



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Facultad de Derecho

EL INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO  
DE DATOS EN EL PROCEDIMIENTO  
PENAL MEXICANO

T E S I S  
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A  
LINO FERNANDO ANAYA PASTRANA

México, D. F.

1984



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 está 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.

EL INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO  
DE DATOS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO

I N D I C E

	pág.
INTRODUCCION . . . . .	I
 <u>CAPITULO I</u>	
<u>EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO</u>	
1.- Fases del procedimiento penal . . . . .	2
2.- Averiguación previa, su funcionamiento y el ejercicio de la acción penal . . . . .	5
3.- Auto de radicación . . . . .	12
4.- Orden de aprehensión . . . . .	13
5.- Orden de comparecencia . . . . .	16
6.- Declaración preparatoria . . . . .	16
7.- Auto de formal prisión o de sujeción a proceso, ( término constitucional) . . . . .	19
8.- Auto de libertad por falta de elementos para procesar . . . . .	25
9.- Instrucción, praxis o desarrollo . . . . .	28
10.- Ofrecimiento de pruebas admitidas por la ley . . . . .	29
11.- Desahogo de pruebas . . . . .	32
12.- Juicio sumario . . . . .	43
13.- Juicio ordinario . . . . .	44
14.- Surgimiento del incidente de libertad por desvanecimiento de datos . . . . .	46

CAPITULO II

LOS INCIDENTES

pág.

1.- Concepto . . . . .	49
2.- Naturaleza . . . . .	51
3.- Antecedentes . . . . .	53
4.- Connotación jurídica . . . . .	54
5.- Incidentes que contempla nuestra legislación . . . .	56

CAPITULO III

EL INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS

1.- Concepto . . . . .	59
2.- Antecedentes . . . . .	62
3.- Procedencia dentro de la secuela procedimental . . .	64
4.- Procedimiento incidental . . . . .	65
5.- Jurisprudencia de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito en materia Penal . . . . .	74
6.- Efectos del incidente de libertad por desvanecimiento de datos . . . . .	78

<u>CONCLUSIONES</u> . . . . .	81
-------------------------------	----

<u>BIBLIOGRAFIA</u> . . . . .	84
-------------------------------	----

## I N T R O D U C C I O N

Todo estudio referente a la ciencia jurídica, desde el simple opúsculo hasta el tratado, deben traer aparejados, considero, el conocimiento suficiente sobre el tema de dicha obra, pero sobre todo, el amor y la pasión del autor hacia la ciencia jurídica que todos los que hemos escogido esta disciplina deberíamos sentir; esto quiere decir que el presente trabajo, es el producto, en primer lugar, de mi apasionamiento por el Derecho Penal, inculcado y aprendido en las aulas de nuestra Facultad y sobre todo, por la doctrina existente, base de mis conocimientos.

En un campo tan amplio como es el territorio de la ciencia jurídica, difícil resulta elegir una porción del mismo con el fin de elaborar una tesis determinada; he elegido el presente tema, preocupado más que nada, por el uso inadecuado de esta figura jurídica y por el abuso que de la misma han venido haciendo los abogados en la práctica forense.

Uso inadecuado y abuso del mismo, por parte de los litigantes, para obtener del procesado ciertos beneficios económicos; sin importarle si el incidente

está bien fundamentado, si es procedente o no y sin tener la -  
convicción plena de la inocencia de éste.

Estas afirmaciones las formulo  
pues en la práctica forense es muy común el fenómeno antes men-  
cionado y existe poca o nula preocupación por parte del postu-  
lante en el uso adecuado de este incidente. Si recurriéramos a  
las estadísticas, veríamos que gran número de procesados po-  
drían obtener su libertad inmediata por la interspición del -  
incidente de libertad por desvanecimiento de datos, situación  
que no se da, por los motivos expuestos y que traen como conse-  
cuencia que el Estado soporte la carga que implica mantener a  
internos, en prisiones preventivas y más que nada, priver de -  
su libertad a personas inocentes.

He dividido mi trabajo en tres  
capítulos, consistiendo el primero en un estudio pormenorizado  
del Procedimiento Penal, con la finalidad de explicar qué suce-  
de antes de incoar a alguien por la comisión de un ilícito, es-  
tudio que inicia con la averiguación previa, que conlleva el -  
ejercicio de la acción penal, hasta el surgimiento del inciden-  
te de libertad por desvanecimiento de datos.

En el capítulo segundo, analizo

el incidente en forma general y, en el tercero y último capítulo, desglozo el propio tema del presente trabajo, incluyendo la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal, puesto que considero que si el mismo es contemplado a la luz de tan alta autoridad en la materia, es porque reviste una trascendencia absoluta para el Procedimiento Penal Mexicano.

## C A P I T U L O I

### EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO

- 1.- FASES DEL PROCEDIMIENTO PENAL.
- 2.- AVERIGUACION PREVIA, SU FUNCIONAMIENTO Y EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.
- 3.- AUTO DE RADICACION.
- 4.- ORDEN DE APREHENSION.
- 5.- ORDEN DE COMPARECENCIA.
- 6.- DECLARACION PREPARATORIA.
- 7.- AUTO DE FORMAL PRISION O DE SUJECION A PROCESO ( TERMINO CONSTITUCIONAL ).
- 8.- AUTO DE LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR.
- 9.- INSTRUCCION, PRAXIS O DESARROLLO.
- 10.- OFRECIMIENTO DE PRUEBAS ADMITIDAS POR LA LEY.
- 11.- DESAHOGO DE PRUEBAS.
- 12.- JUICIO SUMARIO.
- 13.- JUICIO ORDINARIO
- 14.- SURGIMIENTO DEL INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS.

## EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO

### I.- FASES DEL PROCEDIMIENTO PENAL

Al referirnos a los fines del procedimiento penal encontramos que dentro de la doctrina, diversos autores establecen la existencia de un fin general y de varios fines específicos y así, García Ramírez dice que " el proceso constituye un medio indispensable para el ejercicio del Derecho Estatal a castigar ... este derecho persecutorio general ... se actualiza por medio del enjuiciamiento penal." ( 1 ); Florian ( 2 ) concreta el fin general mediato del proceso penal como la defensa social, o sea que es similar al fin del Derecho Penal y -- agrega que el fin general inmediato es la explicación de la norma penal en el caso concreto, de lo que se desordende que -- no es posible aplicar la ley penal al caso concreto sin la -- existencia de un proceso.

En nuestro sistema jurídico Mexicano existen diversas -- disposiciones legales que rigen el desarrollo de los actos -- que integran el procedimiento y esos actos que están fundamen-- tados constitucionalmente, traen como consecuencia diferentes efectos jurídicos y, a la vez, los órganos que actúan para su

( 1 ) GARCIA RAMIREZ, Sergio, Prontuario del Proceso Penal Mexicano, México, D.F. Ed. Porrúa S.A. 1980, pág.1

( 2 ) FLORIAN, Eugenio Elementos del Derecho Procesal Penal, Barcelona, Ed. Bosch, 1948 2a.ed. pág.14 trad. de L. Prieto Castro.

realización también son diversos, estableciéndose en consecuencia distintos períodos o etapas procesales, condicionadas a que dicha distinción sólo sea para efectos de la tramitación de los mismos, pues, al estar estrechamente coordinados, son consecuentes a un fin determinado que es el Procedimiento Penal propiamente dicho, constituyendo un todo.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal manifiesta que el Procedimiento Penal, para su desarrollo y práctica se divide en cuatro fases o períodos; Averiguación previa, instrucción o actuación del órgano jurisdiccional, juicio y sentencia.

a).- Averiguación previa.- Que comprende el conjunto de diligencias practicadas por el Ministerio Público para que, en su función indagatoria compruebe la existencia del cuerpo del delito y la de la presunta responsabilidad, y de esta forma tenga los elementos suficientes para resolver sobre el ejercicio de la acción penal y realice la consignación a los tribunales competentes.

b).- Instrucción o actuación del órgano jurisdiccional.- El cual está integrado por las diligencias que practica el juez, tendientes a establecer la existencia probada del delito y la responsabilidad plena o --

irresponsabilidad del procesado.

c).- Juicio.- Es el momento en que las partes ante el tribunal del conocimiento, hacen una apreciación de las pruebas; el Ministerio Público precisando su acusación y el acusado su defensa, así, de esta forma, el órgano juzgador una vez valoradas éstas, pronuncia la verdad legal en su sentencia.

d).- Sentencia.- Dándose en este último período la concreción misma de todo proceso, ya que abarca desde el momento en que la sentencia causa ejecutoria hasta el momento en que se extinguen las sanciones impuestas.

Existen autores como Alberto González Blanco ( 3 ) quienes consideran que el procedimiento penal se desenvuelve únicamente en tres períodos que son: Averiguación previa que tiene por objeto preparar el ejercicio de la acción penal y está comprendida desde la denuncia o querrela hasta la consignación, en su caso al juez competente; preparación del proceso o sea, desde que el juez dicta el auto de radicación que responde a la consignación hasta la resolución de la situación jurídica del inculcado, dentro de las setenta y dos horas para los fines del proceso, pudiendo pronunciarse el auto de --

( 3 ) GONZALEZ BLANCO, Alberto, El Procedimiento Penal Mexicano, México, D.F. Ed. Porrúa, 1982 p.83.

formal prisión o de sujeción a proceso, o si procediera, el de libertad por falta de elementos para procesar; y el periodo de proceso, en estricto sentido y que comprende desde el mencionado auto de término constitucional hasta la sentencia.

Nuestra Ley Adjetiva Penal precisa la actividad jurisdiccional, abarcando desde el periodo de preparación de la acción penal o procesal, que surge cuando la autoridad investigadora tiene conocimiento de la comisión de un delito o con apariencia de tal, y que termina como lo dijimos líneas arriba y posteriormente abundaremos, con la consignación, hasta cuando se ejecuta la sanción impuesta estableciendo a su vez los lineamientos precisos y obligados en los que deberá basarse para dictar su sentencia.

## 2.- LA AVERIGUACION PREVIA

En México se dice que el Ministerio Público ejerce el monopolio del ejercicio de la acción penal, siendo cierta tal aseveración porque, la acción penal, como institución de procedimiento penal, por mandato expreso del artículo 21 de la Constitución General de la República, está encomendada exclusivamente a un órgano del Estado; el Ministerio Público.

Es en la averiguación previa cuando se prepara el ejerci

cio de la acción penal, por lo que podemos establecer que es una etapa procedimental en la que el Ministerio Público lleva a cabo todas aquellas diligencias que son necesarias para fundamentar su determinación de ejercitar la acción penal y así, los artículos 16 Constitucional y 94 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establecen claramente para el investigador los fundamentos que dan como resultado la comprobación del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad.

Da lugar a la actividad del Ministerio Público, la comisión de un hecho reputado por la ley como delito; que tal actuación realizada en forma de comisión u omisión sea realizada por una persona física; que exista una denuncia o querrela apoyada la primera por el dicho de una persona de digna fe y crédito, robustecida por otros elementos que hagan presumir la presunta responsabilidad del acusado.

Por la denuncia o querrela, el Ministerio Público tiene noticia en forma directa e inmediata del hecho delictuoso, -- siendo éste por conducto de los particulares, la policía o -- los que estén encargados de un servicio público.

LA DENUNCIA.- La denuncia es la manifestación del hecho punible cometido en agravio de una --

persona, formulada ante la autoridad investigadora, por el propio ofendido o por otras gentes, por lo cual, es la motivación a la que está condicionada la actuación del órgano judicial y sin ésta no es posible proceder; el constituyente de 1917 instituyó a la denuncia como condición de procedibilidad a cargo del Ministerio Público refiriéndose con ello a la instancia necesaria para que el juez pueda evocarse a la instrucción del proceso, de lo que se desprende que el Ministerio Público, al ejercitar la acción penal, como representante social que es, está denunciando los hechos al juez, quien en condiciones diferentes no podría objetivizar su potestad característica, según lo trata Guillermo Colín Sánchez ( 4 ).

Es el denunciante quien da noticia a la autoridad sobre un hecho que puede ser constitutivo de delito, el cual, Sergio García Ramírez lo llama " como transmisor o comunicador de conocimientos." ( 5 ) La denuncia se da únicamente en los delitos que se persiguen de oficio y el denunciante puede ser cualquier persona, no importando sea ofendido o testigo, su participación o no en los hechos o cualquier otra circunstancia que haya mediado.

LA QUERRELLA.- La querrela es un requisito de procedibilidad que debe ser satisfecho plenamente

( 4 ) COLIN SANCHEZ, Guillermo Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, México, D.F. Ed. Porrúa, 1981, págs. 236 y 237.

( 5 ) GARCIA RAMIREZ, Sergio, Derecho Procesal Penal, México, D.F. Ed. Porrúa 1980 n. 278.

te para actuar en contra de alguien que haya infringido una norma de Derecho Penal. En el Derecho Mexicano encontramos -- que son tres los requisitos de procedibilidad que se aceptan; la querrela, la excitativa y la autorización.

La querrela se da, a diferencia de los delitos perseguibles de oficio y que pueden ser denunciados por cualquier persona, en los delitos sancionables a petición de parte y siempre y cuando el querellante satisfaga el requisito de procedibilidad y así, el artículo 264 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal señala como parte ofendida -- para los efectos de la querrela, a todo aquel que haya sufrido algún perjuicio con motivo del delito y, tratándose de incapaces, a los ascendientes y a falta de éstos, a los hermanos mayores.

LA EXCITATIVA.- El artículo 360 fracción II del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal enuncia a la excitativa diciendo de ella que es la petición que formula un representante de país extranjero ante el gobierno mexicano con el fin de que se proceda en contra de quien ha proferido injurias en agravio del Estado que representa o de un agente diplomático del mismo. Para que la petición o excitativa sea procedente, es requisito que el go-

bierno extranjero esté reconocido por la República y que su representante esté debidamente acreditado ante el país y, tratándose que el agraviado sea agente diplomático, su calidad - esté plenamente reconocida por la Secretaría de Relaciones Exteriores.

LA AUTORIZACION.- La ley prevé los casos en que puede darse la autorización y es en razón a la calidad del sujeto activo del delito, por lo cual es necesaria la expresa anuencia de la autoridad u organismo competentes e inicie el Ministerio Público su función persecutoria; por ejemplo, el desafuero de legisladores, el permiso del Presidente del Tribunal Superior de Justicia tratándose de un juez, el permiso del Procurador General de la República, respecto al agente del Ministerio Público Federal para proceder penalmente en su contra.

LA CONSIGNACION.- Una vez que el Ministerio Público, valiéndose de la intervención de sus auxiliares - Policía Judicial y Servicios Periciales - encuentre reunidos los elementos de convicción que le permitan determinar que está en presencia de un hecho tipificado por la ley como delito, habiendo intervenido en su comisión una persona física, cierta y determinada, se da el momento de la con-

signación.

Para Collin Sánchez ( 6 ), la consignación es el acto procedimental en el que el Ministerio Público ejercita su facultad constitucional, poniendo a disposición de un juez competente al indiciado o las diligencias llevadas a cabo, solicitando en el segundo caso, libre orden de aprehensión en contra del presunto responsable; siendo este el momento que da origen al proceso penal llevado a cabo por el órgano jurisdiccional.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dictado diversas ejecutorias en el sentido de que la consignación debe ser entendida como el ejercicio de la acción penal propiamente dicho, toda vez que, cuando el Ministerio Público la ejerce, con ese solo hecho de poner al reo a disposición del juzgador, está realizando la acción que la caracteriza en su cabal sentido jurídico.

De esta manera encontramos que al formularse por el Ministerio Público la consignación, pueden darse dos supuestos; que se haga con detenido o sin él; en el primer caso el indiciado es presentado materialmente por el Ministerio Público, auxiliado por la Policía Judicial, poniéndolo a disposición del juez; en la práctica la presentación puede ser dejando ma

( 6 ) COLLIN SÁNCHEZ, Guillermo ob.cit. p.254.

terialmente al detenido en la cárcel preventiva, girando la respectiva comunicación al juez y remitiéndole las diligencias de averiguación previa, o bien, detenido y actuaciones pueden ser presentado y entregadas directamente al juzgador en su oficina.

Al ejercitar la acción penal el órgano persecutor no siempre lo hace con detenido, como es el caso de los delitos sancionados con pena alternativa y en los que debe solicitarse al juez gire la orden de comparecencia al indiciado, para que rinda su declaración preparatoria y le sea dictado el auto de sujeción a proceso o de libertad en su caso.

Tratándose de los delitos sancionados con pena corporal y privativos de libertad a la vez, no siempre se da el caso de que el inculpado sea puesto a disposición del juez cuando se lleva a cabo la consignación, en virtud de no existir flagrancia respecto a los hechos que se le imputan o que se haya substraído a la acción de la justicia, casos en los que el Ministerio Público solicita se libere la respectiva orden de aprehensión para ser cumplida por la Policía Judicial.

Por el acto de la consignación no hay únicamente implicaciones para el juzgador a que le corresponde ejercitar la función jurisdiccional propiamente hablando, ni para el acusado

colamente, sino que el Ministerio Público está obligándose a ser parte en el proceso, tener continuidad en el mismo, tratando de demostrar que el ejercicio de su acción está fundado en hechos ciertos y probados y posteriormente formular conclusiones acusatorias ( 7 ).

Ya que el Ministerio Público promovió la incoación de un procedimiento mediante el ejercicio de la acción penal, el juez lo inicia formalmente dictando el auto de radicación del cual nos ocuparemos ahora.

### 3.- AUTO DE RADICACION

El auto de radicación es la primera resolución jurisdiccional, que da inicio al procedimiento penal, también llamado **periodo de preparación del proceso**, dando entrada al juez a las diligencias de averiguación previa y ordenando lo conducente a realizar, siendo su contenido el siguiente:

a).- Nombre del juez que lo dicta.

b).- Puntos resolutivos;

- radicación del asunto;

- orden de que se dé interven--

( 7 ) FRANCO SOLI, Carlos, El Procedimiento Penal Mexicano, México, J.F. Ed. Porrúa 1957 p.156 cuarta edición.

ción al Ministerio Público de la adscripción;

- Orden de que sea tomada la declaración preparatoria al inculpado, en audiencia pública;
- Disposición de que se practiquen las diligencias necesarias tendientes a corroborar que están integrados el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad;
- Que el detenido esté en todo momento en condiciones de promover las garantías de defensa contenidas en las fracciones IV y V Constitucionales.

#### 4.- ORDEN DE APREHENSION

En apartado anterior mencionamos que en la consignación sin detenido, cuando procede, el Ministerio Público solicite del juez el libramiento de una orden de aprehensión en contra del acusado; esta orden reviste el carácter de mandamiento judicial y por ella, el acusado es privado de su libertad y que

de sujeto a un proceso sobre hechos en los que se le señala directamente como responsable en forma presunta, en la comisión de un delito; es el acto jurisdiccional fundado en la ley, ordenando que por un tiempo determinado una persona sea privada de su libertad.

Claramente el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal en su artículo 132, fracción I y el Código Federal de la materia, en su artículo 195 establecen los requisitos que se encuentran fundamentados constitucionalmente y que deben ser cumplidos cuando se dicta una orden de aprehensión, siendo los siguientes:

- 1o.- La orden debe ser dictada por juez competente;
- 2o.- Que exista previamente denuncia, acusación o querrela de hechos tipificados como delito;
- 3o.- Que la denuncia esté robus tecida con declaraciones de personas dignas de fe y que se produzcan bajo pro-

testa de decir verdad, o bien que sea apoyada por datos que hagan seriamente probable la responsabilidad del inculpado;

4o.- Que los hechos tipificados como delito, sean sancionados con pena privativa de libertad;

5o.- Que la orden sea solicitada por el Ministerio Público.

Como lo he señalado, el cumplimiento de la orden de ---- aprehensión es competencia de la Policía Judicial, requiriendo que es transmitido por el juzgador a través del Ministerio Público. Una vez que la Policía Judicial ha logrado la aprehensión del inculpado, tiene la obligación ineludible de poner sin demora a disposición del juez al mismo, so pena de incurrir en la comisión de hechos delictivos; se ha manejado el lapso de 24 horas en el que el detenido, desde el momento de su aprehensión, quede a disposición del juez, como lo menciona el doctor Sergio García Ramírez ( 8 ), pero es un tanto

( 8 ) GARCIA RAMIREZ, Sergio ob.cit. pág. 414

arbitrario y sin fundamento establecer dicho término ya que - el mandato Constitucional es claro al mencionar que la Policía Judicial deberá poner a disposición del juez al acusado - sin demora; pienso que al manejar esta situación, lo hacen en razón a cuestiones de índole práctico como lo son horarios de oficina, trámite burócratico, disponibilidad de personal y -- otras razones.

#### 5.- ORDEN DE COMPARECENCIA

La orden de comparecencia es dictada por el juez a solicitud del Ministerio Público, cuando se trata de infracciones penales sancionadas con pena alternativa por el ordenamiento penal sustantivo. El Ministerio Público ~~ejerce~~ la acción penal, en estos casos sin detenido y esta orden es para que se presente el inculpaado ante el órgano de la jurisdicción que la formula y de esta forma, rinda su declaración preparatoria estando dentro de lo señalado por el precepto Constitucional que prohíbe se restrinja la libertad de una persona por delitos sancionados con pena no corporal o alternativa, como también lo establece el Código Federal de la materia ( art. 136 fr. II ).

#### 6.- DECLARACION PREPARATORIA

El artículo 20 Constitucional señala que el indiciado, -

en el término de 48 horas a su consignación, debe declarar ante el juez de la causa para que éste, dentro de las setenta y dos horas también resuelva la situación jurídica del inculpa-do. En el momento inmediato a la declaración preparatoria, -- que siempre se tomará en audiencia pública, el juez tiene la ineludible obligación de enterar al indiciado acerca de su situación, diciéndole la acusación que pesa en su contra, la naturaleza de ésta y la causa de la misma para que, totalmente enterado, esté en condiciones de fundamentar su defensa.

La declaración preparatoria en todo momento debe de producirse espontáneamente, a salvo de toda coerción, haciéndole saber al acusado los nombres de las personas que han testimoniado en su contra y de las garantías que la Constitución le concede para obtener su libertad provisional bajo caución o fianza, si procediere, así como el derecho de defensa que puede procurarse él mismo o por una persona de confianza que él mismo señale.

La declaración puede producirse en términos de inculpación o de exculpación, en virtud de que el presunto sujeto activo del delito está en posibilidad de exponer en su concepto los hechos, señalando el ánimo o intención con el que actuó.

Es importante señalar que en este momento procesal, por primera vez el indiciado declara como tal, aún cuando haya --rendido previamente declaración, en diligencias llevadas a ca--bo ante el Órgano persecutor o bien, la Policía Judicial, ya que no adquira dicha calidad en ese momento de preparación del ejercicio de la acción penal.

Resumiendo, podemos establecer, como lo hace en su ya ci--tada obra el tratadista Carlos Franco Sodi ( 9 ), que el con--tenido de la declaración preparatoria comprende:

1).- Enterar al detenido acerca de la garantía que le otorga la fracción primera del artículo 20 Constitucional; no limitándose tal informe a una simple --enunciación de lo que es la libertad provisional sino que, el inculcado debe ser instruido cabalmente sobre el procedimien--to para lograrla.

2).- Dar a saber al indiciado --sobre el amplio derecho de defensa que tiene, mismo que puede hacer valer, nombrando una persona de su confianza o por sí,--dependiendo de cual sea su deseo a tal efecto.

3).- Darle a conocer al deteni--do la información sobre el nombre de quien lo acusa y de los testigos que en su contra declaran, la naturaleza y el porqué de la acusación, con el fin de que esté perfectamente conoce--

dor del hecho que se le imputa y pueda defenderse.

4).- La declaración preparatoria propiamente dicha; una vez que al detenido se le dió a conocer el contenido de las garantías que le son conferidas por la Constitución, así como la acusación de la que es objeto y de esta forma pueda dar una versión personal de los hechos.

Por el vocablo preparar debemos entender; prevenir, disponer de algo o de alguien para una acción que se ha de seguir y, esto, llevado al campo del procedimiento penal, lo debemos comprender como una información para el inculpado acerca del procedimiento judicial instaurado en su contra para que de esta forma responda a los cargos que se le formulan; es por ello que con la declaración preparatoria que en forma libre realiza aquél, se prepara el campo para el desenvolvimiento en que tendrán lugar la trilogía de actos que caracterizan el procedimiento penal Mexicano; la acusación, el inculpado y su defensa.

#### 7.- AUTO DE FORMAL PRISION O DE SUJECION A PROCESO ( TERMINO CONSTITUCIONAL )

La Constitución General de la República señala expresamente que el juez tiene la obligación de determinar la situa-

ción jurídica de la persona que le fue puesta a disposición, en un lapso de setenta y dos horas, período que comunmente se la conoce con el nombre de término constitucional; en este acto, el juzgador **concreta** los hechos materia del proceso y que llevan a considerar fundadamente la existencia del cuerpo del delito y de la presunta responsabilidad del acusado.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sentado jurisprudencia en el sentido de que no puede declararse la responsabilidad del acusado, ni imponérsele pena alguna sin que haya la comprobación de la conducta u hecho punible descrito por el legislador, entendiéndolo como una unidad en los elementos que lo conformen.

Nuestro Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 94, sigue el mismo criterio que sostiene el máximo tribunal Mexicano, ordenando al Ministerio Público y Policía Judicial que haga constar en el acta que levante, recogiéndolos si ello fuere posible, los vestigios o pruebas materiales que deje el delito con motivo de su perpetración y agregue en el artículo 122, que cuando no esté señalada prueba especial, el cuerpo de los delitos se justificará por la comprobación de los elementos materiales de la infracción.

Sabemos que el cuerpo del delito surge cuando hay tipicidad, dependiendo por supuesto de la definición de cada tipo legal; y la tipicidad no es otra cosa que el encuadramiento de una conducta determinada respecto de la descripción de la ley sustantiva penal; la concreción de la acción humana como descrito por el legislador o como lo hace ver el maestro Rivera Silva; "Comprobar el cuerpo de los delitos es demostrar la existencia de los elementos de un proceder histórico que encaja en el delito legal." ( 10 )

La generalidad admite que en la mayoría de los casos, -- cuando se transgrede una norma de Derecho Penal, el cuerpo -- del delito corresponde al tipo y su comprobación consiste en determinar si la conducta o hecho se adecúa a la hipótesis -- que la misma norma penal infringida establece o tipifica --- ( 11 ).

El segundo elemento, la presunta responsabilidad, es el otro requisito de fondo que señala la Constitución en sus artículos 16 y 19, para que pueda dictarse el auto de formal -- prisión. La presunta responsabilidad se da cuando de las diligencias llevadas a cabo por el órgano de la jurisdicción, surgen los elementos convincentes que llevan a establecer el criterio de que una persona ha tomado parte en la comisión u omi

( 10 ) RIVLRA SILVA, Manuel, El Procedimiento Penal, México, -- J.F. Ed. Porrúa S.A. 1982, pág.159.

( 11 ) COLIN SANCHEZ, Guillermo, ib. cit. pág.280.

... calificado como delito,

... de dictar un auto de ... su concepto existe la pre- ... fundándose por suceso en ... el órgano persecutor así como ... a hayan llevado a cabo ante ... ional. Existe incluso juris- ... de que si el A quo toma en ... las pruebas de incriminación y ... que aparecen en los autos, viole ga ... rancias constitucionales y no debe por ello conceder el ampa- ... ro cuando se solicita el recurrir el mencionado auto por les ... vís legales correspondientes.

El juez, al dar su determinación o dictar el auto de tér-  
mino, como es conocido en el ambiente de los tribunales, pue-  
de dictarla bajo los siguientes conceptos:

- Ubicando al indiciado en una conducta dolosa o culposa;
- Si no existe la presunta res-  
ponsabilidad, por falta de elementos o ser válida una causa -  
de justificación o eximente de responsabilidad penal.

Así pues, cuando se comprueban los elementos que integran el cuerpo del delito que merezca pena corporal y se presume la presunta responsabilidad, el juez dictará auto de formal prisión resolviendo así la situación jurídica del inculpa- do, conforme a lo ordenado por el artículo 19 Constitucional, salvo los casos que enumera el artículo 15 del ordenamiento penal sustantivo, que son las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal o bien, que se haya extinguido la acción penal.

La Ley Procesal Penal vigente en México, establece concretamente los requisitos de fondo para que el juzgador dicte el auto de formal prisión, sin violación de las garantías que consagra la Constitución para el detenido y son los siguientes:

a).- Valoreación de las constancias de autos para la legítima comprobación del cuerpo del delito que merezca sanción corporal.

b).- Que haya sido tomada con las formalidades del procedimiento y requisitos que se establecen, la declaración preparatoria.

c).- La enunciación del delito -

o delitos por los que se ha de seguir el proceso y la comprobación de sus elementos

d).- Con base en las diligencias de averiguación previa, señalar el lugar, tiempo y circunstancias que sirvieron para tener por acreditado el **cuerpo del delito**.

e).- Igualmente, con base en la averiguación previa, los datos que llevaron al juzgador a la convicción de suponer que la presunta responsabilidad del sujeto quedó acreditada.

Los efectos jurídicos del auto de formal prisión se pueden resumir de la siguiente forma; el inculcado queda sujeto a la competencia del juez, queda justificada la prisión preventiva, determina el delito o delitos por los que ha de seguirse el proceso, da término a la primera etapa procesal de la instrucción y abre el juicio a prueba e indica si ha de seguirse el procedimiento por la vía sumaria u ordinaria.

#### AUTO DE SUJECIÓN A PROCESO

Cuando se trata de delitos que se castigan con pena alternativa o no corporal, una vez transcurrido el lapso de las setenta y dos horas que marca la Constitución y comprobados

los elementos del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, el juez dicta un auto de formal prisión con sujeción a proceso, sometiendo al individuo a su competencia y señalando el delito por el que ha de ser procesado, sin poderle restringir su libertad personal, según lo dispone el artículo 301 -- del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

La diferencia específica entre este auto y el de formal prisión en estricto sentido, estriba en la circunstancia particular de que no puede privarse de la libertad personal a -- ninguna persona que ha cometido un delito por el cual en la sentencia sólo puede ser condenado, si así procediere, con un castigo del orden pecuniario, lesionando gravemente a éste si se le sujeta a un régimen de prisión preventiva que no merece al final por su conducta.

#### B.- AUTO DE LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR

Ya hemos comentado el mandamiento constitucional contenido en el artículo 19 respecto a que las detenciones no podrán exceder de setenta y dos horas sin que estén justificadas con un auto de formal prisión, mandamiento que garantice al individuo, no estar privado indefinidamente de su libertad como ocurría en otros tiempos en que hubo personas que llegaron a morir en los cárceles sin saber siquiera el delito por el que

habían sido detenidas —sin que exista acusación concreta, sin que se le instruya un juicio y sin sentencia.

Siendo el auto de formal prisión la determinación judicial que pone fin a la privación de la libertad que resultó de una detención administrativa o del cumplimiento de una orden de aprehensión y su consecuencia es que el detenido quede en libertad o inicie su prisión preventiva con motivo del proceso que se le instruya, es de vital importancia su existencia toda vez que es el procedimiento legal que persigue el fin primordial que señala la norma constitucional que contiene la garantía de libertad del inculcado o su justificada formal prisión.

El auto de soltura, de ninguna manera prejuzga sobre la responsabilidad penal en el delito motivo de la detención y en esta resolución, el juez ordena que el detenido quede en inmediata libertad por no encontrarse debidamente integrados el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, o bien, que existiendo el delito no exista la presunta responsabilidad del acusado por lo cual, se decreta su libertad, toda vez que el legislador ha dejado marcado que aún cuando se pruebe el cuerpo del delito, si no se acredita en ese momento procesal la presunta responsabilidad del acusado, deberá dejársele

en libertad, independientemente de que en lo futuro, el órgano investigador aportará más elementos para poder incoar nuevamente un proceso en contra de dicha persona.

El auto de libertad por falta de elementos para procesar puede derivarse de tres hipótesis, como lo señala Rafael Pérez Palma ( 12 ) en sus Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal; que el cuerpo del delito no esté perfectamente comprobado, que comprobado éste, no se reúnan elementos suficientes que acrediten la presunta responsabilidad del acusado y que existiendo aquéllos, surja una excluyente de responsabilidad penal que haya sido oportuna y debidamente acreditada.

En este caso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha declarado que cualquier autoridad judicial está debidamente facultada para declarar la procedencia de las eximentes de responsabilidad penal en cualquier momento del proceso, pudiendo hacerlo incluso, antes del auto de detención, siendo indispensable para que lo haga, que se justifiquen estas excluyentes en forma plena e indiscutible.

El que se haya dictado un auto de libertad por falta de elementos para procesar no impide que al surgir nuevos datos se proceda en contra del inculcado, como lo señala el artículo

( 12 ) PEREZ PALMA, Rafael, Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal México, D.F. Ed. Cardenas Editor y Distribuidor 1980 pág. 228

302 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal a contrario sensu de lo señalado por el doctor García Ramírez en su Derecho Procesal Penal que "La resolución judicial, en los casos señalados, debe producir los efectos de -- una sentencia absolutoria," ( 13 )

#### 9.- INSTRUCCION, PRAXIS O DESARROLLO

Una vez que el juzgador dicta en el proceso el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, según sea el caso, se inicia la segunda etapa de la instrucción, conteniendo este período en forma fundamental los actos que llevarán al juzgador al conocimiento de la verdad para, posteriormente, estar en condiciones de dictar sentencia acorde a la realidad de los hechos que motivaron el proceso.

En esta etapa procedimental, el juez tratará de comprobar en su plenitud el delito con todas las circunstancias que le rodean y sus modalidades, asimismo el grado de responsabilidad del procesado, aunando a sus circunstancias personales en todos sus aspectos y, el monto del daño ocasionado con su conducta, puesto que es el conocimiento de la verdad la condición para que el juez dicte su sentencia, éste se deberá de instruir durante esta parte de la secuela procedimental, basándose en todas las constancias y elementos que la averigua

( 13 ) GARACIA RAMIREZ, Sergio, Derecho Procesal Penal, México D.F. Ed. Porrúa S.A. 1980, pág.434.

ción brevis y en su caso, la Ley reconoce y acepta bajo el rubro de pruebas.

Instruirse al juzgador no es otra cosa que la circunstancia de allegarse los conocimientos en forma directa o indirecta de cualquier forma posible, siempre y cuando los medios que utilice no estén reprobados por la misma Ley de la que es titular él mismo.

#### 10.- OFRECIMIENTO DE PRUEBAS ADMITIDAS POR LA LEY

En la dinámica que rige el Procedimiento Penal Mexicano, la prueba es la partícula fundamental del mismo y la de más trascendencia por lo cual, podemos afirmar que el Derecho Penal está condicionado para la consecución de sus fines en todo momento a la prueba.

Es la prueba la piedra angular del procedimiento en general y de todos los procedimientos porque mediante su conocimiento se concretará la función o potestad punitiva Estatal ya que ella nos dará los elementos necesarios para encontrar la verdad histórica, dando lugar a que el órgano jurisdiccional declare la verdad legal en la sentencia.

Muchas son las definiciones que de prueba se han formulado, destacando entre ellas la de Carnelutti quien dice que se debe entender por tal y dice " las pruebas son ....

los objetos mediante los cuales el juez obtiene las experiencias que le sirvan para juzgar " ( 14 ). También es sobresaliente lo que afirma Alcalá- Zamora, Niceto acerca de nuestro tema cuando se expresa de la siguiente forma; " En sentido estricto, por prueba debemos entender el conjunto de actividades destinadas a obtener el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión del litigio sometido a proceso, llámase también prueba al resultado así conseguido y a los medios utilizados para lograrlo, aún cuando en este caso es más frecuente el empleo en plural de la palabra ( pruebas )," ( 15 ) .

Constitucionalmente el acusado tiene el derecho para que el juez le reciba en su totalidad las pruebas que ofrezca, -- permitidas por la ley, y sea auxiliado a la vez para que declaren los testigos que solicite; este derecho únicamente puede hacerse valer durante la contienda jurisdiccional, ya que en la averiguación previa no está contemplado aunque es conveniente aclarar que el Ministerio Público, cuya misión es la de acusar, fundamentalmente es una institución de buena fe y en los casos en que el acusado declara y resulta que al hacerlo, menciona testigos de descargo, éstos deben ser llamados

( 14 ) CARNELUTTI, Francesco, Cuestiones sobre el Proceso Penal, Buenos Aires, Ed. Ediciones jurídicas Europa-América, 1961 pág. 290 Traducción de Santiago Sentís Melendo, 1961

( 15 ) ALACALA-ZAMORA, Niceto, Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Ed. Guillermo Kraft Ltda. 1945 pág. 17

con el fin de que tenga una versión completa de los hechos y un panorama más amplio y así determine en forma aún más justificada, el ejercicio o no de la acción penal.

El artículo 135 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal señala los medios de prueba que reconoce la ley, siendo:

- I.- Confesión judicial.
- II.- Las documentales públicas y privadas.
- III.- Dictámenes periciales
- IV.- Inspección Judicial
- V.- Testimoniales
- VI.- Presunciones
- VII.- Todo lo que se solicite y ofrezca como tal, si el juzgador piensa que procede según su criterio.

Cabe señalar que además de las pruebas enumeradas, el Código citado y el Federal, regulan la reconstrucción de hechos, cateos y visitas domiciliarias, confrontación y careo.

LA PRUEBA CONFESIONAL.- La definición de confesión se puede dar de esta forma; es una declaración de voluntad sobre hechos propios y rendida ante la autoridad investigadora o ante el funcionario judicial y puede darse en cualquier estado del procedimiento hasta antes de dictarse la sentencia definitiva, como lo disponen los artículos 137 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 207 del Federal para la misma materia.

Doctrinariamente se ha establecido que la confesión en cuanto a su contenido debe ser verosímil, persistente y uniforme; en cuanto a la forma, que sea articulada en juicio ante el juez, circunstanciada y emanada de la libre voluntad del inculpado. Nuestra legislación, en el artículo 249 del Código Distrital ordena que los requisitos indispensables para que tenga validéz la confesión serán:

- a).- Que la existencia del delito esté plenamente probada;
- b).- Debe ser hecha por persona mayor de 18 años, en su contra, con pleno conocimiento, en uso de su libre albedrío y sin coacción;

c).- Que sea sobre hechos propios;

d).- Sea pronunciada ante el juez o tribunal de la causa, o bien ante el funcionario de la policía judicial que haya practicado las primeras diligencias;

e).- Que no concurren en ella, otras pruebas o presunciones que a juicio del juez la hagan inverosímil.

Cuando coexistan y se presenten los anteriores requisitos, la ley dará validez probatoria plena a la confesión.

LA PRUEBA DOCUMENTAL.- Podemos establecer con Manuel Rivera Silva (16 ) que desde el punto de vista jurídico, el documento es el objeto material en el que, por escritura o gráficamente consta o significa un hecho; el documento puede presentarse en el proceso como medio de prueba para constar otro medio probatorio y como instrumento de prueba.

Como medio de prueba, un documento se ofrece para que se esté únicamente a su contenido; como constancia de otro medio de prueba, sirve para corroborar el contenido legal de otra

( 16 ) RIVERA SILVA, Manuel, ob. cit. pág. 227.

prueba cualquiera exclusivamente y cuando el documento se presenta como instrumento de prueba, actúa como una cosa en la que debe referirse o recaer otro medio probatorio.

El Código de Procedimientos Penales en su artículo 230, menciona que hay dos clases de documentos; públicos y privados y nos remite a su vez al artículo 327 del Código de Procedimientos Civiles el cual, en sus diferentes fracciones, señala las características y requisitos de los primeros y son:

- Que sean expedidos por personas con calidad reconocida por la ley para tal efecto;

- Que su contenido esté íntimamente ligado con las funciones de quien lo expide;

- Que el expedidor esté actuando en el ejercicio de sus funciones;

- Que se cumplan las formalidades de la ley, garantizando la autenticidad del documento público ( sello, firma, testigos y libros autorizados ).

Así pues, el documento público es, según definición de

Manuel Rivera Silva, " El objeto material en el cual, la persona a que limitativamente se refiere la ley, en el ejercicio de sus funciones y en el tiempo en el que las desempeña hace constar un hecho, reuniendo esta constancia las formalidades externas que la misma ley exige." ( 17 )

El Código procesal para el Distrito Federal, otorga a -- los documentos públicos, validez probatoria plena. A contra-- rio sensu, el documento privado es el que no tiene las características del público, pudiendo ser simples y de estricto -- sentido siendo estos últimos los que sin ser públicos, son ex pedidos por personas que no tienen dicha calidad.

DICTAMENES PERICIALES.- El perito es la persona con capacidad técnico-científica que confor-- me a un procedimiento que realiza, llega a la obtención de --- puntos concretos por los que conforme a su leal saber y entender elabora un estudio que recibe el nombre de peritación. Asimismo, conforme a Jorge A. Clarie Olmedo, el perito es " Un co nocedor especializado por el estudio o por la práctica, en su arte , oficio , ciencia o técnica, quien a requerimiento del - tribunal y conforme a determinado trámite legalmente regulado

( 17 ) RIVERA SILVA, Manuel, ob.cit, pág.229

produce dictamen sobre cuestiones concretas que escapan al alcance común de las personas." ( 18 )

Procesalmente, la peritación es un acto constituido por el examen de una persona, conducta, hecho o de una cosa para emitir un dictamen razonado técnicamente; puede darse en la fase de averiguación previa, en calidad de actuaciones auxiliares del Ministerio Público investigador y éste por lo general hace suyas, aunque durante el período de instrucción pueden -- ser impugnadas por la defensa.

El juez instructor tiene la facultad para estudiar todas las pruebas que existan en los autos, como es el caso del estudio previo a la orden de aprehensión, pero su mayor repercusión es la valoración que de aquellas realiza en el momento de dictar la sentencia.

INSPECCION JUDICIAL.- Al hacer mención a esta prueba y con la finalidad de un mejor entendimiento respecto a su contenido, es bueno recordar al maestro Colín Sánchez cuando dice que la inspección judicial " Es un acto procedimental que tiene por objeto, la observación, examen y descripción de personas, lugares, objetos y efectos de los hechos, para así obtener un conocimiento sobre la realidad de una conducta o un hecho, o para el descubrimiento del

( 18 ) CLARIA-OLMEDO, Jorge A. Tratado de Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Ed. EDIAR, 1945 pág. 330 tomo III.

autor. \* ( 19 )

La inspección judicial puede ser medio de prueba directo cuando la realice el juzgador en forma personal y medio de -- prueba indirecto cuando se basa en la inspección que realizó el Ministerio Público en la etapa de preparación de la acción penal. Las partes de la inspección son: la observación de algo que se percibe con los sentidos, pudiendo tener como objeto examinar el lugar donde se llevó a cabo un acto delictivo y saber las condiciones de su realización, o bien, el observar los resultados de un delito; la segunda parte de la inspección es la descripción, por la que se hace constar lo visto, pudiéndose valer el juzgador, de conformidad con la ley, de planos, dibujos, fotografías, moldados o cualquier otro medio idóneo para la reproducción.

El valor probatorio de la inspección judicial, de acuerdo a los ordenamientos penales de procedimientos, será pleno siempre y cuando se realice con los requisitos legales de -- fondo y forma ( art.253 ).

TESTIMONIALES.- \* Testimonio en sentido propio, es la declaración, positiva o negativa, de -- verdad hecha ante el magistrado penal por una persona ( testi

( 19 ) COLIN SANCHEZ, Guillermo, ob. cit. pág.400

go ) distinta de los sujetos principales del proceso penal, -- sobre percepciones sensoriales recibidas por el declarante, -- fuera del proceso actual, respecto de un hecho pasado, y dirigida a los fines de la prueba, o sea la comprobación de la verdad." ( 20 ) En el proceso penal, es la prueba más característica, que se concreta en la declaración, a título de narración de una persona, siendo de gran importancia su desahogo, puesto que el testigo es una persona física que está siempre en condiciones de aportar datos sobre hechos que percibe por cualquiera de los sentidos y que recuerda.

Tratándose del testigo de un delito, es la persona física que tiene conocimiento en relación a los hechos; y el testigo en el proceso, es cuando esa persona comparece para hacer del conocimiento del órgano jurisdiccional lo que recuerda. El artículo 191 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece que toda -- persona puede ser testigo, no importando su condición personal, siempre y cuando lleve o conduzca con su testimonio a la averiguación de la verdad acerca del delito y el juez estime necesario su examen; el numeral 242 del propio ordenamiento legal invocado, establece que toda persona que sea citada como testigo estará obligada a declarar en juicio, aún sin recibir citatorio,

( 20 ) MANZINI, Vincenzo, Tratado de Derecho Procesal Penal, traduc. Santiago Sentís Melendo y Mariano Ayerra Redín, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951, -- pág.247, tomo III.

ya que puede hacerlo en forma espontánea.

Los requisitos para la recepción del testimonio son los siguientes: la comparecencia debe ser singular ya que no pueden los testigos ser declarados en conjunto, debiendo hacerlo siempre por separado y sin comunicarse uno a otro, con el fin de que el testimonio no pierda eficacia. El testigo antes de declarar debe ser instruido sobre su obligación para conducirse con verdad y de las sanciones aplicables en caso de falsedad, debiéndose tomar en consecuencia su protesta de decir verdad, de conformidad ésto con el artículo 205 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 246 del Federal de la materia, con lo que se le obliga jurídicamente.

El testimonio propiamente dicho es lo expresado por el testigo, iniciándose con sus generales, los vínculos afectivos o de odio que tuviere con los involucrados en el delito, el relato de todo lo que sabe en relación con los hechos, las circunstancias de ejecución y las personas que intervinieron, estando obligado a contestar a las preguntas que le formulen las partes. Por lo general, la comparecencia dentro del juicio se realiza en el interior del recinto judicial, salvo lo dispuesto por la misma ley cuando se trata de personas que en el momento de rendir su declaración se encuentren enfermos; -

de imposibilitados físicamente o de altos funcionarios de la Federación, casos en que el juez se traslada a la habitación u oficina de estas personas para que declaren. Para la mejor probidad del testimonio se deberá atender a que se lleve a cabo bajo las siguientes normas:

- El levantamiento del acta donde se asientan las testimoniales debe ser con redacción clara y procurando hasta donde sea posible, escribir las mismas palabras empleadas por el testigo, permitiéndole si lo desea, dictar su declaración personalmente.

- Se debe leer al testigo su declaración después de concluida, pudiendo hacerlo él mismo con el fin de que la ratifique o enmiende, firmándole una vez hecho ésto.

El valor probatorio del testimonio deberá estar ligado directamente entre órgano y medio, o sea testigo y testimonio debiéndose tener en consecuencia, la consideración debida para apreciar la declaración de un testigo como lo establece la ley, así como el criterio suficiente que tenga el testigo para apreciar el acto, dependiendo de sus condiciones de edad, capacidad e instrucción, independientemente de que el hecho

lo conozca personalmente el testigo, la declaración sea clara y precisa y de que el testimonio se produzca espontáneamente sin que exista intimidación de por medio, no pudiéndose considerar como tal el apremio judicial.

PRESUNCIONES E INDICIOS.- Comúnmente se les identifica como sinónimas a estas voces pero no lo son ya que la presunción está sujeta a la comprobación de la verdad que se quiere demostrar, o sea que admite prueba en contrario puesto que la ley procesal penal señala que toda persona que afirma algo está obligada a probarlo ( art.248 ); en cambio, los indicios son hechos, datos o circunstancias ciertos y conocidos de los que se infiere, por medio del análisis lógico de sus componentes, la existencia de otras circunstancias, hechos o datos desconocidos.

De tal suerte, las presunciones existen en la ley y los indicios tienen su lugar en el raciocinio, cuya función los enlaza con el mundo de lo desconocido y se realiza al través de la actividad de la prueba en el proceso. La inferencia o el razonamiento que se lleva a cabo y que tiene como punto de partida hechos o circunstancias probadas, con los que trata de encontrarse su relación con el problema planteado, nos da como resultado la prueba circunstancial

misma que se fundamenta en el valor incriminatorio de los indicios, debiendo tener éstos el carácter unívoco para que --- constituyan prueba plena.

OTROS MEDIOS DE PRUEBA.- El artículo 135 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el 206 del Federal de la materia nos indican que todo aquello que no esté especificado por la misma ley, pero que se presente como medio de prueba, tendrá cabida en el proceso penal, tomando en cuenta el criterio del juzgador para otorgarles tal calidad, gozando éste de absoluta libertad para establecer su autenticidad por cualquier medio que le parezca idóneo para tal fin.

Asimismo, la fracción IV del artículo 260 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal señala que las pruebas denominadas inespecificadas, procuren presunción o mejor dicho poseen valor indiciario; el Código Federal de la materia en forma más estricta otorga valor indiciario a todas las pruebas que obren en el proceso, sean las expresamente admitidas por la ley o las inespecificadas, salvo algunos casos de confesión, documentos públicos, - inspección y resultado de cateos ( art.285 ),

## 12.- JUICIO SUMARIO

Este procedimiento lo señala la ley para el caso de delitos cuya penalidad no excedaen su término medio aritmético de cinco años; en el caso de que existan varios delitos, se atenderá siempre a la penalidad mayor; el juicio sumario es iniciado de oficio por el juez, aunque el artículo 314 del Código de Procedimientos Penales Distrital concede a las partes - el poder solicitar se revoque el auto que ordene este procedimiento para que se lleve en forma ordinaria.

Notificado el auto de término constitucional, las partes tienen un plazo común durante diez días para ofrecer las pruebas que consideren pertinentes en relación a los intereses que defienden, ofrecimiento en el -- cual deberán aportar y evidenciar la capacidad suficiente en lo que se refiera a sus conocimientos para hacerle patente al juzgador los elementos de convicción que éste requiere para poder dictar su resolución, siendo en consecuencia la verdad histórica de los hechos la que deberán mostrar para alcanzar sus fines que a cada uno le conciernen.

Una vez admitidas la pruebas -- que fueron ofrecidas por las partes, el juez admite las procedentes y rechaza las contrarias a la ley, las buenas costum--

bres o que no estén relacionadas con los hechos, dictando una resolución que debe contener una relación normenhorizada para que se desahoguen dentro de los diez días siguientes, una vez hecho ésto, el juez declare cerrada la instrucción, pasando a la tercera fase del procedimiento que es el juicio, en el que aún pueden practicarse diligencias y aceptarse probanzas en los casos establecidos por la ley, dando vista de lo actuado al Ministerio Público y a la defensa para que formulen conclusiones, pudiendo éste, reservarse el derecho para formularlas por escrito, contando entonces con un término de tres días pero si las formulan verbalmente, el juez podrá dictar sentencia en la misma audiencia o dictarla en un plazo de cinco días.

### 13.- JUICIO ORDINARIO

De conformidad con el Código Distrital, el procedimiento ordinario, en el período de instrucción cuenta con dos momentos al igual que en el sumario; el ofrecimiento de pruebas y el desahogo de las mismas. A partir del siguiente día al de la notificación del auto de formal prisión, las partes cuentan con un plazo de quince días hábiles para presentar las pruebas que robustezcan su aserción acerca de la verdad histórica que presentarán al juzgador para que esté en aptitud de dictar su sentencia en el momento procesal oportuno.

Una vez transcurrido este plazo se inicia una segunda fase que termina con el auto que declara cerrada la instrucción y manda poner la causa a la vista de las partes, de conformidad con el artículo 314 y el 315 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. El desahogo de las pruebas se lleva a cabo dentro de los treinta días y tanto este plazo como el de ofrecimiento son renunciables, obligando al juez a cerrar la instrucción y se da por lo general cuando las pruebas existentes fueron recibidas en la etapa anterior a que se abriera el proceso, o sea en el término de setenta y dos horas para que el juez dicte el auto de formal prisión.

Desahogadas las pruebas que fueron aceptadas por el juzgador, éste ordena el cierre de instrucción del proceso y manda dar vista a las partes para que en el término de cinco --- días comunes formulen conclusiones, primero el Ministerio Público y luego la defensa. Las conclusiones del primero están regidas por los artículos 397 y 291 del Código de Procedimientos Penales Distrital y el Fedefel respectivamente, debiendo contener una relación de hechos, consideraciones sobre el derecho y formulación de su pedimento en proposiciones concretas, en un pliego por escrito.

Las conclusiones de la defensa deben ser por escrito, pero no están sujetas a una regla especial en cuanto a requisitos

de fondo; en el caso de que no se formulen dentro del plazo legal, la ley procesal establece que se tendrán por formuladas las de inculpabilidad.

Una vez recibidas las conclusiones de las partes, el juez cita a una audiencia que deberá efectuarse dentro de -- los cinco días siguientes y con tal resolución termina esta etapa procesal. En la audiencia mencionada, la ley señala que se repitan las diligencias practicadas en la instrucción cuando ello fuere necesario y posible a juicio del tribunal y hayan sido solicitadas por las partes a más tardar el día siguiente del auto de citación; las partes pueden alegar lo que a su derecho convenga y con el juez, pueden interrogar al acusado, declarándose visto el proceso, debiéndose dictar la sentencia en un término de quince días.

#### 14.- SURGIMIENTO DEL INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS

Como se tratará en el siguiente capítulo ( infra pág.48 ) el 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." ( 21 ) Existen diversas clases de incidentes, entre ellos los de libertad como son

( 21 ) FRANCO SODI, Carlos, ob. cit. pág. 300,

el de libertad provisional bajo caución, libertad bajo protesta y el de libertad por desvanecimiento de datos.

Este último que es el que nos interesa, surge únicamente después de desahogarse las pruebas -- que se perfeccionan durante la instrucción, estando fundamentada su aparición, en las bases mismas del proceso que son el -- cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del acusado, -- toda vez que como resultado de las mismas pueden surgir naturalmente o aparecer, elementos de convicción para que el juzgador se percate de que se han desvanecido las pruebas que le -- sirvieron de base para dictar el auto de formal prisión, debiendo por ende, decretar la libertad por desvanecimiento de datos, punto del que me ocuparé en el capítulo tercero del presente -- trabajo.

## C A P I T U L O    I I

### LOS INCIDENTES

- 1.- CONCEPTO. 2.- NATURALEZA. 3.- ANTECEDENTES. 4.- CONNOTACION JURIDICA. ---
- 5.- INCIDENTES QUE CONTEMPLA NUESTRA LEGISLACION.

## LOS INCIDENTES

### 1.- CONCEPTO

Lo más lógico es que el procedimiento penal se desarrolle sin tropiezos, pero en ocasiones sucede que, en el proceso penal propiamente dicho, aparezcan cuestiones accesorias pero relacionadas con él y que, por la controversia especial que las motiva, deben ser estudiadas y resueltas en forma separada y -expedita, ya que podrían ejercer influencia determinante sobre el fondo del asunto; dando lugar estas cuestiones a verdaderos incidentes en el sentido estricto de la palabra, puesto que -- concurren en ellas las dos situaciones que las caracterizan; -- son accesorias al proceso y están íntimamente ligadas con él.

De aquí que, como lo he mencionado ( supra pág.45 ), el incidente sea, conforme a una de sus -diversas acepciones; una cuestión que sobreviene en el proceso y que plantea un objeto accesorio, situación que obliga a otorgarle una especial tramitación. Para efectos doctrinarios considero conveniente acudir al significado de la palabra incidente, remitiéndome para ello al maestro Colín Sánchez quien nos dice: " La palabra ' incidente ', muy usual en el procedimiento civil, proviene de incidere incidens, cuyo significado es: --

acontecer, interrumpir, suspender; es decir, lo que sobreviene en el curso de un asunto." ( 22 )

Ahondando más en el concepto, el mismo Colín Sánchez expresa: " Los incidentes, como su nombre lo indica, 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 pueda definir la pretensión punitiva estatal." ( 23 )

Otro concepto de incidente lo brinda el tratadista Leone al decir: " Incidente ( o cuestión incidental ) es cualquier demanda o conclusión formulada por una de las partes en el curso del debate." ( 24 ) Y por último transcribiremos el concepto del autor Claria Olmedo que afirma: " Incidente es todo trámite breve y accesorio del proceso en el cual se intercala, comunmente suscitado ante el planteamiento de cuestiones de naturaleza no sustancial, que deben decidirse por pronunciamiento interlocutorio." ( 25 )

( 22 ) COLIN SANCHEZ, Guillermo, ob.cit. pág. 525.

( 23 ) Ibid., pág. 525.

( 24 ) LEONE, Giovanni, Tratado de Derecho Procesal Penal, traduc. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1961, tomo I, pág. 353.

( 25 ) CLARIA-OLMEDO, Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, EDIAR editores, S.A. tomo VII, pág. 10.

De lo anteriormente expuesto ---

considero que el concepto más apropiado al Derecho Procesal Penal que nos rige y que en consecuencia tiene una mayor aceptación en la práctica, es el del maestro Colín Sánchez, mismo que en forma personal adopto en vista de que contiene en sus términos, los elementos esenciales que le son propios al incidente esto es, su aparición dentro del procedimiento penal y su inegable carácter de accesorio pero vinculado estrechamente con el juicio.

## 2.- NATURALEZA

Por considerar de suma importancia encontrar la naturaleza de los incidentes, me permito hacer mención al punto de vista del maestro Javier Piña y Palacios el cual, al tocar tan vital tema para el procedimiento penal lo hace de la siguiente manera: " Para precisar la naturaleza del incidente es útil establecer la comparación con los recursos. Recurso es el medio que la ley prescribe para restaurar el equilibrio entre el juez y las partes para que se reanude el curso normal del proceso. 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.

" El incidente puede o no ser pre

visto por la ley, en tanto que el recurso no puede existir si la ley no lo establece. En el incidente la ley sólo determina un procedimiento para resolver la cuestión surgida y en unos - casos prevé esa cuestión, pero cuando no la prevé, da la norma precisa para resolverla en caso de que surja. El incidente es la aparición de una cuestión que se debate y que debe resolverse porque, al resolverla, previamente se decide si puede o no llegarse a la sentencia. El incidente está en relación con los fines del proceso, no con la situación de las partes. En el incidente la parte hace valer la causa que lo motiva. Esa causa puede o no estar prevista en la ley; en el recurso siempre está previsto por la ley, cuándo procede éste y cuál es la causa que lo determina, y el remedio aplicable, o sea, el recurso -- que procede en ese determinado caso. En tanto que el incidente esté o no previsto, siempre plantea una cuestión que debe resolverse en el momento, nunca se resuelve en la sentencia." --

( 26 )

Luego entonces, debemos inferir que por la relación inmediata con el asunto principal, la cual surge con motivo del incidente, efectivamente éste es de naturaleza sui generis de tal forma que origina y justifica su tramitación o desahogo para que de esta forma se esté en posibilidad de obtener una resolución lo más apegada a derecho, confor

( 26 ) PIÑA Y PALACIOS, Javier, Derecho Procesal Penal, México editado en los talleres Gráficos de la Penitenciaría del D.F. 1948, pág. 221

me a uno de los fines generales del Derecho Procesal Penal que es la aplicación de la ley penal al caso concreto.

### 3.- ANTECEDENTES

Los incidentes fueron desconocidos en los primeros tiempos del Derecho Romano por la razón de que, inspirado en el procedimiento de aquel pueblo el sistema formulario, no tuvieron entrada hasta que la litis contestatio, no significando ya la fórmula pretoriana, se reducía a una simple exposición y contradicción de la demanda entablada, no produciendo ninguna innovación en el pleito, cuyo efecto estaba reservado a la sentencia.

Nuestro derecho antiguo no reconoció expresamente los artículos e incidentes en la forma en que después lo explicó la ley de enjuiciamiento civil de 1855; pero la necesidad de resolver las cuestiones que pudieran promoverse con tal carácter durante el pleito, trajo necesariamente la consecuencia de que esos incidentes estuvieran autorizados en el fondo de las leyes.

El Código de Procedimientos Penales de 1880 no conceptúa ni clasifica aún los incidentes, puesto que en los señalamientos demasiado generales que formula, no

alcanza a precisar en forma clara, la connotación de los mismos. Es en el Código de Procedimientos Penales de 1894 dónde por primera vez se toca el punto, ya que incluye dentro de ellos, por ejemplo, el incidente de libertad por haberse comprobado una excluyente de responsabilidad. En igual forma el Código de Organización, de Competencia y de Procedimientos en materia penal, del año de 1929, incluye, aunque con las mismas deficiencias e imprecisiones que el anterior, el tema de los incidentes.

Por fin, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de agosto de 1931, ya se regulan de una manera clara y completa los incidentes, señalando quiénes los pueden promover, su sustanciación y cuáles son cada uno de ellos.

#### 4.- CONNOTACION JURIDICA

En lo referente a este tema, considero prudente hacer mi exposición, recordando los términos en los que se refiere el maestro Julio Acero al tratar el incidente desde su concepción jurídica más pura, quien expresa: " El incidente requiere sin duda la cuestión incidental, la materia accesoria, pero no bag

ta esto para constituirlo; precisa además . . . de cuerno incidental, esto es, figura propia procesal, individualidad cestecada, tramitación en forma y distinta de la tramitación principal, sin perjuicio de que su material concreción escrita se -- contenga o no en el mismo expediente de autos. La cuestión incidental simple puede resolverse de plano; el incidente como -- tal, significa otra contienda en la contienda, otro pequeño -- juicio dentro del principal; . . . las cuestiones incidentales no puedan evitarse; son, puede repetirse, cortapisas imprevisitas, despejamiento indispensable de obstáculos de fondo para -- el acceso lógico al fondo del negocio." ( 27 )

Ya se ha dicho que durante la tramitacion del proceso, se presentan muchas cuestiones de distinto carácter, las que necesariamente deben resolverse para lo-- grar la pretensión punitiva estatal; como ejemplo tenemos to-- dos los trámites ordinarios señalados expresamente por la ley; pero esto no quiere decir que todas estas actuaciones dentro -- del proceso se les pueda considerar como incidentes desde el -- punto de vista estrictamente legal, y esto lo señala también -- Julio Acero diciendo que: " Es el camino central en su curso -- directo de pasos necesarios y previstos." ( 28 )

Serie absurdo considerarlos como incidentes puesto que llegaríamos a conceptualizar bajo esta deno-

( 27 ) ACERO, Julio, Procedimiento Penal, Puebla, Pue., México - ed. José M. Cajica 1980 pág. 327

( 28 ) Ibid., pág. 328

minación, todos aquellos problemas que dan lugar a multitud de promociones procesales que forman parte del cuerpo mismo del proceso; como ejemplo de estas actuaciones tenemos la solicitud de que se cite a determinada persona para que acuda a juicio, la solicitud de que el juez ordene tal cita con el apercibimiento de ley a una persona que habiendo sido legalmente citada con anterioridad, no asistió al juzgado; el pedimento de que se señale nuevo día y hora para la celebración de la audiencia principal, y muchas otras más.

#### 5.- INCIDENTES QUE CONTEMPLA NUESTRA LEGISLACION

Nuestro ordenamiento procesal penal, para el Distrito Federal, en su título V, formado por los numerales del 444 al 574, nos menciona cuáles son los incidentes que regula y así podemos ver que los divide en dos grupos que son: especificados o nominados y los inespecificados o inominados, dependiendo lógicamente de que estén llamados con un nombre específico o que no tengan un nombre que los identifique.

El propio cuerpo legal señala expresamente los primeros y son: Incidente de libertad bajo caución, libertad bajo protesta, libertad por desvanecimiento de datos, de conflicto o cuestión de competencia, de acumulación

de procesos, de separación de procesos, de suspensión del procedimiento y el incidente de reparación de daño exigible a terceras personas.

Asimismo, el texto legal invocado, en su artículo 541 nos hace notar que, cuando se propongan cuestiones durante la tramitación de un proceso y que no sean de las que reciben un nombre específico, se les denominará incidentes no especificados.

El tratadista franco Sodi opina al respecto diciendo que: " Por ellos se entienden todos los - que pueden surgir en el curso del proceso, no estando previstos y especialmente regulados por la ley adjetiva aplicable." ( 29 ) Se encuentran entre éstos: la muerte del procesado, perdón del ofendido, prescripción de la pena, prescripción de la acción penal - entendida como extinción total y no como una -- interrupción de la misma - ; nulidad de actuaciones, libertad por extinción del máximo de la pena y otros.

( 29 ) FRANCO SODI, Carlos, ob.cit. pág. 540

### C A P I T U L O    I I I

#### EL INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS

- 1.- CONCEPTO.
- 2.- ANTECEDENTES
- 3.- PROCEDENCIA DENTRO DE LA SECUELA PROCEDIMENTAL
- 4.- PROCEDIMIENTO INCIDENTAL
- 5.- JURISPRUDENCIA DE LA H. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION Y LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO EN MATERIA PENAL
- 6.- EFECTOS DEL INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS.

## EL INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS

### 1.- CONCEPTO

Cuando 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 el cuerpo del delito, ya la presunta responsabilidad, entonces entendemos que por esta circunstancia --- procede la libertad por desvanecimiento de datos.

Como afirmación de lo antes di-- cho, fijaremos de igual manera lo que acerca del incidente de libertad por desvanecimiento de datos formula el maestro Colin Sánchez: " . . . es una resolución judicial, a través de la -- cual el juez instructor ordena la libertad, cuando basado en la prueba indubitable, considera que se han desvirtuado los -- elementos fundamentales en que se sustentó el auto de formal prisión ( cuerpo del delito y presunta responsabilidad )." --

( 30 )

De lo anterior se infiere que es este incidente tiene su razón de ser en las bases del proceso, -- cuerpo del delito y presunta responsabilidad, ya uno ya la --- otra; esto se debe a que el juzgador dicte el auto de término

( 30 ) COLIN SANCHEZ, Guillermo, ob.cit. pág. 547.

constitucional con los elementos de convicción que le son anejados en el período de preparación del proceso o del ejercicio de la acción penal, y estos a su vez, durante la instrucción se desvanecen en virtud de las pruebas rendidas con posterioridad a la formal prisión, o sea que ha transformado en insubsistentes los datos que en el auto en cuestión sirvieron para comprobarlos.

Dicho de otra forma, si durante la instrucción del proceso, se ofrecieron pruebas de tal naturaleza que con su desahogo dejen como consecuencia desvirtuados o desaparecidos los datos que utilizó el juzgador para acreditar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, estaremos entonces ante la procedencia legal de la libertad por desvanecimiento de datos. Podemos decir además que el mencionado auto constitucional, es la condición sine qua non para que el incidente de libertad aludido exista.

Considerando que la palabra desvanecer, tantas ocasiones mencionada, tiene varias acepciones, se considera correcto remitirnos al consentimiento del maestro Julio Acero, el cual, al tocar el tema nos dice: "Desvanecer debe ser correctamente entendido, a fin de que no se pretenda -- dar a una cuestión incidental, efectos de sentencia definitiva.

\* . . . hay que fijarse en la precisión del verdadero ' desvanecimiento ', atendiendo a la connotación de la palabra ' desvanecidos ' que usan los códigos para aplicarlo a los datos de que se trate.

" Desvanecer significa borrar, deshacer, disolver y en este caso, sin ningún paliativo, dejar destruidos totalmente, o mejor todavía, hacer desaparecer los elementos de referencia; no atacarlos, no ponerlos en duda solamente." ( 31 )

Este criterio esbozado nos induce a reflexionar en sus términos y a concluir, en efecto, cuando surge una libertad inesperada - por cuanto al proceso normal se refiere - se debe pensar solamente en la circunstancia de que en todo juicio criminal pueden existir datos a favor y datos en contra, pero indudablemente, no se debe pensar, para la formulación de este incidente, en el mayor valor de unos sobre otros, toda vez que el juzgador extralimitaría su función ya que estaría juzgando entonces el fondo del negocio o de la causa, sabiendo que sólo debe tratar de analizar y responder si los elementos de la prisión preventiva, han quedado o no borrados.

( 31 ) ACERO, Julio, ob.cit. pág.538

Cabe hacer mención a que si la prueba rendida y desahogada, desaparece o borra los elementos de convicción que dieron por acreditado el cuerno del delito, el resultado del incidente de libertad por desvanecimiento de datos será igual al de una sentencia absolutoria que haya causado ejecutoria, toda vez que al no haber delito, no podrá haber nuevos elementos jamás, que puedan configurar de nueva cuenta el delito por el que fue acusada una persona.

A diferencia de esto, si los nuevos elementos que sirvieron para fundar la libertad por desvanecimiento de datos, borraron los que utilizó el juez para acreditar la presunta responsabilidad, el efecto de dicha libertad equivale a una libertad por falta de méritos; expuesto a que, si el Ministerio Público encuentra nuevos elementos en lo futuro, estará en su derecho de ejercer otra vez acción penal en contra de la persona liberada por medio de un incidente como el que se estudia.

## 2.- ANTECEDENTES

El Proyecto del Código de Procedimientos Criminales para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California, formado por encargo del Supremo Gobierno, por los licenciados MA\_

NUEL DUBLAN, JOSE LINARES, LUIS MENDEZ y M. SILICEO, habla de los incidentes en su título VI, capítulo único, artículo 273 sin mencionar cuáles son los incidentes, pero sí afirma que -- los incidentes en materia criminal nunca suspenderán el curso del proceso, debiendo sustanciarse por cuerda separada.

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, encontrando en sus disposiciones que cualquier excepción que el procesado opusiere, será apreciada en la 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 a un fallo especial ( art.284 ).

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

La legislación penal que nos rige, formula con toda claridad en su título V, sección II del artí

culo 546 al 551, lo que es el incidente de libertad por desvanecimiento de datos, quier debe promoverlo, su procedencia dentro de la secuela procedimental, sus fundamentos, sustanciación y efectos de ley correlativos, situaciones que serán tratadas en seguida.

### 3.- PROCEDENCIA DENTRO DE LA SECUELA PROCEDIMENTAL

La libertad por desvanecimiento de datos, como derecho para el procesado, en virtud de que los fundamentos que sirvieron de base para dictar la formal prisión o preventiva han desaparecido o se han destruido en su totalidad, debe ser respetada, obligándose por ello el juzgador a decretar su procedencia, si del análisis del material de prueba aportado y surgido, así se colige.

Esto quiere decir, que si en el procedimiento sobrevienen cuestiones susceptibles de afectar el objeto principal del mismo, causando con ello que se deba realizar un planteamiento procedimental especial, estaremos definitivamente ante la presencia de un incidente que obligatoriamente deberá resolverse, puesto que de otra forma no se podría determinar la suerte del asunto principal.

Ahora bien, el momento oportuno

para que se formule la petición de libertad por desvanecimiento de datos, tendrá que ser, por lógica jurídica, durante el periodo de instrucción o actuación del órgano jurisdiccional, ya que es aquí donde aparecen los nuevos elementos de convicción que destruirán o harán insubsistentes los datos de la formal prisión o preventiva.

#### 4.- PROCEDIMIENTO INCIDENTAL

El procedimiento incidental es la práctica de la diligencia ordenada por la ley adjetiva penal cuando las partes procesales solicitan la libertad por desvanecimiento de datos, al percatarse que, durante el periodo de instrucción, las pruebas rendidas con posterioridad al auto de formal prisión, desvirtúan, desaparecen o desvanecen los datos ( pruebas ) que le sirvieron al juez para dictar la resolución de término constitucional que se ha mencionado.

Sabemos que para el juzgador es importante el estudio de las constancias de los autos que contienen las diligencias de averiguación previa que le son consignados, mismos que toma en consideración para cumplir con la función obligatoria que le ordena el artículo 19 constitucional, incluyendo las diligencias que se practican antes de que

fenezca dicho plazo , tales como la declaración preparatoria del indiciado, pruebas testimoniales, algunas pruebas documentales y, ¿ Por qué no ?, algunos dictámenes que puedan ser debidamente desahogados dentro de ese lapso.

Con todos estos elementos, y del estudio que de los mismos realice el juzgador, estará en actitud de dictar el auto de formal prisión, cuando dichas pruebas o constancias procesales hagan presumir, según su criterio, -- que el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del indiciado, han quedado presumiblemente acreditadas. Pero, podemos repetir, que cuando durante la instrucción se demuestre en forma plena e indubitable que esos elementos que tomó en consideración el juzgador como base para acreditar la presunta responsabilidad y el cuerpo del delito, han sido desvirtuados por otras pruebas posteriores allegadas al proceso, que tienen -- fuerza probatoria plena y eficaz, procede legalmente conforme al numeral 546 del Código de Procedimientos Penales para el -- Distrito Federal, la libertad del reo.

Pasando propiamente al estudio . del desenvolvimiento o desarrollo del procedimiento incidental, es bueno recordar que si bien es cierto que el trámite para su diligenciación es breve y sencillo, tal como lo establece el -

artículo 346 del ordenamiento procesal penal para el Distrito Federal, no debe desestimarse al mismo, ya que es de suma importancia dentro del procedimiento penal puesto que puede originar como consecuencia de su desahogo, el sobreseimiento del mismo.

Dicho trámite consiste en lo siguiente: Cuando el procesado, su defensor o el Ministerio Público solicitan la libertad por desvanecimiento de datos, se formula la petición al órgano jurisdiccional por medio de un escrito en el que se expresarán los motivos y circunstancias que se hagan valer para fundamentar su pedimento, haciendo notar específicamente cuáles fueron en el caso concreto las pruebas que desvanecen o hacen insubsistentes las que fundamentaron el auto de formal prisión.

Hecha la promoción, el juez ordena sean citadas las partes para la celebración de la audiencia dentro del término de cinco días hábiles, oyendo a éstas en su respectiva alocución, donde se refieren esencialmente a su pliego petitorio en vía de ratificación y después de esto, sin más trámite ni tardanza, el órgano de la jurisdicción resolverá si ha procedido o no, en su caso, el incidente peticionado, contando para ello con un plazo de setenta y dos horas conforme -

al numeral 548 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Como un comentario al margen, -- considero conveniente tocar en este momento una ley procesal -- que habla acerca de la conformidad o inconformidad respecto a las resoluciones dictadas por el titular del Órgano jurisdiccional y que nos dice que no podrá apelar aquel que obtuvo lo que pidió; relacionándola directamente con el artículo 418, fracción II del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el cual se refiere precisamente a las resoluciones -- que son materia de la interposición del recurso de apelación y que en lo concerniente al tema que nos interesa, dice que son apelables los autos que conceden o nieguen la libertad ( art.- 418 ).

Esta libertad, como sabemos, puede ser decretada en forma favorable o no en diversas instancias procesales como son el auto de término constitucional, la sentencia o en la petición de libertad por desvanecimiento de datos.

Como materia de apelación que son los mencionados autos, éstos pueden proceder conforme lo determina la ley procesal penal, en ambos efectos pero como --

excepción solamente, toda vez que la misma ley determina categóricamente que el recurso de apelación procederá sólo en el efecto devolutivo, o sea que no se suspende la ejecución del auto o de la sentencia; esto quiere decir que si el incidente de libertad por desvanecimiento de datos se declara procedente, aunque se interponga el recurso de apelación por la otra parte procesal, no se suspenderá la ejecución de la libertad decretada.

Como consecuencia de todo lo anterior y con el propósito de explicar cómo surge en un momento dado la posibilidad de solicitar la libertad por desvanecimiento de datos a favor del procesado, que dicho en otras palabras significa la confrontación de la instrucción contra el auto de formal prisión, me permito señalar la forma en que se desvanecerían, por ejemplo, los datos que sirvieron para decretar la formal prisión o preventiva en los delitos de homicidio y fraude.

a).- Homicidio.- Una persona es acusada porque supuestamente cometió el delito de homicidio; existiendo en las diligencias de averiguación previa, un protocolo de necropsia en el cual, los médicos legistas manifiestan que el lesionado falleció a consecuencia de los golpes inferi-

dos que causaron traumatismo craneo-encefálico en el individuo.

Además existen otras pruebas que lo señalan como responsable, tales como declaraciones de testigos que manifiestan haber visto la forma en que se golpeaban tanto el lesionado como el acusado, existiendo también la propia confesión cualificada de éste, aceptando haber contendido con el ahora occiso. Con tales pruebas en su contra, le es decretada la formal prisión en el término de ley, abriéndose el período de instrucción del proceso en el cual, al ofrecer las pruebas para su defensa, el procesado objeta el protocolo de necropsia aludido y ofrece un dictamen pericial médico en el que se concluye que si bien es cierto que el lesionado falleció después de la contienda de obra que sostuvo con el ahora procesado, también es cierto que no falleció a consecuencia de los traumatismos sufridos por manos de su agresor, sino por una intervención quirúrgica desgraciada que practicaron los médicos que atendieron a la víctima en la sala de operaciones del nosocomio de emergencia donde fue llevado.

Comprobando esto plenamente, ya que al practicar el estudio en el cadáver exhumado de la víctima, se descubrió por medio de múltiples estudios y análisis correspondientes, que la causa directa de su muerte fue la indicación de elementos extraños o aparición de los mismos en la -

parte del cuerpo donde le fue practicada la intervención quirúrgica, consistiendo éstos en telas de gasa podrida que utilizaron para limpiar las heridas y que por un total descuido no secaron del cuerpo de la víctima cuando suturaron las heridas que le fueron atendidas.

De esta forma, el nuevo dictamen alejado al proceso y que actúa como medio de prueba, hace que desaparezca en su totalidad lo expresado en el protocolo de necropsia que obra en los autos desde el período de averiguación previa y que independientemente de las otras pruebas señaladas, fue el factor principal que tomó en consideración en juez, para dictarle el auto de formal prisión al entonces indiciado.

Es aquí precisamente cuando se debe promover el incidente de libertad por desvanecimiento de datos, que dará lugar al procedimiento incidental del que hablamos y que en el presente caso origina el sobreseimiento de la causa.

b).- Fraude.- Una persona es acusada por la supuesta comisión en el ilícito de fraude, por haber suscrito un cheque cuando aparentemente había cancelado su cuenta en la institución bancaria donde la tenía. Los elemen--

tos que sirvieron de base para la consignación y después el au  
to de formal prisión que le decretó el juez, fueron las de  
claraciones del asesor jurídico de la institución bancaria y el -  
informe que se obtuvo de la computadora, respecto a la presun-  
ta cancelación de la cuenta de cheques mencionada, así como la  
propia declaración del acusado, quien manifiesta desde un prin-  
cipio que nunca canceló la cuenta y menos aún cuando había sus-  
crito un cheque por la cantidad de cien mil pesos, suma respe-  
table y de la cual él sabía que disponía de fondos más que su-  
ficientes para que pudiera ser cubierto en el momento mismo de  
la presentación.

En el término de ofrecimiento  
de pruebas el procesado ofrece como tal, una confrontación de  
su talonario personal de cheques, con los documentos de la per-  
sona moral supuestamente ofendida, solicitando incluso el in-  
forme del estado de cuenta que según él estaba en orden.

Acordado favorable su pliego pe-  
titorio, se ordenó a la institución que cumpliera con lo preve-  
nido en el auto de admisión de pruebas y cuando el asesor jurf-  
dico entregó al juzgado la documentación solicitada, en ella  
aparecía que por un error en la programación de las máquinas  
del centro de computación, que afectaba directamente el funcio

namiento de la computadora donde se pretendió hacer efectivo - el cheque aludido, ésta señalaba que la cuenta había sido cancelada pero al realizar la contabilidad general que periódicamente realizan los bancos, se percataron que existía un sobrante en las cantidades totales de la institución y que era precisamente por los cien mil pesos que se contenían en el cheque girado por el acusado, y que por el error que se menciona, nunca pudo hacerse efectivo el pago.

Esta situación que fue puesta en conocimiento del juez instructor, en la fecha de la audiencia principal, en la cual el asesor manifiesta inclusive que fue un error no calculado en el momento toda vez que las instituciones bancarias no acostumbran realizar la contabilidad general cada vez que se presenta un cheque para su cobro, desvirtuó automáticamente la acusación que se había hecho en el sentido de que la cuenta de cheques había sido cancelada con anterioridad al cobro del documento multimencionado.

De esta forma, se procede conforme a derecho para solicitar la libertad por desvanecimiento de datos, en virtud de que el primer informe que obtuvo la computadora fue totalmente contradictorio al segundo pero que no obstante, sirvió en aquel momento como base para acreditar el

cuerpo del delito de fraude y con ello la presunta responsabilidad del acusado.

5.- JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO EN MATERIA PENAL

Toca ahora transcribir algunas tesis de jurisprudencia que tanto nuestro máximo tribunal mexicano, como los tribunales de la materia han sostenido en cuanto al desvanecimiento de datos, que motiva la libertad del procesado y son las siguientes:

" Por desvanecimiento de datos - no debe entenderse que se recaben pruebas que favorezcan más o menos al inculpado, sino que aquellas que sirvieron para decretar la detención o prisión preventiva, sean anuladas por otras posteriores, y si éstas no destruyen de modo directo las que sirvieron de base para decretar la formal prisión, aún cuando favorezcan al inculpado, deben ser materia de estudio en la sentencia definitiva y no pueden servir para considerar desvanecidos los fundamentos de hecho de la prisión motivada.

" Quinta época: tomo XXIX, Pedro Demófilo pág.1654. Tomo XLIX, Sahuri Miguel pág.630. Tomo LIII, González López Antonio, pág.1068. Tomo LV, Navarero Rengel Carlos pág.2129. Tomo LVIII, Vilaseñor Torres Carlos, pág. --- 191."

" La circunstancia de que se decreta la libertad por desvanecimiento de datos en favor del -- acusado, no es obstáculo para que si con posterioridad apare-- cen nuevos datos, se ordene la nueva aprehensión del propio -- acusado.

Quinta época, tomo XIII, pág. 371. Bello, Arnulfo. tomo XVI, 636. Carrillo, Santos y Coags. tomo XXVIII, pág. 1158. Méndez, Zacarías. tomo XXVIII, pág. 1267. Velázquez, Diego. tomo XLIII, pág. 2794. Medina, Reynaldo y --- Coags."

" 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 aquél proveído, pues dicho procedimiento no tiene otra finalidad que establecer si nuevos datos constituyen prueba indubitable capaz de desvanecer las que sirvieron como fundamento a aquella resolución. Verificar si estos últimos son suficientes para tener por acreditado el --- cuerpo de delito o delitos a que se contrae el auto y la probable responsabilidad del inculcado, así como estudiar si ha sido correctamente clasificada la conducta y exactamente aplica-

da 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.

Amparo en revisión 106/76. Margarito Montigo García. 31 de agosto de 1976. Unanimidad de votos Ponente: Victor Manuel Franco. Tribunal Colegiado del Primer Circuito. Informe 1976."

" Es inexacto que la resolución que declara infundado un incidente de desvanecimiento de datos substituya procesalmente al auto de formal prisión y que por eso resulte improcedente el juicio de amparo que se instaure en contra del mandamiento del bien preso. Lo anterior, porque el auto de formal prisión y el incidente de desvanecimiento de datos son instituciones jurídicas totalmente distintas que tienen por finalidad analizar problemas diversos, lo que impide catalogarlos como meras instancias o grados establecidos para resolver un mismo punto de derecho. Es patente lo afirmado, -- porque mientras que en el auto de formal prisión se debe determinar si los datos del sumario aportados hasta esos momentos son bastantes para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado, en el incidente de libertad por desvanecimiento de datos se va a calificar si las diversas

constancias rendidas con posterioridad al auto que decidió la situación jurídica, son suficientes para desvanecer los datos que sirvieron para dictarlo. Por consiguiente, en el incidente de desvanecimiento de datos, a diferencia de un recurso, como pudiera ser el de apelación, no se va a resolver si la declaratoria de formal prisión se pronunció en forma ilegal, pues estaría vedado al juez natural ocuparse de ello, sino que se va a determinar una cuestión de diversa índole; entonces al dictarse la resolución que declara infundado el incidente de referencia, no opera una substitución procesal semejante a la que se genera cuando se falla un recurso interpuesto en contra del auto de formal prisión."

Toca 327/77. Sergio Antonio Flores González. 30 de septiembre de 1977. unanimidad de 4 votos. Ponente: Enrique Arizpe Narro. Secretario: Pedro Elías Lara. Tribunal Colegiado del Noveno Circuito. Informe 1977.

De las anteriores transcripciones se deduce claramente que tanto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como los Tribunales Colegiados de circuito en materia penal, sostienen en forma unívoca y determinante, que el incidente de libertad por desvanecimiento de datos tiene como finalidad primordial, la de determinar si las pruebas

que sirvieron como base para dictar el auto de formal prisión, fueron, durante el período de instrucción, anuladas en forma plena e indubitable por otras pruebas posteriores.

#### 6.- EFECTOS DEL INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS

Los efectos de la resolución que determina sobre la procedencia del incidente de libertad por desvanecimiento de datos, son los siguientes: a).- materiales; b).- suspensivos y c).--- inmediatos o definitivos.

a).- Como efecto material está la obtención de la libertad del reo, en el momento mismo de la resolución en sentido favorable; debiendo entregar el juzgador a aquél, su boleta de libertad en la que se contenga el resultado de la substanciación del incidente en cuestión.

b).- 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.

Lo llamo efecto suspensivo porque 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 vuelvan a hacer presumir que el reo liberado es probablemente culpable, se ordenará su reaprehensión para dar paso a un nuevo proceso en su contra.

Dicho de otra forma, la libertad que se estudia tiene los mismos efectos de una libertad -- por falta de méritos, como la que se dicta al acusado al vencerse el término constitucional de setenta y dos horas; desprendiéndose esto de la lectura del artículo 302 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

c).- El efecto inmediato o definitivo del incidente de libertad por desvanecimiento de datos, está fundamentado en la fracción I del artículo 547 del ordenamiento penal procesal vigente, del cual se desprende que dicho incidente procederá cuando se declaren insubsistentes las pruebas que fundamentaron la formal prisión del acusado, por haber presumido hasta esos momentos que el cuerpo del delito estaba comprobado. Cuando no hay delito tipificado al vencimiento del término que señala el artículo 19 constitucional, el juez no -

pueda incoar al acusado puesto que si no se ha transgredido -- ninguna norma que prescribe el Código Penal, no podrá existir un responsable de lo que no se ha materializado jamás.

Igual sucede cuando durante la instrucción surgen nuevos datos o pruebas que desaparecen o -- desvanecen las que sirvieron al juzgador para acreditar el --- cuerpo del delito; estas nuevas probanzas harán prueba plena en el juicio y en consecuencia, la libertad que se decreta al procesado tendrá carácter de absoluta, o sea, que nunca se podrá reiniciar en su contra un nuevo proceso tal como sucede -- con el efecto suspensivo del incidente estudiado.

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

PRIMERA.- El Procedimiento Penal Mexicano se divide en mi concepto, en cuatro períodos y son; averiguación previa, instrucción, juicio y ejecución de las sentencias; - consisten respectivamente en; el conjunto de diligencias que practica el Ministerio Público para integrar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del indiciado y con ello, ejercer la acción penal que le compete; las diligencias que realice el juzgador para comprobar plenamente la existencia del cuerpo del delito y la responsabilidad del acusado; la apreciación de las pruebas en el criterio del órgano de la acusación y de la defensa, a fin de precisar sus respectivos puntos de vista y, por último, - la concreción misma de todo proceso que incluye la extinción de las sanciones impuestas.

SEGUNDA.- Considero al incidente como el acontecimiento extraordinario al proceso pero con innegable vinculación al mismo y que, por lo mismo, debe ser resuelto inmediatamente puesto que puede influir notablemente en la decisión de fondo del asunto principal.

TERCERA.- Considero que el incidente de libertad por desvanecimiento de datos es de naturaleza sui géneris, misma que origina y justifica su tramitación, para que el juzgador esté en posibilidad de dictar una resolución que cumpla con uno de los fines primordiales -- del Derecho Procesal Penal, la aplicación de la Ley Penal al caso concreto.

CUARTA.- El incidente de libertad por desvanecimiento de datos considero, tiene por objeto valorar las nuevas aportaciones al proceso, para decidir si están o no desvirtuados, destruidos o desvanecidos, los datos o pruebas en que se fundó para decretar el auto de formal - prisión, por haber presumido, tipificado el cuerpo del delito o la presunta responsabilidad del inculcado.

QUINTA.- La libertad por desvanecimiento de datos se promueve como incidente por las partes, formulándose por escrito, citando al juez para audiencia en cinco días hábiles, en la que aquellas son escuchadas y resuelve éste después de setenta y dos horas sobre su procedencia o no.

**SEXTA.-** 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 como presunto responsable en la comisión del delito por el cual fue consignado; debiendo ser plena o indubitable la destrucción de dichas pruebas.

**SEPTIMA.-** Los efectos que resultan de la tramitación del incidente que se estudia, pueden resumirse en mi concepto en tres y son: 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 procesal correspondiente, para acreditar presuntivamente el cuerpo del delito.

B I B L I O G R A F I A

- 1.- ACERU, Julio, Procedimiento Penal, Puebla, Pue. México, Editorial José M. Cajica, 1980.
- 2.- ALCALA-ZAMORA, Niceto y LEVENE ( hijo ), Ricardo, Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Editorial Guillermo Kraft - - Ltda. 1945.
- 3.- CARNELUTTI, Francesco, Cuestiones Sobre el Proceso Penal, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.
- 4.- CLARIA-OLMEDO, Jorge A. Tratado de Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1945, tomo III.
- 5.- COLIN SANCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, México, D. F. Editorial Porrúa S.A. 1981.
- 6.- FLORIAN, Eugenio, Elementos de Derecho Procesal Penal. - - trad. de L. Prieto Castro, Barcelona, Editorial Bosch, 1948, segunda edición.
- 7.- FRANCO SODI, Carlos, El Procedimiento Penal Mexicano, México D.F. Editorial Porrúa S.A. 1957, cuarta edición.

- 8.- GARCIA RAMIREZ, Sergio, Derecho Procesal Penal, México, D.F. Editorial Porrúa S.A. 1980.
- 9.- GONZALEZ BLANCO, Alberto, El Procedimiento Penal Mexicano, México, D.F. Editorial Porrúa S.A. 1982.
- 10.- LEONE, Giovanni, Tratado de Derecho Procesal Penal, traduc. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, tomo I.
- 11.- PEREZ PALMA, Rafaél, Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal, México, D.F. Editorial Cárdenas Editor y distribuidor. 1980.
- 12.- PIÑA Y PALACIOS, Javier, Derecho Procesal Penal, México, - editado en los talleres gráficos de la Penitenciaría del Distrito Federal, 1948.
- 13.- RIVERA SILVA, Manuel, El Procedimiento Penal, México, D.F. Editorial Porrúa S.A. 1982

#### LEGISLACION CONSULTADA

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

1917

1.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal	1931
3.- Código Federal de Procedimientos Penales	1934
4.- Semanario Judicial de la Federación	
pág	tomo
1654	XXIX
630	XLIX
1068	LIII
2129	LV
191	LVIII
371	XIII
636	XVI
1158	XXVIII
1267	XXVIII
2794	XLIII