Años más tarde, el 6 de junio de 1894, Un nuevo Código de Procedimientos Penales sustituyo al anterior y aunque no difiere en el fondo de su doctrina en sus tendencias, se trato de equilibrar la situación del Ministerio Publico y de la Defensa... ”⁶

Este Código también menciona los incidentes de libertad, en su libro IV no contiene disposición alguna acerca del incidente de libertad por desvanecimiento de datos, ya que trata solo de la libertad absoluta, libertad provisional bajo protesta y de la retención.

El Código de Procedimiento Penales en 1880, en su libro primero, título III capítulo II, habla acerca de los incidentes, tema de estudio de esta tesis aunque los trata de forma vaga, encontrando en sus disposiciones que cualquier excepción que el procesado opusiere, será apreciada en sentencia definitiva, siempre y cuando tengan relación con el aspecto criminal que se juzga y esto no dará lugar por ningún motivo a un incidente o falla especial.

Una de las necesidades fundamentales a través de las cuales se va a elegir el procedimiento penal, se identifica claramente con la necesidad de la seguridad jurídica y el otorgamiento del derecho de audiencia, a aquel que se le trata de acusar del delito, del concepto de la seguridad jurídica, hablaremos en inciso 1.4, por el momento solamente subrayamos, el hecho de que se requiere formalidades en el procedimiento para poder enjuiciar a una persona.

⁶ COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. “Derecho Mexicano de Procedimientos Penales”, 18ª edición, editorial Porrúa, México, 2001, PP. 58-59.

Otro autor que nos habla sobre lo que ha sido la evolución del derecho Procesal Penal en México, es Julio Acero, quien establece lo siguiente:

“El 18 de diciembre de 1908, se expidió el Código de Procedimientos Penales en materia Federal, cuyas disposiciones regulan la actividad de quienes intervienen en el procedimiento, y aunque se puede decir que el Código del Distrito Sirvió de base para su elaboración, contiene otras innovaciones como: Las facultades que se le conceden al juez para la comprobación del cuerpo del delito, el arbitrio judicial etc.

La ley procesal que siguió en turno a la anterior, fue la expedida el 15 de diciembre de 1929, entre otros aspectos al referirse a las víctimas indicaba la reparación del daño, que era parte de la versión del hecho ilícito”⁷

La evolución Histórica del procedimiento penal en México responde a la forma, a través de la cual la sociedad se va organizando para lograr una mayor y mejor convivencia, y que las diversas instituciones puedan seguir sustentándose a lo largo de lo que es el devenir histórico, evolucionando dependiendo siempre de las necesidades de la época y de las sociedad Mexicana.

1.2 Concepto de procedimiento, proceso y juicio.

Cabe destacar que las palabras procedimiento, proceso y juicio, suelen ser conceptos que frecuentemente se confunden en su connotación jurídica real, y no es raro observar que tanto en la legislación como en el uso general del idioma, se les otorgue una sinonimia que conduce a errores.

⁷ ACERO, Julio. “El procedimiento Penal en México”, 3ª edición, editorial Kajica, Kajica, México, 2001, P. 111.

De acuerdo a mi criterio, debe entenderse, que cuando se hace referencia a la palabra procedimiento significa: Es una serie de actos concadenados, enlazados para llevar a cabo alguna cosa.

Definitivamente, desde el punto de vista del Procedimiento Penal, se denota mas la diferencia que existe entre estos tres conceptos.

En términos generales, se usan indistintamente, pero realmente desde el punto de vista técnico jurídico, cada uno de éstos, tiene una significación diversa.

Cipriano Gómez Lara, en el momento en el que nos ofrece algunas explicaciones, dice: “Es común que los significados de los vocablos proceso y juicio se confundan, se tomen uno por otro, y que en algún sentido se hagan equivalentes, en este último caso la palabra juicio parece equivaler a lo que hoy entendemos como proceso. Para explicar lo anterior es conveniente recordar que en el siglo pasado los códigos españoles no se llamaban procesales o de procedimiento, sino leyes de enjuiciamiento...

Juicio. Procede de la lógica, entendida ésta como ciencia del conocimiento, como ciencia de razonar, como ciencia de pensar. Y es que, en su aspecto lógico, el juicio es un mecanismo del pensamiento

El concepto original de la denominación juicio corresponde o proviene de la lógica Aristotélica, y no es, en este sentido, sino un mecanismo del razonamiento mediante el cual llegamos a la afirmación de una verdad. Claro, a través de un proceso dialéctico que implica una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión”⁸

⁸ GOMES LARA, Cipriano. “Derecho Procesal Civil”, 8ª edición, editorial Oxford, México, 2000, P. 3.

Así como lo plantea el autor citado, debemos de hacer la distinción total, respecto de todo lo que es el procedimiento penal, en relación a los vocablos indicados.

El maestro Colín Sánchez, da un concepto de lo que es o debiese entenderse por juicio.

“Juicio. se refiere a la capacidad o el hecho de discernir lo bueno de lo malo, lo verdadero de lo falso, lo legal de lo ilegal: tarea realizada por el Juez en la sentencia”⁹

Desde el punto de vista de la lógica, el juicio implica una actitud racional a través de la cual se llega a una conclusión, “si entonces”, “si y solo si “ es decir, esta actividad consiste en afirmar de un objeto, como sujeto lógico algo que de algún modo le corresponde como predicado lógico, la esencia de este juicio se haya en esta relación lógica, entre el objeto de afirmación y la afirmación misma.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no establece una definición de lo que es el juicio, pero si por el contrario define lo que es el procedimiento sumario y ordinario, se entiende que el juicio, es el período del procedimiento penal en el cual el Agente del Ministerio Público precisa su Acusación, el acusado su defensa, el o los integrantes de los tribunales valoran las pruebas y posteriormente dictan resolución.

Respecto al procedimiento, la actitud que toma el Agente del Ministerio Público desde que recibe noticia de la comisión de un delito, hasta que se dicta la sentencia e incluso apela la sentencia en segunda instancia, cuando no le es favorable, todo esto señala a un procedimiento una secuela de la forma

⁹ COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. Ob. Cit. P. 548.

organizada a través de la cual cada una de las etapas del procedimiento, debe de llevarse a cabo.

Por otro lado, hemos de encontrar que, desde el punto de vista técnico, cuando el Juez recibe la consignación y la radica, y llega a dictar su auto de formal prisión, en ese momento se inicia formalmente el proceso o como dicen algunos autores, la primera etapa de la instrucción, puesto que consideran a esta etapa, desde que se le indica al acusado de la consignación del Agente del Ministerio Público, que como Representante Social ejercita acción en su contra, evidentemente a favor de la organización social y por supuesto del ofendido, que en este caso, el Agente del Ministerio Público representa en el Juicio.

De tal manera que se dicta un auto de formal prisión y se abre el proceso, esto es, que se inicia formalmente a las partes, para que cada una de ellas deba de ofrecer sus pruebas en término, para desahogarlas para que manifieste lo que a su derecho convenga, el caso es, que una vez que se han formulado las conclusiones por ambas partes el expediente lo toma el Juez, para formular el razonamiento lógico al que se refiere el autor Cipriano Gómez Lara y emitir su sentir a través de la sentencia.

El Doctor Leopoldo de la Cruz, respecto al proceso expone.

“El proceso es un conjunto de actos procesales, ligados entre sí como una relación jurídica, por virtud del cual el Estado otorga su jurisdicción con objeto de resolver los litigios o relaciones de derecho sometidos a su decisión. El proceso, pues, es una serie de actos concadenados que se desarrollan progresivamente para llegar a su fin natural, que es la sentencia definitiva con calidad de cosa juzgada y resolutoria del conflicto.”¹⁰

¹⁰ DE LA CRUZ AGÜERO, Leopoldo. “Procedimiento Penal Mexicano”, 4ª edición, editorial Porrúa, México, 2000, P. 478.

Otro concepto que nos ayuda a explicar un poco, todo lo que ha sido la polémica, definición de estos tres conceptos, es el autor Alejandro Pallares, nos indica sobre lo que es el proceso y procedimiento y dice;

“El proceso es una institución establecida para realizar mediante ella la función de administrar justicia, mientras que el procedimiento es el conjunto de formas o manera como se efectúa esa función...

Por lo tanto, juicio no es sino el litigio dentro del proceso...

Litigio es el conflicto de intereses sobre un bien determinado.”¹¹

Nótese, cómo el autor citado, empieza ya a generarnos una idea sobre lo que tendría que ser, el procedimiento y el proceso.

Tenemos que dicho autor, considera a la suma de actos que se realizan para la composición del litigio como procedimiento, y el orden de éstos y su sucesión en realización, lo considera el proceso.

Sin lugar a dudas, todavía la distinción tal y como lo dice el propio autor Eduardo Pallares, es capilar, es muy tenue no hay una gran diferencia, de hay que entre los conceptos de juicio, proceso y procedimiento, existan las siguientes diferencias:

1.2.1 Diferencias entre Procedimiento, proceso y juicio.

¹¹ PALLARES, Eduardo. “Derecho Procesal Civil”, 20ª edición, editorial Porrúa, México, 2000, P.106.

Para poder denotar la diferencia, considero pertinente, ubicarnos en todo lo que sería el derecho procesal civil, en donde las partes son particulares.

De tal manera que, iniciaré estableciendo una cierta noción sobre lo que es el proceso como relación jurídica.

De esto, nos habla José Becerra Bautista en la redacción siguiente:

“El proceso es una relación jurídica entre: el juez, actor y reo: *judicium est actus trium personarum, actoris, rei, judicis*.”

Esta relación tiene un carácter jurídico indiscutible, no obstante que CARNELUTTI niegué la utilidad del concepto.

La relación jurídica se establece entre el estado como el sujeto capaz de derechos y obligaciones y el ciudadano, también como sujeto de derechos y obligaciones. La serie de relaciones especiales, dice Hugo Rocco de mutuos derechos y deberes jurídicos de derecho público, en cuanto surgen con ocasión del proceso, pueden llamarse relaciones jurídicas procesales. Y como dichos sujetos son tres: actor, demandado y órgano Jurisdiccional, éstos constituyen los sujetos de la relación Jurídica procesal”¹²

Hay una triangulación necesaria en la relación procesal, y es el caso de que las partes en este tipo de relación, deben necesariamente estar íntimamente relacionadas y debidamente organizadas.

Razón por la cual el procedimiento, fija momentos e instantes a través de los cuales, la concentración diferencia.

Éste es en el momento en el que el actor excita la acción jurisdiccional a través de su demanda, dicha función lo que hace es emplazar al demandado,

¹² BECERRA BAUTISTA, José. “El Proceso Civil en México”, 17ª edición, editorial Porrúa, México, 2000, P. 2.

pero todavía no se está hablando de un proceso, puesto que todavía no se sabe hasta donde puede llegar el debate, hasta donde pudo llegar la litis.

Todavía no hay proceso, pero hay una secuela de actos y períodos, mismos que se denominan dentro del procedimiento.

El actor interpone su demanda, y hay ciertas etapas o instancias a través de las cuales el Juez la admite, la acuerda, y la turna al actuario para llevar a cabo el emplazamiento.

Todo esto, son formalidades del procedimiento, a pesar de que en el proceso no existe todavía y esto lo decimos, en virtud de que el demandado puede allanarse a la demanda y de esta manera no va a existir la necesidad de debatir ningún punto y se solicitará la resolución en sentencia respectiva.

Situación que realmente no sucede en Derecho Procesal Penal, pero se denota, cómo el procedimiento es una situación general y el proceso es una situación más particular, a pesar de todo. Hay autores que consideran lo contrario, es decir, que el proceso es el género y el procedimiento es una situación específica.

De tal manera que, por ejemplo, en el procedimiento civil, se le notifica la demanda y contesta, si al contestar hay puntos controvertidos, entonces la obligación del juez, es abrir el proceso a juicio, esto es abrir un proceso para establecer su juicio final, es importante resaltar que el proceso no se abre en tanto no haya un debate, y en el procedimiento penal no se abre en tanto no haya la determinación de la clasificación del delito, por el cual se le va a seguir el proceso al acusado, en este caso el procesado.

Evidentemente son problemas de terminología, que se han citado como mera aclaración al término del procedimiento penal.

1.3 Sujetos y Autoridades dentro del Procedimiento Penal en el Distrito Federal.

En términos generales, podemos considerar al procedimiento penal como ésa formula adecuada a través de la cual, se van a aplicar los tipos penales, otorgándole la garantía de audiencia a aquel que se ve envuelto en una investigación delictuosa.

Así, tomando las palabras de Julio Hernández Pliego diremos que :

“El Derecho Procesal Penal surge como un conjunto de normas jurídicas correspondientes al Derecho Público interno, en tanto regulan relaciones entre el Estado y los particulares, destinatarios de ellas, que hace posible la aplicación del Derecho Penal sustantivos a los casos concretos con el propósito de preservar el orden social”¹³

Nótese cómo básicamente para poder imponer lo que en forma abstracta, esta dado en los tipos penales se requiere una situación civilizada y por demás ordenada para garantizarle a la persona que se le esta investigando que tiene derecho a una defensa.

Con la intención de señalar quienes son las partes que intervienen en un procedimiento penal de manera muy genérica, son las siguientes:

¹³ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio. “Programa de Derecho Procesal Penal”, 7ª edición, editorial Porrúa, México, 2001, P. 3.

1.3.1 El Agente del Ministerio Público dentro de la Averiguación Previa.

Sin lugar a dudas, una institución que tiene bastante trascendencia en el procedimiento penal es el representante social, llamado Agente del Ministerio Público.

Esta institución es una verdadera unidad, se encuentra consagrada en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dice:

***Artículo 21.** La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.*

Si el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día.

Tratándose de trabajadores no asalariados, la multa no excederá del equivalente a un día de su ingreso.

Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley.

El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones policiales se regirá por los principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez.

La Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, se coordinarán en los términos que la ley señale, para establecer un sistema nacional de seguridad pública.”

El Ministerio Público en la averiguación previa tiene dentro de sus facultades la de perseguir los delitos y llegado el momento tiene de forma potestativa que llevar a cabo el ejercicio de la acción penal.

El artículo 21 constitucional, establece el monopolio de la acción penal, y el Agente del Ministerio Público es el único facultado para ejercitar el ejercicio de la acción penal.

La idea del monopolio de la acción del Ministerio Público es trascendental por la característica de la unidad de indivisibilidad del Agente del Ministerio Público y el ejercicio de su acción.

Sobre su concepto, el autor Juventino Castro nos ofrece el siguiente comentario:

“Fundamentalmente el Ministerio Público tiene el carácter de órgano estatal permanente para hacer valer la legislación penal nacida del delito, y su vida está íntimamente ligada a la acción penal”¹⁴

Por lo que el Ministerio Público debiese entenderse como: el órgano estatal que tiene el poder jurídico de excitar y promover la dirección del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal, paralelamente la acción penal consiste en la actividad que se despliega con tal fin. La acción penal inicia y da carácter a todo proceso.

Debe considerarse a el Ministerio Público como el que ampara en todo momento el interés general implícito en el mantenimiento de la legalidad, por lo cual, en ninguna forma debe considerársele como el representante de alguno de los poderes estatales, independientemente de la subordinación que guarda frente al Poder Ejecutivo, más bien la ley tiene en el Ministerio Publico su órgano específico y auténtico

El maestro Guillermo Colín Sánchez: “El Ministerio Público es una función del Estado, que ejerce por conducto del Procurador de Justicia y busca la aplicación de las normas jurídicas emitidas por el propio Estado para la persecución de los propios delincuentes y en los demás previsto en aquéllas en las que expresamente se determina su intervención a los casos concretos.”¹⁵

La pretensión punitiva del Estado surge por el llamado ius punendi, el derecho del Estado para atender las conductas delictuosas.

¹⁴ V. CASTRO, Juventino. “El Ministerio Publico en México”, 14ª edición, editorial Porrúa, México, 2001, P.21.

¹⁵ COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. Ob. Cit. P. 103.

Esto, se lo encargan a un Agente del Ministerio Público, va a llevar a cabo la averiguación previa y en el caso de que se integre el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, ejercerá la acción penal.

De tal naturaleza que dentro del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, específicamente en el artículo 9 bis menciona algunas de sus obligaciones dentro de la Averiguación previa mismas que son:

Artículo 9 Bis. Desde el inicio de la averiguación el Ministerio Público tendrá la obligación de:

I. Hacer cesar, cuando sea posible, las consecuencias del delito;

II. Recibir la declaración escrita o verbal correspondiente e iniciar la averiguación del caso, en los términos de este Código, de conformidad con los principios constitucionales de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, eficiencia y eficacia;

III. Informar a los denunciantes o querellantes sobre su derecho a ratificar la denuncia o querrela en el mismo acto y a recibir su ratificación inmediatamente, o a recibirla dentro de las 24 horas siguientes, cuando se identifiquen debidamente y no exista impedimento legal para ello, tiempo en el cual los denunciantes o querellantes deberán acreditar plenamente su identidad, salvo que no residan en la ciudad o exista algún impedimento material que deberá ser razonado por el Ministerio Público;

IV. Iniciar e integrar la averiguación previa correspondiente cuando así proceda;

V. Practicar las diligencias inmediatas procedentes cuando de las declaraciones se desprendan indicios de la comisión de conductas delictivas;

VI. Expedir gratuitamente, a solicitud de los denunciantes o querellantes, copia simple de su declaración o copia certificada en términos de los previstos por este Código y por el Código Financiero del Distrito Federal;

VII. Trasladarse al lugar de los hechos, para dar fe de las personas y de las cosas afectadas por el acto delictuoso, y a tomar los datos de las personas que lo hayan presenciado, procurando que declaren, si es posible, en el mismo lugar de los hechos, y citándolas en caso contrario para que dentro del término de veinticuatro horas comparezcan a rendir su declaración, y a realizar todas las diligencias inmediatas a que hace referencia este Código y las demás conducentes para la integración debida de la averiguación;

VIII. Asegurar que los denunciantes, querellantes u ofendidos precisen en sus declaraciones los hechos motivos de la denuncia o querrela y las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que ocurrieron;

IX. Proponer el no ejercicio de la acción penal cuando de las declaraciones iniciales y de los elementos aportados no se desprenda la comisión de conductas delictivas o elemento alguno para su investigación;

X. Solicitar la denuncia o querrela que aporte los datos necesarios para precisar la identidad del probable responsable y dar de inmediato intervención a peritos para la elaboración de la media filiación y el retrato hablado;

XI. Dar intervención a la policía judicial con el fin de localizar testigos que aporten los datos para identificar al probable responsable, así como datos relacionados con la comisión de los hechos delictivos;

XII. Programar y desarrollar la investigación, absteniéndose de diligencias contradictorias, innecesarias, irrelevantes o inconducentes para la eficacia de la indagatoria;

XIII. Expedir y fechar de inmediato los citatorios o comparencias ulteriores, de denunciantes, querellantes, testigos, probables responsables, o de cualquier compareciente, ante el Ministerio Público, de acuerdo con el desarrollo expedito, oportuno y eficaz de la indagatoria, siendo responsables los agentes del Ministerio Público que requieran las comparencias y sus auxiliares, de que se desahoguen con puntualidad y de conformidad con la estrategia de investigación correspondiente;

XIV. Solicitar la reparación del daño en los términos de este Código, e

XV. Informar a la víctima o, en su caso, a su representante legal, sobre el significado y la trascendencia del otorgamiento del perdón cuando decidan otorgarlo”.

De lo anterior concluimos que el Ministerio Público tiene a su cargo funciones específicas dentro de las que resaltan primordialmente la de preservar a la sociedad del delito y como Representante Social debe ejercitar acciones penales. Así también tiene distintas funciones dentro de las que destacan la investigadora, persecutoria.

Es frecuente que la institución del Ministerio Público se asocie exclusivamente a los problemas circunscritos al Derecho Penal, pero no es así, su actividad va más allá y se encuentra desempeñando en el Derecho Civil una importante labor derivada de las leyes secundarias, es decir en los asuntos en que se necesite manifestar el interés del Estado para la protección de los intereses colectivos.

1.3.2 El Agente del Ministerio Público dentro del proceso

Es parte en los procesos penales el Ministerio Público, en cuanto representante de la sociedad, desde la Ley Orgánica del Ministerio Público de 1903 dejó de ser un simple auxiliar de la administración de justicia, para convertirse en parte.

El Ministerio Público, estará representando en todos sus actos a la sociedad ofendida por el delito, no siendo necesario para esos efectos que ésta, en forma directa o inmediata, haya elegido a una persona o personas determinadas para cumplir con dicha representación, debido a que la sociedad ha otorgado al Estado el derecho para ejercer la tutela general y éste a su vez, la delega en el Ministerio Público, quien en esa forma se constituye en un representante de la sociedad, por lo tanto, podemos concluir que es un órgano creado por la constitución y autónomo en sus funciones, aun cuando auxilie al poder administrativo y al judicial en determinados campos y formas.

Tomando como punto de partida la naturaleza jurídica del proceso y de quienes intervienen en él, el Ministerio Público es un sujeto de la relación procesal, en la que participa con el carácter de parte, sosteniendo los actos de acusación.

En la actualidad, el Ministerio Público corresponden una esfera muy variada de atribuciones, debido a la evolución de las instituciones sociales, las que para cumplir sus fines, han considerado indispensable otorgarle injerencia en asuntos civiles y mercantiles como representante del Estado y algunas otras actividades de carácter legal.

El Ministerio Público en materia penal de acuerdo al maestro Guillermo Sánchez Colín tiene las siguientes atribuciones: “primordialmente, preservará a los integrantes de la sociedad de las conductas o hechos considerados delitos: también promoverá lo conducente para la aplicación de la sanción de todo acto ilícito por la cual haya ejercitado la acción penal. Para la realización de ese cometido llevará a cabo las funciones siguientes: 1) Investigatoria; 2) Persecutoria, y 3) De vigilancia en el cumplimiento de las leyes durante la ejecución de sanciones.”¹⁶

Por último concluiré diciendo que el Ministerio Público tiene una personalidad polifacética, actúa como autoridad administrativa durante la fase preparatoria del ejercicio de la acción penal, como sujeto procesal, como auxiliar de la función jurisdiccional, ejerce tutela general sobre menores e incapacitados y representa al Estado protegiendo sus intereses, etc.

1.3.3 El Juez.

La función jurisdiccional delegada por el Estado la va a tener como su investidura fundamental, el Juez.

Evidentemente, la naturaleza del cargo y el hecho de tener que admitir un juicio, hacen que el juez deba necesariamente de contar con cierta investidura o fuero que le permita resolver el ejercicio de la acción penal intentada.

Como consecuencia de lo anterior, la naturaleza principal de la investidura del juez, es un fuero jurisdiccional que le permite decir y decidir el derecho controvertido entre las partes en cada caso concreto.

¹⁶ Ibidem P. 121.

Es por lo tanto, el Juez un hombre al que se le otorgan poderes sobre sus semejantes, constituyéndose por jurisdicción o competencia, se dice que es un órgano jurisdiccional por que está investido por el Estado para declarar el derecho a través de la jurisdicción.

Sobre de estas ideas el Pallares dice:

“El significado de la palabra jurisdicción es el poder o autoridad que tienen algunos para gobernar y ejecutar las leyes y, respectivamente, la potestad de que se hayan investido los jueces para administrar justicia, o sea para conocer de los asuntos civiles o criminales o así de unos como de otro y decidirlos o sentenciarlos con arreglo a las leyes; que también se toma esta palabra por el distrito o territorios a donde se extiende el poder del juez, y por el término de algún lugar o provincia y como reglamento por el tribunal en que se administra justicia; y que los jurisconsultos clásicos también definieron la jurisdicción como la función de aplicar la ley en los juicios civiles y criminales”¹⁷

Concluyendo, el Juez esta dotado de una investidura legal y se le confiere la jurisdicción, misma que es un atributo del Estado para hacer ese razonamiento lógico, del cual nos hablaba el autor Cipriano Gómez Lara, en el que establecían una premisa mayor y una premisa menor, debidamente demostrada en el procedimiento, va a formular su sentir al respecto.

Va a llevar a cabo esa manera de razonar las situaciones concretas y como consecuencia va a emitir su sentir, su sentencia.

¹⁷ GONZALEZ BLANCO, Alberto. “El Procedimiento Penal Mexicano”, 6ª edición, editorial Porrúa, México, 2001, P. 68.

1.3.4 El acusado y su defensor.

Al probable o indiciado se han otorgado múltiples denominaciones ocasionada por una terminología carente de técnica, por lo que refiriéndome de manera general al sujeto activo, es que le llamo acusado, lo que se debe entender como: Aquel contra quien se ha formulado una acusación.

En términos generales, vamos a encontrar que una de las garantías mas defendidas por los grupos sociales en contra de la persecución de los delito es la posibilidad de defensa, la necesidad de que exista un asesor que tenga conocimiento del procedimiento, sus formalidades y de las posibilidades de impugnación para lograr la seguridad jurídica del propio acusado, y sobre de este particular, Jesús Zamora Pierce, comenta lo siguiente:

“El concepto de defensa junto con las nociones de acción y jurisdicción, son los tres pilares básicos sobre los que descansa la idea misma del proceso penal, como estructura normativa destinada a armonizar pretensión punitiva del Estado, la libertad individual y las exigencias de la correcta y valida administración de justicia dentro del Estado de Derecho. Ante la pretensión penal, como tesis que sostiene en forma monopólica el Ministerio Público, la defensa sostiene la antítesis y queda reservado al poder jurisdiccional el efectuar la síntesis. Luego entonces si se concibe al juicio como la necesidad de síntesis de acusación y defensa, no es lógicamente posible pensar a la una sin la otra; esto lleva a destacar, por razones de lógica y legalidad, que la defensa en cuanto concepto contrario de la pretensión penal, es de igual rango y necesidad de ésta”¹⁸

¹⁸ ZAMORA PIERCE, Jesús. “Garantías y Proceso Penal”, 13ª edición, editorial Porrúa, México, 2003, P. 255.

La posibilidad de defensa, comprenden todo un mundo de estado de derecho, que mas que nada quisiéramos tocar al hablar de la seguridad jurídica, por lo que debemos considerar que el acusado, es el ente al cual el Agente del Ministerio Publico le trata de imputar un delito y su defensor, aquel que lo vaya a asistir en la defensa para oponerse a las pretensiones del agente del Ministerio Publico.

Las garantías Constitucionales que contemplan el Derecho que tiene un acusado y una Defensa se encuentra consagrado en el articulo 20 Apartado A de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y que a la letra dice:

Artículo 20. *En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:*

A. Del inculpado:

I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la

caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional;

II. No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio;

III. Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria.

IV. Cuando así lo solicite, será careado, en presencia del juez, con quien deponga en su contra, salvo lo dispuesto en la fracción V del Apartado B de este artículo;

V. Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso.

VI. Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el

delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación.

VII. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

VIII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

IX. 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 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; y,

X. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquier otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna...”

La defensa es obligatoria dentro del proceso de manera que el procesado deberá de nombrar a su defensor particular, si este no lo hiciera el Juez de la causa le señalará uno de oficio.

La defensoría de oficio su objetivo principal es la de patrocinar a todos los procesados que carezcan de defensor particular.

El Estado ha instituido patrocinio gratuito de abogado defensor, en beneficio de quienes se encuentran involucrados en un asunto penal, y no tengan los medios económicos para pagar a un defensor particular o aun teniendo, no lo designan.

La defensoría de oficio en el fuero común se regula en la Ley de Defensoría de Oficio del Distrito Federal publicada en el diario oficial de la federación el 18 de junio de 1997.

Las defensoría de oficio en el orden federal se encuentra en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

En el fuero Común las disposiciones de la Ley de Defensoría de Oficio del Distrito Federal es de orden publico e interés social y tiene por objeto garantizar el acceso y equitativo a los servicios de asistencia técnica Jurídica, para la adecuada defensa y protección de los derechos y las garantías individuales de los habitantes del Distrito Federal.

Por otro lado es necesario saber que debe entenderse por defensor de oficio, conforme a la Ley de Defensoría de Oficio del Distrito Federal la que señala:

Artículo 15. *Por defensor de oficio se entiende el servidor público que con tal nombramiento tiene a su cargo la asistencia jurídica de las personas, de*

acuerdo a lo dispuesto por esta Ley.

Los defensores de oficio se auxiliaran en el desempeño de sus funciones con trabajadores sociales, peritos y demás personal necesario.

La remuneración de los defensores de oficio será equivalente, al menos a la categoría básica que corresponda a agentes de ministerio público de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, adscritos a juzgados del fuero común, sin perjuicio de que la defensoría de oficio se estructure con los niveles necesarios que, atendiendo a las materias de la propia defensoría, responsabilidades asignadas y otros elementos, ubiquen las percepciones de los defensores acorde con ellos.”

Por último el servicio de defensoria se proporcionara de acuerdo a lo que cita la Ley de Defensoría de Oficio del Distrito Federal en su artículo 9 que a la letra dice:

Artículo 9. *El servicio de Defensoría se proporcionara a las personas que sean precisadas a comparecer ante los Tribunales del fuero Común del Distrito Federal, agencias investigadoras del Ministerio Público y juzgados cívicos.*

La defensa de oficio solo procederá a solicitud de parte interesada o por mandamiento legal, en los términos de esta Ley.

En los asuntos del orden penal, la defensa será proporcionada al acusado en los términos que dispone el artículo 20 fracción IX y penúltimo párrafo, de la

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En materia de justicia cívica, la defensa será proporcionada al presunto infractor en los términos de la normatividad aplicable.”

1.3.5 El ofendido como coadyuvante.

El Derecho penal está hecho para proteger a las personas honestas, y no es posible que una vez que se nos ha violentado nuestra persona nuestro derecho o nuestro patrimonio, quedemos excluidos casi del procedimiento penal, esto es, que todo lo absuelva el Agente del Ministerio Público y como consecuencia, el ofendido casi no tiene participación dentro del procedimiento penal mas que para ofrecerle las pruebas al Ministerio Público a fin de que éste pueda llevar a cabo el ejercicio de su acción penal.

Realmente esto es bastante criticable, ya que desde nuestra óptica esta dirigida básicamente al desvanecimiento de datos, pero también debemos decir que al ofendido se le debe dar mas participación dentro del procedimiento penal, entendiendo que el ofendido: “es la persona física que resiente, directamente, la lesión jurídica en aquellos aspectos tutelados por el derecho penal.”¹⁹

A diferencia de la víctima que es aquella que por razones sentimentales o de dependencia económica con el ofendido resulta afectado con la ejecución del hecho ilícito.

La Coadyuvancia se encuentra consagrada en el artículo 9 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que a la letra dice:

Artículo 9º Los denunciantes, querellantes y las víctimas u ofendidos por la comisión de un delito tendrán derecho, en la averiguación previa o en el proceso, según corresponda:

¹⁹ COLIN SÁNCHEZ ,Guillermo, Ob. Cit. P. 257.

I. A que el Ministerio Público y sus Auxiliares les presten los servicios que constitucionalmente tienen encomendados con legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, profesionalismo, eficiencia y eficacia y con la máxima diligencia;

II. A que los servidores públicos los traten con la atención y respeto debido a su dignidad humana absteniéndose de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o deficiencia de dicho servicio, abuso o ejercicio indebido de la autoridad;

III. A que ningún servidor público por sí o por interpósita persona les soliciten, acepten o reciban, beneficios adicionales a las contraprestaciones comprobables que el Estado les otorga por el desempeño de su función;

IV. A presentar cualquier denuncia o querrela por hechos probablemente constitutivos de delito y a que el Ministerio Público las reciba;

V. A que se les procure justicia de manera pronta, gratuita e imparcial respecto de sus denuncias o querellas, practicando todas las diligencias necesarias para poder determinar la averiguación previa;

VI. A recibir asesoría jurídica por parte de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal respecto de sus denuncias o querellas y, en su caso, a recibir servicio de intérpretes traductores cuando pertenezcan a un grupo étnico o pueblo indígenas, no conozcan o no comprendan bien el idioma español, o padezcan alguna incapacidad que les impida oír o hablar;

VII. A ratificar en el acto de denuncia o querrela siempre y cuando exhiban identificación oficial u ofrezcan los testigos de identidad idóneos;

VIII. A contar con todas las facilidades para identificar al probable responsable;

IX. A recibir en forma gratuita copia simple de su denuncia o querrela ratificada debidamente o copia certificada cuando la solicite, de conformidad con la previsto por el presente Código y por el Código Financiero del Distrito Federal;

X. A coadyuvar con el Ministerio Público en la integración de la averiguación y en el desarrollo del proceso;

XI. A comprobar ante el Ministerio Público para poner a disposición todos los datos conducentes a acreditar el cuerpo del delito, la responsabilidad del indiciado y el monto del daño y de su reparación y a que el Ministerio Público integre dichos datos a la averiguación;

XII. A tener acceso al expediente para informarse sobre el estado y avance de la averiguación previa;

XIII. A que se le preste la atención médica de urgencia cuando lo requiera;

XIV. A que se realicen el reconocimiento o diligencia de identificación o confrontación en un lugar en el que no puedan ser vistos o identificados por el probable responsable. En los casos de delitos que atenten contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, o en los que el menor sea víctima, el Juez o el Ministerio Público de oficio deberán acordar que la diligencia de confronta o identificación se efectúe en un lugar donde no puedan ser vistos o identificados por el probable responsable;

XV. A que el Ministerio Público solicite debidamente la reparación del daño y a que se les satisfaga cuando ésta proceda;

XVI. A recibir auxilia psicológico en los casos necesarios, y en caso de delitos que atenten contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, a recibir este auxilio por una persona de su mismo sexo;

XVII. A ser restituidos en sus derechos cuando éstos estén acreditados;

XVIII. A quejarse ante la Contraloría Interna de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y a denunciar ante la Fiscalía para Servicios Público o ante cualquier agente del Ministerio Público, por violaciones de los derechos que se señalan, para su investigación y responsabilización debidas;

XIX. A impugnar las determinaciones de no ejercicio de la acción penal; y

XX. En caso de que deseen otorgar el perdón, a ser informadas claramente del significado y la trascendencia jurídica de ese acto.

XXI. A que el Ministerio Público, sus auxiliares y el Juez, mantengan en confidencialidad su domicilio y número telefónico así como el de los testigos de cargo, en caso de delitos graves e igualmente en caso de delitos no graves, cuando así lo solicite.

El sistema de auxilio a la víctima del delito dependerá de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.”

Sergio García Ramírez y Victoria Adato, dan una definición de lo que es la coadyuvancia y dicen lo siguiente:

“En nuestro derecho se encuentra notablemente restringido el papel del ofendido o de sus derechohabientes en el procedimiento penal. Nunca puede fungir como actor, habida cuenta del monopolio de la acción penal en manos del Ministerio Público...

Se le reconoce como querellante en la denominada querrela “mínima”, requisito de procedibilidad- en los delitos perseguibles mediante dicho, y en tal hipótesis se le confieren ciertas posibilidades de Coadyuvancia. Es parte, en cambio, cuando viene al caso exigir a un tercero, la reparación del daño privado, que causó el delito. Bajo otros sistemas, en cambio compete al particular el ejercicio de la acción, así, en los regímenes de acción particular, privada y popular; En ocasiones se entrega este ejercicio, bajo determinados supuestos, a ciertas corporaciones”²⁰

El agente del Ministerio Público es el titular de la acción penal, tiene el monopolio de perseguir e investigar los delitos, y todavía de pedir las sanciones por los mismos.

El ofendido a partir de la reforma de fecha veintiuno de septiembre de dos mil, al artículo 20 mismo en la que se adiciono el apartado B, a este artículo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y que a la letra dice:

“Artículo 20. *En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:*

B. De la víctima o del ofendido:

²⁰ GARCIA RAMÍREZ, Sergio. ADATO GREEN, Victoria. “Prontuario del Proceso Penal Mexicano”, 10ª edición, editorial Porrúa, México, P. 616.

I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la averiguación previa como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes.

Quando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

V. Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad, no estarán obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de los delitos de violación o secuestro. En estos casos, se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley; y

VI. Solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio.

Así también la jurisprudencia hace referencia a esta reforma y afirma una vez más, la calidad de parte que debe tener el ofendido dentro del procedimiento penal apoyando lo anterior con la siguiente jurisprudencia que dice:

Novena Época

Instancia: NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVI, Agosto de 2002

Tesis: I.9o.P.8 P

Página: 1337

OFENDIDO O VÍCTIMA DEL DELITO. TIENE LA CALIDAD DE PARTE EN EL PROCEDIMIENTO PENAL, A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL DEL VEINTIUNO DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL. El ordinal 20, apartado B, de la Constitución General de la República, adicionado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintiuno de septiembre de dos mil, en vigor desde el veintiuno de marzo siguiente, consagra como garantías de la víctima u ofendido por algún delito, entre otras, el derecho a coadyuvar con el Ministerio Público y a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, con lo cual se le reconoció constitucionalmente el carácter de parte dentro del proceso penal mexicano; ello es así, dado que de la exposición de motivos (de veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y nueve) que sustenta la reforma, el legislador evaluó la necesidad de otorgar garantías a la víctima u ofendido del delito para ser considerado como parte dentro del procedimiento, con la facultad expresa de poder constituirse no sólo en coadyuvante del Ministerio Público dentro de la averiguación previa y del proceso penal, sino además para estar en aptitud de instruir los elementos de convicción que acrediten el cuerpo del delito, la responsabilidad del inculpado y la reparación del daño, en su caso, pudiendo incluso comparecer por sí o a través de su representante en todo acto procesal, a efecto de manifestar todo lo que a su derecho convenga; lo que sin duda lo coloca en una situación que le permite la defensa oportuna de sus intereses en cualquier estado del juicio, en razón de que se le deben recibir todos los datos o elementos de prueba con los que cuente y se deben practicar las diligencias

correspondientes; inclusive, procesalmente está legitimado para la interposición de los recursos o medios de defensa que consagra la ley adjetiva de la materia y que sean necesarios para tal fin, sin que resulte una condición para ello que se le reconozca por parte del Juez como coadyuvante del Ministerio Público.

NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 569/2002. 15 de marzo de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Manuel Román Franco. Secretaria: Blanca Fuentes Sánchez.

En realidad la Coadyuvancia hasta antes de la reforma, no era suficiente pues quien representa al ofendido en el proceso es el Ministerio Público, situación que en un momento dado hacia que el ofendido fuera un sujeto casi de segunda categoría dentro del procedimiento, lo que se contrapuso desde mi punto de vista con la reforma que sufrió el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de fecha veinte septiembre del dos mil,

1.4 La garantía de audiencia para el ofendido y procesado.

El artículo 14 de la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos, fija claramente cuales serian los extremos de la garantía de audiencia en el Procedimiento Penal, y a la letra dice:

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

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

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

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

La audiencia también forma parte de la seguridad jurídica.

Los términos en los que el procedimiento penal deben de llevarse a cabo, están totalmente delimitados desde el ángulo constitucional, no se puede aplicar la analogía ni el uso de la razón, ni ninguna otra forma de interpretación de la ley, el procedimiento penal solamente admite la interpretación gramatical a la letra del tipo establecido por el Código Penal.

Ahora bien para logra una mejor explicación, necesitamos el concepto de seguridad Jurídica y por lo tanto lo retomaremos en el siguiente inciso

1.5 La seguridad jurídica en el procedimiento.

En primer lugar debemos de saber, cual es la naturaleza de la seguridad Jurídica, y para esto citaremos las palabras de Rafael Preciado Hernández quien sobre la seguridad jurídica, dice:

“Es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objetos de ataques violentos, o que, si éstos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación. En otros términos, está en seguridad aquel que tiene la garantía de que su situación no será modificada, sino por procedimientos societarios y, por consecuencia regulares -conforme a la regla- y legítimos-conformes a la lex-.”²¹

Dentro de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se encuentran distintos artículos que consagran garantías que están íntimamente ligadas con el concepto de seguridad jurídica del maestro Rafael Preciado Hernández como son:

“Artículo 13. Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales...

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

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos...

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 de procedimiento...

²¹ PRECIADO JIMÉNEZ, Rafael. “Lecciones de Filosofía del Derecho”, 21ª edición, editorial Lus, México, 2003 P. 226.

Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición...”

Todo el derecho, no solo el penal, sino todo tipo de Derecho está encerrado en la seguridad Jurídica.

Esta idea, nos dice que en principio, tenemos un contrato social que parte desde que es estatuto constitucional, y para que exista una institución: gobierno en la cual es pueblo le otorga un poder público, para que pueda organizar y administrar recursos naturales y población, se requiere una cuota que la ley llama contribución.

De tal manera, que a través de la cooperación de los ciudadanos, pueda existir, gobernación, los tribunales, la policía etc.

El caso es que la ley obliga a los gobernantes a actuar en forma orgánica y obliga a los ciudadanos a actuar en forma organizada y establece la relación gobernado-gobernante.

Así se establece y forma una esfera de protección jurídica, a nuestro alrededor a nuestros derechos y por supuesto a nuestro patrimonio en contra de los ataques peligrosos que si éstos llegan a suceder, entonces la misma seguridad jurídica nos da una institución para hacer valer nuestro derechos como lo es la procuraduría, la persecución del delito y que lleve a cabo el ejercicio de la acción penal. Y en su momento, buscar la reparación de los daños.

Pero la seguridad jurídica no lleva solo hasta hoy, sino también la tiene el retractor, el delincuente para que antes de que sea obligado a dar, en este caso a hacer o no hacer o estar en la cárcel, deba ser oído y eventualmente vencido en el juicio solamente así, la sentencia que se dicte será totalmente legal.

Así tenemos, como el concepto de seguridad jurídica se llena de requisitos y períodos debidamente organizados y en cada materia señala las formalidades del procedimiento.

De tal naturaleza que en términos generales todo lo que es el procedimiento penal, va a desvanecerse por el hecho de que los datos que se dieron para poderlo construir se van a aniquilar o bien van a desaparecer.

Por lo que al hablar de la eficacia jurídica procesal del incidente de libertad por desvanecimiento de datos estamos hablando de cómo esa teoría respecto al procedimiento, se va a desvanecer simple y sencillamente por que los puntos principales que sirvieron para desvanecerlos, se convierten en una nulidad.

Así todo lo que es procedimiento penal, otorga la seguridad jurídica a los ciudadanos, tendrá también vías idóneas totalmente legalizadas, a través de las cuales se extingue.

CAPÍTULO 2

ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL

Iniciaré analizando las diversas etapas del procedimiento Penal establecidas en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Lo anterior, proporcionará una visión completa de todo lo que es el Procedimiento Penal en términos generales, para que de esta manera, se pueda detectar el momento de interposición del incidente de libertad por desvanecimiento de datos.

Dicho de otra manera, que estableciendo una situación generalizada del Procedimiento Penal, se conocerá la manera más oportuna en la que, se ha de poder interponer dicho incidente, así como la naturaleza incidental, del incidente de desvanecimiento de datos.

Es importante señalar, que existen discrepancias entre diversos autores de la materia, en relación a cuales y cuantas son las etapas en las que se divide el procedimiento penal, para el jurista Fernando Arilla Bas “El procedimiento se divide, legal y lógicamente, en períodos. El artículo 1º del Código Federal de procedimientos Penales establece cuatro: averiguación previa, instrucción, juicio y ejecución. Estos períodos se hayan distribuidos aunque sin estar enunciados expresamente, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal...”¹

¹ ARILLA BAS, Fernando. “El Procedimiento Penal en México”, 20ª edición, editorial Porrúa, México, 2001, P.4.

Guillermo Colín Sánchez, manifiesta; “Los Códigos de Procedimientos Penales para el Distrito Federal al igual que gran parte de los correspondientes a los Estados de la República, señalan que el procedimiento se divide en cuatro períodos o etapas:

- I. Averiguación Previa,
- II. Instrucción,
- III. Juicio y
- IV. Ejecución de Sentencia...”²

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no contiene una disposición expresa, que aluda a los periodos del procedimiento antes citados, pero a través de sus artículos se reglamentan algunas de las fases a que alude, el maestro Colín Sánchez.

2.1 La averiguación previa.

Esta etapa procedimental se encuentra a cargo de, le Agente del Ministerio Público correspondiente, para investigar las conductas o hechos delictuosos, de quienes resulten sus probables autores, para en su oportunidad ejercitar la acción penal.

Derivado de lo anterior, dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 21, se sientan las bases para que exista el Agente del Ministerio Público, esta institución va a encargarse de la persecución de los delitos.

² COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. Ob. Cit. P.307.

El artículo 21 constitucional, le da la fundamentación necesaria para que esta institución, tenga la facultad potestativa de perseguir los delitos.

Como consecuencia, inicialmente lo que se debe de considerar, es el hecho de definir, que debemos entender por averiguación previa, y en que momento de la persecución del delito se da.

“Averiguación previa: (Del latin ad, a, y verificare, de verum, verdadero, y facere, hacer.) Indagar la verdad hasta conseguir descubrirla. La expresión se utiliza, en su forma más general y ordinaria en referencia a la esfera penal”³

La Averiguación previa es la base legal y fundamental del procedimiento penal, esta debe ser practicada por los Agentes del Ministerio Público, los cuales deben plasmar en ella, las bases que servirán para fincar la jurisdicción del Juez, los elementos fundamentales de este periodo son la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del acusado.

Cesar Augusto Osorio y Nieto, al hablar de la Averiguación previa dice: “El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece la atribución del Ministerio Público de investigar y perseguir delitos, esta atribución debe entenderse en el sentido de que esta referida a dos momentos procedimentales: el preprocesal y el procesal, el preprocesal abarca la averiguación previa, constituida por la actividad investigadora del Ministerio Público, tendiente a decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal.

El mencionado artículo 21 constitucional, otorga por una parte una atribución al Ministerio Público, la función investigadora auxiliado por la Policía Judicial; por otra, una garantía para los individuos, pues sólo el Agente del

³ COLEGIO DE PROFESORES DE DERECHO PROCESAL DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM. “Diccionario de Derecho Procesal”, 2ª edición, editorial Oxford, México, 2004, P.49

Ministerio Público puede investigar delitos, de manera que la investigación solo 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 obstar con sólida base jurídica, por el ejercicio o abstención de la acción penal, no necesariamente ejercitar la acción penal...

La averiguación Previa es el documento que contiene todas las diligencias realizadas por el órgano investigador para conocer la verdad histórica de un hecho posiblemente delictivo, y en su caso comprobar, o no, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal.”⁴

Dentro de la acción penal o también llamada ejercicio de la acción penal el Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal, y la autoridad judicial a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos

En la actualidad las reformas al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ahora consideran que a través de una denuncia o querrela puede iniciarse la investigación y persecución de los delitos, a través de la apertura de la Averiguación Previa.

Esto, en virtud de que en el segundo párrafo del artículo 16 Constitucional hace alusión a lo siguiente: “no podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial sin que proceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado “

⁴ OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto. “La Averiguación Previa”, 13ª edición, editorial Porrúa, México, 2002, PP. 3,4

Nótese cómo la situación inicial, nos está reflejando una garantía individual que dice: para que se inicie una averiguación previa, el Agente del Ministerio Público, como titular de ella, debe recibir una denuncia o querrela.

Evidentemente los preceptos de acusación que antes se manejaban son parte de un concepto de denuncia, habiendo una gran diferencia entre acusar categórica y directamente a una persona o bien denunciar hechos delictivos contra quien resulte responsable, por lo que el hecho de que haya desaparecido el concepto de acusación, es intrascendente para este trabajo.

Así, lo que debemos de saber es que la Averiguación Previa es una etapa Pre-procesal.

Es una etapa, en donde el Agente del Ministerio Público es el titular e inicia cuando tiene conocimiento de un delito, y por lo tanto, el artículo 21 Constitucional lo faculta a intervenir con la finalidad de investigar a través de sus auxiliares que son la policía Ministerial o la policía judicial y luego de considerar, si existe el cuerpo del delito y una probable responsabilidad para el ejercicio de la acción penal,

El Doctor Marco Antonio Díaz de León afirma que: “por averiguación previa penal debe entenderse al conjunto de actividades que desempeña el Ministerio Público para reunir los presupuestos y requisitos de la procedibilidad necesarios para ejercitar la acción penal y que se estima como una etapa procedimental, que antecede la consignación ante los tribunales, llamada también fase pre-procesal, que tiene por objeto investigar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculpado, para que el Ministerio Público se encuentre en condiciones de ejercitar o no la acción penal”⁵

⁵ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. “La valoración de la prueba”, edición, editorial Porrúa, México, 2001, P.

En la legislación vigente, los datos que arroje la Averiguación Previa deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

Durante esta etapa el Ministerio Público se encargará de acreditar el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado.

Para acreditar el cuerpo del delito será necesario comprobar el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley establece como delito artículos 122 y 124 del Código de Procedimientos Penales par el Distrito Federal.

La probable responsabilidad del indiciado se acredita cuando de los distintos medios probatorios se desprenda su obrar doloso ó culposo en el delito que se imputa.

La averiguación previa se inicia a través de la denuncia, que es la relación de hechos constitutivos de delito, que se hará verbalmente o por escrito, formulada por cualquier persona ante el Ministerio Público, también se puede iniciar esta etapa a través de la querella que es la relación de hechos constitutivos de delito que se hará verbalmente o por escrito, formulada ante el Ministerio Público por el ofendido o su representado, pero expresando su deseo de que se persiga.

La querella es la descripción o relación de hechos posiblemente constitutivos de delito que de manera verbal o escrita, se hace ante el Ministerio Público a petición de la Víctima, el ofendido o de su legitimo representante, expresando siempre su voluntad para que se persiga.

Las querellas presentadas por personas morales podrán ser formuladas por su apoderado o por quien tenga poder general para pleitos y cobranzas.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece que estará obligado el Ministerio Público a proceder de oficio dentro de la averiguación en su artículo 262 que a la letra dice:

Artículo 262. Los agentes del Ministerio Público y sus auxiliares, de acuerdo a las órdenes que reciban de aquéllos, están obligados a proceder de oficio a la averiguación de los delitos del orden común de que tengan noticia. La averiguación previa no podrá iniciarse de oficio en los casos siguientes:

I. Cuando se trate de delitos en los que sólo se puede proceder por querrela necesaria, si no se ha presentado ésta, y

II. Cuando la ley exija algún requisito previo, si éste no se ha llenado.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece cuales son los delitos en los que no puede proceder de oficio el Ministerio Publico, siendo necesaria la manifestación verbal de su voluntad para que se persiga y lo señala en su artículo 263 que a la letra dice:

Artículo 263. Sólo podrán perseguirse a petición de la parte ofendida, los siguientes delitos:

I. Hostigamiento sexual, estupro y privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales;

II. Difamación y calumnia; y

III. Los demás que determine el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Las diligencias de averiguación previa se deben orientar primeramente a la comprobación del cuerpo del delito y a la probable responsabilidad del inculpado los elementos para esta comprobación debe proporcionarlos el Ministerio Público.

Entendiendo por el cuerpo del delito el conjunto de elementos objetivos externos e internos o en su caso normativos que constituyen la materialidad del acto que concretamente la ley señala como delito, así también, se debe tener por acreditada la probable responsabilidad, cuando de los indicios existentes, se deduzca su participación en el delito, su comisión dolosa o culposa y no exista a favor del inculpado una excluyente de responsabilidad.

El Ministerio Público debe agotar la averiguación previa y, en consecuencia, practicar todas aquellas diligencias que sean necesarias para reunir los requisitos del ejercicio de la acción penal, sin embargo la averiguación previa se puede dar desde dos vertientes, es decir, una que no se reúnan dichos requisitos y por lo tanto, no sea procedente el ejercicio de la acción penal, la segunda que se reúnan dichos requisitos, por lo que será procedente el ejercicio de la acción penal.

2.1.1 La acción penal y la consignación

Derivado de lo que es el concepto de seguridad jurídica que veíamos en el inciso 1.4 del capítulo anterior, en el momento que subrayábamos la seguridad jurídica en el procedimiento, veíamos que no solo la ley nos la otorga en forma abstracta, sino que se nos da también una posibilidad procesal a través de la

cual, podemos resarcir los daños que en un momento determinado la acción delictuosa ocasionó.

De tal manera, que una vez que se ha llevado a cabo la investigación previa, entonces el órgano persecuidor de los delitos, iniciará la acción penal, en contra de quien haya resultado responsable y con esto, posteriormente lo va a sujetar a un cierto procedimiento.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad judicial deberá constatar si no existe acreditada a favor de aquel alguna causa de licitud y que obren los datos suficientes para acreditar su probable responsabilidad.

El fin de la actividad Investigadora del Agente del Ministerio Público, básicamente será el ejercicio de la acción penal.

Sobre este particular, Manuel Rivera Silva, hace alusión a lo siguiente: "Para entender el ejercicio de la acción penal, previamente debe darse una noción de lo que es la acción penal y, para ello nos separamos de los complicados bizantinismos en que incurren los autores, procurando estudiar de manera más sencilla.

Si hemos expresado que el Estado como representante de la sociedad organizada, vela por la armonía social, lógico resulta conceder al estado autoridad para reprimir todo lo que intente o conculque la buena vida gregaria. Al amparo de esta autoridad, es indiscutible en cuanto que se comete un hecho delictuoso, surge el derecho y la obligación del estado en cuanto a perseguirlo; mas para que el propio estado pueda actuar, resulta obvio que debe tener conocimiento del hecho e investigado este, llegar a la conclusión de que es

delictuoso, para que de esta manera ejercitar su derecho ante la autoridad judicial, reclamando la aplicación de la ley. “⁶

La primera observación que surge de lo dicho por el autor citado, es el hecho de que el ejercicio de la acción penal va hacer el resultado necesariamente de la integración del cuerpo del delito, de la presunta responsabilidad, y por supuesto, es el resultado de la función investigadora de el Agente del Ministerio Publico.

Razón por la cual, ahora es necesario tener una noción generalizada, de lo que el cuerpo del delito es y como se va integrar.

Leopoldo de la Cruz Agüero en el momento en que define al cuerpo del delito dice lo siguiente: “ es la concatenación de todos sus elementos materiales, tales como la conducta desplegada por el sujeto activo, el resultado que se produce de ese actuar ilícito y entre ambos elementos un nexo causal. Comprobados esos elementos, la presunta responsabilidad del autor de un delito se deduce con toda facilidad y, tan es así, que según razonamientos sostenido por la H. Suprema Corte, comprobados los elementos del cuerpo del delito la presunta responsabilidad debe tenerse por demostrada como corolario de ese siligismo.”⁷

Es notable, la situación en el sentido de que se debe integrar todos y cada uno de los elementos que el tipo penal describe y fijarse en el cuerpo del delito.

De tal manera, que todavía debe de existir una íntima relación de conexidad con el resultado, que provoca la conducta para que, estemos frente a lo que sería el nexo de causalidad.

⁶ RIVERA SILVA, Manuel. “El Procedimiento Penal”, 26ª edición, editorial Porrúa, México, 2000, P. 43.

⁷ DE LA CRUZ AGÜERO, Leopoldo. Ob. Cit. P.176.

Esto es una situación que liga la conducta con el resultado y por supuesto surge la presunta responsabilidad.

Sobre de éste en particular, cito las palabras de Luis Jiménez de Asúa, quien nos habla de la causalidad, haciendo alusión a lo siguiente: “La punibilidad de la responsabilidad del autor, ha de determinarse conforme a tres supuestos.

La relación causal entre la conducta realizada y el resultado, que ha de establecerse conforme al único criterio correcto en materia de causalidad, es decir, según la teoría de la equivalencia de las condiciones.

La relevancia Jurídica de la conexión causal, que ha de determinarse en cada tipo, es decir, en cada una de las descripciones típicas de la parte especial de los Códigos, investigando su sentido, para decidir concretamente si el nexo causal, que une evidentemente la conducta voluntaria al resultado, es relevante para responsabilizar penalmente al autor.

La culpabilidad del sujeto en orden al resultado, que es un tercer momento de índole subjetivo, y por ende de naturaleza totalmente distinta, de los dos presupuestos anteriores.”⁸

El agente del Ministerio Público en la Función Investigadora, tiene todo un gran personal que no solo parte de lo que sería la policía Judicial, sino también del Área de Peritos, lo anterior para el eficaz cumplimiento de sus funciones.

Así en términos generales, cuando el Agente del Ministerio Público, por un lado, está integrando el cuerpo del delito y por el otro lado tenga el nexo causal, entonces tendrá un presunto responsable y con esto podrá llevar a cabo la consignación o el ejercicio de la acción respectiva.

⁸ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. “La Ley y el Delito”, 18ª edición, editorial Buenos Aires, Argentina, 2000, P.P. 229, 230.

Al respecto el Doctor Arilla Bas expresa: "Se considera a la Acción Penal como el derecho que incumbe al Ministerio Público en sus funciones como representante de la sociedad, el cual ejercita ante los órganos jurisdiccionales, en la primera fase del procedimiento penal, solicitando la radicación de la causa en contra de un presunto responsable, se decreta el auto de formal prisión en caso de estar detenido, o la correspondiente orden de aprehensión si está fuera de la acción de la justicia, así como la reparación del daño en caso de que se hayan causado a consecuencia de la comisión del ilícito."⁹

En caso de que si se reúnan los requisitos del ejercicio de la acción penal, si el responsable se encuentra detenido, el Ministerio Público deberá consignarlo ante la autoridad judicial dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su detención. Y si no se encuentra detenido consignara solicitando orden de Aprehensión

2.2 La preinstrucción.

Esta etapa propiamente no esta expresamente señalada en nuestro Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, contrariamente al Fuero Federal, en razón de que se encuentra en el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo primero.

Antes de que se abra el proceso, todavía hay ciertas diligencias que han de desahogarse con el fin y el objeto, de que pueda agilizar el procedimiento y en un momento determinado sentenciar eficazmente.

⁹ DE LA CRUZ AGÜERO, Leopoldo. Ob. Cit. P. 87.

Así, hay una etapa de preinstrucción, en donde se inicia con la radicación del expediente, la declaración preparatoria, y el auto de término constitucional que será el que abrirá la instrucción.

El ejercicio de la acción penal hecho durante la averiguación previa por el Ministerio Público, obliga al órgano jurisdiccional a resolver sobre la petición que hace. En consecuencia, El Juez en cuanto recibe la consignación, dicte el auto de radicación.

El auto de radicación es la primera resolución que dicta el Juez; con ésta se manifiesta en forma efectiva la relación procesal: quedando por lo tanto el procesado y el agente del Ministerio Público, desde ese momento, sujetos a la potestad del juez instructor, a partir del momento en que se reciba la consignación con detenido, el Juez dispone de un término de cuarenta y ocho horas para tomar la declaración preparatoria.

Si la consignación es sin detenido, pero el Ministerio Público pide la detención o comparecencia del sujeto activo de la acción penal, el Juez decidirá, para concederlas o negarlas, en sus respectivos casos, si la consignación reúne los requisitos del artículo 16 constitucional, el juez deberá decretar la orden de aprehensión correspondiente o la orden de comparecencia, según sea el caso.

Debiendo entender por orden de aprehensión la resolución dictada por el juez, en consecuencia del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, previo el análisis de todas y cada una de las constancias que obran en la Averiguación Previa y conforme a los requisitos previstos por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Se plantean, al respecto dos hipótesis: que la consignación se haya hecho con detenido o sin él. Las medidas limitativas de la libertad personal impuestas por el Estado al sujeto activo de la acción penal, responden a la

necesidad de garantizar la efectividad de la sentencia, como la de seguir el procedimiento y el proceso hallándose aquel presente, lo que obligan al aseguramiento de su persona, ésta restricción de su libertad tienen carácter preventivo y no sancionador, el tiempo que haya durado la restricción de su libertad, se toma en cuenta al sujeto al momento de compurgar su pena.

Así, hemos dividido cada etapa del Procedimiento penal para poderla analizar.

Siendo la primera etapa la instrucción de acuerdo con Colín Sánchez: “se inicia en el momento en que se ejercitada la acción penal se dicta auto de radicación o de inicio.”¹⁰

2.2.1 La radicación

Sin duda, cuando el Agente del Ministerio Público ejercita su acción penal, la función jurisdiccional estará debidamente excitada y por lo tanto, deberá necesariamente avocarse a el ejercicio de la acción penal requerido por el Agente del Ministerio Público.

De tal manera que se abre una radicación admitiendo el expediente, y acordando la admisión, dándole número y lo que es mejor, ordenando se lleve a cabo una diligencia llamada declaración Preparatoria.

Franco Sodi al momento de explicarnos esta etapa alude a lo siguiente: “El Juez recibe la consignación del Ministerio Público y debe actuar inmediatamente. Debe ordenar qué es lo que se hace y por lo mismo debe

¹⁰ COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. Ob. Cit. P. 360.

pronunciar inmediatamente una resolución. Esta resolución es el primer auto del proceso, es el primer mandato del judicial que inicia el procedimiento penal la expresión del día y hora exacta en que fue recibida la consignación por el Juez que pronuncia el auto estudiado tiene especial interés pues sirve como punto de referencia para determinar los dos términos constitucionales, a saber: el termino de 48 horas para tomar la declaración preparatoria y el de 72 para resolver sobre la formal prisión o libertad de la persona detenida, estos dos términos empiezan a contarse respectivamente a partir del momento en que el Juez recibe la Consignación, por lo que es necesario hacer constar con toda exactitud dicho momento en el auto inicial ¹¹

El llamado auto de inicio o cabeza del procedimiento, es un auto bastante delicado, puesto que en este se establece una resolución de admitir el ejercicio de la acción planteado por el Agente del Ministerio Público y en ordenar rápidamente se lleve a cabo la declaración preparatoria.

Ahora bien el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, va ha agregar una disposición que definitivamente consiste en una revisión estricta del juez, que va ha examinar, si la detención se llevó a cabo de manera legal, siempre respetando las Garantías Constitucionales.

Dice el sexto párrafo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo siguiente:

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...

¹¹ FRANCO SODI, Carlos. Ob. Cit. P.P. 147-148.

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

Para decretar la orden de aprehensión en las consignaciones que se llevan a cabo con detenido, es necesario estudiar si la detención se produjo en el verdadero caso urgente, o en delito flagrante.

Entendiendo por delito flagrante lo que la legislación vigente señala en su artículo 267 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y por caso Urgente lo que se señala en el artículo 268 del mismo ordenamiento y que a la letra dicen:

Artículo 267. 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 equiparará 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...

“Artículo 268. Habrá caso urgente cuando concurran las siguientes circunstancias:

I. Se trate de delito grave, así calificado por la ley; y

II. Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y

III. El Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otras circunstancias”...

De tal manera que se puede también decretar una libertad cuando la detención ha sido ilegal.

Estas son situaciones que pertenecen a las garantías individuales y que de alguna manera se van fijando como requisitos en cada una de las etapas del procedimiento penal.

El auto de radicación para el maestro Sánchez Colín es: “La primera resolución que dicta el juez; con esta 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.

El tiempo, dentro del cual debe dictarse el auto de radicación es preciso, (y menciona en el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal en el artículo 286 Bis), se dice: “será de inmediato” y, además: si durante el plazo de tres días, contados a partir del día en que se haya hecho la consignación sin detenido, no se dicta, el Agente del Ministerio Público, podrá recurrir en queja ante los magistrados de la sala penal del tribunal superior que corresponda.”¹²

El artículo 286 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal dice:

¹² COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. Ob. Cit. P. 360.

“Artículo 286 Bis. Cuando aparezca de la averiguación previa que existe denuncia o querrela, que se han reunido los requisitos previos que en su caso exijan la ley y que se ha acreditado la existencia del cuerpo del delito la probable responsabilidad del indiciado, el Ministerio Público ejercerá la acción penal ante el órgano jurisdiccional que corresponda.

El juzgado ante el cual se ejercite la acción penal, radicará de inmediato el asunto. Sin más trámite le abrirá expediente en el que se resolverá lo que legalmente corresponda y practicará, sin demora alguna, todas las diligencias que resulten procedentes.

Si la consignación es con detenido deberá inmediatamente ratificar la detención, si ésta fuere constitucional, en caso contrario decretará la libertad con las reservas de ley.

Si durante el plazo de tres días, contados a partir del en que se haya hecho la consignación sin detenido, el juez no dicta auto de radicación en el asunto, el Ministerio Público podrá recurrir en queja ante la Sala Penal del Tribunal Superior que corresponda.

El Juez ordenará o negará la aprehensión o comparecencia solicitada por el Ministerio Público por el delito que aparezca comprobado, dentro de los diez días contados a partir de la fecha en que se haya acordado la radicación. Si el juez no resuelve oportunamente sobre estos puntos, el Ministerio Público procederá en los términos previstos en el párrafo anterior”

Tratándose de consignación sin detenido por delito grave o delincuencia organizada, inmediatamente debe radicarse el asunto, y dentro de los seis días siguientes la autoridad resolverá sobre el pedimento de la orden de aprehensión. Si el juez no resuelve oportunamente sobre estos puntos el Ministerio Público procederá en los términos previstos en el cuarto párrafo de este artículo.”

Por lo que, tratándose de consignación sin detenido por delito grave o delincuencia organizada, inmediatamente debe radicarse el asunto, y dentro de los seis días siguientes la autoridad resolverá sobre el pedimento de la orden de aprehensión. Si el juez no resuelve oportunamente sobre estos puntos el Ministerio Público procederá en los términos previstos en el artículo antes citado.

Debo destacar que cuando se encuentre una consignación sin detenido por delito grave o delincuencia organizada inmediatamente debe radicarse el asunto y dentro de las 24 horas siguientes la autoridad resolverá sobre el pedimento de la orden de aprehensión.

Las consecuencias jurídicas del auto mencionado dependerá de la forma en que se haya dado la consignación y esta puede ser de dos maneras:

La primera de ellas con detenido. Aquí el juez deberá de estar a lo ordenado por el 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual hace referencia a que ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas a partir de que el indiciado sea puesto a disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión

La segunda de ellas, cuando la consignación se haga sin detenido, aquí el juez tomará en cuenta en el auto de radicación, si los hechos ameritan una sanción corporal, o si por el contrario se sancionan con una pena alternativa, ambos casos tienen consecuencias jurídicas diferentes, ya sea, se procederá a librar una orden de aprehensión o bien una orden de comparecencia.

2.3 La instrucción

La mayoría de los autores coinciden en que ésta etapa, se encuentra a cargo del órgano jurisdiccional, mismo que tiene como fin, el de estar en posibilidad de resolver en definitiva la Seguridad Jurídica planteada.

Gramaticalmente la palabra instrucción significa impartir conocimientos y en su aspecto jurídico la instrucción se inicia cuando ejercitada la acción penal, el juez ordena la radicación de un asunto.

En opinión del Doctor Arilla Bas este periodo: “se divide en dos:

a) De preparación del proceso, desde el auto de radicación hasta el de formal prisión.

b) De proceso, desde el auto de formal prisión hasta el que declara cerrada la instrucción y pone la causa a vista de las partes. “.¹³

Entendiendo que abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiaridades del inculpado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de este.

En opinión del maestro Guillermo Colín Sánchez sostiene que: “La instrucción es la etapa procedimental en donde el juez instructor lleva a cabo una sucesión de actos procesales sobre la prueba, para que conozca la verdad

¹³ARILLA BAS, Fernando. Ob.Cit.P.5.

histórica y la personalidad del procesado y estar en aptitud de resolver en su oportunidad la situación jurídica planteada.

La palabra instrucción, desde el punto de vista gramatical, significa impartir conocimiento.”¹⁴

La instrucción se caracteriza fundamentalmente por que es aquí donde el juzgador realiza las diligencias necesarias para estar en condiciones de conocer y valorar las pruebas con el único fin de resolver en definitiva sobre la responsabilidad o en su caso la irresponsabilidad del procesado

2.3.1 La declaración preparatoria.

Es importante hacer mención, que si bien con antelación manifesté que “la primera etapa de la instrucción de acuerdo con Colín Sánchez Abarca, desde el auto de inicio o de radicación hasta el auto de formal prisión”¹⁵

En la legislación del Distrito Federal en específico en su Código de Procedimiento Penales en su sección tercera, se refiere a la etapa de instrucción, señala que la declaración preparatoria se encuentra dentro de la instrucción, dejando a la radicación fuera de esta etapa.

El objetivo de la declaración preparatoria, es el que el acusado conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar.

¹⁴ COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. Ob. Cit. P. 359.

¹⁵ COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. Ibidem. P. 360

Tal vez el primer acto de imperium en el cual se empieza a generar la respuesta del acusado o presunto responsable, es en el momento en que se lleva a cabo la declaración preparatoria del inculpado.

Dentro de las cuarenta y ocho horas, se debe de tomar este tipo de declaraciones, en virtud de que independientemente, que significa una garantía prevista en el artículo 20 apartado "A" en su fracción III de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que dice lo siguiente:

"Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

a. del inculpado:

I. Inmediatamente que lo solicite, el Juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. en caso de delitos no graves, a solicitud del ministerio publico, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el ministerio publico aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

II. No podrá ser obligado a declarar. queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. la confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del ministerio publico o del juez, o ante estos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio;

III. Se le hará saber en audiencia publica, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible

que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria...”

El artículo 290 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece, como tomar la declaración preparatoria y a la letra dice:

“Artículo 290. La declaración preparatoria comenzará por las generales del indiciado, en las que se incluirán también los apodosos que tuviere, el grupo étnico indígena al que pertenezca, en su caso, y si habla y entiende suficientemente el idioma castellano y sus demás circunstancias personales. Acto seguido se le hará saber el derecho a una defensa adecuada por sí, por abogado o por personas de su confianza, advirtiéndole que si no lo hiciera, el juez le nombrará un defensor de oficio.

Si el indiciado no hubiese solicitado su libertad bajo caución en averiguación previa, se le hará saber nuevamente de ese derecho en los términos del artículo 20 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y del artículo 566 de este código.

A continuación se le hará saber en que consiste la denuncia, acusación o querrela; así como los nombres de sus acusadores, denunciantes o querellantes y de los testigos que declaren en su contra; se le preguntará si es su voluntad declarar y en caso de que así lo desee se le examinará sobre los hechos consignados. Si el inculpado decidiera no declarar, el juez respetará su voluntad dejando constancia de ello en el expediente.

Igualmente se le harán saber todas las siguientes garantías que le otorga el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: que se le recibirán todos los testigos y las pruebas que ofrezca, en términos legales, ayudándole para obtener la comparecencia de las personas que solicite, siempre

y cuando estén domiciliadas en el lugar del juicio; y que le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y consten en el proceso”

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.

La ley determinara los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional. Así también en toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

El artículo 287 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece la necesidad de llevar a cabo dicha diligencia.

“Artículo 287. Dentro de las cuarenta y ocho horas contadas desde que el indiciado ha quedado a la disposición de la autoridad judicial encargada de practicar la instrucción, se procederá a tomarle su declaración preparatoria; la misma se rendirá en forma oral o escrita, por el inculpado en presencia de su defensor para la asistencia jurídica que requiera. El inculpado podrá dictar sus declaraciones, pero si no lo hiciere, el juzgador que practique la diligencia las redactará con la mayor exactitud posible. Si fueran varios los inculpados por los mismos hechos, se les tomará declaración por separado, en una sola audiencia. Cuando haya diversos inculpados que deban rendir declaración, el juez adoptará las medidas legales”.

El autor Jorge Obregón Eredia, en el momento que comenta estas situaciones dice : “La declaración Preparatoria es una Garantía Constitucional a favor del indiciado que indica el momento en que se le da conocer el hecho punible que el Agente del Ministerio Publico le acusa, y puede llevar a cabo la contestación respectiva.

Es imperante que el indiciado nombre defensor si no lo hace después de habersele requerido, el juez le nombrara uno de oficio debe entenderse que el nombramiento de un defensor de oficio por parte del juez, deberá ser hecho al rendir el acusado su declaración preparatoria pero siempre que este no quiera nombrar persona que lo defienda después de ser requerido para hacerlo”¹⁶

Las circunstancias bajo las cuales se lleva a cabo la declaración preparatoria significan la respuesta a la seguridad jurídica a la garantía de audiencia y a la garantía de defensa, es el primer momento en que se le acusa formalmente a una persona de haber cometido el delito y es también el momento , en el que el Juez le da la oportunidad de contestar dichas acusaciones para que la función jurisdiccional, en un plazo de setenta y dos horas pueda emitir una cierta resolución a través del llamado auto de plazo constitucional fundamentado inicialmente en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos.

Debe quedar claro que las setenta y dos horas pueden ampliarse en beneficio del acusado cuando su defensa quiera presentar pruebas de descargo.

Así, se inicia esa oposición a las pretensiones del Agente del Ministerio Público, y con esto, se intenta lograr una mayor efectividad en lo que sería la seguridad jurídica del acusado en el Procedimiento.

¹⁶ OBREGÓN HEREDIA, Jorge. “Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal “, 6ª edición, editorial Porrúa, México, 2000, P. 192.

2.3.2 El auto de plazo constitucional

Habíamos dicho en el inciso anterior, que el 19 de la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos, es el que fundamenta un auto de mucha importancia, en el que se va a fijar el delito, por el cual se ha de seguir el proceso y que dice lo siguiente:

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

A través de este auto, puede llevarse a cabo el inicio de la instrucción propiamente dicha. El artículo 297 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece: Que todo auto de formal prisión deberá reunir los siguientes requisitos:

“Artículo 297. Todo auto de formal prisión deberá reunir los siguientes requisitos:

I. Se dictará dentro del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a disposición de la autoridad judicial;

II. Que se le haya tomado la declaración preparatoria al inculcado en los términos de ley, o bien, conste en el expediente que se negó a emitirla;

III. *Que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten el cuerpo del delito por el cual deba seguirse el proceso;*

IV. *Que el delito sea sancionado con pena privativa de libertad;*

V. *Que no esté acreditada alguna causa de licitud;*

VI. *Que de lo actuado aparezcan datos suficientes que hagan probable la responsabilidad del indiciado; y*

VII. *Los nombres y firmas del juez que dicte la resolución y del secretario que la autorice.*

El plazo a que se refiere la fracción I de este artículo, se duplicará cuando lo solicite el inculcado por sí, o por su defensor, al rendir su declaración preparatoria, siempre que dicha ampliación sea con la finalidad de aportar y desahogar pruebas para que el juez resuelva su situación jurídica.

El Ministerio Público no podrá solicitar dicha ampliación ni el juez resolverla de oficio; el Ministerio Público en ese plazo puede sólo en relación con las pruebas o alegatos que propusiere el inculcado o su defensor, hacer las promociones correspondientes al interés social que representa.

La ampliación del plazo se deberá notificar al Director del reclusorio preventivo, en donde en su caso, se encuentre internado el inculcado, para los efectos a que se refiere la última parte del primer párrafo del artículo 19 constitucional.”

El artículo anterior fija los requisitos del auto y dentro de estos se van reuniendo diversos requerimientos a través de los cuales se fundamentará, el proceso hacia el presunto responsable, este auto es de suma importancia en

virtud de que para llevar a cabo el incidente de desvanecimiento de datos del que trata la tesis, es necesario desvanecer los fundamentos, que sirvieron para acreditar el auto de formal prisión principalmente.

Los autos que se pueden dictar dentro del término de setenta y dos horas a partir del momento en que el indiciado es puesto a disposición del juez son:

Auto de formal prisión. cuando de los datos que arroje la averiguación previa, hayan sido suficientes para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado y el delito sea sancionado cuando menos con pena privativa de libertad

Borja Osornio, dice: “La formal prisión requiere que los antecedentes que arroje la averiguación previa sean suficientes no para hacer posible la responsabilidad del inculpado, entendiéndose ser por tal, la calidad de ser factibles, sino que sean suficientes para hacerla probable, entendiéndose por tal, la calidad no de ser factible, sino que sea verosímil o que se pueda probar, que es lexicológicamente lo que significa el objeto probable, empleado por la constitución en su artículo 19; así el auto de formal prisión es la resolución pronunciada por el juez para resolver la situación jurídica del procesado al vencerse el término constitucional, por estar integrados los elementos del cuerpo del delito y datos suficientes que hagan presumir su responsabilidad, siempre que no esté probada a favor del procesado una causa de justificación, abriendo con esto la instrucción y generando formalmente un proceso en que las partes deben de ofrecer, desahogar lo que a su derecho convenga”¹⁷

Auto de sujeción a proceso. este se dictará cuando el delito no sea sancionado con pena privativa de libertad.

¹⁷ BORGA OSORNIO, Guillermo. “Derecho Procesal Penal”, 3ª edición, editorial Cajica Junior, México, 1999, P. 245.

Auto de Libertad por falta de elementos para procesar. Éste se dictará cuando los datos que arroja la averiguación previa, no son suficientes para poder acreditar el cuerpo del delito o la probable responsabilidad del indiciado

Atendiendo lo anterior el auto de término constitucional tiene que ser, el que formalmente declare preso, o libere al indiciado con las reservas de ley puesto que no ha quedado totalmente integrado el cuerpo del delito o bien la presunta responsabilidad. Lo anterior en razón de no contar con los elementos esenciales del cuerpo del delito que se le imputa.

A la luz de lo que es la fundamentación del auto de formal prisión, vemos que la fracción tercera fija la idea de los datos y menciona que existan datos suficientes que acrediten el cuerpo del delito.

Por un lado, los datos están relacionados con todos y cada uno de los elementos de la integración del cuerpo del tipo penal, a través de la demostración del cuerpo del delito.

Y si notamos en la fracción VI del artículo 297 del Código de Procedimiento Penales para el Distrito Federal, veremos que los otros datos que sirven para integrar el auto de formal prisión son los que hagan probable la responsabilidad del indiciado como consecuencia de lo anterior, para llevar a cabo el desvanecimiento de datos estos deberán recaer en los que sirvieron para integrar la formal prisión, y a su vez estos datos se reducen a los que sirven para integrar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad.

Mismos datos que enfatizaremos a partir del capítulo tercero.

2.4 El juicio

Dictado el auto de formal prisión, se abre la instrucción, aquí se debe notar que hay autores que consideran que la etapa de indicación, es la primera etapa de la instrucción, y que éste es un segundo momento de la instrucción, pero considero que este criterio es erróneo puesto que, desde que el Agente del Ministerio Público consigna o ejercita acción penal hasta que el juez del asunto y emite una resolución provisional dentro del plazo constitucional, todavía no se le ha instruido ninguna causa, en virtud de que no se ha concretizado suficientemente, cual sería el delito que se le persiga.

Dicho de otra manera, que el Agente del Ministerio Público solamente consigna hechos al juez y el Juez dice el derecho, debiendo de recordar que la función jurisdiccional se basa en decir y decidir el derecho controvertido entre las partes.

Eduardo Pallares explica el significado de la Jurisdicción, al decir: “El poder o autoridad que tiene alguno para gobernar y poner en ejecución las leyes: y respectivamente, la potestad de que se hallan investidos los Jueces para administrar justicia, o sea para conocer de los asuntos civiles y criminales o así de unos como de otros, y decidirlos y sentenciarlos con arreglo a las leyes . También se toma esta palabra por el distrito o territorios a que se extiende el poder del juez, y por el término de algún lugar o provincia y como reglamento por el tribunal en que se administra justicia”¹⁸

La etimología de la palabra jurisdicción permite dar a esta expresión un sentido muy amplio.

¹⁸ PALLARES, Eduardo. Ob. Cit. P. 72.

Para el maestro Guillermo Colín Sánchez, el Juicio se refiere: “a la capacidad o al hecho de discernir lo bueno de o malo, lo verdadero de lo falso, lo legal de lo ilegal: tarea realizada por el juez en la sentencia “¹⁹

El Agente del Ministerio Público solo consigna hechos por tal motivo en el auto de término Constitucional, el juez dice por primera vez el derecho, clasifica el delito.

Es un error considerar que el juez reclasifica el delito consignado, por que ésto no es así, la función jurisdiccional dice y reclama el derecho mientras el Agente del Ministerio Publico Persigue el delito, consignando hechos, estableciendo el ejercicio de una acción penal.

Razón por la cual el agente del Ministerio Publico no puede decir el derecho y mucho menos declararlo, solamente menciona hechos delictuosos que pueden llegar a constituir un delito.

Así, como considero que la instrucción no se abre hasta el momento en que el juez decide formalizar la prisión.

Dentro del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal no hay un artículo que pueda definir que es juicio en materia penal, si por él contrario, menciona dos procedimientos en materia penal, el primero de ellos es el procedimiento sumario y el procedimiento ordinario, existe un tercero que es el procedimiento ante jurado popular

El procedimiento sumario, es aquel que solo se podrá seguir cuando se trate de delito flagrante, debiendo entender por éste lo consagrado en el artículo

¹⁹ COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. Ob. Cit. P. 548.

267 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, párrafo VIII.

Artículo 267.- 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 equiparará 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...

Además de lo anterior debe existir confesión por parte del inculpado y no se trate de delito grave, además de ser necesario se revoque la apertura del procedimiento ordinario, dentro del auto de formal prisión, para seguir el sumario siempre y cuando lo solicite el inculpado o su defensor.

Resumiendo este procedimiento sumarió, se distingue del ordinario en que sus términos y plazos son mas cortos y trata de delitos cuya pena no exceda de dos años de prisión, que se trate de delito flagrante, que exista confesión sobre la comisión de los hechos delictivos por parte del procesado, que no exceda de 5 años el término medio aritmético de la pena de prisión aplicable o, en caso de exceder, que sea alternativa y cuando las partes se conformen con el proceso y no tengan mas pruebas que ofrecer dentro de los 3 días siguientes a la notificación del auto de formal prisión o sujeción a proceso.

Por otro lado existe el procedimiento ordinario, mismo que es mas largo y los procesos de la competencia de los jueces se consignan por riguroso turno, en general las audiencias los plazos y términos son mas largos, ya que aquí no se lleva a cabo el proceso en una sola audiencia.

Es en este momento cuando se abre la instrucción o proceso y formalmente se les pide a las partes que ofrezcan sus pruebas para tener una instancia de desahogo de las mismas.

2.4.1 Las conclusiones

La palabra conclusión gramaticalmente y de manera general procede del verbo concluir, o sea llegar a determinado resultado o solución; desde el punto de vista jurídico, debe entenderse que las conclusiones son actos procedimentales realizados por el Agente del Ministerio Público y por el Defensor. Para el maestro Franco Sodi las conclusiones son: “actos procedimentales, porque entrañan actividad del Ministerio Publico y del defensor, en momentos distintos, aunque sucesivo y dependientes; por lo tanto, no debe hablarse en singular diciendo que es un acto como aseguran algunos autores”²⁰

Es preciso recordar lo que en los incisos 1.4 y 1.5, del capítulo primero decíamos en relación a la garantía de audiencia y la seguridad jurídica en el procedimiento, la posibilidad de defensa es la base principal de la audiencia y seguridad jurídica del procedimiento, y la defensa va a consistir en contestar contrarrestar la denuncia ofrecer pruebas y alegar lo que a su derecho convenga y por supuesto impugnar las resoluciones que no le convengan.

²⁰ FRANCO SODI, Carlos. Ob. Cit. P. 289.

Así la etapa conclusoria va a reflejar, ese momento en el cual las partes alegan lo que a su derecho convenga.

El autor Piña y Palacios al hablarnos de esta etapa dice: “las conclusiones es el acto mediante el cual las partes analizan los elementos instructorios y sirviéndose de ellos fijan sus respectivas situaciones con relación al debate que va a plantearse. Las conclusiones tienen por objeto que las partes puedan expresar en forma concreta el resultado del análisis que han hecho de los instructorios determinando cual va hacer la posición que van ha adoptar para el juicio”²¹

Derivado de la escrupulosa técnica jurídica penal, el juicio no se ha abierto aun, en virtud de que el juicio, lo debemos de entender como ese momento en que el juez va a formar su criterio, y esto no se hace sino después de haberse celebrado la audiencia de vista.

Claro está, que a lo largo del procedimiento el juez atento al desahogo de diversas diligencias, va generándose un cierto criterio, pero este se define hasta el momento que tenga que resolver.

A través de las conclusiones cada una de las partes deberá manifestar diversas situaciones jurisprudenciales e incluso doctrinales que a su derecho convengan, en la manera de interpretar suficientemente cual sería la atipicidad, la inculpabilidad, cualquier causa de justificación que produjera la absolución del probable responsable, y por su parte el Agente del Ministerio se encargara de probar plenamente la responsabilidad penal de aquel que esta sujeto al juicio del juez.

²¹ PIÑA Y PALACIOS, Javier. “Derecho Procesal Penal”, 5ª edición, editorial Ujos, México, 2000, P. 183.

2.4.2 La audiencia de vista

Una vez que se han presentado las conclusiones de cada una de las partes entonces, el Juez deberá de llevar a cabo la llamada audiencia de vista en lo que se refiere al procedimiento ordinario.

El artículo 326 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que a la letra dice “

Artículo 326. Las partes deberán estar presentes en la audiencia. En caso de que el Ministerio Público o el defensor no concurran, se citará para nueva audiencia dentro de tres días. Si la ausencia fuere injustificada, se aplicará una corrección disciplinaria al defensor particular y se informará al Procurador y al Jefe de la Defensoría de Oficio, en su caso, para que impongan la corrección que proceda a sus respectivos subalternos y puedan nombrar sustituto que asista a la nuevamente citada.

Por su parte del artículo 328 del propio código hace alusión a lo siguientes

Artículo 328. Después de recibir las pruebas que legalmente puedan presentarse, de la lectura de las constancias que las partes señalen y de oír los alegatos de las mismas, el juez declarará visto el proceso, con lo que termina la diligencia.

Incluso en esta etapa de vista todavía puede seguir ofreciéndose pruebas, pero evidentemente tiene cierta calidad particular estas pruebas y se les llama pruebas supervenientes, que esto es que no hayan sido conocidas por

las partes y que en un momento determinado lleguen a su conocimiento, hasta esta etapa final del procedimiento penal.

2.4.3 La sentencia

La manifestación de la función jurisdiccional, se refleja evidentemente en la sentencia, de tal manera, que a través de la actuación del sentir del Juez, se va a lograr la expresión de la función jurisdiccional.

Así la sentencia significara ese acto a través del cual el Juez emite su razón declarando el derecho a las partes, como un acto de ejercicio de poder del gobierno en este caso de tipo judicial.

El autor Julio Hernández Pliego, en el momento que hace una definición de la sentencia dice; “sentencia del latín *sententia* que quiere decir máxima, parecer, pensamiento corto, es la resolución con la que concluye el procedimiento penal...

Alguna parte de la doctrina considera a la sentencia como un silogismo lógico en la que la premisa mayor es la ley, la menor está representada por el hecho a juzgar y la conclusión, el fallo, esto es, la aplicación de la ley al hecho se integra la sentencia por un elemento volutivo representado por la voluntad soberana del estado y por un elemento lógico que constituye el fundamento del fallo, esto es, la aplicación de la ley al hecho.”²²

He de dejar hasta aquí mi estudio para que en el capítulo siguiente podamos subrayar en que momento puede interponerse el incidente de desvanecimiento de datos de tal manera, que hasta éste momento hemos visto que dentro del procedimiento penal hay una secuela lógica a través de la cual se

²² HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio. Ob. Cit. P. 263.

van generando una composición básica de lo que sería el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

En lo que sería ya la sentencia no se habla de una presunta responsabilidad, sino de una responsabilidad plena que hagan culpable al sujeto que ha sido procesado y sentenciado.

La sentencia independientemente de tener requisitos de forma, también los tendrá de validez, de ahí que tiene que expresarse un juicio de tipo a través del cual se integre el cuerpo del delito y por supuesto un juicio de reproche, a través del cual se relacione invariablemente la conducta a través del resultado y se haga culpable a la persona por los resultados dañinos que ha cometido en contra del ofendido y como consecuencia en contra del orden social.

Es un aspecto punitivo del poder del estado de hacer penar las conductas delictivas

CAPÍTULO 3

INCIDENTE DE LA LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS.

Es evidente que hemos llegado al capítulo que es medular, para mi trabajo de tesis, toda vez que analizaré el contenido conceptual del incidente desde el punto de vista procesal.

Inicialmente, se estudiará desde una perspectiva generalizada, por lo que en esta parte de mi estudio, trataré algunos conceptos del derecho procesal civil, para lograr una mayor y mejor explicación sobre el tema en comento.

3.1 Antecedentes

Dentro de sus antecedentes se encuentra el Proyecto del Código de Procedimientos Criminales para el Distrito Federal y el Territorio de Baja California, formado por encargo del Supremo Gobierno a los Licenciados Manuel Dublan, José Linares, Luis Méndez, el cual habla de los incidentes en su título VI, capítulo único, artículo 273 sin mencionar este, cuales son los incidentes, afirmando que los incidentes en materia criminal nunca suspenderán el curso del proceso, debiendo sustanciarse por cuerpo separado.

El Código de Procedimientos Penales de 1880, en su libro primero, título III, capítulo II, al hablar acerca de los incidentes lo hace en forma vaga, mencionando que cualquier excepción que el procesado opusiere, será apreciada en sentencia definitiva, siempre que tenga relación con el aspecto criminal que se juzga y esto no dará lugar por ningún motivo a un incidente o a un fallo especial.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1894, en su libro IV, habla de los incidentes de libertad, no contiene disposición alguna acerca del incidente de libertad por desvanecimiento de datos, ya que trata solo de la libertad absoluta o libertad provisional bajo protesta.

En igual forma el Código de organización, de competencia y procedimientos en materia penal, del año de 1929, incluye, aunque con las mismas deficiencias e imprecisiones que el anterior, el tema de los incidentes.

La legislación que actualmente nos rige, publicada en el Diario Oficial de Federación en fecha 29 de agosto de 1931, en la sección segunda, capítulo I, artículos del 546 al 551, menciona lo que es el incidente de libertad por desvanecimiento de datos, quien debe promoverlo, su procedencia dentro de la secuela procedimental, sus fundamentos, sustanciación y efectos de la Ley correlativos.

3.2 Concepto de incidente.

Dentro de la vida diaria de las personas el objetivo buscado o el resultado final no siempre se obtiene mediante un único o solo esfuerzo continuado; a menudo se resuelven problemas colaterales, adicionales para el logro de un objetivo final, lo mismo sucede en el proceso penal.

El maestro Julio Acero en su libro, Procedimiento penal nos dice: “Así como no se podrá llegar al final de un viaje tratando solo de recorrer la ruta, sin detenerse a veces, a apartar los obstáculos que en ella aparezcan, aunque el viajero no tenga como objetivo central y final separar esos obstáculos, tendrá

que hacerlo, pues de lo contrario, no llegará a su destino fijado. Del mismo modo deberá operarse en el proceso penal, cuyo objetivo final perseguido es el fondo del negocio o sea la decisión sobre la culpabilidad o inculpabilidad del procesado, su condena o su absolución: resultado que establece la sentencia principal; pero para llegar a ella es necesario, con frecuencia, despejar el camino, superar dificultades accesorias, problemas diferentes pero que es obligado resolver anticipadamente; estas dificultades accesorias constituyen los incidentes.

Habrá que advertir que no todas las cuestiones que ocurren para resolución del proceso, aparte de la principal, constituyen Incidentes. Deben distinguirse los incidentes de los trámites ordinarios y necesarios de todo proceso, por ejemplo: en todo proceso, el Juez tendrá que dictar el auto de formal prisión o de soltura, estableciendo si está o no comprobado el cuerpo del delito y los demás requisitos indispensables para mantener al indiciado sujeto a encarcelamiento; decidirá si se concluye o no la instrucción llegando el caso, etc. Sin embargo, la discusión de estas cuestiones aunque no son la materia principal o el fondo de la sentencia, tampoco constituyen cuerpo incidental, sino que forman parte del cuerpo mismo del proceso, supuesto que, sin ser la meta deseada, tampoco son obstáculos para su logro, ni interrupción ni desviación de la ruta, son pasos necesarios normales y previstos en la marcha directa del proceso.¹

“González Bustamante opina que es toda cuestión que surja durante el curso del procedimiento y que tiene relación con otra que se considera principal.

Para Demetrio Sodi, es toda cuestión que sobreviene en el proceso que plantea un objeto accesorio del mismo, en forma que obliga a darle una tramitación especial.

¹ ACERO, Julio. Ob. Cit. P.P. 331- 332.

En términos de Hernández Acero, incidente es toda cuestión que surge en el proceso y por no estar prevista y comprendida en periodos regulares se tramitará por separado, abriendo un cuadernillo en el que se contendrán las actuaciones y la sentencia interlocutoria que le pone fin al incidente.

El autor agrega que no se debe confundir lo que es incidente con la incidencia, esto último es algo que en sentido lógico se deriva de una actuación procedimental.

Colín Sánchez los define como obstáculos que surgen durante la secuela procedimental e impiden su desarrollo. Por estar relacionados, con diversos aspectos sobre los cuales versa el proceso, y que es necesario resolverlos, para que en el momento oportuno se pueda definir la pretensión punitiva estatal.

La cuestión incidental simple puede resolverse de plano, el incidente significa otra contienda en la contienda, otro pequeño juicio dentro del principal. La resolución que lo define se llama sentencia incidental, sentencia interlocutoria o interlocutoria.

En términos de Borja Osorno el incidente es una cuestión surgida en el curso del proceso con motivo de él, que interrumpe, modifica o altera, transitoria o definitivamente, la estructura lógica del mismo.”²

Para poder considerar con mayor profundidad la conceptualización de lo que por incidente debemos entender, desglosaré este concepto en tres aspectos para entender mejor lo que el incidente.

² BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. “Derecho Procesal Penal”, 4ª edición, editorial Mc Graw-Hill, México, 2002, P. 519.

Así, lo consideraremos desde el punto de vista semántico o gramatical, desde el punto de vista jurídico y desde el punto de vista penal.

3.2.1 Semántico.

La incidencia básicamente refleja algo que sobreviene o bien algo reiterativo sobre de algo principal.

Un incidente aislado, es un hecho que a pesar de que no afecta en si la situación principal, si hace que esta ultima, pueda sufrir algunas variaciones.

En opinión del Maestro Guillermo Colin Sánchez: “La palabra incidente proviene del latín incido, incidens (acontecer, interrumpir, suspender)”³

El autor José Becerra Bautista, cuando establece un concepto de incidente dice: “Etimológicamente, la palabra incidente viene del latín incidere que significa sobrevenir, interrumpir, producirse. Incidencia es lo que sobreviene “en el discurso de algún asunto, negocio o pleito.”

Según Manresa y Navarro los incidentes fueron conocidos por la Ley española y la Jurisprudencia también con el nombre de artículos. Este ultimo nombre lo conserva nuestra Legislación al hablar de que “solo forman artículo de previo y especial pronunciamiento la incompetencia, etcétera y cuando habla de la nulidad de actuaciones por falta de situación para absolución de posiciones y para reconocimiento de documentos.”⁴

A la luz de la situación semántica que expresa el autor citado, vamos a denotar que el contexto de la palabra incidente, estará más que nada dirigido a una situación accesoria. Esto es, que incidiere y sobreviene.

³ COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. Ob. Cit. P. 662.

⁴ BECERRA BAUTISTA, José. Ob. Cit. P. 277.

Para la Enciclopedia Universal Ilustrada: "Incidente: (etim. Proviene del latín INCIDENS, INCIDENTIS) adj. Que sobreviene en el discurso de un asunto o negocio y tiene con éste algún enlace.

Por otra parte, Incidente dentro del Derecho Procesal. Concepto.- La voz incidente (del latín INCIDO, IS, ERE, suspender o interrumpir, de cadere, caer una cosa dentro de la otra) designa "a toda cuestión que sobreviene entre los litigantes durante el pleito principal y que debe decidir particularmente.": En lenguaje forense se denomina también a los incidentes, artículos, partes del pleito, unidas a esté."⁵

Otro contexto semántico que podemos ofrecer respecto de lo que es el incidente, lo tiene la enciclopedia jurídica Omeba el cual expresa sobre el termino lo siguiente:"Como referencia histórica, es de consignar que fueron los incidentes, desconocidos los primeros tiempos del derecho romano, por ser incompatibles con el sistema formulario, hasta el avenimiento de la "litis contestatio"; tampoco fueron reconocidos en el añejo derecho español, hasta la ley de 1855, por la necesidad de resolver las cuestiones que pueden presentarse, y que se presentan, trajo necesariamente la consecuencia de que los intereses estuvieran autorizados; la existencia de prácticos en incidentes, o sea los incidentistas, que entorpecen o demoran la verdadera acción de la justicia y la proliferación de estos profesionales y correlativos episodios procesales a dado oportunidad a serias controversias por parte de legisladores y procesalistas, con la finalidad de su eliminación o supresión de las leyes de enjuiciamiento, pero concretada su evidente necesidad, se hizo menester, su incorporación y regulación reglamentaria."⁶

⁵ Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana. Hijos de J. Espasa Editores, Barcelona, t. XXVIII. P.1181

⁶ Enciclopedia jurídica omeba, Buenos Aires Argentina, editorial bibliográfica Argentina, s/f, t. XV, P. 371

La trascendencia accesoria se denota por la necesidad de cosas que sobrevienen al procedimiento.

De acuerdo con Piña Palacios: “la palabra incidente es de origen latino y dentro de los antecedentes de la propia palabra existen dos acepciones: La primera incide, incidere, que significa conocer, cortar, interrumpir, suspender, y la otra está en el verbo cadere y en la preposición in, que significa caer, sobrevenir.”⁷

De hecho, cuando existe un hecho que sobreviene a lo ya realizado, se dice que es un incidente que de alguna manera forma parte del hecho, que es accesorio a él, cuyo en determinado momento, puede afectarlo modificándolo.

3.2.2 Jurídico

Desde un ángulo jurídico, que no es el penal, podemos tomar las palabras del autor Rafael de Pina, quien en el momento en que nos habla del incidente, hace alusión a lo siguiente: “Es el procedimiento legalmente establecido para resolver cualquier cuestión que, con independencia de la principal, surja en el proceso.”⁸ Generalmente se le denomina incidente a la cuestión distinta de lo principal.

Sin lugar a dudas, la naturaleza accesoria del incidente, genera que éste último, no sea parte del procedimiento en lo principal.

Dicho de otra manera, sólo se necesita un trámite de tipo breve y además accesorio.

⁷BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. Ob. Cit. P.519.

⁸ DE PINA VARA, Rafael.” Diccionario de Derecho ”, editorial Porrúa, México, 1998, P.319.

Franco Sodi, cuando hace la definición del incidente dice:” incidente es toda cuestión que sobreviene en el proceso, planteando un objeto accesorio del mismo, en forma tal, que obliga a darle una tramitación especial; incidente es todo tramite breve y accesorio del proceso en el cual se intercala, comúnmente suscitado ante el planteamiento de cuestiones de naturaleza no sustancial, que deben decidirse por pronunciamiento interlocutor.”⁹

El Código de Comercio en el artículo 1349 anota la siguiente definición:

Capitulo XXVIII

De los incidentes

Artículo 1349. Son incidentes las cuestiones que se promueven en un juicio y tienen relación inmediata con el negocio principal, por lo que aquellos que no guarden esa relación serán desechados de plano.

El incidente o la incidencia, es toda cuestión que surge en el curso del procedimiento, pero como una manera de sobrevenir a él.

Son circunstancias, que no forman parte de los lineamientos principales dentro de lo que es un procedimiento común, y que de alguna manera, van a generar hacia la relación procesal, la necesidad de un desahogo por ambas partes, ya sea para enderezar el procedimiento, o bien para substanciar alguna circunstancia que puede afectar el principal, variándolo o modificándolo.

Como consecuencia de lo anterior, resulta claro que el incidente básicamente es cualquier situación formulada por las partes que no está prevista en el procedimiento principal, que se transforma en una situación accesorio, que se permite en forma breve, y que amerita un pronunciamiento interlocutorio.

⁹ FRANCO SODI, Carlos. Ob. Cit. P.300.

3.2.3 Penal

A mayor abundamiento señalo, que durante el período procesal de instrucción, la prueba ofrecida después del auto de formal prisión desvanece, destruye o desaparece los datos que sirvieron al juez para estimar acreditados, ya sea el cuerpo del delito o la presunta responsabilidad, entonces entendemos que por esta circunstancia procede la libertad por desvanecimiento de datos.

Borja Osorno, distingue la idea del incidente desde el punto de vista penal diciendo: “Convendría distinguir la mera incidencia o cuestión incidental del incidente propiamente dicho. El incidente requiere, sin duda, la cuestión incidental, la materia accesoria, pero no basta esto para constituirlo; precisa además de un cuerpo incidental, esto es, figura propia procesal, individualidad destacada, tramitación en forma y distinta de la tramitación principal, sin perjuicio de que su material se contenga o no en el mismo expediente de auto. La cuestión incidental es simple, puede resolverse de plano; el incidente como tal, significa un pequeño juicio dentro del principal”¹⁰

Leopoldo de la Cruz Agüero, sostiene que: “por incidente dentro del procedimiento penal, debe entenderse aquella cuestión o circunstancia procesal, sea judicial o administrativa, no prevista como parte integral del proceso penal, pero posible de acaecer, y que una vez surgida, obstaculiza la dinámica procedimental y debe tramitarse en forma sumarísima por cuerda separada, pero conexa a la causa principal, a la cual debe vida y que sin su solución no podría continuarse con el procedimiento.”¹¹

¹⁰ BORJA OSORNIO, Guillermo. Ob. Cit. P. 340.

¹¹ DE LA CRUZ AGÜERO, Leopoldo. Ob. Cit. P. 585.

La trascendencia fundamental que se puede denotar inmediatamente, constituye el hecho de que la naturaleza propia del incidente, es que exista una circunstancia tan especial que halla sobrevenido al juicio principal, que requiera un pronunciamiento especial de tipo interlocutorio.

En otra forma dicho, que son circunstancias accesorias al principal, pero que requieren siempre de un pronunciamiento, para delimitar circunstancias especiales que han sobrevenido al procedimiento en lo principal.

En términos generales, el código de procedimientos penales para el Distrito Federal, va a considerar legalmente a los incidentes, como la naturaleza que sobreviene de la situación diferente al principal.

Tenemos incidentes diversos, como son:

1. Substanciación de competencia.
2. Suspensión de procedimientos.
3. Incidentes criminales en el juicio civil.
4. Acumulación de procesos.
5. Separación de procesos.
6. Impedimentos, excusas y recusaciones.
7. Incidentes para resolver la reparación del daño y si ocurre a terceras personas.
8. Incidentes no especificados.

De hecho, nuestro procedimiento penal, en el momento en que fija otra naturaleza incidental, abre tres secciones, para lo que son:

1. Los incidentes de libertad.

Estos incidentes se dividen a su vez en:

De libertad por desvanecimiento de datos.

De libertad bajo protesta.

De libertad provisional bajo caución.

Cada una de estas circunstancias, en términos generales no son exactamente del principal, son situaciones que sobrevienen al juicio, y que de alguna manera, se deben determinar para lograr una mayor composición procedimental.

Así, tenemos que en términos generales, los impedimentos, las excusas, las acusaciones, y toda aquello que no va dentro de lo que sería la acción penal o bien la acción civil y la contestación de la demanda, la ley cerrada en el procedimiento civil, y la investigación de hechos en el procedimiento penal, situaciones accesorias que realmente no son en si motivo y objeto principal del procedimiento, se han de llevar algún trámite de tipo incidental.

Tenemos también otro tipo de incidentes que no están especificados, y que requieren, incluso hasta de regulación, como pueden ser:

1. La muerte del procesado.
2. El perdón del ofendido.
3. Consentimiento del ofendido.
4. Prescripción de la pena.
5. Prescripción de la acción penal.
6. Nulidad de actuaciones.
7. Reparación del daño exigible al o a los responsables.
8. Libertad por extinción del máximo de pena.

Dentro de lo que sería los incidentes no especificados, encontraremos situaciones totalmente diversas que nos conducen a pensar en forma directa sobre lo que es la naturaleza misma del incidente.

Una circunstancia que es importante y trascendental, es que puede modificar al principal, y por tanto se tiene que desahogar.

De hecho, desde el punto de vista civil, vamos encontrar incidentes que requieren una previa y especial pronunciación interlocutoria comunmente conocidos como, de previo y especial pronunciamiento, para que pueda seguirse llevando el juicio en lo principal.

De manera específica, el concepto de incidente de libertad por desvanecimiento de datos no se encuentra en el Código de procedimientos Penales para el Distrito Federal, toda vez que no proporciona ningún concepto y de las definiciones antes vertidas por los procesalistas mexicanos no se llega a precisar claramente que es un incidente.

Lo anterior se encuentra en los artículos 546, 547, 548, 549, 550, 551 del Código de Procedimiento Penales para el Distrito Federal, mencionando los lineamientos en que procederá un incidente de esta naturaleza.

Este incidente procederá cuando en cualquier estado de la instrucción y después de dictado el auto de formal prisión, aparezcan plenamente desvanecidos los datos que sirvieron para comprobar el cuerpo del delito, o cuando en cualquier estado de la instrucción y sin que hubieran aparecido datos posteriores de responsabilidad, se hayan desvanecido todos los datos considerados en el auto de formal prisión.

Ahora bien, los incidentes, son obstáculos que surgen durante el procedimiento, impidiendo, modificando, alterando, interrumpiendo transitoria o

definitivamente la estructura lógica del mismo, determinando una crisis del proceso. Por estar relacionados con diversos aspectos sobre los cuales versa el procedimiento y tienen materia propia, relacionada con la principal, obligando a darle una tramitación especial, por lo que hace necesaria su resolución para el acceso lógico al fondo del asunto.

Así también considero importante señalar, que si bien es cierto que en las leyes que rigen la materia no se establece una definición de lo que es un incidente, su conocimiento se facilita por la observación de estas cuestiones en los aspectos que constituyen su objetivo, según el orden de su aparición en el procedimiento, y que por su naturaleza deben resolverse y tramitarse de un modo especial.

3.3 Naturaleza jurídica del incidente de libertad por desvanecimiento de datos.

Es de suma importancia para el tema de la tesis en comento el encontrar la naturaleza del incidente, debemos inferir que por la relación inmediata con el asunto principal, efectivamente este es de naturaleza sui generis, de tal forma que origina y justifica su tramitación y desahogo para que de esta forma se esté en posibilidades de obtener una resolución lo mas apegada a la norma jurídica aplicable, conforme a los fines generales del Derecho Procesal Penal, que es la aplicación de la ley penal al caso concreto.

“La libertad por desvanecimiento de datos, es un derecho para el procesado, en cuanto a que los fundamentos en los que se sustentó el auto de formal prisión se desvirtúan. Es por sí mismo, un deber para el juez instructor decretar su procedencia, si del examen del material probatorio aportado se desprende lo anterior.

Por otra parte, si sobrevienen hechos susceptible de afectar el objeto principal del proceso, originando con ello un planteamiento procedimental especial, sin duda, estamos en el caso de un incidente que obviamente debe resolverse, para así poder determinar la suerte del asunto principal”¹²

El incidente de libertad por desvanecimiento de datos, lo encontramos en la sección de los incidentes no especificados, y que tiene como objetivo la libertad del procesado.

Refiriéndome a la libertad por desvanecimiento de datos.

Tenemos como el artículo 546 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal hace alusión a lo siguiente:

Artículo 546 En cualquier estado del proceso en que aparezca que se han desvanecido los fundamentos que hayan servido para decretar la formal prisión o sujeción a proceso, podrá decretarse la libertad del procesado, por el juez, a petición de parte o con audiencia del Ministerio Público, a lo que éste no podrá dejar de asistir”.

Evidentemente, que al hablar de proceso en cualquiera de sus fases procesales, refiriéndose de manera específica a la formal prisión en adelante.

Este desvanecimiento, va diametralmente dirigido a los elementos que hayan servido para decretar, ya sea la formal prisión o la sujeción a proceso.

De tal circunstancia, la idea fundamental que necesitamos observar, respecto de la naturaleza de la prueba o el desvanecimiento, no quiere decir que se demuestre lo contrario, que eso ya es materia de lo principal. No significa

¹² SÁNCHEZ COLÍN, Guillermo. Ob. Cit. P. 690.

que se desubique al procesado del lugar de los hechos, toda vez que eso también forma parte de lo principal, la cuestión de la naturaleza del desvanecimiento de datos que fundamentaron el cuerpo del delito o la presunta responsabilidad para dictar la formal prisión o sujeción a proceso a una persona, se desvanezcan.

El desvanecerse, consiste en hacerse invisible, o que desaparezcan.

Para lograr una mayor calidad en el criterio, quisiéramos citar el artículo 547 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal el cual dice a la letra:

Artículo 547. En consecuencia, la libertad por desvanecimiento de datos procede en los siguientes casos:

I. Cuando en el curso del proceso se hallan desvanecido, por prueba plena, las que sirvieran para comprobar el cuerpo del delito, y

II. Cuando, sin que aparezcan datos posteriores de responsabilidad, se hayan desvanecido, por prueba plena, los señalados por auto de formal prisión o sujeción a proceso, para tener al procesado como probable responsable”.

Dos requisitos menciona, el artículo 547 de Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, toda vez que la hilación se refiere al concepto “Y” significando que es una y la otra.

Se desvanece los datos que sirvieron para comprobar el cuerpo del delito y por el otro lado, también se deben desvanecer los datos que sirvieron para acreditar la presunta responsabilidad ahora bien, la naturaleza de la prueba que se requiere para lograr este desvanecimiento, debe de ser plena.

Dicho de otra manera, que es indispensable que exista una prueba indubitable, que no deje lugar a dudas o bien se desvanezca y lo extinga o desaparezca.

De ahí, que es importante subrayar el contenido conceptual de lo que sería la prueba plena.

Sobre de este particular, Marco Antonio Díaz de León, nos ofrece algunas explicaciones, diciendo lo siguiente: “En el proceso penal suele hablarse de que la valoración de las pruebas no es materia ni función que corresponda en exclusiva al órgano jurisdiccional, reconociéndose, claro esta, que la valoración que realizan las partes se hace antes de que se dicte sentencia, es decir, se hace referencia a esa actividad de las partes previa al pronunciamiento jurisdiccional, conocida por discusión, contiene entre otros aspectos el examen de apreciación de los elementos de prueba introducidos por la recepción de los medios probatorios; se caracteriza por el propósito de convencer al juzgador acerca de la posición tomada por cada una de las partes, frente al elemento material de la imputación o del reclamo de reintegración patrimonial. Con esa finalidad se pondría de manifiesto los elementos de cargo o descargo, para que en conjunto resalte el uno u otros.”¹³

Como lo dice el autor citado, el destinatario de la prueba, es el juez, quien en base a su función jurisdiccional, va a aplicar decir y a decidir el derecho controvertido entre las partes, en este caso, el derecho discutido por las partes en investigación de la verdad.

En ese intervalo, la propia legislación penal establece un sistema basado en valoralización de la prueba; de tal manera, que esto quiere decir que la propia

¹³ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. “Tratados sobre las pruebas penales”, Tomo I –II, 5ª edición, editorial Porrúa, 2001, P. 434.

legislación fija elementos suficientes a través de los cuales, se ha de dar a cada una de las pruebas, un cierto valor que permite llevar a cabo la función jurisdiccional, y como consecuencia, la fase de la prueba plena, es la que de alguna manera quedó inductablemente probada, o bien algún instrumento público, al cual la misma ley le otorga el beneficio de constituir la prueba preconstruida y considerarla como instrumento público que genera la prueba plena.

Estas circunstancias, son definitivamente trascendentales, (y hablaremos de ellas mas adelante.)

3.4 Análisis comparativo del incidente de desvanecimiento de datos de otras legislaciones.

Con el fin de poder tener una idea sobre lo que sería el derecho comparado con otras legislaciones penales, vamos ahora a abrir un inciso en el que observaremos algunas otras legislaciones de la República, y como estas, van fijando también criterios y normas específicas sobre el incidente de desvanecimiento de datos.

3.4.1 Estado de México.

Casi de la misma manera de que se lleva a cabo el incidente en el Distrito Federal, la legislación procesal penal para el Estado de México, hace una clasificación de los incidentes a partir del titulo noveno, capitulo I considerando lo siguiente:

Los incidentes de libertad como son:

- a) Libertad provisional bajo caución.
- b) Libertad provisional bajo protesta.
- c) Libertad por desvanecimiento de datos
- d) Incidentes diversos:

- 1- La substanciación de las cuestiones y conflicto de competencia.
- 2- Impedimento, excusas y recusaciones.
- 3- Suspensión del procedimientos.
- 4.- Acumulación de autos.
- 5.- Incidente Civil de reparación del daño.
- 7.- Medidas provisionales para la restitución al ofendido en el goce de sus derechos.
- 8.- Incidentes no especificados.
- 9.- Incidentes criminales en el procedimiento diverso del penal.

De tal manera, que su legislación previene en su artículo 345, del Código de Procedimientos Penales del Estado de México la idea del desvanecimiento de datos y establece:

Artículo 345.- La libertad por desvanecimiento de datos procede en los siguientes casos:

- I. Cuando en cualquier estado de la instrucción y después del dictado del auto de formal prisión aparezcan plenamente desvanecido los datos que sirvieran para comprobar el cuerpo del delito; y*
- II. Cuando en cualquier estado de la instrucción y sin que hubieren aparecido datos posteriores de responsabilidad, se hayan desvanecido plenamente los considerados en el auto de formal prisión*

o de sujeción a proceso para tener al inculpado como probable responsable”.

La eficacia jurídica procesal del incidente de libertad por desvanecimiento de datos, va a conllevar la necesidad de darle una mayor reglamentación.

Esto en virtud de que independientemente de que se deba establecer la naturaleza de la prueba plena, se debe de catalogar en forma indubitable, el hecho de que se afecte totalmente al cuerpo del delito.

Evidentemente, que en todo ejercicio de la acción, conlleva a una íntima relación entre el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, esta íntima relación se llama de nexo de causalidad del que hablábamos ya en el capítulo I.

De tal manera, que el órgano jurisdiccional, cuando surge el desvanecimiento de datos, va a citar a una audiencia dentro de los 5 días a la que procederá asistir el Agente del Ministerio Público.

Y su resolución que proceda la dictará en 72 horas después de celebrar la audiencia.

Sin duda, este Código de Procedimientos Penales del Estado de México, al igual que el Código para el Distrito Federal, le falta establecer circunstancias, básicamente de naturaleza y valor jurídico de la prueba, puesto que, de nueva cuenta, se fija la situación de una prueba plena, pero no se subraya que dicha prueba tiene que ser indubitable, y que no deje lugar a dudas, además de que deba necesariamente afectar los elementos que sirvieron para integrar el cuerpo del delito en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso.

3.4.2 Morelos.

En el estado de Morelos, el Código de Procedimientos Penales, también señala diversos incidentes, como son:

1. Conflictos de competencia.
2. Impedimentos.
3. Acumulación de procesos.
4. Separación de procesos.
5. Suspensión de procesos.
6. Incidentes diversos.

De tal manera, que en relación a los llamados incidentes de libertad que previene el Código del Distrito Federal y el Código de Procedimientos del Estado de México, en el estado de Morelos, los incidentes de libertad, no son incidentes como tal, son tramites generales de ahí, lejos de llamarse incidentes se les denomina libertad del inculpado, libertad bajo protesta bajo caución y encontramos la libertad que nos interesa para esta parte de nuestro estudio como es la de libertad por desacreditacion de pruebas.

Inicialmente, podemos denotar como este código de procedimientos del Estado de Morelos, fija en su artículo 233 la siguiente idea:

Artículo 233. Procederá la libertad del inculpado en cualquier estado de la instrucción, después del auto de procesamiento y hasta el cierre de aquella, cuando quede completamente desacreditadas las pruebas en las que se sustento dicho auto, relativas al cuerpo del delito o a la probable responsabilidad del inculpado, sin que hayan aparecido otras que prueben dichos extremos.

Los elementos ya empiezan a variar, y como consecuencia de lo anterior, hemos de observar que en la Legislación del Estado de Morelos, procede en principio la libertad en cualquier estado de la instrucción.

Aquí, es preciso fundamentar la instrucción a partir de lo que sería el auto de formal prisión.

Luego, antes de que se cierre la instrucción, habla de que queden plenamente desacreditadas las pruebas en las que se sustentó dicho auto.

Hay que hacer notar, que no habla de que se desvanezcan, sino que se desacrediten las pruebas.

Situación que definitivamente puede confundirse inmediatamente e invariablemente con lo que sería el principal.

De hecho, como habíamos dicho, el incidente de desvanecimiento, no se lleva a cabo como incidente sino como un trámite, llamado de desacreditación de pruebas.

Evidentemente que el momento en que se dicta un auto formal prisión, el defensor lo que tiene que hacer, es presentar pruebas de descargo que desacredite las pruebas de cargo.

Al parecer, pudiésemos criticar severamente la posición de la Legislación del Estado de Morelos, probablemente el objetivo principal de este estudio, no es eso, sino más que nada, que podamos extraer de las diversas Legislaciones, diferentes situaciones que nos permitan lograr una mayor y mejor configuración de las circunstancias a través de las cuales, podemos acreditar una mayor reglamentación de lo que sería el procedimiento para otorgar la libertad por desvanecimiento.

El probar plenamente la desacreditación de pruebas que fueron sustentadas en el auto de formal prisión, nos suena como que se está confundiendo el incidente con el procedimiento, y que básicamente dicha desacreditación va en relación a lo que sería el principal.

A mayor abundancia, citaremos los artículos 234 y 235 de la Legislación de Morelos los cuales dicen:

Artículo 234. Cualquiera de la partes puede solicitar la libertad. La petición se substanciará en una audiencia, en la que se recibirán las pruebas y se escucharán los alegatos de aquellas. El juzgador resolverá dentro de los 3 días siguientes a la conclusión de la audiencia.

Artículo 235. Cuando se decreta la liberación del inculcado por haberse desacreditado las pruebas relativas a su probable responsabilidad en el delito imputado, el Ministerio Público podrá solicitar al juzgador la práctica de nuevas diligencias y requerir, con apoyo en estas, el libramiento de orden de reaprehensión o presentación. Si transcurre el tiempo previsto en el artículo 174 sin que se solicite dicha orden, la libertad será definitiva.

Sin duda alguna, no es un tratamiento específico de incidente, el que plantea la Legislación del Estado de Morelos; esto en virtud de que evidentemente, las partes pueden solicitar la libertad, recibéndose las pruebas y alegatos, y decretándose por haber desacreditado las pruebas relativas en su probable responsabilidad.

De hecho, la situación en naturaleza jurídica, vuelve a quedar como si fuese un auto de libertad por falta de elementos para procesar.

Esto es, que se fijan situaciones y naturalezas que básicamente atañen a una circunstancia que le permite al Agente del Ministerio Público iniciar nuevas acciones, en el momento en que con nuevas pruebas, pueda seguir persiguiendo el delito.

Sin duda, no es un desvanecimiento de datos, es un desacreditamiento de pruebas, que podrían adelantar las sentencias sin pasar por conclusiones de las partes.

3.4.3 Hidalgo.

En la Legislación Procesal Penal de Hidalgo, encontramos los siguientes incidentes:

1. Sustanciación de competencias.
2. Suspensión del procedimiento.
3. Acumulación de expedientes.
4. Excusas y recusaciones.
5. Reparación de daños y perjuicios exigibles a terceros e inculpados.
6. Sobreseimiento.
7. Nulidad.
8. Reposición de autos.
9. Aumento y reducción de caución
10. Aclaración de sentencia.
11. Incidente de libertad:
 - a) Libertad provisional previa.
 - b) Libertad provisional bajo caución.
 - c) Libertad provisional bajo protesta.
 - d) Libertad por desvanecimiento de datos.
12. Incidentes no especificados.

Y como todas las demás Legislaciones, se conservan también los incidentes no especificados.

Así tenemos como el artículo 317 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Hidalgo dice:

Artículo 317. La libertad por desvanecimiento de datos procede cuando en cualquier estado de la instrucción y después de dictado el auto de procesamiento, aparezcan plenamente desvanecidos los elementos de prueba que sirvieron para comprobar el cuerpo del delito o la presunta responsabilidad del inculpado.

Nótese como la idea del artículo 317 se asemeja mucho a las circunstancias prevista por las demás Legislaciones.

Esto es, el tratamiento que se lleva, no es como el Estado de Morelos, un desacreditamiento de la prueba, sino un desvanecimiento de datos.

De ahí, que la postura que sostenemos, denota claramente la necesidad de una mayor reglamentación en el desvanecimiento de datos.

De hecho, el artículo 318 del propio Código de Procedimientos Penales para el Estado de Hidalgo, hace alusión al siguiente:

Artículo 318. Hecha la solicitud de libertad por desvanecimiento de datos por el inculpado o su defensor, el juez citara las partes a una audiencia que se celebrara dentro de los tres días siguientes, en la que podrán alegar lo que sus intereses convengan. La resolución se pronunciara dentro de los tres días siguientes.

El ofendido, su representante y el asesor jurídico de estos podrán asistir a la audiencia y alegar a lo que sus intereses convenga.

No toma en cuenta esta legislación al ofendido, la víctima y su representante.

Nótese como, ya en la Legislación del Estado de Hidalgo, se denota el respeto a la garantía de audiencia del ofendido, para que este deba de estar presente en la diligencia de desvanecimiento y alegar, lo que sus intereses convenga.

Y claro está, que al ya no tener acción, el Agente del Ministerio Público, afectara evidentemente los intereses del ofendido o de la víctima.

Esto, independientemente de que éste desvanecimiento, pues mas que nada estará dirigido completamente a los elementos fundamentales que sirvieron para acreditar el cuerpo del delito y al presunta responsabilidad.

De ahí, que es importante, considerar también los derechos del ofendido dentro de la causa, para que, de esta manera podamos abundar en nuestro criterio, y logremos con esto, una mayor efectividad en nuestra ponencia que haremos principalmente en el inciso 4.4.

Como consecuencia de lo anterior en base a las tres Legislaciones citadas, pues consideramos que la del Estado de Hidalgo ha avanzado mas hacia el interés de este trabajo, y justamente, será la Legislación de Estado de Morelos, la que cambia completamente las circunstancias, en un sentido de fundamentar mas que nada un desacreditamiento de la prueba a diferencia total del desvanecimiento.

Tal vez, aquí es donde debemos de subrayar la naturaleza de la prueba plena, la cual no tiene, porque desacreditar las pruebas que sirvieron para fundamentar el auto de formal prisión, sino tienen que desvanecerse y no desacreditarse, sino desaparecer por si sola, en una forma instintiva, que por si sola, deje una situación indubitable en el sentido de que no existe un cuerpo del delito con la conexidad.

Que en las diversas solicitudes que se llevan a cabo, deben necesariamente estar basadas en un desvanecimiento de datos.

No en una desacreditacion de la prueba como lo hace el Estado de Morelos, que consideramos esto como un asunto de la materia principal del procedimiento, y por lo tanto deja de ser un incidente.

De lo anterior, se desprende, que el desistimiento y el desvanecimiento frente a la desacreditacion, son totalmente cosas diferentes, y por lo tanto cada una de ellas tiene su propio efecto en relación al procedimiento.

3.4.4 En el Fuero Federal.

La situación de lo que es el desvanecimiento de datos en el Código Federal de Procedimientos Penales, va a estar encuadrada en el contexto del artículo 422 del Código precitado que a la letra dice:

Artículo 422. La libertad por desvanecimiento de datos procede en los siguientes casos:

I. Cuando en cualquier estado de la instrucción y después de dictado el auto de formal prisión aparezca plenamente desvanecidos los datos que sirvieron para comprobar el cuerpo del delito; o

II. Cuando en cualquier estado de la instrucción y sin que hubieren aparecido datos posteriores de responsabilidad, se hayan desvanecido plenamente los considerandos en el auto de formal prisión para tener al detenido como presunto responsable.

Al igual que los otros Códigos que hemos observado, en el desvanecimiento de datos va a dirigirse directamente en relación a lo que es la construcción de la presunta responsabilidad establecida en el auto de término constitucional; esto es, en el auto de formal prisión.

De tal manera, que el desvanecimiento de datos, pues evidentemente tiene que ir a afectar dos circunstancias que hacen que el individuo, sea considerado como presunto responsable, estas ya sea que afecte al cuerpo del delito, o bien afecte el establecimiento del nexo de causalidad en la presunta responsabilidad.

Ahora bien, el artículo 423 de este Código Federal de Procedimientos Penales, agrega:

Artículo 423. Para substanciar el incidente respectivo, hecha la petición por alguna de las partes, el tribunal las citará a una audiencia dentro del término de cinco días, a la que el Ministerio Público deberá asistir.

La resolución que proceda se dictará dentro de las setenta y dos horas siguientes a la en que se celebró la audiencia.

Como se ha visto, el procedimiento del desvanecimiento, resulta ser incidental, y como tal, requiere de una resolución interlocutoria, a través de la cual, inhibirá la acción procedimental que se ha llevado en contra de alguna persona.

Como consecuencia de esto, vamos a encontrar que el desvanecimiento de datos, debe estar basado en lo que es la inhibición del procediendo en contra de aquella persona que fue declarada presunta responsable en el auto de formal prisión.

3.5 Naturaleza jurídica de la prueba en el incidente de libertad por desvanecimiento de datos.

En términos generales, como hemos podido apreciar, el desvanecimiento de datos, básicamente se da cuando se desvirtúan los elementos probatorios que sirvieron de base para sustentar el auto de formal prisión.

Anteriormente en el Código de Procedimientos Penales se exigía que la prueba en la que se apoyara el incidente de desvanecimiento de datos fuera plena e indubitable.

Lo anterior significaba que no importaba que la prueba hubiera satisfecho las exigencias legales, además de esto no debería dejar duda alguna en el ánimo del Juzgador, pues si en su animo hubiera dicha prueba dejado alguna duda no procedía la libertad por tal razón, la suprema Corte de Justicia han manifestado lo siguiente:

“La tesis jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia señala que por desvanecimiento de datos no debe entenderse que se recaben pruebas que

favorezcan más o menos al inculpado, sino las que sirvieron para decretar la detención o prisión preventiva, están anuladas por otras posteriores y si éstas no destruyen de modo directo a las que sirvieron de base para decretar la formal prisión aunque favorezcan al inculpado, deben ser materia de estudio en la sentencia.”¹⁴

Con este criterio el sustentante tesista, esta de acuerdo en virtud de que la valoración de la prueba es fundamental en dicho incidente, debe hacerse de tal manera que nada implique parcialidad.

“Además, se requiere que las pruebas relativas, no sólo se estimen favorables más o menos al inculpado, sino que destruyan por completo las consideradas en la resolución dictada durante la dilación constitucional, por lo que si las probanzas de que se trata, contrarían aquellas otras que apoyan la formal prisión o sujeción a proceso, o se traducen en un mejoramiento de la situación jurídica del inculpado...”¹⁵

Una mención importante, es el hecho de que el efecto de la interlocutoria que pudiese decretar la resolución del desvanecimiento de datos, se debe hacer con reserva de ley.

Esto quiere decir, que llega el momento si existen nuevos datos diferentes que aproximen la responsabilidad del inculpado o bien se agregue una mayor consistencia al cuerpo del delito, se podrá repetir en contra de aquel que esta favorecido por el desvanecimiento.

Como consecuencia de lo anterior, pues es importante considerar los efectos del desvanecimiento, que van a ser el hecho, de que ya no se siga la causa cuando menos con los datos que estén aportados en el expediente.

¹⁴ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. Ob. Cit. P. 543.

¹⁵ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio. Ob. Cit. P. 324.

De ahí, que en la naturaleza directa de la prueba, pues evidentemente no es la que favorezca en si al reo, sino más que nada, es una prueba que destruya las probanzas que sirvieron para acreditar el cuerpo del delito o bien la probable responsabilidad.

Por otra parte el criterio que sostiene la Suprema Corte respecto de las pruebas es el siguiente:

Tipo de documento: Tesis aislada

Octava época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: VIII, Noviembre de 1991

Página: 239

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

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 209/90. Juan de los Lagos Lozano Montes. 13 de febrero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Miguel García Salazar. Secretario: Hilario Zarazúa Galdeano.

Otra jurisprudencia de importancia es, esta última que proporciona un concepto de lo que significa prueba plena:

Tipo de documento: Tesis aislada

Novena época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: III, Abril de 1996

Página: 440

PRUEBA CIRCUNSTANCIAL. NO PUEDE INTEGRARSE PARA CONSIDERAR DEMOSTRADA EN FORMA PLENA LA MATERIALIDAD DEL ILICITO, SI EXISTEN UNA SERIE DE INDICIOS QUE NO FAVORECEN AL ACUSADO, Y OTROS QUE LO BENEFICIAN. (CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES). El tratadista Carlos Hidalgo Riestra, en su obra Derecho Procesal Mexicano, Primera Edición 1986, Guadalajara, Jalisco, México, opina que: "la prueba circunstancial se funda en la demostración de los indicios que por su íntima relación, llevan al juzgador a la certeza de un hecho que desconoce; esto es, que mediante un proceso de orden intelectual, establece una relación entre lo que conoce (indicios) y lo que desconoce (la verdad histórica buscada en el proceso) y ello le basta para absolver o condenar y en su caso para aplicar las penas en la medida que señala la ley." De lo anterior se llega al conocimiento de que la prueba circunstancial es apta tanto para absolver como para condenar al acusado. Ahora bien, el artículo 286 del Código Federal de Procedimientos Penales estatuye: "Los tribunales, según la naturaleza de los hechos y el enlace lógico y natural más o menos necesario que existe entre la verdad conocida y la que se busca, apreciarán en conciencia el valor de los indicios hasta poder

considerarlos como prueba plena." Esto significa que para que la prueba circunstancial pueda tener pleno valor acreditativo, deben existir una serie de indicios que de manera lógica permitan inferir la comisión del evento delictivo. Sentado lo anterior, es conveniente formular la siguiente reflexión: Hay casos en los que si bien existen ciertos indicios que pudieran presumir la comisión de un delito, en contrapartida, existen otros que pudieran determinar que el ilícito no se perpetró. Esta situación puede provocar una duda razonable sobre la realización del hecho delictivo. Ahora bien, si existen tanto una serie de indicios que no favorecen al acusado, como otros que le benefician, y unos y otros tienen más o menos el mismo valor convictivo, resulta evidente que no puede integrarse la prueba circunstancial para considerar demostrada en forma plena la materialidad del ilícito. Lo anterior es axiomático: si hay duda sobre la comisión de un ilícito es obvio que no puede estimarse plenamente probado el tipo delictivo.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 638/95. José Manuel Aguilar García. 20 de marzo de 1996. Mayoría de votos. Ponente: Jaime Manuel Marroquín Zaleta. Disidente: Olivia Heiras de Mancisidor. Secretario: Othón Manuel Ríos Flores.

3.6 Elementos jurisdiccionales para la procedencia del incidente de libertad por desvanecimiento de datos.

El juzgador deberá de decretar su procedencia del incidente de desvanecimiento de datos, por ser un derecho del procesado, siempre y cuando del análisis material de las pruebas aportadas se destruyan en su totalidad o desaparezcan los fundamentos que sirvieron de base para dictar la formal prisión.

Lo anterior significa que, si dentro del procedimiento sobrevienen cuestiones susceptibles de afectar el objeto principal del mismo, causando con esto que se deba realizar un planteamiento procedimental especial, estaremos definitivamente ante la presencia de un incidente, que necesariamente deberá de resolverse, puesto que de otra forma no se podría determinar la suerte del asunto principal.

Sobre la procedencia del incidente que nos ocupa establece el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su Artículo 547, los requisitos para la procedencia de este incidente, se indica que los datos que deben desvanecerse plenamente, son aquellos que sirvieron de fundamento para decretar el auto de formal prisión o sujeción a proceso, esto implica que los hechos sobrevenidos deben desvirtuar totalmente los datos que acreditaron el cuerpo del delito, en cuanto a la probable responsabilidad, el Juez o el Agente del Ministerio Público establecerán de acuerdo a las nuevas probanzas, comparadas con las anteriores, que el sujeto no tomó parte en la concepción, preparación o ejecución de los hechos por los cuales se ha sometido a proceso.

Para nuestra legislación solamente es necesario se desvanezcan los datos que sirvieron para comprobar el cuerpo del delito o la probable responsabilidad.

En consecuencia y atento a lo anterior debe quedar claro que la libertad por desvanecimiento de datos procede cuando en el curso del proceso se hayan desvanecidos por prueba plena los datos que sirvieron para acreditar el cuerpo del delito y se desvirtúen por prueba plena los señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, para tener al procesado como probable responsable.

3.7 Procedimiento para llevar a cabo la tramitación del incidente de libertad por desvanecimiento de datos

El procedimiento para solicitar el incidente de desvanecimiento de datos, es la práctica de la diligencia ordenada por la Ley adjetiva penal y las partes pueden solicitar este incidente. “En cualquier etapa del proceso en que aparezca que se han desvanecido los fundamentos que hayan servido para decretar la formal prisión o sujeción a proceso, podrá decretarse la libertad del procesado, por el Juez, a petición de parte, con audiencia del Ministerio Público a la que éste no podrá dejar de asistir (art. 546)”¹⁶

El incidente de desvanecimiento de datos tiene especificada su tramitación en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en el artículo 548 que a la letra dice:

Artículo 548.- Para substanciar el incidente a que se refieren los artículos anteriores, hecha la petición por el interesado, el juez citará a una audiencia dentro del término de cinco días. En dicha audiencia se oirá a las partes y sin más trámite el juez dictará la resolución que proceda, dentro de 72 horas.

Por otra parte existen otros criterios jurisprudenciales que señalan que el momento en que debe plantearse tal incidente, debe ser en el periodo de instrucción :

Novena Epoca

Instancia: TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CUARTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XI, Febrero de 2000

¹⁶ BARRAGÁN SALVATIERRA Carlos, Ob. Cit. P. 533.

LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS. PARA QUE PROCEDA ESTE INCIDENTE, DEBE PLANTEARSE EN EL PERIODO DE INSTRUCCIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NAYARIT). El artículo 355 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Nayarit, establece que la libertad por desvanecimiento de datos procede en los siguientes casos: "I. Cuando durante la instrucción se desvanezcan plenamente los datos que sirvieron para demostrar la existencia del cuerpo del delito; y II. Cuando en cualquier periodo de la instrucción aparezcan desvanecidos los elementos demostrativos que sirvieron de apoyo a la presunta responsabilidad del procesado". De lo transcrito, se desprende que, para que resulte legalmente factible y oportuno el trámite del incidente de libertad por desvanecimiento de datos, debe, necesariamente, plantearse en el periodo de instrucción, pues en las dos hipótesis de referencia, se establece la etapa procesal precisa en la que puede decretarse la libertad cuando se desvanezcan los datos relativos a la comprobación del cuerpo del delito, o de la probable responsabilidad del indiciado y en ambos casos, resulta coincidente que sea "durante la instrucción" y "en cualquier periodo de la instrucción". Lo anterior cobra relevancia si se tiene presente que el artículo 1o. del propio ordenamiento legal, dispone que el procedimiento penal tiene cinco periodos, a saber: el de averiguación previa, el constitucional, el de instrucción, el de juicio, y el de ejecución. Por lo que hace al de instrucción, se comprenden las diligencias practicadas por los tribunales con el fin de averiguar la existencia de los delitos, las circunstancias en que se hubiesen cometido, y establecer la responsabilidad o irresponsabilidad del inculcado; en el periodo de juicio, el Ministerio Público precisa la acusación y el acusado su defensa, concluyendo con la sentencia definitiva dictada por el Juez de la causa; de donde se desprende que el legislador ordinario, al precisar las etapas del procedimiento penal, en el artículo 355 previamente invocado, también limitó la oportunidad para que fuera planteado el incidente de libertad por desvanecimiento de datos,

para que se promueva precisamente hasta antes de que se decreta cerrada la instrucción, pues para ello distinguió los periodos del proceso, dándoles una autonomía a cada uno de ellos.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CUARTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 170/99. 27 de octubre de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Jáuregui Quintero. Secretaria: María Soledad Ambrosio Ramos.

De lo antes citado se desprende que el momento oportuno para que se formule la petición del incidente de libertad por desvanecimiento de datos por lógica jurídica es durante la instrucción y después de dictado el auto de formal prisión, esto por ser esta etapa en la que aparecen los nuevos elementos de convicción que destruirán o harán insubsistentes los datos de la formal prisión o preventiva, y una vez cerrada la instrucción e iniciado el período de juicio penal, propiamente dicho, tenemos que si las pruebas aportadas desvirtúan plenamente la existencia del cuerpo del delito o la presunta responsabilidad del inculpado, las mismas deben servir de fundamento para una sentencia absolutoria, al haberse reunido todos los elementos necesarios para pronunciarse acerca del fondo del asunto. Lo anterior sin menoscabo de lo que preceptúa el artículo 546 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Es importante subrayar, algunas incidencias relativas a lo que es el contenido de desvanecimiento de datos; De tal forma que cito la siguiente tesis de jurisprudencia:

Tipo de documento: Tesis aislada

Séptima época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 205-216 Sexta Parte

Página: 178

DESVANECIMIENTO DE DATOS, MATERIA DEL INCIDENTE DE. No es verdad que a virtud del incidente de libertad por desvanecimiento de datos promovido por el quejoso deba hacerse un nuevo examen de todas las constancias procesales a fin de determinar si existen indicios suficientes que demuestren el cuerpo del delito y hagan probable su responsabilidad en la comisión del mismo, como si se tratara de resolver su situación jurídica en términos de artículo 19 constitucional, puesto que dicho incidente sólo obliga a determinar si las pruebas allegadas con posterioridad al auto de formal prisión anulan o destruyen de manera directa y plena las que sirvieron para decretar la prisión preventiva, y así se desprende de lo dispuesto en el artículo 347 del Código de Procedimientos Penales y lo señala la tesis de jurisprudencia de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación que bajo el número 80 y rubro "LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS" es consultable en la página ciento veintiuno de la Novena Parte de la compilación oficial publicada en mil novecientos ochenta y cinco.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEPTIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 91/85. Juan Ruiz Luna. 9 de enero de 1986. Ponente: Antonio Uribe García. Secretaria: Josefina del Carmen Mora Dorantes.

Nota: En el Informe de 1986, la tesis aparece bajo el rubro "LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS.".

Tipo de documento: Tesis aislada

Séptima época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS, NO COMPRENDE EL EXAMEN SOBRE LA LEGALIDAD DEL AUTO DE FORMAL PRISION EL. El incidente de libertad por desvanecimiento de datos no entraña examen sobre la legalidad del auto de formal prisión en sí mismo y, por ende, no son materia de análisis en el propio incidente los requisitos de fondo y forma que debe satisfacer aquel proveído, pues dicho procedimiento no tiene otra finalidad que establecer si nuevos datos constituyen prueba plena indubitable capaz de desvanecer los que sirvieron como fundamento de aquella resolución. Verificar si estos últimos son suficientes para tener por acreditado el cuerpo del delito o delitos a que se contrae el auto y la probable responsabilidad del inculpado, así como estudiar si ha sido correctamente clasificada la conducta y exactamente aplicada la ley, son cuestiones propias de la apelación, como recurso ordinario, o del juicio de amparo, cuando sea ésta la vía elegida por el interesado.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 106/76. Margarito Montijo García. 31 de agosto de 1976. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Manuel Franco.

Desde el punto de vista jurisprudencial, debemos de subrayar, cómo en el incidente, pues básicamente nunca hay que observar situaciones de legalidad en el procedimiento, sino básicamente el desvanecimiento es específico, de hecho es exacto.

Solamente lo que se va a ver en el desvanecimiento es eso, el desvanecimiento de datos que sirvieron ya sea para considerar el cuerpo del delito o bien para considerar la presunta responsabilidad.

Puede solicitarlo el procesado, el defensor y el Ministerio Público ante el Juez instructor de la causa (artículos 548 y 550 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.)

La sustanciación del incidente, implica la petición de quienes pueden promoverlo, la que, una vez presentada, dará lugar a la formación del expediente respectivo y procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 548 del Código de Procedimiento Penales para el Distrito Federal

Pero no se tramita más que eso de hecho como hemos dicho, el trámite básicamente va en relación a un incidente que se abre, y a una resolución interlocutoria que se lleva a cabo debido al incidente.

3.8 Efecto jurídico del incidente de libertad por desvanecimiento de datos.

Uno de los primeros efectos, será que en la interlocutoria, establezca una fórmula por medio de la cual, se decrete la libertad con las reservas de ley.

Esto quiere decir que si se decreta la libertad por desvanecimiento de datos, esto no lo constituye un obstáculo para que si con posteridad aparecen nuevos datos que acredite el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, se pueda librar una nueva orden de aprehensión.

Cuatro de las circunstancias que resultan del desvanecimiento, es la que el autor Arilla Bas nos comenta diciendo: “Los efectos de la libertad por desvanecimiento de datos varía según los códigos, ya que en el ámbito común, se dispone que cuando se han desvanecido los datos que sirvieron para la presunta responsabilidad, dicha libertad tendrá los mismos efectos que la libertad por falta de méritos. Y en sentido contrario, hay que entender que en el supuesto de la fracción primera del artículo 547 del Código de Procedimientos

Penales para el Distrito Federal, o sea cuando sean desvanecidos los datos que sirvieron para comprobar el cuerpo del delito, la libertad será definitiva y causara autoridad de cosa juzgada; en la Codificación Federal, se dispone que la resolución que concede la libertad tendrá los mismos efectos que el auto de libertad por falta de elementos para procesar”^{cf}.

Los efectos que tiene el incidente de libertad por desvanecimiento de datos en caso de ser concedida, es el mismo que el de la libertad por falta de elementos para procesar, cuando menos para lograr la libertad del procesado.

Los maestros Barragán Salvatierra y Colín Sánchez coinciden y dicen: “si se concede la libertad, la sentencia que resuelva el recurso confirmando la resolución apelada, producirá los mismos efecto del auto de libertad por falta de elementos para continuar el proceso, quedando expedita la acción del Ministerio Público para pedir de nuevo la aprehensión o comparecencia del inculpado, si aparecieren nuevos datos que lo ameriten, así como nueva formal prisión o sujeción del mismo”¹⁷

Artículo 551 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que a la letra dice:

Artículo 551. En el caso de la fracción II del artículo 547 de este código la resolución que conceda la libertad tendrá los mismos efectos del auto de libertad por falta de elementos, quedando expedita la acción del Ministerio Público para pedir de nuevo la aprehensión o comparecencia del inculpado, si aparecieren nuevos datos que lo ameriten, así como nueva formal prisión o sujeción a proceso.

^{cf} ARILLA BAS, Fernando. “El Procedimiento Penal en México”, 20ª edición, editotial Porrúa, México, 2001

¹⁷ COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. Ob. Cit. P. 694.

En el caso de la fracción I del artículo 547 de este Código, la resolución que concede la libertad, tendrá efectos definitivos y se sobreseerá el proceso.

Es aquí cuando se deja el estado de la cosas con reservas de ley, ya que no operan al principio cosa juzgada.

Esto en virtud de que la situación no fue juzgada, sino que se desvanece exclusivamente el dato.

Se requiere necesariamente una prueba de tal naturaleza, que destruya las pruebas que sirvieron para construir, ya sea el cuerpo del delito o la presunta responsabilidad.

Así, cuando sobreviene la resolución, el efecto principal es dejar en libertad a el procesado.

Pero, vamos a observar que en el fuero común, son circunstancias diversas, las que de alguna manera van a afectar la situación del estatus del procesado, en este caso liberado.

Por un lado, dejan al sujeto en virtud de que va a causar los efectos de una libertad por falta de elementos para procesar, que se dará con reservas de ley, que hemos comentado, y si se afecta el cuerpo del delito, se dice entonces, que se afectara en este momento la resolución, que tendrá el efecto de generar la cosa juzgada.

Estas circunstancias, son definitivamente trascendentales, y necesariamente tienen que estar consideradas, desde el ángulo de la posibilidad de defensa, para que, llegado el momento, se pudiera volver a presentar la defensa cuando se repite la acción penal en contra de una persona a la que se

le a desvanecido el dato en virtud de nexo causal y la presunta responsabilidad del sujeto.

En el caso de la Fracción segunda del artículo 547 del Código en cita que a letra dice:

Artículo 547. En consecuencia, la libertad por desvanecimiento de datos procede en los siguientes casos:

- I. Cuando en el curso del proceso se hayan desvanecido, por prueba plena, las que sirvieron para comprobar el cuerpo del delito; y*
- II. Cuando, sin que aparezcan datos posteriores de responsabilidad, se hayan desvanecido, por prueba plena, los señalados en el auto de formal prisión o sujeción a proceso, para tener, al procesado como probable responsable.*

La resolución que concede la libertad tendrá los mismos efectos del auto libertad por falta de elementos, quedando expedita la acción del Ministerio Público para pedir de nuevo la aprehensión o comparecencia del inculpado, si aparecieran nuevos datos que lo ameriten, así como nueva formal prisión o sujeción a proceso.

En el caso de la Fracción primera del artículo 547 de este código, la resolución que concede la libertad, tendrá efectos definitivos y se sobreseerá el proceso.

Como consecuencia de lo anterior, una cosa es que se desvanezca el nexo de causalidad que liga la conducta con el resultado, y otra cosa es que se desaparezca o se desvanezcan las pruebas que sirvieron para acreditar el cuerpo del delito.

Los efectos de la resolución que determina sobre la procedencia del incidente de libertad por desvanecimiento de datos son los siguientes: materiales, suspensivos, inmediatos o definitivos.

El efecto material es la obtención de la libertad, en el momento mismo de la resolución en sentido favorable; debiendo entregar el juzgado a aquel, su boleta de libertad en la que contenga el resultado de la substanciación del incidente en cuestión.

El efecto suspensivo lo encontramos regulado en la fracción II del artículo 547 del ordenamiento penal adjetivo, el cual prescribe que procederá el incidente de libertad, cuando hayan quedado desvanecidos los datos que sirvieron para acreditar en su momento procesal oportuno, la presunta responsabilidad del acusado.

Le llamo efecto suspensivo por que la libertad del procesado queda inmersa en una reserva (de derecho, no de hecho), y sujeta a que si con posterioridad se allegan nuevos elementos o datos al proceso, que hicieran nuevamente presumir que el reo liberado es probablemente culpable, se ordenara su reaprehensión para dar paso a un nuevo proceso en su contra.

El efecto inmediato o definitivo del incidente de libertad por desvanecimiento de datos, es cuando el incidente procede y se declaran insubsistentes las pruebas que fundamentaron la formal prisión del acusado, lo anterior en razón de que hasta ese momento estaba comprobado el cuerpo del delito quedando desvanecidos los datos que sirvieron para acreditar en su momento procesal oportuno la presunta responsabilidad del acusado.

Por ultimo: "Cuando el instructor niega la libertad, el procesado tendrá derecho a impugnar la resolución y si la sentencia confirma, el proceso se

continuará en todos sus trámites. En caso de que el superior revoque, el efecto será de auto de libertad por falta de elementos para procesar.

En caso de que surjan pruebas plenas la resolución que contenga la libertad tendrá efectos definitivos y se sobreseerá el proceso.

Contra la resolución dictada en este incidente, conforme al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, procede el recurso de la apelación, el que se admitirá en ambos efectos o efecto suspensivo¹⁸ (art. 549 de la ley en comento)

3.8.1 Efecto social del incidente de libertad por desvanecimiento de datos.

Dentro de este contexto debo insistir que el derecho a la justicia es aquella posibilidad de recurrir a los tribunales u organismos del estado a cargo de esta, es decir, entendida como un valor social, la justicia como parte significativa del derecho, es la posibilidad de lograrla de manera real y no solo formal .

Lo anterior se traduce al derecho que tiene toda sociedad para tener acceso a la jurisdicción estatal y la obligación que existe en el estado para instituir la administración pública, siendo esta libre de obstáculos.

Pudiendo así establecer que una ineficaz estructura o sistema de justicia penal, tiene relación directa con el medio social, toda vez que al no cumplir cabalmente con sus objetivos, ocasiona que el núcleo social resienta directamente los efectos de un inadecuado sistema jurídico integral en materia penal, ya que como es sabido tanto en las detenciones, procesos y ejecución de

¹⁸ BARRAGÁN SALVATIERRA, Guillermo. Ob. Cit. P. 535.

las condenas, como se dice coloquialmente, no son todos los que estan, ni estan todos los que son.

Los efectos sociales se resienten en varios niveles así, representan una carga para todos aquellos que mediante el pago de sus impuestos, de alguna u otra manera, contribuyen al mantenimiento del sistema punitivo, sin que este le retribuya al grupo social la certeza y cumplimiento de sus fines.

Por ello reafirmamos lo anteriormente dicho, en el sentido que no basta la declaración doctrinaria o el llamado de atención de los estudiosos de la ciencia del Derecho aun la reforma a las disposiciones normativas, si todos estos esfuerzos no se ven reflejados en la practica, por profesionales altamente calificados, que tengan verdadera vocación de servicio y de servir a la sociedad, velando en todo momento por el cabal cumplimiento de la legalidad.

CAPÍTULO 4

LA EFICACIA JURÍDICO PROCESAL DEL DESVANECIMIENTO DE DATOS.

Al llegar al capítulo cuarto y último, es conveniente puntualizar lo que hasta este momento se ha estudiado.

En principio, en el presente trabajo de investigación me referí a la evolución histórica del Procedimiento Penal en México, en el capítulo II se tocó el tema de las etapas del procedimiento penal, considerándolo desde una idea generalizada y de manera particular respecto del Distrito Federal.

En el capítulo III, conocimos sus antecedentes, distintos conceptos observamos la naturaleza directa, su tramitación y efectos del incidente de libertad por desvanecimiento de datos.

Ahora toca a este IV y último capítulo, el momento de hacer propuestas directas, para especificar con mayor precisión, la circunstancia básica a través de la cual se lleva a cabo este incidente de desvanecimiento de datos.

Habiendo observado, que debe ser preciso y conciso, que casi debe de ser exacto, y que de alguna manera, debe necesariamente completarse al desvanecer el dato.

Por ejemplo: Si alguna testimonial sirvió para acreditar el cuerpo del delito, y posteriormente esta persona aparece y dice que declaró falsamente, o bien que la persona confiese que las cosas no fueron como dijo. De esta manera se desvanece el dato por su propia naturaleza.

En el anterior ejemplo a la testigo se le tacha de falsa, siendo circunstancia de valorización de la prueba, que el Juez debe de hacer hasta el momento de dictar su sentencia.

Pero no está obligado a hacerlo por desvanecimiento de datos, sino hasta la sentencia principal.

De ahí, que es importante, el llevar a cabo las consideraciones siguientes, con el fin de lograr una mayor y mejor posibilidad de eficacia jurídica del incidente de desvanecimiento de datos.

4.1 El concepto de eficacia.

Para poder aplicar la eficacia, necesariamente hay que abocarnos a circunstancias de razón filosófica; lo anterior, en virtud de que las normas son eficientes en cuanto a su ordenamiento gramatical y el bien jurídico que tratan de proteger, son eficaces, ya en el momento en que llevan a cabo su aplicación.

De ahí, que estos términos básicamente responden a la configuración tanto de tipo gramatical de la norma como de tipo operativo.

Para poder comprender esta circunstancia, cito las palabras del autor Rafael Preciado Hernández, quien en su momento dice lo siguiente: “¿Porqué se dice que las normas son esencialmente violables? Porque cuando tal cosa se afirma, no se atiende a la relación de necesidad moral que expresa la norma, sino la relación que podemos llamar de eficacia, a la relación entre la norma y el sujeto destinatario de la misma. Así, sin incurrir en contradicción, podemos sostener que las normas son inviolables en cuanto rigen las consecuencias de

los actos humanos; y son violables esencialmente, por parte del hombre, cuando se refieren a la observancia de la conducta prescrita en ellas. La primera es una relación intrínseca, puesto que establece la adecuación de un medio a un fin, la exigencia de que el acto se realice por ser ordenado al bien racional -en esto consiste la validez-; mientras que la segunda es una relación extrínseca, dado que considera a la norma, ya no a los términos que vincula la necesidad moral, sino en cuanto a aquella que se dirige al hombre exigiéndole su observancia en este caso, se trata de su eficacia.”¹

La eficacia jurídica de la norma, se refiere básicamente a su aplicatoriedad.

Consideramos, que tal y como está redactado la segunda sección del Capítulo I del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, principalmente a partir del artículo 546, no permite completamente lograr esa eficacia que se busca, en virtud de que la naturaleza del desvanecimiento como hemos visto, responde a situaciones mucho más especiales que las que el propio código examina.

Por tal motivo, es de considerarse, la posibilidad de una reforma para que, se especifique más que nada, respecto el desvanecimiento del datos.

4.2 La naturaleza de la prueba indubitable.

Esto en virtud de que en ningún momento, se hace una definición de lo que desde el punto de vista procesal se va a entender o en qué consiste, y qué es el desvanecimiento de datos.

¹ PRECIADO JIMÉNEZ, Rafael. Ob. Cit. P. 76.

Por lo que el principio general, es que en cualquier momento del proceso cuando aparezcan que se han desvanecido los fundamentos que han servido para ejecutar la formal prisión o sujeción a proceso, podrá decretarse la libertad del procesado, por el Juez a petición de parte y con audiencia necesariamente del Agente del Ministerio Público.

Así tenemos que la libertad por desvanecimiento, procede cuando se han desvanecido con prueba plena los datos que sirvieron para acreditar el cuerpo del delito; o bien para establecer la probable responsabilidad.

Cuando en la opinión del Ministerio Público se han desvanecido los datos que sirvieron para evitar el auto de formal prisión o sujeción a proceso, no podrá expresar opinión en audiencia, sin previa autorización del Procurador, quien deberá de resolver dentro de los cinco días de formulada la consulta. Si no resuelve en este plazo, el Ministerio Público expresará libremente su opinión.

Pero en ningún momento, se establece en sentido alguno en qué debe de consistir el desvanecimiento de datos.

Tal vez en este momento, pudiésemos citar como sustento de nuestra circunstancia hipotética, la aplicación exacta en el procedimiento legal.

Esto es, que derivado de todo lo que es el procedimiento penal, hemos de observar que la seguridad jurídica debe de ofrecer, como garantía individual, una aplicación exacta de la Ley.

Esto nos lleva a volver a citar el Párrafo III del artículo 14 Constitucional, que dice a la letra:

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

De estas circunstancias, nos hablan los autores Emilio Rabasa y Gloria Caballero, diciendo lo siguiente: “En los juicios de orden criminal, sólo podrán ponerse una pena si el acto del hecho del que se juzga ésta claramente previsto por la ley, o sea, si es exactamente igual a la conducta que la ley describe, en cuyo caso la pena en que se castigue el infractor puede ser la que fija la propia ley. En consecuencia está prohibido en estos juicios aplicar una ley que contenga un caso parecido, similar o más grave, pero que no sea idéntico al que se trata de juzgar. Es decir, esta prohibido aplicar la ley penal por analogía o mayoría de razón de razón.”²

Conforme a lo dicho por los autores citados, pues evidentemente que esa exactitud en la aplicación del derecho penal, se va a extender a todas y cada una de las fases a través de las cuales, se intenta fijar una resolución procedimental derivado de una investigación de un delito.

Como consecuencia de ello, podemos considerar que si como dicen los autores y como dice el III Párrafo del artículo 14 Constitucional hay una aplicación exacta de la ley, especialmente de una ley preventiva o tipo lógica, en sentido contrario, para poder desaplicar dicha ley, se requiere todavía una mayor exactitud.

² RABASA, Emilio y CABALLERO Gloria. " Mexicano esta es tu Constitución", 15ª edición, editorial Porrúa, México, 2001 P. 68.

Con esto queremos decir, que el desvanecimiento de datos, hace que el inculpado, pueda lograr su libertad en virtud de que no hay un sustento probatorio del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, que lo inculpe directamente, y por esta razón, consideramos que debe de existir una mayor exactitud en lo que es el concepto, contenido y definición del desvanecimiento de datos por los efectos de libertad que produce.

Como consecuencia de esto, es evidentemente que la prueba debe ser plena significando que ha sido examinada y valorada de acuerdo a las exigencias legales y no debe requerir el carácter de indubitable como anteriormente se señalaba.

Así tenemos como desde el punto de vista generalizado, si analizamos la característica de la naturaleza de la prueba indubitable, veremos que Javier Piña y Palacios, manifiesta: “para ser indubitable la prueba plena, requiere que el juez le otorgue ese valor y, por otra parte, que se satisfagan las exigencias que la propia ley señala para tener valor pleno cuando a juicio del juez, existe duda, respecto a si con la prueba se demuestra el hecho, esto equivale a que: “aun cuando reúnan los requisitos que la ley determina para ser plena, es dudoso su valor probatorio para el juez, y por lo mismo esta facultado para rechazarla. Esto, en mi concepto, equivale al establecimiento del arbitrio judicial para valorar la prueba por sobre el valor probatorio que la ley le dé respecto a si se han desvanecido los datos que sirvieron para fundar la formal prisión”³

A nuestro juicio, es evidente que si la prueba es plena ya no requiere el carácter de indubitable.

Consecuentemente de lo anterior, surge la necesidad de una reforma al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, propuesta que más adelante se hace.

³ COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. Ob. Cit. P. 692.

4.3.- El ofendido y su indispensable intervención en el incidente.

Si bien es verdad, el Agente del Ministerio Público no debe dejar de presentarse a la diligencia del incidente del desvanecimiento de datos, también lo es, que en ninguno de los artículos establecidos en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se habla de la necesaria intervención del ofendido, siendo desde mi punto de vista necesaria pues, va a sufrir las inclemencias del desvanecimiento.

De hecho, la carga de la prueba, la va a tener el Agente del Ministerio Público, quien debe probar que cometió el delito que se le imputa, razón por la cual, necesariamente se debe de atender a lo que sería la oposición de dicha institución, pero siempre, con la intervención del ofendido, para que de esta manera, se establezca un sistema a través del cual, se le respete su derecho a audiencia del ofendido, y pueda lograr coadyuvar.

De ahí, que como consecuencia inmediata, hemos de considerar que la naturaleza de la prueba que deba de presentarse en el incidente, desvanezca completamente los datos establecidos que han servido para motivar la formal prisión.

Siendo lo anterior uno de los objetivos directos de la prueba.

Como consecuencia, los hechos deben de dejar una demostración tan contundente que no haya lugar a dudas de que las prueba que sirven para fundamentar el auto de formal prisión, han procedido a desvanecerse.

En la práctica es muy común que defensores, aporten testimonios encaminados a tratar de desvanecer la presunta responsabilidad de su cliente, al tratar de pretender hacer creer que el procesado nunca estuvo en el lugar de los hechos, razón por la que no pudo formar parte de ellos, bajo tal circunstancia, este incidente difícilmente llega a prosperar.

4.4.- La necesidad de una mayor reglamentación.

Estamos en el último inciso de nuestro trabajo de tesis, en donde deberemos de elevar una propuesta sistemática y valedera, para lograr una mayor seguridad jurídica de tipo procesal, a través de la cual el desvanecimiento de datos pueda enriquecerse y con esto, tratar de superar las diversas circunstancias a través de las cuales se generan las posibilidades del reconocimiento de una cierta inocencia.

Por estas razones, es preciso subrayar, que si los datos se desvanecen, pues entonces, estaremos frente a una circunstancia de posible inocencia.

Pero, no se evidencia plenamente dicha inocencia, sino más que nada es que el dato se desvanece.

Dicho de otra manera que el juez, no entra al análisis del fondo del asunto sino que básicamente lo que se trata en el desvanecimiento, es la manera en que desaparece el efecto de la prueba.

Ahora bien, debemos de subrayar, que la prueba está dirigida a un objetivo en concreto, de tal manera, que para efecto de concluir quisiéramos citar las palabras del autor Marco Antonio Díaz de León, quien al hablarnos del objetivo de la prueba dice:

“El objetivo de la prueba es uno de los más relevantes de la teoría de la prueba, en tanto equivale a la materia prima en alrededor de la cual gira en su conjunto el procedimiento probatorio, ya civil, penal o de cualquiera otras índoles, dado que todo lo relativo a los medios, a la carga, al ofrecimiento, al desahogo o a la valoración de las pruebas, por ejemplo, encuentran su basamento en los hechos, circunstancias, elementos o afirmaciones que se tengan que demostrar en juicio.

El proceso no surge únicamente del litigio o conflicto personal de los protagonistas del delito, sino, a partir de una relación de derecho criminal que se da entre el Estado y el infractor de la ley penal, la cual tiende a resolver el proceso de ello resulta que los hechos controvertidos no constituyen el objeto de la prueba, sino que éste al mismo tiempo conforma con el de la citada relación del derecho penal, lo que equivale a decir que además entraña las substancias que anima al proceso.”⁴

Sin duda alguna, y como lo dice el autor citado la animación del proceso es la prueba.

El hecho de tomar y tratar de demostrar en el presente hechos pasados, hace que el litigante deba de ocupar diversos medios probatorios a través de los cuales logre cierta convicción ante el juez.

Evidentemente, que debe de existir una simetría entre la acción desde el punto de vista civil y lo que se va a probar para llenar los presupuestos de la acción.

⁴ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Ob. Cit. P. 332.

Por el otro lado, desde el punto de vista penal todos y cada uno de los elementos probatorios deben de integrar un elemento del tipo.

De lo contrario, podría darse la atipicidad, porque le falta un elemento para que el tipo quede completo y el Juez tendría que absolver en sentencia por falta de demostración del delito que se le imputa.

Pero esta es una circunstancia que el Juez ve en el procedimiento principal.

Nos estamos refiriendo en este caso a un incidente, a un procedimiento que va en forma accesoria y que además, no tiene otro objetivo más que destruir o deshacer los efectos ya otorgados a un instrumento tan trascendental como es el auto de formal prisión.

El diccionario de la lengua castellana, entiende por desvanecer, al hecho de desmayarse, perder el conocimiento, la disipación, la desaparición.

El desaparecer sus efectos podría ser la palabra correcta que debamos de usar para decir en nuestra propuesta una reglamentación más exacta como lo establece el III párrafo del artículo 14 Constitucional de lo que sería el incidente.

Así tenemos que disipar, consiste: en poder desintegrar, separar y desaparecer a un órgano debidamente creado.

El diccionario de la lengua española, cuando establece el concepto de disipación, habla de un despilfarro de gasto completo, o una dilapidación de bienes.

Sin lugar a dudas, el disipar por desvanecimiento, consistirá más que nada en la desaparición de los efectos.

4.5 Propuestas de reformas

En la actualidad el conjunto de disposiciones que integran nuestro sistema punitivo se encuentra en crisis, al contar con leyes penales más represivas que preventivas, instalaciones penales inapropiadas, etc.

Por lo anterior es que las reformas son urgentes, toda vez que no se debe continuar con Códigos Penales que únicamente tengan como respuesta casi exclusiva a la criminalidad la prisión y el aumento a las sanciones

La solución a esta crisis debe ser urgente, toda vez, que en la actualidad no sólo el criminal habitual o el peligroso antisocial van a prisión, sino también ocasionalmente el imprudencial o incluso el inocente, de lo que resulta que, muy frecuentemente por la lentitud del proceso penal, es dictada la sentencia respectiva a el inculpado imprudencial u ocasional por delito de menor gravedad, cuando han permanecido en prisión mas tiempo del que correspondía, constituyendo tales supuestos una violación a los mas elementales derechos reconocidos en nuestras leyes.

En consonancia con los argumentos que hemos expuesto a lo largo del desarrollo del presente trabajo de investigación a continuación hablaremos de realizar las propuestas de reforma que considero, son necesarias para que en el marco de la regulación normativa, en materia de libertad por desvanecimiento de datos, se actualice a la realidad, con la intención de que se pueda lograr un sistema jurídico más eficiente.

Definitivamente el concepto más trascendental, para poder entender el incidente de desvanecimiento de datos, es el definir que es él, desvanecimiento, siendo necesario definirlo dentro de la ley en comento.

Razón por la cual, uno de los primeros conceptos que necesitamos saber, y que debiera convertirse en el artículo 546 bis párrafo primero del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, a juicio del tesista sería el siguiente:

“Se entiende por desvanecer los datos, el de disipar o desaparecer los efectos de los datos o pruebas que han servido de sustento para dictar la existencia de un cuerpo del delito o bien los que han servido para establecer el nexo de causalidad que liga la conducta con el resultado y surge de esta manera la presunción de responsabilidad.”

Necesariamente en principio debemos poner una definición de lo que el desvanecimiento y su efecto.

Ahora, es necesario esclarecer completamente el hecho de que lo único, que se va a determinar si las pruebas allegadas con posterioridad al auto de formal prisión anulan o destruyen de manera directa y plena las que sirvieron para decretar la prisión preventiva.

Razón por la cual el segundo párrafo del artículo 546 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que estamos proponiendo, podría decir de la siguiente manera:

“El incidente respectivo tiene como objeto principal y único, el presentar pruebas o cualquier otra circunstancia a través de la cual, se produzca el desvanecimiento de datos y de los fundamentos que han servido para motivar la prisión exclusivamente; no se deben de presentar pruebas que favorezcan más o menos al inculpado, toda vez que estas se ventilan en el juicio principal.”

Con esta parte de nuestra propuesta, ligamos lo que sería una definición y luego una especificación del incidente directamente relacionado con lo que es el caso del desvanecimiento.

Por lo consiguiente, la prueba nada más debe de estar íntimamente relacionada con las pruebas que de alguna manera sirvieron para fundamentar el auto de término Constitucional.

No se deben admitir supervenientes que no desvanezcan contundentemente los fundamentos que motivaron la prisión, porque se trata de un desvanecimiento de datos, no es otra circunstancia más que desvanecer el dato.

De ahí que el tercer párrafo de la propuesta que estamos elaborando, y que podría ser el artículo 546 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, podría decir lo siguiente:

“No son admisibles pruebas supervenientes que no estén relacionadas con las pruebas que fundamentaron el cuerpo del delito o la probable responsabilidad del inculpado; solo se admitirá la probanza que directamente desaparezca la naturaleza fundatoria de las pruebas que sirven de fundamento y motivación de la prisión.”

Tenemos con esto nuestro tercer párrafo; de tal manera que es necesario aclarar también, que el desvanecimiento de datos no está ligado al principio de legalidad, que establece que la autoridad solo puede hacer lo que la ley le autoriza.

Esto es, que la autoridad funda y motiva continuamente toda su actitud, el incidente de libertad por desvanecimiento de datos no entrañe en ningún

momento el examen sobre la legalidad del auto de formal prisión puesto que esto es valedero en apelación o bien por la vía de amparo.

Razón por la cual, hemos de considerar el cuarto párrafo de nuestra propuesta que diga:

“Tampoco se admitirá el examen sobre la legalidad del auto de formal prisión, lo que se rechazaran de plano.”

Por otro lado, es importante, que se establezca que no puede dejar de asistir el Agente del Ministerio Público, y que se establezca que el ofendido no puede dejar de asistir a estas diligencias, y por lo tanto el quinto párrafo podría decir lo siguiente:

“Al igual que la Agente del Ministerio Público, se debe de citar al ofendido, el cual no puede dejar de asistir a esta diligencia”.

Con esto, consideramos que aclaramos en algo lo que sería el desvanecimiento, cuáles son sus bases principales, sus sustentos y hacia que puntos debe de atacar.

En cuanto a la libertad por desvanecimiento de datos, consideramos que la reforma sugerida al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en vigor, es la siguiente

“Artículo 546 Bis. Se entiende por desvanecer los datos, el de disipar o desaparecer los efectos de los datos o pruebas que han servido de sustento para dictar la existencia de un cuerpo del delito o bien los que han servido para establecer el nexo de causalidad que liga la conducta con el resultado y surge de esta manera la presunción de responsabilidad

El incidente respectivo tiene como objeto principal y único, el presentar pruebas o cualquier otra circunstancia a través de la cual, se produzca el desvanecimiento de datos y de los fundamentos que han servido para motivar la prisión exclusivamente; no se deben de presentar pruebas que favorezcan más o menos al inculpado, toda vez que estas se ventilan en el juicio principal

No son admisible pruebas nuevas supervenientes que no estén relacionadas con las pruebas que fundamentaron el cuerpo del delito o la probable responsabilidad del inculpado; solo se admitirá la probanza que directamente desaparezca la naturaleza fundatoria de las pruebas que sirven de fundamento y motivación de la prisión o procedimiento

Tampoco se admitirán el examen sobre la legalidad del auto de formal prisión, las que se rechazaran de plano.

Al igual que la Agente del Ministerio Público, se debe de citar al ofendido, el cual no puede dejar de asistir a esta diligencia”.

La propuesta sugerida, es precisamente el de la literalidad del propio precepto normativo, dado que si se han desvanecido fundadamente los elementos que motivaron a la autoridad jurisdiccional, para decretar al inculpado la formal prisión o en su caso la sujeción a proceso, carece de razón además que es violatorio de garantías, el hecho que el inculpado permanezca privado de su libertad o sujeto a proceso, cuando se acreditó que los datos, han quedado extinguidos por unos que lo exculpan de los hechos imputados.

A mayor abundamiento, debemos de tener presente que cuando exponemos que es obligación legal del juzgador, ordenar la libertad del inculpado por haberse desvanecido los datos, lo hacemos en la inteligencia que en virtud del formalismo que se exige en las actuaciones procesales en nuestro

sistema normativo es inverosímil que el juzgador (considerado como perito en la ciencia del Derecho) tenga que esperar a que se solicite por el inculpado el derecho a su libertad cuando la propia autoridad jurisdiccional puede valorar y determinar el desvanecimiento de datos, más aún si tomamos en cuenta la premisa de que nadie es culpable hasta que no se lo demuestren. Y con mayor razón, por las exigencias contenidas en los artículos 547 y subsecuentes del Código de Procedimientos Penales en vigor.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Concluyo que la pena que se impone a los sujetos del delito, se debe entender como la retribución y castigo de la sociedad, por conducto de los órganos del Estado destinados al efecto, que se constituye por virtud de un proceso penal y se contiene en una sentencia ejecutoriada, en contra de una o más personas que infringieron la norma legal, con la intención de preservar al Estado Mexicano, quien es garante principal en la unificación y cumplimiento del Orden Jurídico, y por lo mismo es el garante en la función punitiva, por lo que tiene la obligación de imponer el desarrollo social, de actualizar y homogeneizar permanentemente el sistema normativo, con la intención de sancionar con eficacia e idoneidad, a los miembros de la sociedad y sus especiales formas de conducta.

SEGUNDA. Considero respecto al Procedimiento Penal, concluir en sentido estricto, que el mismo representa el conjunto de etapas, que como un todo deben ser puestas en práctica para constituir técnicamente los extremos necesarios a los que hace referencia la norma procesal, que se conocen en su género como Proceso Penal Mexicano.

TERCERA. Considero al incidente como el acontecimiento extraordinario del Proceso Penal, pero con innegable vinculación al mismo y que, por lo mismo, debe ser resuelto en forma inmediata, en razón de que debe influir notablemente en la decisión de fondo del asunto.

CUARTA. Los incidentes por su propia naturaleza interrumpen. Alteran, modifican, y unas veces suspenden y otras no, el ritmo lógico del Procedimiento Penal.

QUINTA. Los incidentes para su resolución requieren de una sentencia interlocutoria, por excepción, la resolución del incidente para resolver el daño exigible a terceras personas, se dará en la sentencia definitiva.

SEXTA. El incidente de libertad por desvanecimiento de datos, concluyo que es de naturaleza *sui generis*, misma que origina y justifica su tramitación, toda vez que el juzgador podrá aplicar la Ley Penal al caso concreto.

SEPTIMA. El incidente de libertad por desvanecimiento de datos, tiene por objeto valorar las aportaciones y/o pruebas que se agregan al proceso y decidir respecto de que si éstas, desvirtúan, destruyen o desvanecen los datos o pruebas, que sirvieron para fundar el auto de formal prisión.

OCTAVO. Es necesario concluir, que en un procedimiento penal el procesado para poder obtener la libertad por desvanecimiento de datos, es necesario sustanciar dicha libertad a través del incidente motivo de la tesis, contrariamente a la libertad bajo caución, cuyo requisito no exige la substanciación de incidente alguno.

No obstante la resolución del incidente de libertad por desvanecimiento de datos, adquiere el carácter de sentencia interlocutoria, en contraposición, a la libertad bajo caución la cual adquiere el carácter de auto, a más de que para la concesión de esta última se requiere una garantía económica.

NOVENA. La libertad por desvanecimiento de datos se promueve como incidente por las partes, formulándose la petición por el interesado, el Juez citara

a una audiencia dentro del término de cinco días. En esta audiencia se oirá a las partes, y se dictara la resolución luego de la audiencia dentro del término de 72 horas.

DÉCIMA. los Tribunales Colegiados de Circuito en Materia Penal, con criterio unánime y acorde al de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, afirman que la consecuencia del incidente de libertad por desvanecimiento de datos, es la libertad del procesado, cuando se declaran insubsistentes los datos o pruebas que sirvieron al juzgador para considerarlo probable responsable de la comisión del delito por el que fue consignado; debiendo ser plena e indubitable la destrucción de dichas pruebas.

DÉCIMA PRIMERA. Los efectos que resultan de la tramitación del incidente que se estudia, deben en mi concepto, resumirse en tres: materiales, suspensivos y definitivos o inmediatos, siendo los primeros, la inmediata libertad personal del procesado; los segundos, la libertad provisional del procesado; y los terceros la libertad definitiva y absoluta del procesado, por haberse desvanecido los datos que sirvieron en su momento para acreditar el cuerpo de delito y la probable responsabilidad del indiciado.

DÉCIMA SEGUNDA. Es necesario hacer efectivos los derechos consignados en la norma, y en los criterios de la doctrina moderna a favor de los inculcados, sentenciados, victimas u ofendidos, además de la actualización constante de de la norma, por vía de la reforma legislativa, siendo indispensable que todos los involucrados muestren mayor atención en la practica de los mecanismos que favorezcan a sus intereses legítimos.

DÉCIMA TERCERA. Para finalizar el estudio del presente trabajo de investigación, concluyo en proponer la creación de un nuevo artículo que a la letra dice:

“Artículo 546 Bis. Se entiende por desvanecer los datos, el de disipar o desaparecer los efectos de los datos o pruebas que han servido de sustento para dictar la existencia de un cuerpo del delito o bien los que han servido para establecer el nexo de causalidad que liga la conducta con el resultado y surge de esta manera la presunción de responsabilidad

El incidente respectivo tiene como objeto principal y único, el presentar pruebas o cualquier otra circunstancia a través de la cual, se produzca el desvanecimiento de datos y de los fundamentos que han servido para motivar la prisión exclusivamente; no se deben de presentar pruebas que favorezcan más o menos al inculpado, toda vez que estas se ventilan en el juicio principal

No son admisible pruebas nuevas supervenientes que no estén relacionadas con las pruebas que fundamentaron el cuerpo del delito o la probable responsabilidad del inculpado; solo se admitirá la probanza que directamente desaparezca la naturaleza fundatoria de las pruebas que sirven de fundamento y motivación de la prisión o procedimiento

Tampoco se admitirán el examen sobre la legalidad del auto de formal prisión, las que se rechazaran de plano.

Al igual que la Agente del Ministerio Público, se debe de citar al ofendido, el cual no puede dejar de asistir a esta diligencia”.

BIBLIOGRAFIA

1. ACERO, JULIO. El Procedimiento Penal en México, 3a edición, editorial Kajica, Kajica, Mexico, 2001.
2. ARILLA BAS, FERNANDO. El Procedimiento Penal en México, 15ª edición, editorial Kratos, México, 2003.
3. BARRAGÁN SALVATIERRA, CARLOS. Derecho Procesal Penal, 4ª edición, editorial Mc Graw-Hill, México, 2002.
4. BECERRA BAUTISTA, JOSÉ. El Proceso Civil en México, 17ª edición, editorial Porrúa, México, 2000.
5. BORGA OSORNIO, GUILLERMO. Derecho Procesal Penal, 3ª edición, editorial. Cajica Junior, México, 1999.
6. CARRANCA Y RIVAS, RAÚL. Derecho Penitenciario, Cárceles y Penas en México, 2ª edición, editorial Porrúa, México, 1981.
7. CARRANCÁ Y TRUJILLO, RAÚL. Derecho Penal Mexicano, 19ª edición, México, 2002.
8. CARRARA FRANCESCO, Derecho Penal Mexicano, 12ª edición, editorial Harlay, México, 1998.
9. CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 2ª edición, editorial Porrúa, México, 2001.
10. CASTRO, JUVENTINO. El Ministerio Público en México, 14ª edición, editorial Porrúa, México, 2001.
11. COLIN SANCHEZ, GUILLERMO. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales México, 18 edición, editorial. Porrúa, México, 2001
12. CUE CANOVAS, AGUSTÍN. Historia Social y Económica de México, 25ª edición, editorial Trillas, México, 1985.
13. DE LA CRUZ AGÜERO, LEOPOLDO. Procedimiento Penal Mexicano, 4ª edición, editorial Porrúa, México, 2000.

14. DÍAZ DE LEÓN, MARCO ANTONIO. La valoración de la prueba, editorial Porrúa, México, 2001.
15. DÍAZ DE LEÓN, MARCO ANTONIO. Tratado Sobre las Pruebas Penales, Tomo I-V 4ª edición, editorial Porrúa. México, 2001.
16. FRANCO SODI, CARLOS. El Procedimiento Penal Mexicano, 10ª edición, editorial Porrúa, México, 2001.
17. GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. "Los Derechos Humanos v el Proceso Penal" 3ª edición, editorial set ochentas, México, 2000.
18. GONZÁLEZ BLANCO, ALBERTO. El Procedimiento Penal Mexicano 6ª edición, editorial Porrúa, México, 2001.
19. GOMES LARA, CIPRIANO. Derecho Procesal Civil, 8ª edición, editorial Oxford, México, 2000.
20. HERNÁNDEZ LÓPEZ, AARÓN. El Proceso Penal Federal, 4ª edición, editorial Porrúa, México, 1996.
21. HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO. Programa de Derecho Procesal Penal, 7ª edición, editorial Porrúa, México, 2001.
22. JIMÉNEZ DE ASUA, LUIS. La Ley y el Delito, 18ª edición, editorial Buenos Aires, Argentina, 2000.
23. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS. Tratado de Derecho Penal, Tomo I-VII, 4ª edición, editorial Losada, Buenos Aires, 1963.
24. MANCILLA OVANDO, JORGE ALBERTO. Las Garantías Individuales v su aplicación en el Proceso Penal, 6ª edición, editorial Porrúa, México, 2002.
25. OJEDA VELÁSQUEZ, JORGE. Derecho de Ejecución de Penas, 4ª edición, editorial Porrúa, México, 2003.
26. ORELLANA WIARCO, OCTAVIO. Curso de Derecho Penal, editorial Porrúa, México, 1999.
27. OROZNOZ SANTANA, CARLOS. Manual de Procedimiento Penal, 4ª edición, editoriales, Grupo Noriega editores, México, 2002.
28. OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO. La Averiguación Previa, 13ª edición editorial Porrúa, México, 2004.
29. PALLARES, EDUARDO. Derecho Procesal Civil, 20ª edición, editorial Porrúa, México, 2000.

30. PEREZ PALMA, RAFAEL. Guía de Derecho Procesal Penal, 3ª edición, editorial Cárdenas, México 1991.
31. PIÑA Y PALACIOS, JAVIER. Derecho Procesal Penal, 5ª edición, editorial Ujos, México, 2000.
32. PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO, Apuntamientos de la parte General de Derecho Penal, 17ª edición, editorial Porrúa, México, 2000.
33. PRECIADO JIMÉNEZ, RAFAEL. Lecciones de Filosofía del Derecho, 21ª edición. editorial lus, México, 2003.
34. RABASA, EMILIO Y CABALLERO GLORIA. Mexicano esta es tu Constitución, 15ª edición, editorial. Porrúa, México, 2001.
35. RIVERA SILVA, MANUEL. El Procedimiento Penal, 26 edición, editorial Porrúa, México, 2000.
36. ROMERO TEQUEXTLE, GREGORIO. Cuerpo del delito o Elementos del tipo, 3ª edición, Ogs editores, 2000.
37. SOBERANES FERNÁNDEZ, JOSÉ LUIS. Historia del Derecho Mexicano, 9ª edición, editorial Porrúa, México, 2002.
38. VEGAS TORRES, JAIME. Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal, 2ª edición, Madrid, España, 2002.
39. VILLALOBOS, IGNACIO. Derecho Penal Mexicano, 5ª edición, editorial Porrúa, México, 1990.
40. ZAFFARONI ALAJIA SLOKAR. Derecho Penal Parte General, editorial Porrúa, México, 2001.
41. ZAMORA PIERCE, JESÚS Garantías y Proceso Penal, 13ª edición, editorial Porrúa, México, 2003.

LEGISLACIÓN

1. BARRADAS GARCÍA FRANCISCO Y GARCÍA DORANTES RAMÓN. Comentarios Prácticos al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, 2ª edición, editorial Sista, México, 2004.
2. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 2ª edición, Porrúa, México, 2003.
3. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MÉXICO, 2ª edición, Sista, México, 2003.
4. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE HIDALGO, 3ª edición, Porrúa, México, 2003.
5. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE MORELOS, 2ª edición, Porrúa, México, 2003.
6. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, Raúl Juárez Carro Editorial, México, 2003.
7. CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, Raúl Juárez Carro Editorial, México, 2003.
8. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MÉXICO, editorial Sista, México, 2003.
9. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MORELOS, Porrúa, México 2003
10. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE HIDALGO, 2ª edición" Porrúa, México 2003
11. GARCÍA RAMÍREZ SERGIO Y ADATO DE IBARRA VICTORIA, Prontuario del Proceso Penal Mexicano, 10ª edición, editorial Porrúa, México, 2000.
12. OBREGÓN HEREDIA, JORGE. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, 6ª edición, editorial Porrúa, México, 2001

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

1. COLEGIO DE PROFESORES DE DERECHO PROCESAL DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM. Diccionario de Derecho Procesal, 2ª edición, editorial Oxford, México, 2004.
2. DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho, editorial Porrúa, México, 1998.
3. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. T.IV. 10ª edición Dris-Kill, Argentina, 1997.¹
4. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Buenos Aires Argentina, edit. bibliográfica Argentina, s/f, t. XV,
5. ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA EUROPEO AMERICANA. Hijos de J. Espasa Editores, Barcelona, t. XXVIII. P.1181
6. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Diccionario Jurídico Mexicano T.D-H, 10ª edición, UNAM Porrúa, México, 2001.

DIRECCIONES ELECTRÓNICAS CONSULTADAS

1. www.iuridicasunam.com.mx
2. www.bibliojuridica.org/libros
3. www.scnj.gob.mx/ius