



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

370
29

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
A R A G O N
ESCUELA DE DERECHO

LA OFICIOSIDAD COMO FORMA DE PERSECUCION
DEL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DEL
PROPIO DERECHO

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
RAYMUNDO SERRANO NOLASCO

ARAGON, ESTADO DE MEXICO

1990

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

I N D I C E .

LA OFICIOSIDAD COMO FORMA DE PERSECUCION
DEL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DEL PRO
PIO DERECHO.

Pág.

INTRODUCCION I

CAPITULO I .

ETAPAS DEL DERECHO PENAL .

- A) LA VENGANZA PRIVADA
- B) LA LEY DEL TALION Y LA COMPOSICION
- C) LA VENGANZA DIVINA
- D) EL ESTADO DE DERECHO 1

CAPITULO II .

LOS PRINCIPIOS DE PERSECUCION DE LOS DELITOS

- A) LA OFICIOSIDAD DE LA ACCION PENAL
- B) LA QUERRELLA DE PARTE 29

CAPITULO III .

ESTUDIO DEL TIPO DE EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO
DERECHO

- A) DESCRIPCION LEGAL
- B) REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD
- C) ELEMENTOS DEL TIPO
- D) SUJETO ACTIVO y PASIVO..... 52

CAPITULO IV .

**EL BIEN JURIDICO TUTELADO DEL EJERCICIO INDEBIDO
DEL PROPIO DERECHO COMO BASE DEL REQUISITO DE --
PROCEDIBILIDAD DE OFICIO .**

- A) EL BIEN JURIDICO TUTELADO**
- B) LA FUNCION JURISDICCIONAL COMO POTESTAD
SOBERANA DEL ESTADO**
- C) CONTRADICCION ENTRE LA PROTECCION DEL BIEN
JURIDICO TUTELADO Y LA QUERRELLA DE PARTE 78**

CONCLUSIONES V

BIBLIOGRAFIA XI

INTRODUCCION .

Cualquiera que contemple el mundo jurídico como un ideal, ya busque equidad, justicia, legalidad, imparcialidad — o — todo junto —, debe sentir una gran tristeza al ver que la ciencia-jurídica se encuentra inmersa en impresiones y abundantes lagunas y que no en pocas ocasiones técnicamente es deficiente, y (si es un hombre de fuerza y con espíritu de justicia) también debe sentir un apremiante deseo de conducir a la disciplina del Derecho hacia horizontes más justos y a un mayor grado de desarrollo que permita al hombre alcanzar su dignificación como ser humano. Asimismo proponer reformas a los ordenamientos legales, y poder alcanzar así la ley perfecta que hasta el momento constituye una utopía y por -- que no decirlo una meta obligada para todos aquéllos estudiosos del Derecho y de quienes de alguna manera contribuimos para ese fin.

Este es el deseo que en el comienzo impulsó a los -- precusores de las grandes reformas en la ciencia jurídica, pero ahora corresponde a las nuevas generaciones tomar la " estafeta ", y mediante estudios serios y metódicos proponer reformas que nos conduzcan a una ley mas justa, mas humana y protectora del débil.

La inquietud que nos llevó a realizar el estudio téc
nico-jurídico del delito denominado EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO -
DERECHO, fué que en la práctica nos percatamos que el legislador ha
bía sido ligero en la concepción del mismo, al no equilar la enor
me importancia que reviste el bien jurídico que es tutelado por el
ilícito, en estudio y señalar como requisito de procedibilidad a la
querrela, abandonando así al libre arbitrio del particular el casti
go o impunidad de la conducta ilícita.

Nos percatamos que era de urgente necesidad sujetar
la conducta típica descrita en el numeral 226 del código punitivo a
la oficiosidad de la acción penal, toda vez que el sujeto activo de
éste delito no contraviene intereses particulares, sino que se ins-
taura contra la función jurisdiccional que ejerce el Estado en uso
de su soberanía a través de los órganos jurisdiccionales.

Todo aquél criminal que agrede a un individuo por --
cualquier medio sin atenerse a los ordenamientos legales, se opone
al bien común, a la seguridad jurídica y a otros principios comunes
por lo que la represión de éstas conductas no deben abandonarse a
la voluntad del particular.

Para realizar el estudio analítico del delito, es --
preciso adentrarnos en el desarrollo de las etapas del Derecho Pe--
nal, sin embargo, no siendo éste un tratado de historia, debimos es
coger lo mas significativo de diferentes épocas y lugares, para dar
una idea general del desarrollo de las ideas penales, remitimos a
lo que fué el Derecho Germánico y el Romano, hacer referencia a las
primeras instituciones penales en nuestro país, conocer la importancia

cia del Derecho Canónico y equilar en su justo precio el enorme avance que revistió el Liberalismo Inglés que tuvo su máximo exponente en la Revolución Francesa y llegar así, hasta el Derecho Penal de nuestros días.

Asimismo se hace necesario realizar un profundo análisis de las Instituciones de la querrela y la oficiosidad de la acción penal, señalando sus diferencias y haciendo especial mención en que la querrela es un derecho potestativo, en el cual se obsequia al particular la potestad de decidir si el delito es castigado o permanece impune, ya se vera en el desarrollo de la presente tesis que al conservar la institución de la querrela en nuestro ordenamiento punitivo no se trata de reminiscencias del pasado en el que se entronizaba la venganza privada como un derecho y un deber para el ofendido, sino que dicha institución sigue vigente por motivos de bien público.

Posteriormente hemos de adentrarnos en el estudio del tipo de Ejercicio Indebido del propio derecho, resaltando la enorme importancia del ilícito a pesar de ser uno de los más "jóvenes" delitos incrustados en nuestro ordenamiento penal. Y al profundizar en el estudio de bien jurídico haremos notar la enorme tradición en la que incurrió el legislador al señalar a la querrela como principio de persecución del multicitado delito, lo cual constituye un craso error que no debemos, ni podemos soslayar.

Vaya pues, mi propuesta en el desarrollo del presente trabajo de tesis, para que el delito de Ejercicio indebido del propio derecho se sujete a la oficiosidad de la acción penal, salvaguardando así la técnica jurídica que debe prevalecer en nuestros ordenamientos legales, pero por sobre todo dejando intacta la soberanía del Estado en su función jurisdiccional y por ende el bien público.

C A P I T U L O I.

ETAPAS DEL DERECHO PENAL .

- A) LA VENGANZA PRIVADA .
- B) LA LEY DEL TALION Y LA COMPOSICION .
- C) LA VENGANZA DIVINA .
- D) EL ESTADO DE DERECHO .

C A P I T U L O I .

ETAPAS DEL DERECHO PENAL .

Para conocer la evolución de las ideas penales, y así, poder comprender el sistema jurídico penal vigente en nuestro País, es menester sumergirnos en las ocultas sombras de la historia, remitirnos a los primeros grupos humanos, al nacimiento de las sociedades, conocer el arranque de las leyes y acompañar al hombre en su largo y escabroso camino hacia su pretendido y hasta hoy anhelado Estado perfecto de Derecho, -- que ha constituido la máxima aspiración del hombre y un punto obligado para el engrandecimiento del espíritu humano.

En igual sentido se manifiesta el maestro Ignacio Villalobos al expresar: " La historia del Derecho Penal no se estudia por afán de exhibir una supuesta erudición vacía de sentido y de utilidad, sino por el beneficio que reporta para la mejor inteligencia de las instituciones actuales, el conocimiento cooperativo de sus orígenes y de sus antecedentes así -- como la observación atenta del proceso que ha seguido el Dere-

cho en su evolución. " (I)

Es necesario, entonces, formar una idea precisa, completa y verdadera de la evolución de las ideas penales, auxiliarnos realizando una observación seria y metódica de la historia y así poder aprovechar la experiencia acumulada en siglos anteriores, remitirnos a lo que fue derecho Germánico y el Romano, hacer referencia a las primeras instituciones penales en nuestro País, conocer la importancia del derecho Canónico y -- aquilatar en su justo precio el enorme avance que revistió el -- Liberalismo Inglés que tuvo su máximo exponente en la Revolución Francesa y llegar así, hasta el derecho penal de nuestros -- días. Ahora bien, en este sentido, es necesario formular una -- aclaración: No debe confundirse la evolución de las ideas penales con la historia del derecho penal, toda vez de que las primeras son una mera clasificación sistemática elaborada por los -- estudiosos para una mayor comprensión de la evolución de las -- ideas penales y la segunda como sabido es por todos, son los hechos ocurridos respecto a la legislación penal a lo largo del -- tiempo, sin embargo sería arbitrario pretender separar su estudio.

El progreso de la función represiva presenta diversos matices según el pueblo en estudio. Ni en todas las sociedades ha sido idéntico, ni tampoco ha sucedido con normal --

(I) Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, México, 1983, p.24

tránsito en las diversas épocas, en cada uno de los períodos --
conviven ideas opuestas y aún contrarias.

Los tratadistas distinguen períodos diversos en la evolución del derecho penal, así pues, Garraud distingue dichos períodos en: A) La venganza privada (por el ofendido o su familia) y B) La venganza pública (fases teocrática, de intimidación y de corrección); Cuello Colón ⁽²⁾ clasifica en 4 cuatro períodos: A) El de la venganza privada, B) El de la venganza divina, C) El de la venganza pública y D) Período humanitario. Prins: A) Período consuetudinario de reparación (hasta la edad media), B) De expiación o intimidación (hasta el renacimiento), C) Humanitario (hasta el siglo XVIII y parte del XIX) y D) Científico (contemporáneo); para el Maestro Castellanos-Tena: ⁽³⁾ A) De la venganza privada, B) De la venganza divina, C) De la venganza pública, D) Período humanitario y E) La época científica; El Maestro Ignacio Villalobos ⁽⁴⁾ los distingue: A) - Época bárbara o de la venganza privada, B) Período Teocrático, - C) Concepción política, D) Tendencia humanitaria y E) Período científico; a su vez el insigne maestro Pevón Vasconcelos ⁽⁵⁾ como: A) De la venganza privada, B) De la venganza divina, C) De la venganza pública y D) Período humanitario, al respecto de la

(2) Derecho Penal, I., Ed. Bosch, Barcelona, 1975, p. 65.

(3) Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Ed. Porrúa, México, 1978, pp. 31 y 37.

(4) Op. cit., pp. 24 y 30.

(5) Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, México, 1987, pp. 51 a 68

clasificación que nos ocupa Zaffaroni nos dice: " En las exposiciones de la evolución legislativa penal, ha prevalecido la adopción de la teoría progresiva, así, una de las más comunes distinciones que se formula trata de la venganza privada como período primitivo, la venganza pública cuando el Estado toma a su cargo la pena, la humanización de la pena a partir del siglo XVIII y el período actual..." (6) Por su parte el Ilustre maestro Carranca y trujilló asevera: " buscando la mayor generalidad nosotros distinguiremos entre el sistema de la venganza privada en sus dos aspectos: Individual y familiar y con sus limitaciones; El talión y la composición pecuniaria y el de la venganza pública en el que destruiremos el elemento religioso político guerrero y los períodos intimidatorios, correctivo, humanitario y científico." (7)

Similares distinciones a las anteriores, de las etapas del derecho penal hacen los demás tratadistas, que nos abstenemos de mencionar para no aburrir a los amables lectores - lo cierto es que todos los períodos a los que se ha hecho referencia han tenido influencias mutuas, en cada uno de ellos conviven ideas opuestas y aún contrarias, sería equivocado pensar que cada una de las etapas del derecho penal han nacido por generación espontánea, toda vez que estas han sido el producto de

(6) Manual de Derecho Penal, Ed. Cárdenas, México. 1970.p.148.

(7) Derecho Penal Mexicano, parte general; Ed. Porrúa, México 1987. p. 92.

Una serie de hechos situaciones y sucesos, en donde surge el principio que le da el nombre, mas no debe pensarse que agotado el principio animador de un periodo, sucede a aquél un nuevo principio único inspirador de la justicia penal en el siglo siguiente, no, estos periodos no se suceden por entero, ni cuando uno aparece puede considerarse extinguido el precedente, por el contrario en cada uno si bien culmina una idea penal predominante, conviven en ellos otros no solo diversos, sino hasta contrarias. A este respecto y en el mismo sentido se manifiesta Zaffaroni al escribir "...los asesinatos políticos con auspicio oficial, el proceso Minzenty, los tribunales especiales, la reclusión manicomial de disidentes, el derecho penal nazi, el escuadrón de la muerte, y otros ejemplos, nos sirven para demostrar que el camino en el plano de lo real no es tan lineal, ni evolutivo, sino una lucha permanente y constante, y que, venganza privada, venganza pública y tendencias humanitarias son términos que hayamos en todas las épocas."(8)

Nosotros habremos de realizar el estudio de las etapas del derecho penal distinguiendolas como sigue: De la venganza privada o época barbara en donde cada particular, cada familia se hace justicia por si misma, y por considerar que reviste suma importancia por el enorme adelanto que en su época represen-

(8) Op. cit., p.150.

té, el TALION y LA COMPOSICION, la habremos de estudiar como etapa aparte. La Venganza divina; período en el cual la justicia repressiva es manejada por la clase sacerdotal y, por último distinguiremos el ESTADO DE DERECHO, debiendo entender esta denominación no como una entidad plena de garantías legales, sino mas -- bien como una etapa en la cual el derecho a castigar se encuentra en manos del Estado y comprende: La venganza pública, el período humanitario y la etapa científica.

A) DE LA VENGANZA PRIVADA .

En el primer período de formación del Derecho Penal se enseñoreaba, LA VENGANZA como reacción lógica y obligada contra todo ataque injusto, en esta etapa cada particular, cada familia se hacen justicia por sí mismos. En aquellos remotos -- tiempos en donde la historia se confunde con la leyenda, el hombre toma la justicia en sus manos y toda ofensa que recibe él o su familia dá motivo a la venganza. Primeramente motivaba esta-reacción el homicidio y las lesiones pero posteriormente se hizo extensivo a todo tipo de ofensas.

Tenemos conocimiento de esta etapa que algunos - autores se han dado en llamar también " bárbara " o de la " sangre " a través de las narraciones mitológicas y de los antiguos poemas en los cuales se da la VENGANZA como un derecho a quien- ha sufrido una ofensa, esta actividad vengadora contaba con el- apoyo de la colectividad misma, quien le debe al ofendido todo- su apoyo y respaldo moral, reconociéndole así su derecho a ejer- citarls, es por ello que no toda venganza puede considerarse co

mo antecedente de la represión penal sino sólo aquella — como — ya se dijo — ue sea apoyada por la colectividad misma, que sanciona el derecho del ofendido a esa actividad vengadora.

En ese mismo tenor el maestro Carranca y Trujillo escribe: " El hombre, reforzado en su Gens, que hace suyo el derecho a la venganza se siente ya ligado al grupo; no esta solo — cuenta ahora con el derecho a ser protegido y vengado; correlativamente reconoce su deber de proteger y vengar a los suyos y desomterse a ellos. "(9) Por su parte el insigne maestro Cuello Ca lón asevera: " En los primeros grupos humanos cuando el poder público no poseia aún el poder necesario para imponerse a los particulares la función penal revestía el aspecto de una venganza.— Pero esta venganza, ya sea la individual, la practicada de individuo a individuo o la realizada de un grupo familiar contra otro no puede considerarse como una forma de reacción propiamente penal, es puramente personal y la sociedad permanece extraña e indiferente a ello, solamente cuando la sociedad se pone de parte del vengador, reconoce la legitimidad de la venganza y le ayuda— en caso necesario, es cuando puede hablarse de una venganza privada. " (10)

Desde luego no puede afirmarse que éste período consti tuya en si, una etapa del derecho penal, solo es a fé nuestra, — un antecedente del mismo, por que siendo congruentes con la rea-

(9) Op. cit., p.94.

(10) Op. cit., p.68.

lidad en un gens, tribu, sociedad o cualesquier grupo humano en donde no exista una autoridad suficientemente fuerte que tome por su cuenta el castigo de los culpables y el aseguramiento del orden y la paz, el hombre por su propia naturaleza buscará vengar la ofensa recibida.

Como ya antes se apuntó, muchas son las narraciones mitológicas, los antiguos poemas y las leyendas que nos exponen de manera clara el espíritu animador de este período, " .. como la de Teseo sacrificando a los jóvenes centauros por haber injuriado a las princesas unidas a él por vínculos de sangre; o el jramento que hizo Lucio Tarquino Colatino, de dar muerte a su primo Sexto Tarquino con el propio puñal con que Lucrecio se quitó la vida al ser ultrajada por éste; y es importante advertir que todas estas anécdotas no son simples relatos de venganzas que aún pueden ocurrir hoy a espaldas de la ley y de la opinión pública, sino que se refieren como perfectamente legítimas, lo que denota las costumbres y criterios de la época."^(II)

Este fenómeno histórico, en donde la venganza se entroniza por la ausencia o debilidad del poder público, lo encontramos en los anales históricos de la gran mayoría de las naciones del orbe, V.gr: Los antiguos Germanos en donde la venganza para reparar la ofensa era un derecho y un deber para el jefe de la familia y para los parientes más próximos, incluyendo a -

(II) Villedobos, Op. cit., pp. 25 a 26 .

la mujer. El maestro Cuello Galón⁽¹²⁾ en este particular y sobre el Derecho Germanico hace mención a dos instituciones tales como la Venganza de la sangre (Blutrache) y la pérdida de la paz (Friedlosigkeit), en la primera la ofensa recibida por el individuo o familia le daba el derecho y muchas veces el deber de la venganza, lo cual dio origen a guerras hereditarias entre familias. En la segunda el que cometía un delito que ofendía a la comunidad, le originaba la pérdida de la paz con la cual quedaba excluido de la comunidad jurídica, equiparandose así a un animal carente de derecho alguno y quedaba a merced de todos los miembros de la comunidad que tenían el derecho y el deber de matarle. Esta Institución no es exclusiva de Alemania, toda vez que se implantó en la gran mayoría de países Europeos tales como: Inglaterra, Francia, Italia, España, Escandinavia, Etcetera.

Es prolífica la historia en ejemplos sobre este antecedente del derecho penal que nos ocupa tales como: Las costumbres observadas entre los circecianos, los Arobes, los nativos de America del norte, las " vendetas " entre los corsos y -- Sicilianos que perduran hasta nuestros días, y por qué no hacer mención de la " Ley de pragas " de Islandia que permitía vengarse toda ofensa o injuria, determinando los plevos en los que se debería ejercitar equívoco derecho.

(12) Cfr. Op. cit., p.72.

El tremendo abuso de la venganza dio origen a gran des males e sangrientas guerras privadas que produjeron el exterminio de familias, gens, tribus y hasta sociedades, ésta reacción ilimitada y excesiva representaba un debilitamiento en las comuni dades frente a otros grupos antagónicos, por ello la ofensa vindi catoria pasó a ser limitada para los propios pero ilimitada para los demás. sus limitaciones: EL TALION y LA COMPOSICION.

B) DEL TALION Y LA COMPOSICION .

Como ya se estableció, el abuso de la venganza — trajo grandes males, sangrientas y largas guerras, que debilitaron a las comunidades y las exponían a la invasión de grupos antagonicos, por ello, no es extraño que se buscara limitar el derecho a la venganza. Y mas por utilidad que por justicia o quizá mezcla de ambas se instauró lo que se daría en llamar " LA LEY - DEL TALION " que proviene del Latín Talis, que significa: el mismo, semejante, su fórmula consagrada — OJO POR OJO, DIENTE POR DIENTE, ROTURA POR ROTURA — ésta Institución trajo consigo una humanización de la venganza hasta la dimensión exacta de la ofensa, ahora el grupo solo le reconocía al ofendido el derecho de causar un mal de igual intensidad al sufrido, el maestro Pavón - Vasconcelos sobre esta Institución apunta: " El Tali6n representa, sin lugar a dudas un considerable adelanto en los pueblos antiguos al limitar los excesos de la venganza ya personal o del grupo, señalando objetivamente la medida de la reacci6n punitiva en funci6n del daño causado por el delito. " (13)

(13) Op. cit., p.61 .

Otra limitación que surge mas tarde, EL SISTEMA - DE COMPOSICIONES, según esta Institución el ofensor podía comprar al ofendido o a su familia el derecho a vengarse, representó un gran progreso en relación a la venganza privada incluso mayor que el talión, nos ilustra el maestro Pavón Vasconcelos sobre el particular: " La composición, instituto de importancia relevante en algunos pueblos y que vino a sustituir el mal de la pena mediante una composición económica dada al ofendido o a la víctima del delito, constituyó una nueva limitación de la pena por el pago de una cierta cantidad de dinero por lo que tuvo acogida entre aquellos pueblos que conocían el intercambio monetario. La composición que en un principio era voluntaria se convirtió en obligatoria y legal posteriormente, evitándose así las inútiles luchas originadas por la venganza privada. "(I4)

Distinguimos dos momentos históricos de la composición: El primero en el cual el ofendido y el ofensor sin coacción alguna pactan mediante el pago hecho por el segundo, comprando así el ofensor el derecho a la venganza del ofendido o a su familia, y posteriormente en el segundo momento la composición se les impone tanto al ofendido como al ofensor, es decir el grupo: quien exige la composición ajenamente a la voluntad del ofendido y ofensor.

(I4) IDEM. p. 62.

Encontramos estas dos figuras en un sinnúmero de Instituciones penales tales como: El celebre código del Rey Ammu rabi, procedente de Babilonia, cuya antigüedad se hace ascender a dos mil años antes de la era cristiana, y es un conjunto de -- preceptos que consagró el principio de la retribución al sancio-
nar a quien haya cometido un delito, infiriéndole un daño igual al que éste haya causado, extendiendo en ocasiones la responsabi-
lidad a personas distintas del culpable como su familia, con ---
ello se pretendía llegar a una perfecta compensación. Algunas --
formulas talonarias de éste código son:

Art. 196: " Si alguno saca a otro el ojo, pierde el ojo suyo. "

Art. 197: " Si alguno rompe el hueso a otro rompa seic el hueso suyo. " (15)

En éste código la composición era admitida para -
delitos meramente patrimoniales y el ofensor habría de retribuir al ofendido lo triple de lo penado.

Asimismo de la antigua y misteriosa CHINA conocemos las llamadas cinco penas: El homicidio se penaba con la muerte; el hurto y las lesiones con la amputación de uno o ambos pies; el estupro con la castración; la estafa con la amputación de la nariz y los delitos menores con la marca en la frente. (16)

(15) Véase, Carranza y Trujillo, Op. cit., p. 104.

(16) Véase, Zaffaroni, Op. cit., p. 170.

En el Pentateuco del Derecho Israelí que data del - siglo XIV antes de la era cristiana prevee: " El que golpee a su prójimo de modo que le deje con algún defecto de deformidad sufrirá el mismo mal que hayr ocasionado, recibirá rotura por rotura; - perderá ojo por ojo; diente por diente y será tratado como él trato a otro "(17)

En Egipto, prevalecía la Ley del Tali6n en sus ordenamientos, la falsificaci6n se penaba con la amputaci6n de las manos, la violaci6n con la castraci6n, el perjurio con la muerte, la revelaci6n de secretos con la amputaci6n de la lengua, etcetera. Todas estas leyes contenidas en " Los libros sagrados ".

Cierto es, que no puede hablarse de un Derecho Penal de Grecia, lo mas correcto es hablar del derecho de Crota, Esparta, Atenas, etcetera; en todos ellos se ensefioraba el Tali6n con una severidad extrema.

En las XII tablas del Derecho Romano que se remontan al siglo V de nuestra era, su sistema de penas era de gran dureza y con frecuencia inhumano, la pena de muerte era ejecutada - en diversas y crueles formas (18)

Como se sabe es, en nuestra America a la llegada de los Europeos habfa culturas altamente desarrolladas, tales como la Azteca y la Inca, en ambas la ley penal era sumamente dura e infligible, entre los Aztecas regfa el denominado c6digo de Nezahualco-

(17) Citado por Carranca y Trujillo, Op. cit., p.103.

(18) Véase Cuello Cal6n, Op.cit., pp.70-71.

yotl que contenia penas severisimas caracterizandose por la retri-
bución (Talión). Los Incas ténian una organización social Teo-
crática de modo que los delitos que afectaban esa organización --
eran severamente penados.

Lo cierto es, que TALION y COMPOSICION representa-
rón un gran adelanto moral y jurídico para la humanidad, toda --
vez que trajeron consigo una humanización de las penas y evita-
ron, asimismo, cruentas y largas guerras.

C) LA VENGANZA DIVINA .

Este período, en el progreso de la función repressiva, constituye una etapa de evolución en la civilización de -- los pueblos, en donde los conceptos derecho y religión se funden en uno solo y así el delito, mas que ofensa a la persona o al -- grupo es a la divinidad.

En esta etapa la justicia repressiva se encuentra en manos de la clase sacerdotal. " Parece natural que al reves-- tir los pueblos las características de la organización teocrática, todos los problemas se proyecten a la divinidad como eje fun-- damental de la constitución misma del Estado así surge en el te-- rreno de las ideas penales, el período de la venganza divina; se estima al delito uno de las causas del descontento de los dioses; por eso los jueces y los tribunales juzgan en nombre de la divi-- nidad ofendida. " (19)

Al asumir la iglesia " poderes terrenales " pasa-- al brazo secular la ejecución de las penas y el seguimiento del-- procedimiento penal el cual es sustituido el acusativo por el in

(19) Castellanos Tena, Op.cit.,p.33

quisitivo.

Durante éste período la represión penal tiene por finalidad el aplacamiento de la divinidad ofendida por el delito. El Maestro Ouello Calón nos ilustra: " La justicia criminal se ejercita en nombre de Dios, los jueces juzgan en su nombre, las penas se imponen para que los delincuentes expien sus delitos y la divinidad deponga su cólera, vuelva a ser propicia y dispensar de nuevo su protección" (20)

Dentro de este período situamos el Pentateuco, -- que es el conjunto de cinco libros que integran la primera parte del antiguo testamento y en los que se contiene las normas de derecho del pueblo de Israel, de evidente raigambre religiosa, -- según este ordenamiento el derecho a castigar proviene de la divinidad y el delito constituye una ofensa a ésta, la pena en consecuencia se encamina a borrar el ultraje a la divinidad, a -- aplacar su ira y para el delincuente es el medio de expiar sus culpas.

Los libros Sagrados de Egipto son igualmente prueba de la fusión entre los conceptos de delito y represión con -- los de la ofensa a la divinidad y expiación religiosa. Las conductas que afectaban a la religión o al Faraón eran penadas con la muerte, que podía ser simple o calificada (con torturas).

(20) Op.cit., p. 73.

El código de Manú es el texto penal más elaborado de la India, que data de fechas sumamente controvertidas algunos autores lo sitúan en el siglo XII antes de cristo y otros en el siglo V antes de cristo, en este código la pena cumplía una función eminentemente moral, por que purificaba al que la soportaba. La facultad de pensar era divina y la ejercía la autoridad terrena por delegación de su divinidad (Brahma) .

El derecho penal Cáldeo tenía un neto corte ético religioso, puesto que las mas graves penas eran las de maldición, consistentes en invocaciones a los distintos dioses, que descargaban las mas grandes calamidades sobre el ofensor.

En las leyes " Barbarorum " se recogen las costumbres de los pueblos Germánicos primitivos, se consignan los procedimientos acusatorios y las ordalias que tan completo y extendido uso tuvieron varios siglos despues. (21)* El juicio de Dios, en el cual se sometia a terribles torturas al delincuente, si egte las soportaba se declaraba su inocencia, no fué exclusivo de los pueblos Germánicos primitivos, toda vez que existia ya entre los Sumerios 200 años antes de cristo.

Es claro que en esta etapa el Derecho Penal tuvo un enorme avance puesto que si bien es cierto, el procedimiento era inquisitivo, asi como se abusaba del derecho a pensar (Jus -

(21) Véase Villalobos, Op.cit., p. 106.

Puniendi) y las personas acusadas eran sometidas a terribles torturas, además de que las penas impuestas eran extremadamente duras, también es cierto que se terminó en gran parte con la actividad vengadora que ejercitaba el ofendido como un derecho sancionado por la colectividad, a la vez que ya se avizoraba una humanización de las penas que vino a constituir un amanecer en el Derecho Penal.

D) EL ESTADO DE DERECHO .

El hombre como ente social va buscando revolucionar su sistema jurídico, impone leyes que en su momento considera justas e instaura un aparato represivo para hacer cumplir esas leyes, todo con la finalidad de salvaguardar y mantener la paz y el orden social establecido. Es ese difícil tránsito del ser humano hacia el perfeccionamiento de la leyes que nos ocupa en éste período que nos hemos permitido llamar: EL ESTADO DE DERECHO, llámesele así no por considerar que nos encontramos ante una entidad plena de garantías, sino por que en esta etapa es cuando el Estado toma las riendas de la función represiva, ahora es la colectividad la que tiene a su cargo el derecho a castigar (ius puniendi) en esta etapa de la evolución de las ideas penales, se transforman los conceptos de pena y función represiva dándonos les un carácter eminentemente público.

La organización del Estado representó — sin duda alguna — un enorme progreso. En Derecho Penal el Estado traspasa

só a los jueces el manejo imparcial de las penas, arrancandole - así a los ofendidos el derecho a la venganza; el sistema probatorio fue organizandose y la pena misma se fue objetivando e independizando del sujeto que la señalaba y aún del que la ejecutaba.

Por sus propias características hemos dividido este período como sigue:

- 1.- DE LA VENGANZA PUBLICA
- 2.- PERIODO HUMANITARIO y
- 3.- ETAPA CIENTIFICA .

1.- DE LA VENGANZA PUBLICA; en esta etapa la represión penal aspira a mantener a toda costa la paz y la tranquilidad social, fin que se intenta conseguir mediante el terror y la intimidación que causa la frecuente ejecución de duras penas, es por ello que no es gratuito que persista el concepto de VENGANZA aunque ahora revista el carácter de PUBLICA. " ... éste es el ciclo en que aparecen las leyes mas severas y crueles, en que se castigan con la mayor dureza, no solo los crímenes mas graves si no hasta hechos hoy indiferentes como los delitos de magia y hechicería que se juzgaban por tribunales especiales con el rigor mas inhumano. "(22)

Los Jueces tienen ilimitados poderes que no ponen

(22) Guello Colón, Op. cit., p.75

al servicio de la justicia sino de los déspotas y tiranos imponiendo crueles penas. Se da la mas cruenta represión y la máxima inhumanidad en los sistemas penales a fin de asegurar el dominio de las oligarquías por medio de la intimidación, el Estado aguza su ingenio para inventar suplicios, la tortura constituyó el método predilecto para obtener confesiones, la crueldad de las penas cumplió su finalidad que era la de intimidar a las clases inferiores, y así mantener intactos los privilegios reales u oligárquicos.

La lucha contra la criminalidad — ya desbordante — en aquellos tiempos — se caracterizó por la aplicación de las penas mas crueles, la de muerte acompañada en forma de agravación — por terribles mutilaciones, las infamantes, las pecuniarias caracterizándose por la confiscación, la pena por algunos delitos trágica a los descendientes del reo, hubo países en los que ni la par de la tumba se respetaba, toda vez de que se desenterraban los cadáveres y se les procesaba, la justicia se repartía en forma desigual, a la nobleza se les imponían penas menores y a los plebeyos se les reservaban los castigos mas duros, este espíritu inopio al Derecho Penal hasta principios del siglo XIX en el que se vislumbraba una humanización de las penas y un mayor respeto al ser humano.

2.- PERIODO HUMANITARIO: Es hasta el siglo XVIII - cuando surge una corriente que denuncia la excesiva crueldad de - las penas y la irregularidad de los procedimientos, señalando como fundamento de la pena el " CONTRATO SOCIAL ", a este período - también se le conoce con el nombre de " ILUMINISMO " o " SIGLO DE LAS LUCES " que es abonado y fertilizado por los escritos de MON- TESQUIEU, VOLTAIRE, D'ALAMBERT pero su exponente máximo — sin - duda alguna — fue CESAR BONNESANA, MARQUES DE BECCARIA, en su li- bro " DEI DELITTI E DELLE PENA " publicado en el año de 1764, mar- ca la directriz de la época estableciendo una serie de principios y derecho del delincuente, combate la pena de muerte, la confisca- ción, las penas infamantes, la tortura, a la vez que el procedimi- ento inquisitivo y propone una serie de principios y derechos mí- nimos del delincuente, V.gr:

A) Las penas únicamente pueden ser establecidas — por las leyes estas han de ser generales y solo los jueces podran declarar que han sido violadas.

B) Las penas deben ser públicas, prontas y necesar- rias proporcionadas al delito y las mínimas posibles. Nunca deben ser atroces.

C) La pena de muerte debe ser proscrita por injusta; el contrato social no le autoriza dado que el hombre no puede ce- der el derecho de ser privado de la vida, de la cual él mismo no -

puede disponer por no pertenecerle. (23)

Es en el año de 1791, al triunfo de la Revolución Francesa, que se recogen los principios consagrados por el HUMANISMO y se proclaman " Los derechos del hombre y del ciudadano", cancelando así los abusos medievales a la vez que se consigna el principio: " Las leyes no tienen el derecho de prohibir mas que las acciones nocivas a la sociedad ".⁽²⁴⁾ Ahora el acusado cuenta con una serie de derechos o garantías procesales, ya no se permiten las torturas, ni las penas infamantes.

Es así como la Revolución Francesa, marco la directriz de aquella época e inspira a un gran número de países -- que buscan su libertad política y proclaman principios básicos -- del ser humano, terminando así los privilegios de déspotas y tiranos, en la materia que nos ocupa como ya se estableció se consagraron garantías procesales del acusado. Dando fin al oscurantismo y la barbarie.

3.- ETAPA CIENTIFICA; El Derecho Penal no podía permanecer ajeno al enorme avance científico y tecnológico que -- en los últimos años ha vivido la humanidad, así es como en el -- campo de la justicia penal se inicia un movimiento orientado contra las concepciones del período humanitario, contra el derecho-

(23) Citado por Castellanos Tena, Op. cit., p.36.

(24) Citado por Carranca y Trujillo, Op. cit., p. 106.

penal clásico apareciendo el período que nos ocupa en su estudio llamado PERIODO CIENTIFICO, en este período se observa una honda transformación a la justicia penal, el delincuente es el objeto de la máxima preocupación científica de la justicia. El delito es una manifestación de la personalidad del delincuente y hay -- que readaptar al delincuente a la sociedad corrigiendo sus " inclinaciones viciosas " .

Yo no basta segregar al delincuente de la sociedad, sino que se impone la imperiosa necesidad de establecer medios de corrección y readaptación del delincuente para la defensa de la sociedad.

Es en este período cuando irrumpe en el campo del derecho penal las ciencias (Biología Criminal, Sociología Criminal, etcetera) que integran la amplia disciplina denominada CRIMINOLOGIA, merced a ella ha comenzado a estudiarse la etiología de la delincuencia, a estimar en su producción el influjo de un considerable número de causas o factores, por lo que ha dejado de considerarse el delito tan solo como una pura entidad jurídica inscrita en un código para apreciarle también como un fenómeno social y una manifestación de la personalidad del delincuente, es así como se desplaza por completo el criterio de la represión antes estrictamente basada en la apreciación del hecho punible, hoy además del delito se toman muy en cuenta las condiciones per

sonales del reo. La pena en este nuevo período no tiene un fin puramente retributivo sino un fin de prevención del delito que se realiza con medio de corrección e intimidación.

En esta etapa se hace una adaptación de la pena al delincuente, es decir, se realiza una individualización lo cual obviamente hace necesario el conocimiento del reo basado en su estudio biológico, psicológico y social. Junto a las penas surgen las llamadas "medidas de seguridad" como medios de lucha contra el delito. Este nuevo espíritu actualmente ha inspirado a las legislaciones de la gran mayoría de los países del orbe.

Sin embargo a pesar de los evidentes progresos -- que en materia penal se han logrado en los últimos tiempos, aún existen países que viven bajo el régimen de dictadura, en los que se subordina por entero el individuo a los fines del Estado olvidando al delincuente para preocuparse principalmente por la defensa de los organismos estatales, exageran la tutela penal en beneficio de éstos y dan por ello la máxima importancia a la delincuencia política.

Al realizar el estudio de las diversas etapas del Derecho Penal, hemos sido testigos del enorme desarrollo que en este renglón ha alcanzado el ser humano, y azeveramos, que no es aventurado pensar que éste desarrollo es un parámetro del grado de civilización del hombre y constituye un enorme avance hacia -

su dignificación como ser humano, sin embargo, aún es largo el camino, la ley penal perfecta hasta el momento constituye una utopía y por que no decirlo una meta obligada para todos aquellos estudiosos del derecho y de quienes de alguna manera contribuimos para ese fin.

CAPITULO II .

LOS PRINCIPIOS DE PERSECUCION DE LOS DELITOS.

El artículo 21 constitucional faculta a la Institución del Ministerio Público para proceder a la persecución de un ilícito como único titular de la acción penal, debiendo sujetarse para ello a los principios que el mismo ordenamiento constitucional señala en su numeral 16 que a la letra dice: "Nadie podrá ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de un mandamiento escrito de la autoridad competente que funde o motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación, o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculcado, hecha excepción de los casos de flagrante delito, en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices

poniéndolos, sin demora, a la disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial. En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose, al concluirla una acta circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o, en su ausencia; o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

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

La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley..."

De acuerdo con el precepto transcrito, para que - la autoridad correspondiente (que es el Ministerio Público como antes se apuntó) proceda a la persecución de un delito ha de mediar DENUNCIA, ACUSACION o QUERRELLA.

Nos hemos permitido excluir del presente estudio a la acusación puesto que consideramos que se subsume a los conceptos de denuncia y querrela, tal y como se desprende de su definición: " Acusación, es la imputación directa que se hace a una persona determinada de la posible comisión de un delito, ya sea perseguible de oficio (DENUNCIA) o a petición de la víctima u ofendido (QUERRELLA)."^(I)

Ahora bien, antes de profundizar en el estudio de la denuncia y querrela, creemos que es necesario realizar un análisis técnico-jurídico de la acción penal por la estrecha relación que guarda con el tema elegido, dado que la finalidad de la persecución de un delito es la de ejercitar la acción penal ante el órgano jurisdiccional correspondiente.

ACCION PENAL.- El concepto de acción penal ha variado en el devenir del tiempo. Antiguamente se entendió como un poder de persecución judicial, poder derivado de la norma objetiva, ya los Romanos la definían como: " Jus persecuendi in iudicio quod sibi debetur aut quod nostrum est ". Pero sin duda alguno tal concepto ha sido rebasado por la doctrina moderna.

(I) OSORIO y NIETO, LA AVERIGUACION PREVIA, Ed. Porrúa, México, 1985, p.7. los paréntesis y contenido del autor.

El delito como mal público, no afecta principalmente intereses privados, sino intereses generales de la colectividad. El delincuente no es el individuo que sólo ha causado un daño a un particular, sino que es una amenaza para la sociedad, en consecuencia, existe una necesidad imperativa e ineludible de recurrir a la represión penal, de ejercitar el derecho a castigar. Ahora bien, - el derecho a castigar corresponde al Estado, quien es el único titular del derecho de punir, y quien lo ejercita a través de sus órganos jurisdiccionales. Para que el órgano jurisdiccional actúe es necesario que se verifique una denuncia o querrela, es necesario - desplegar una actividad encaminada a mover la maquina judicial, actividad que recibe el nombre de acción penal.

Las definiciones sobre la acción penal han sido muchas y diversas en su contenido, puesto que algunos toman en consideración el sentido gramatical de la palabra acción, es decir, la simple actuación, el ejercicio de una actividad, encontrándose en este grupo entre otros, Garraud la define como: " El recurrimiento a la autoridad judicial en nombre e interés de la sociedad, para llegar a la comprobación de la existencia del hecho punible, y en consecuencia a la demostración de la culpabilidad de su autor y a la aplicación de la pena establecida por la ley. " (2) de la anterior definición se desprende que el autor no especifica que es la acción penal, sino que tan solo la describe; otros autores tienen-

(2) JAVIER PIÑA y PALACIOS, Apuntes de Derecho Penal, Ed. Bosch, - Barcelona, 1980. p.103.

como común denominador el concepto de poder, como Massari que la define como: " El poder jurídico de activar el proceso con el objeto de obtener, sobre el derecho deducido una resolución judicial. " (3) y el insigne Eugenio Florian, asevera: " Acción Penal es - el Poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal. " y - agrega " ésta acción domina y da carácter a todo el proceso: lo - inicia y lo hace avanzar hasta su meta, la sentencia. " (4)

Analizando la definición de Florian que nos parece la mas acertada, encontremos los siguientes elementos:

A) Una actividad consistente en las gestiones que realiza el Ministerio Público ante el órgano jurisdiccional.

B) Una finalidad buscada. Las gestiones realizadas por el Ministerio Público llevan como primera finalidad excitar - al órgano jurisdiccional para que actúe, y a su vez, esa actividad va encaminada a que el juzgador decida sobre una determinada relación de derecho penal.

C) Un poder del que esta investida esa misma actividad, la acción penal lleva en sí misma el poder de costreñir al órgano jurisdiccional a que decida sobre una situación concreta - que se le plantea.

Distinguimos las siguientes características de la-

(3) Piña y Palacios, Op. cit., p. 108.

(4) Elementos de Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona. 1933. p. 173.

acción penal; pública, autónoma e indivisible.

A) Es Pública y lo es, por que se hace valer un derecho público del Estado, la aplicación de la ley penal frente a aquel que ha cometido el delito y se hace afectivo el derecho penal objetivo, que es eminentemente público, en el caso concreto. Y por tanto nos dice Florian " de tal carácter se sigue que no caben transacciones privadas sobre ella. Pero es interesante ver -- que esta característica se ve lesionada por la Institución de la querrela, lo cual no viene a ser sino un medio de transacción privada sobre la acción penal y por ello debe de desaparecer." (5)

B) Franco Sodi nos dice que es autónoma, " pues es independiente de la función jurisdiccional del Estado." (6) pero esto no quiere decir que ésta autonomía o independencia signifique que sea potestativo ejercitarla o no según su capricho, pues teniendo el propio Estado el deber de aplicar a los delincuentes -- las sanciones fijadas por la ley, y siendo el ejercicio de la acción penal indispensable para que dicha aplicación pueda llevarse a cabo, resulta que el Estado debe ejercitar invariablemente la -- referida acción cuando tenga conocimiento de la comisión de un -- acto punible.

C) La Acción Penal es indivisible, pues se ejercita en contra de todos aquellos individuos que resulten culpables de la comisión de un hecho delictivo, pues sería contrario a la --

(5) IDEM. p.178.

(6) Op. cit., p. 29.

justicia que la represión penal no alcanzara a todos los delinquentes pues entonces se violaría uno de los postulados de derecho penal, esto es, la defensa de la sociedad.

D) Además de las anteriores características, y siguiendo a Florian, podemos agregar como un cuarto carácter de la acción penal la IRREVOCABILIDAD de la misma, y que éste carácter-consistente, en que una vez intentado el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público, éste debe continuar adelante hasta obtener la resolución del órgano jurisdiccional, esto es, que el Ministerio Público no puede desistirse de la acción penal y que iniciado el proceso, sólo puede terminar con la sentencia. Pero este carácter de irrevocabilidad, no es tan absoluto en nuestra legislación, pues según esta, el Ministerio Público puede desistirse excepcionalmente de la acción penal.

TITULAR DEL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.- En la actualidad la mayoría de las legislaciones reconocen que el ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público, y puede decirse, que sólo Inglaterra practica todavía el sistema de la acción popular.

El hecho de que el ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público, no quiere decir que la misma constituye un bien particular de éste y, que él pueda disponer de ella a su antojo. La acción penal pertenece al Estado y el Ministerio -

Público solo tiene el carácter de órgano de aquél, por ello sólo el Estado puede renunciar el Ejercicio de la acción penal, tal es el caso de las leyes de amnistía o el caso de las leyes que regulan la prescripción. En síntesis, el titular de la acción penal es el Estado, quien la ejercita a través del Ministerio Público, el cual no es sino un órgano de aquél.

PRINCIPIOS QUE RIGEN EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.- Son los siguientes: A) El principio oficial y el principio dispositivo y B) El principio de legalidad y el principio de oportunidad que a continuación analizaremos.

A) El Principio Oficial y El Principio Dispositivo. El primero consiste en que el órgano, a quien se atribuye el ejercicio de la acción penal en nombre del Estado, puede iniciar la acción en virtud de su propia determinación. El segundo radica en que para ejercitar la acción penal, se necesita esperar la iniciativa de los particulares, especialmente de la parte lesionada. Dado que la acción penal tiene un carácter público, el principio que debe regirla es el oficial, pero esto, sin dejar de tomar en cuenta el dispositivo al que se la da el carácter de subsidiario.

B) El principio de Legalidad es aquél que dice que el ejercicio de la acción penal es obligatoria para el Estado, pues ello constituye un deber para él, y respecto de la misma no cabe transigir con voluntades o intereses extraños, siempre que se -

den los presupuestos legales del delito, el Estado debe ineludiblemente ejercitar la acción penal, que tiene como objeto la aplicación de la ley penal que es de orden público. El principio de oportunidad es sostenido por los que afirman que el ejercicio invariable de la acción penal, puede ocasionar resultados perjudiciales a la sociedad. Argumentan que es indebido que el Estado ejercite siempre la acción penal, pues sostienen que cuando el Estado ejercita dicha acción debe considerar previamente si es oportuno hacerlo, debiendo meditar si mediante el ejercicio de la misma no acarreará mayores trastornos a la sociedad, que los que ha ocasionado el delito cometido y que debe pensar, asimismo, si con su actividad no perturba la paz social.

REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCION PENAL.

El Estado es el titular de la acción penal y la ejercita a través de un órgano que es el Ministerio Público, pero éste no puede ejercitarla arbitrariamente sino que para que la ejercite es necesario que concurren ciertos elementos, ciertos presupuestos legales, y al presentarse éstos, entonces es obligatorio para él su ejercicio. Ante todo es necesario encontrarse ante un hecho delictivo, es decir, ante un hecho que sea considerado como delito por las leyes y sancionado por éstas y por otra parte, que se señale a alguien como Presunto Responsable del delito cometido; el Ministerio Público puede empezar a actuar ignorando quien puede ser el autor del

delito, pero no puede pedir la iniciación del proceso sino existe cuando menos un presunto responsable. En ciertos se presentan condiciones que también deben satisfacerse para la procedencia de la acción penal. Así tenemos la necesidad de la presentación de la querrela y la denuncia.

Ya teniendo un conocimiento amplio de lo que es la acción penal hemos de proceder a realizar el análisis técnico-jurídico de lo que es la DENUNCIA y LA QUERRELLA.

A) LA OFICIOSIDAD DE LA ACCION PENAL.

Denunciar los delitos es de interés general, toda vez, de que al quebrantarse el orden jurídico surge un sentimiento de repulsión, hacia el infractor. A todo el mundo le importa que las sanciones se actualicen, como medida mínima encaminada a provocar ejemplaridad y, de esta manera, prevenir el delito. Este argumento, tal vez justifique que la mayor parte de los delitos se persigan de oficio, es decir, que al tener el Ministerio Público conocimiento de un delito tiene la facultad y obligación de ejercitar la acción penal y motivar al órgano jurisdiccional para que dicte una sentencia. A contrario sensu de lo que sucede en los delitos perseguibles a petición de parte (como se vera - en el inciso que precede) en los que se abandona a la voluntad del quejoso la investigación del delito y la promovilidad de la acción penal.

Encontramos tantos conceptos de denuncia como traductores existen, así tenemos que el maestro y ejemplar servidor público Osorio y Nieto la define como: " Es la comunicación que-

Hace cualquier persona al Ministerio Público de la posible comisión de un ilícito perseguible de oficio." (7) Por su parte el insigne maestro Sergio García Ramírez la define como: " La Denuncia puede ser considerada como una participación de conocimiento que da al particular a los órganos del Estado." (8) En este particular Colín Sánchez manifiesta: " Es utilizada para hacer del conocimiento del Ministerio Público lo que se sabe acerca del delito ya sea que el propio portador de la noticia, haya sido afectado o bien que el ofendido sea un tercero." (9)

Pues bien, nosotros concebimos a la DENUNCIA como: LA MANIFESTACION EXPRESA DE UN HECHO PRESUMIBLEMENTE DELICTUOSO - QUE HACE CUALQUIER PERSONA A LA AUTORIDAD COMPETENTE.

De tal definición se desprenden los siguientes elementos:

I.- Una manifestación expresa, ha de ser la comunicación del delito que puede ser en forma verbal o escrita.

2.- De un hecho presumiblemente delictuoso, en la práctica suela suceder que el particular informe de hechos que -- tras una árida investigación realizada por el Ministerio Público -- no sean constitutivos de delito, esto es comprensible si tomamos en cuenta que el particular no es perito en derecho, sin embargo--

(7) Op. cit., p. 7.

(8) Derecho de Procedimientos Penales, Ed. Porrúa, México. 1974. p. 336.

(9) Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Ed. Porrúa, México. 1989, p.203.

también es común que una persona por tratar de saciar sus odios - o satisfacer venganzas personales denunciaren falsamente a alguna - persona, en este caso el falso denunciante incurre en los delitos previstos en los artículos: 247^(IO) y 356^(II) del código sustantivo penal consideramos que la penalidad impuesta por los citados preceptos es mínima en relación al perjuicio ocasionado a las víctimas de su falsa denuncia, ya propondremos en posterior estudio el aumento de penalidad para esos delitos.

3.- Que hace cualquier persona; denunciar el ilícito es un deber de toda persona y su justificación la encontramos en el interés general para conservar la paz social, luego entonces, la denuncia, como noticia del crimen, en general, puede -- ser presentada por cualquier persona sin importar que la misma -- provenga de un indiciado, de un procesado, de un sentenciado, de un nacional o de un extranjero. Ni el sexo, ni la edad serán un - obstáculo, salvo las excepciones previstas por la ley, por ejemplo que no se trate de algún incapaz. y en caso de faltar a la obligación que tienen todas las personas de denunciar los ilícitos se -

(IO) Art.247. " Se impondrá de dos meses a dos años de prisión y multa de diez a mil pesos; I.-Al quien interrogado por una autoridad pública distinta de la judicial, en ejercicio de sus funciones o por motivo de ellas, faltare a la verdad; II.- Al que examinado por la autoridad judicial como testigo, faltare a la verdad sobre el hecho que se trata de averiguar, ya sea afirmando, negando u ocultando maliciosamente la existencia de alguna circunstancia que puede servir de prueba de la verdad o falsedad del hecho..."

(II) Art. 356:" El delito de calumnias se castigara...II.-Al que presente denuncias, quejas o acusaciones calumniosas, entendiéndose por tales aquellas en que su autor impute un delito a persona determinada, sabiendo que éste es inocente..."

le impondrá la pena prevista por el artículo 400 fracción V^(I2) -- del código penal.

4.- A la autoridad competente. Com ya antes se estableció la única autoridad competente para conocer de la denuncia es el Ministerio Público tal y como la establece el artículo 21 Constitucional y sólo en casos excepcionales ante los funcionarios o elementos de la Policía Judicial, satisficndo los requisitos establecidos por los artículos 262^(I3) y 274^(I4) del código de procedimientos penales y deberán dar cuenta inmediata al Ministerio Público.

(I2) Art. 400 fracción V: " No procure, por los medios lícitos -- que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará en lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables."

(I3) Art. 262: " Los funcionarios y agentes de Policía Judicial, así como los auxiliares del Ministerio Público, están obligados a proceder de oficio a la investigación de los delitos de orden común de que tengan noticia, dando cuenta inmediata al Ministerio Público, si la investigación no se ha iniciado directamente por éste..."

(I4) Art. 274: " Cuando la Policía Judicial tenga conocimiento de la comisión de un delito que se persiga de oficio, sólo cuando -- por las circunstancias del caso la denuncia no puede ser formulada directamente ante el Ministerio Público, levantará una acta de la cual informará inmediatamente al Ministerio Público, en la que se consignará: .I.- El parte de la policía, o, en su caso, la denuncia que ante ella se haga, presentando manifiestamente los datos proporcionados por uno u otra; ..."

No es ocioso manifestar que todos los delitos contenidos en el código sustantivo penal son perseguibles de oficio, excepción hecha, claro esta, en aquellos delitos en los que expresamente se menciona que se perseguirán a petición de parte, es decir, por querrela necesaria, los que habrán de enumerarse en el -inciso correspondiente.

B) LA QUERRELLA DE PARTE .

Es extenso el número de tratadistas que definen - la querrela, así el maestro Franco Sodi la define como: " La manifestación hecha por el ofendido a la autoridad competente, dón dole a conocer el delito de que fué víctima y su interés de que - se persiga al delincuente. "^(I5) consideramos que esta definición es imprecisa ya que no especifica que el ofendido lo debe ser en uno de los delitos que específicamente la ley establece sólo se persiguen por querrela de parte. El maestro Rivera Silva la defi ne como: " La relación de hechos expuesta por el ofendido ante - el órgano investigador con el deseo manifiesto de que se persiga al autor del delito."^(I6) esta definición padece de la misma im-
 precisión que la anterior. Por otro lado Eugenio Florian nos dice: " La Querrela es una declaración de voluntad de la parte le-
 sionada por el delito por la que ejercita la acción penal. Si tal declaración falta la acción no se puede promover. "^(I7) esta defi nición tiene un defecto mayor, esto es, que dice que el ofendido

(I5) Op. cit., p. 34.

(I6) El Procedimiento Penal, Ed. Porrúa, México. 1958.p.102.

(I7) Op. cit. p. 218.

ejercita la acción penal cosa que es imposible en nuestro derecho dado que el titular de la acción penal lo es sólo el Ministerio Público. Por su parte Colín Sánchez la define como: " El derecho potestativo que tiene el ofendido por el delito, para hacerlo del conocimiento de las autoridades y dar su anuencia para que sea perseguido. "(18) sobre éste particular el maestro Osorio y Nieto nos dice: " La querrela puede definirse como una manifestación de voluntad de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o el ofendido con el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio para que se inicie y se integre la Averiguación Previa correspondiente y en su caso ejercitar la acción penal. "(19)

Nosotros concebimos a la QUERRELLA como: LA DECLARACION EXPRESA DE DERECHO POTESTATIVO QUE HACE EL OFENDIDO O CUALQUIER OTRA PERSONA FACULTADA PARA ELLO ANTE LA AUTORIDAD COMPETENTE, HACIENDO DE SU CONOCIMIENTO UN DELITO NO PERSEGUIBLE DE OFICIO DEL QUE HA SIDO VICTIMA, Y MANIFESTANDO SU DESEO EXPRESO DE QUE SE PERSIGA AL DELINCUENTE Y DE QUE SE LE APLIQUE LA PENAMARCADA POR LA LEY.

De la anterior definición distinguimos los siguientes elementos:

I.- LA DECLARACION EXPRESA. Puede presentarse verbalmente por comparecencia directa ante el Ministerio Público o -

(18) Op. cit., p. 218.

(19) Op. cit., p. 9

por escrito, en el caso de que la formulación sea oral deberá --
 esentarse por escrito, se anotaran los datos generales de identi-
ficación del querellante debiendo asentar la impresión de su hu-
ella digital según lo dispone el artículo 275 del código de proce-
dimientos penales.

2.- DE DERECHO POTESTATIVO. Es potestativo ya que se deja al libre arbitrio del ofendido o sus representantes, pre-
sentar la querrela o abstenerse de hacerlo sin que incurra el pa-
sivo en responsabilidad alguna, ya que el delincuente en estos -
casos no comete agravio contra la sociedad sino contra el parti-
cular.

3.- QUE HACE EL OFENDIDO O CUALESQUIER OTRA PERSO-
NA FACULTADA PARA ELLO. De acuerdo al artículo 264 del código de
 procedimientos penales, podrán formular querrela: cualquier ofen-
 dido por el delito aún cuando sea menor; en cuanto a los incapaces pueden presentar la querrela los ascendientes, hermanos o re-
presentantes legales. Las personas físicas pueden presentar que-
 relas mediante poder general con cláusula especial excepto en -
 los casos de raptó, estupro y adulterio. Por su parte los perso-
 nas morales podrán presentar querrela mediante apoderado investi-
do de poder general para pleitos y cobranzas con clausula espe-
cial para pleitos y cobranzas.

4.- ANTE LA AUTORIDAD COMPETENTE. Señalamos como-
 autoridad competente, única y exclusivamente al Ministerio Públi

co tal y como lo dispone el artículo 275 del código de procedimientos penales, cuando el querellante acude ante la Policía Judicial ésta tiene la obligación de orientarlo para que acuda ante el Ministerio Público que corresponda.

5.- PONIENDO EN SU CONOCIMIENTO UN DELITO NO PERSEGUIBLE DE OFICIO DEL QUE HA SIDO VICTIMA. El artículo 263 del código de procedimientos penales en su fracción III, nos remite al código penal para establecer los delitos perseguibles a petición de parte, a saber: ESTUPRO; RAPTO; ADULTERIO; LESIONES PRODUCIDAS POR EL TRANSITO DE VEHICULOS, CUALQUIERA QUE SEA SU NATURALEZA; LESIONES COMPRENDIDAS EN LA PARTE PRIMERA DEL ARTICULO - 289; ABANDONO DE CONYUGE; DIFAMACION y CALUMNIAS; ABUSO DE CONFIANZA; DAÑO EN PROPIEDAD AJENA,; DELITOS PREVISTOS EN EL TITULO XII, CUANDO SEAN COMETIDOS POR UN ASCENDIENTE, DESCENDIENTE, CONYUGE, PARIENTES POR CONSANGUINEIDAD HASTA EL SEGUNDO GRADO, CONCUBINA o CONCUBINARIO, ADOPTANTE o ADOPTADO y PARIENTES POR AFINIDAD HASTA EL SEGUNDO GRADO, o TERCEROS QUE HUBIEREN PARTICIPADO EN LA EJECUCION DEL DELITO CON LOS SUJETOS MENCIONADOS; EL FRAUDE CUANDO SU MONTO NO EXCEDA DEL EQUIVALENTE A QUINIENTAS VECES EL SALARIO MINIMO GENERAL VIGENTE EN EL LUGAR Y EN EL MOMENTO EN QUE SE COMETIO EL DELITO y EL OPENDIDO SEA UN SOLO PARTICULAR; PELIGRO DE CONTAGIO VENEREO ENTRE CONYUGES; y desde luego el delito que nos ocupa en su estudio EL EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO.

6.- MANIFESTANDO SU DESEO EXPRESO DE QUE SE PERSEGUIA AL DELINCUENTE. La manifestación del ofendido debe ser expresa e indubitable para que se proceda en contra del delincuente y se le castigue.

Contra la Institución de la querrela ha habido muchos y variados ataques connotados tratadistas esgrimen opiniones contrerías a ésta Institución así " Carlos Binding no es partidario de la querrela por que, cuando el Estado delega sus facultades en menos de los particulares, y el delito no se castiga ya sea por que el querellante no presenta a tiempo su queja o por que está en manos de un representante inactivo, aquella no alcanza su objeto y la justicia sufre una lesión " y agrega " Además - el que se deje en manos de un particular la persecución de un delito, propicia la inmoralidad en la administración de justicia"⁽²⁰⁾

La Escuela positiva también se muestra inconforme con dicha institución, Enrique Ferri, asevera: " Si los delitos - representan un peligro para la sociedad, es incuestionable que deben de perseguirse y no dejar su castigo al arbitrio de los particulares. Por otra parte si dichas conductas, dado el carácter público del Derecho Penal únicamente afecta intereses particulares, debieran desaparecer del código."⁽²¹⁾ Por su parte los ilustres -- tratadistas Magglore, Vanini, Tolomei y Riccio igualmente se pro-

(20) Citado por Colín Sánchez, Op., cit., p. 219.

(21) IDEM.

nuncian en su contra y aseveran " Una Institución de tal naturaleza tiene una tendencia acentuadísima a desaparecer de los ordenamientos penales, en virtud de que el Estado moderno, único titular celoso de la potestad punitiva, no puede ni debe delegar ese poder a nadie, aunque sea en su disponibilidad procesal" (22)

De lo anterior se desprende que los tratadistas citados hacen un análisis meramente doctrinal de la institución de la querrela y no toman en cuenta el aspecto humano de dicha institución, ya que como hemos visto al enumerar los delitos perseguibles a petición de parte en todos ellos se busca proteger a la persona humana y que si el Estado no le diera al particular la potestad de decidir que el delito sea perseguible o se abstenga de hacerlo se podría causar un mal mayor al ofendido que el que se trata de evitar, excepción hecha del delito de Ejercicio Indebido -- del propio derecho que nos ocupa en su estudio, en el que se protege la potestad soberana del Estado como lo probaremos a lo largo de la presente tesis.

De lo anterior podemos aseverar que en relación a la querrela el Estado como titular de la potestad punitiva hace -- una excepción por motivos de bien público.

Una de las características de la querrela, es sin duda alguna, que el querellante, en cualquier momento -- hasta antes que el Ministerio Público formule sus conclusiones -- tiene --

(22) Giuseppe Maggiore, Derecho Penal II, Ed. Bosch, Barcelona. 1970 p. 334.

la facultad de detener la " maquina judicial " otorgando su perdón al sujeto activo del delito, el artículo 93 del código penal nos dice al respecto lo siguiente: " El perdón o el consentimiento del ofendido extingue la acción penal cuando concurren los siguientes requisitos: I.- Que el delito no se puede perseguir sin prever querrela. II.- Que el perdón se conceda antes de formular conclusiones por el Ministerio Público. III.- Que se otorgue por el ofendido o por la persona que reconozca éste ante la autoridad como legítimo representante o por quien acredite legalmente serlo, o en su defecto, por tutor especial que designe el juez que conoce del delito. "

Nº dice Carnelutti: " Del fundamento de la querrela deriva su renunciabilidad. Hay que notar que la querrela es la negación del perdón y la renuncia a la misma no es sino el perdón. El perdón es positivo en tanto que la querrela es negativa y es por eso que el perdón predomina sobre la querrela; este predominio tiene una doble faz, no se puede querrela despues de haber perdonado, pero si se puede, en cambio, perdonar despues de haberse perdonado. El perdón anterior a la proposición de la querrela se llama renuncia, la cual puede ser expresa o tácita; la renuncia expresa es una declaración mediante la cual la parte lesionada manifiesta el propósito de no querrellarse; la renuncia tácita se deriva de hechos incompatibles con la voluntad de querrellarse. Las reglas a aplicar en torno a ésta son las mismas que rigen las formas exprese o tácite de los negocios jurídicos o en general, -

de las declaraciones. "(23)

El perdón posterior a la querrela se llame remisión, y ésta constituye una condición resolutoria del delito pues lo extingue en cuanto hace desaparecer la condición de punibilidad. La remisión de la querrela sólo debería ser válida, cuando el querrellado la acepte, pues si ha nacido en su contra una sospecha tiene también el derecho de demostrar su inocencia.

La Querrela y la Denuncia, siendo medios para poner en conocimiento de la autoridad competente la comisión de los hechos delictuosos guardan profundas diferencias entre sí. En primer lugar, y como característica fundamental de distinción vemos que la querrela sólo puede ser presentada por la persona ofendida por el delito, o por su legítimo representante, y debe llevar ésta, la manifestación expresa de que se persigue al delincuente, en tanto que la denuncia puede ser presentada por cualquier persona que tenga conocimiento de un hecho considerado como delictuoso como regla general tenemos que el Ministerio Público debe proceder de oficio en los delitos de que tenga conocimiento por medio de la denuncia y por excepción, en ciertos casos taxativamente especificados por la ley sólo podrá proceder por querrela de la parte ofendida; esto es, como segunda característica de distinción, tenemos que todos los delitos que por medio de la denuncia lleguen al conocimiento del Ministerio Público se perseguirán de oficio,-

(23) Lecciones sobre el proceso penal, Ed. Ejea, 1950. p.34.

entanto que por excepción determinados delitos sólo serán perseguibles a petición de parte. Además la denuncia no admite representación en tanto que la querrelle si la admite, aparte de toda la anterior es obligatoria la presentación de la denuncia para la persona que por algún medio llegue a tener conocimiento de la comisión de un hecho delictuoso, mientras que la presentación de la querrela es potestativo de la persona ofendida.

C A P I T U L O I I I .

ESTUDIO DEL TIPO DE EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO .

- A) DESCRIPCION LEGAL .
- B) REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD .
- C) ELEMENTOS DEL TIPO .
- D) SUJETO ACTIVO Y PASIVO .

CAPITULO III .

ESTUDIO DEL TIPO DE EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO .

La conducta típica prevista en el artículo 226 - del código sustantivo penal, debe su nacimiento al decreto del día 30 de Diciembre de 1983, siendo publicado en el diario oficial de la Federación con fecha 13 de Enero de 1984, de lo que se desprende que es uno de los delitos más jóvenes incrustados en el ordenamiento punitivo.

En la práctica nos encontramos que contadas son las ocasiones en que el Ministerio Público ha ejercitado acción penal por éste delito.

El ilícito en estudio debe su nacimiento a la imperiosa necesidad de sancionar a quien siendo titular de un derecho u ostentándose como tal lo ejerce con violencia, esto es, sin atenerse a las normas legales relativas al ejercicio de su pretensión. Al tipificar dicha conducta el legislador no trata de discutir o poner en entredicho el derecho que posee o preten

de poseer el sujeto activo, sino de sancionar la ilegítima forma de ejercerlo, por ello, éste delito se encuentra comprendido - en el título relativo a; DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA, toda vez de que éste acto de autojusticia, ésta ilegítima forma de ejercitar un derecho o pretendido derecho, contraviene la potestad soberana insustituible del Estado, que es el ejercicio o función jurisdiccional, ese ejercicio se traduce en garantía constitucional de interés público.

A) DESCRIPCION LEGAL .

El código penal vigente en su artículo 226 describe el ilícito denominado EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO - que a la letra dice: " AL QUE PARA HACER EFECTIVO UN DERECHO O - PRETENDIDO DERECHO QUE DEBA EJERCITAR, EMPLEAR VIOLENCIA, SE LE APLICARA PRISION DE TRES MESES A UN AÑO. EN ESTOS CASOS SOLO SE PROCEDERA POR QUERRELLA DE LA PARTE OFENDIDA. "

De la transcripción del artículo en estudio se desprende que el legislador trató de poner coto a la autojusticia pero por ningún motivo pretende determinar el derecho que se tiene o que pretende tener el sujeto activo, sino únicamente desancionar a aquél que en forma ilícita pretende ejercitar dicho derecho. Es de explorado derecho manifestar que el sujeto activo de éste delito se le aplicará la sanción que el mismo numeral impone sin perjuicio de otra sanción que se derive si el delincuente con esa actividad comete otro ilícito, aunque el artículo es omiso a este respecto.

Consideramos que no es ocioso manifestar que el numeral en estudio viene a constituir el aspecto punitivo del ar

Artículo 17 de nuestro máximo ordenamiento legal que a la letra dice: " Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Sus servicios serán gratuitos, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

Nadie puede ser aprehendido por deudas de carácter puramente civil. "

De lo anterior se desprende que el Constituyente - de 1917, merca al derecho los cauces legales para hacer valer - sus pretensiones e impone la obligación a los tribunales de " dictar el derecho " de manera pronta, completa e imparcial. Luego entonces era necesario que aquél sujeto que contraviniera lo establecido en el artículo 17 se le impusiera una sanción, de ahí la aseveración que el artículo 266 del código penal es la expresión punitiva del artículo 17 Constitucional.

B) REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD .

Entendemos como requisito la circunstancia o condición para una cosa, o bien, la circunstancia o condición esencial de una cosa, luego entonces, requisito de procedibilidad es la circunstancia o condición para que proceda una acción o se inicie el procedimiento.

Un sinnúmero de connotados tratadistas tales como Florian, Gonzalez Bustamante ⁽¹⁾, únicamente tratan a la querrela como requisito de procedibilidad, nosotros nos adherimos a la opinión del maestro Rivera Silva ⁽²⁾ y concebimos como requisito de procedibilidad a la querrela y a la denuncia, en virtud de que si éstas no existen no sería procedente el ejercicio de la acción penal y por ende no podría iniciarse el procedimiento penal.

Junto a la Denuncia y a la Querrela, como requisito de procedibilidad algunos autores citan la excitativa y la autorización.

La Excitativa, la entendemos como la solicitud que

(1) Véase Principios de Derecho Procesal Penal, Ed. Porrúa, México 1985. pp. 126 a 128 .

(2) Véase El Procedimiento Penal Mexicano, Ed. Porrúa, México. 1989, p. 120.

hace el representante de un país extranjero para que se le persiga al que ha proferido ofensas en contra de la nación que representa, o bien, en contra de sus agentes diplomáticos, el código-penal vigente en su artículo 360 fracción II, contemple esta figura al establecer " No se podrá proceder contra el autor de una injuria, difamación o calumnia sino por queja de la persona ofendida, excepto en los casos siguientes:... II. Cuando la ofensa sea contra la nación Mexicana o contra una nación o Gobierno extranjeros, o contra sus agentes diplomáticos en este país: En el primer caso, corresponderá hacer la acusación al Ministerio Público, pero será necesaria excitativa en los demás casos. "

Como es de apreciarse la excitativa NO contraviene la observación que hicimos en el sentido de que la denuncia y la querrela son los únicos requisitos de procedibilidad, ya que la excitativa es una querrela. En este caso el peticionario o querellante será la nación extranjero mediante su representante mismo que solicitará se proceda penalmente contra el que haya proferido ofensa en contra de la nación que representa o contra sus agentes diplomáticos.

La Autorización es el permiso conferido por una autoridad determinada en la ley para que se pueda proceder contra algún funcionario que la misma ley señala, por la comisión de un delito del orden común.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su título IV, hace referencia a " LAS RESPONSABILIDA

DES DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS " comprendiendo los numerales -- I08 al II4. en términos generales la Constitución considera responsables de toda clase de delitos y faltas a los funcionarios públicos incluyendolos así en el principio de igualdad ante la ley.

No obstante la misma Constitución ha querido, que durante el tiempo en que desempeñan sus funciones algunos de sus servidores públicos no puedan ser perseguibles por actos punibles que cometieren, a menos que previamente lo autorice la correspondiente cámara de la unión, de ese modo los altos servidores públicos NO gozan de impunidad sino solo de inmunidad durante el tiempo de su encargo. De lo cual desprendemos que el fuero protege a la función, no al funcionario de ahí que no se goce de fuero sino se está en ejercicio del cargo.

Esta situación especial que se traduce en la necesidad de la AUTORIZACION previa de la Cámara, constituye lo que se conoce con el nombre de FUERO, y el acto por cuya virtud se concede de la autorización se llama DESAFUERO.

Nos hemos permitido transcribir la siguiente ejecutoria por la importancia que representa y claro está por la estrecha relación que guarda con el tema tratado:

" Desaforar a un funcionario público, no es cesarlo en el ejercicio de sus funciones sino solamente suspenderlo en su cargo, en tanto la autoridad competente declara si es o no culpable del delito que se le atribuye; es una medida preventiva o transitoria de carácter político, que no puede dar lugar a la vio

lación de garantías individuales, y , por consecuencia al amparo. "(3)

En el delito de EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO, señalemos como requisito de procedibilidad: LA QUERRELLA - lo cual se desprende del tipo penal en estudio mismo que en su última parte a la letra dice: "En estos casos sólo se procederá por querrela de la parte ofendida. "

Al realizar el estudio técnico-jurídico de la querrela⁽⁴⁾ establecimos las características de la misma, y se hizo especial énfasis de que se trataba de un derecho potestativo en el que se abandona al libre arbitrio del particular presentar -- querrela o abstenerse de hacerlo.

Sin duda alguna el legislador al señalar como requisito de procedibilidad del delito que nos ocupa, a la querrela, no tomó en cuenta que el sujeto activo de éste delito mas -- que atacar intereses o derechos particulares estará atacando la potestad soberana del Estado en su función jurisdiccional.

En este sentido consideramos importante dejar bien sentado que no somos de ninguna manera detractores de la institución de la querrela, es más consideramos que debe conservarse y hacerse extensiva a otros delitos en los que únicamente se violan derechos de particulares o en los que la irremediable apli

(3) Sánchez José María, Tomo XII. p.823.

(4) Véase Capítulo Segundo, inciso B).

cción de una sanción cause un mal mayor a aquél que se pretende evitar. Pero en el delito de EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO de ninguna manera ha de abandonarse a la voluntad del particular, la decisión de castigar o no al delincuente, toda vez que el sujeto activo de dicho delito no este violando derechos particulares sino que viola la facultad jurisdiccional del Estado, erigiendose como enemigo de la sociedad. Que se haya establecido como forma de persecución del delito en estudio, la querrela es un error que no debe soslayarse.

C) ELEMENTOS DEL TIPO .

De la descripción legal del artículo 226⁽⁵⁾ desprende-
mos los siguientes elementos:

- 1.- EXISTENCIA DE UN DERECHO
- 2.- O PRETENDIDO DERECHO
- 3.- QUE DEBA EJERCITAR
- 4.- EMPLEAR VIOLENCIA
- 5.- UNA SANCION
- 6.- SOLO SE PROCEDERA POR QUERRELLA

1.- EXISTENCIA DE UN DERECHO. Para no caer en inú-
tiles consideraciones filosóficas acerca de lo que es un derecho-
que sólo nos distraería del tema tratado, o en ociosas repeticio-
nes de definiciones de Derecho emitidas por ilustres tratadistas-
sólo mencionaré que en el sentido literal Derecho es lo que no es
chueco, o bien, en nuestro paso por la querida Macuela de Derecho
los maestros (todos ellos inolvidables) en sus cátedras nos de-

(5) Véase, inciso A) del presente capítulo

cian que la disciplina del Derecho es el conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta externa de los hombres que viven en sociedad, emanadas o sancionadas por el poder público o Estado, - ahora bien, en el sentido en que lo dice el tipo en estudio, Derecho es la facultad de hacer o exigir todo aquello que la ley o la autoridad establece en nuestro favor, o que el dueño de una cosa nos permite en ella.

2.- O **PRETENDIDO DERECHO**. Cuestión diferente es pretender tener derecho a algo o sobre algo; aunque son muchos los derechos que se deben o pueden probar. En realidad, la pretensión jurídica es el punto de arranque o partida de la acción judicial; todo derecho es en éste sentido, una pretensión a algo o sobre algo.

3.- **QUE DEBA EJERCITAR**. El ejercicio del derecho - corresponde a una situación en concreto, sancionado mas que por la ley, por la autoridad judicial pues todas las pretensiones de derecho comprendidas en la ley se deben probar en los tribunales de tal manera que única y exclusivamente corresponde al órgano jurisdiccional declarar quien tiene el derecho mismo que prueba que le asiste o tiene mejor derecho sobre una cosa.

4.- **EMPLERAR VIOLENCIA**. El artículo 373 del código sustantivo penal nos define lo que debemos entender por violencia al expresar: " La violencia a las personas se distingue en física y moral. Se entiende por violencia física...la fuerza material -- que para cometerlo se hace a una persona.

Hay violencia moral; cuando el ladrón amaga o amenaza a una persona con un mal grave, presente o inmediato capaz - de intimidarlo." En el delito que nos ocupa la violencia física o moral ha de ser eficaz para anular la capacidad de reaccionar de la persona sobre la cual se ejercita.

5.- UNA SANCION. El tipo penal en estudio prevé - para el delincuente una sanción de tres meses a un año de prisión consideramos que es mínima la sanción habida cuenta de la importancia de la conducta ilícita, sin embargo, nos abstenemos de proponer un aumento en la penalidad, ya que estamos ciertos de que - el aumento de penalidad de los delitos no disminuye la criminalidad.

6.- SOLO SE PROCEDERA POR QUERRELLA. A lo largo del presente trabajo se ha hecho un análisis profundo de la institución de la querrela y se definió como: La declaración expresa de derecho potestativo que hace el ofendido o cualquier otra persona facultada para ello, ante la autoridad competente, poniendo en su conocimiento un delito no perseguible de oficio del que ha sido - víctima y manifestando su deseo expreso de que se persiga al delincuente y de que se le aplique la pena marcada por la ley.

En el capítulo que precede demostraremos lo incongruente que es que el delito de EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO sea perseguido a petición de parte.

D) SUJETO ACTIVO y PASIVO .

Ser sujeto para el Derecho es ser sujeto de derechos y obligaciones, lo cual según la concepción jurídica tradicional equivale a ser persona.

Todo ordenamiento jurídico es un sistema coactivo - de conducta humana dentro del cual la función regulativa de las normas se resuelve en la prescripción de derechos y obligaciones a los individuos.

El hombre social resulta, en esencia, el único destinatario de las normas jurídicas instituidas, pues él y únicamente él es quien concreta en la realidad histórica los actos permitidos, exigidos o prohibidos por aquéllas.

El maestro Rodríguez Manzanarez⁽⁶⁾ distingue diversos tipos de sujetos, a saber:

I.- SUJETO SOCIAL. Por lo común el concepto de sociabilidad se interpreta como facilidad de interrelación, de comunicación humana; se considera como cumplimiento de las normas de -

(6) Véase Criminología, Ed. Porrúa, México. 1982. pp. 24-25.

convivencia y realización del bien común.

2.- SUJETO ASOCIAL. Se aparta de la sociedad, no convive con ella, vive independientemente, no tiene nada que ver con el bien común, pero sin agredir a la comunidad. Vig; Anacoretas, misántropo aislado, esquizofrénico, etcetera.

3.- SUJETO PARASOCIAL. Se da paralelamente al lado de lo sociedad, no cree en sus valores pero no se aparta de ella, sino que comparte sus beneficios en mucho depende de ella para sobrevivir, ejemplos: alcohólico, limosnero, toxicómano, homosexual etcetera.

4.- SUJETO ANTISOCIAL. Agrede al bien común, destruye los valores básicos de la sociedad, no respeta las leyes elementales de convivencia, no vive en sociedad sino contra ella.

En éste inciso nos ocuparemos del SUJETO ACTIVO -- del delito, asimismo atenderemos al SUJETO PASIVO del mismo que -- como veremos, es el titular del derecho violado y jurídicamente -- protegido por la norma.

SUJETO ACTIVO. Toda conducta púnible es conducta humana; los hombres son, en todas partes, los causantes del hacer y del omitir púnible, y por eso también éste aspecto personal del hecho púnible, requiere un estudio especial.

El maestro Edmundo Mezger nos dice: " El autor del hecho púnible, es por regla general, el hombre como ser individual, -- societas delinquere non potest -- " (7)

(7) Derecho Penal, Ed. Cárdenas, Editor y Distribuidor, 1970.p.93.

En efecto, sólo la conducta humana tiene relevancia para el Derecho Penal, pero, ¿ Que entendemos como conducta ? pues bien, " La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito. "(8) De tal manera que -- ese acto u omisión han de corresponder al hombre, por que única y exclusivamente el ser humano es sujeto activo de los delitos, es -- el único ser capaz de voluntariedad.

Sin embargo no siempre ha sido así, la historia nos enseña que antaño se considero a los animales como delincuentes, -- siguiendo al maestro Castellanos Tena (9), distinguimos tres períodos a saber:

1.- Fetichismo, se humanizaba a los animales equiparándolos a las personas.

2.- Simbolismo, se entendía que los animales no delinquieran, pero se les castigaba para impresionar.

3.- En una última etapa solamente se sanciona al -- propietario del animal dañoso. (10)

(8) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Ed. Porrúa. México. 1978. p. 149.

(9) IDEM.

(10) Este criterio es el que prevalece hasta la actualidad, nuestro ordenamiento punitivo en su artículo 301 prevé: " De las lesiones que a una persona cause algún animal bravo, sera -- responsable el que con esa intención lo azuce, o lo suelte o haga esto último por descuido. "

Ágrega el maestro Castellanos Tena: " Por su falta de definición sexual fué quemado vivo en 1474, en Basilea, el gallo a quien se le atribuía haber puesto un huevo. " y sigue diciendo " recuérdese el proceso instaurado en Europa al papagayo que gritaba — viva el rey — contriviendo las ideas de la triunfante Revolución. "(II)

La concreción de la conducta antijurídica que contraviene el tipo adopta ésta abstracta fórmula: " el que haga tal cosa" ó " el que omita hacer tal cosa ". Los tipos delictivos hacen, pues, mención expresa y directa de un sujeto activo o autor.

Al sujeto activo del delito se le ha denominado de diversas formas tales como: " Autor ", " criminal ", " delincuente " etcetera; así tenemos que varios autores hacen suyas éstas denominaciones, equiparándolas a la de sujeto activo, el Maestro Jimenez Huerta nos dice: " No es autor todo sujeto que ha cooperado a la causación de un resultado lesivo, sino sólo aquél que ejecuta la conducta descrita en la figura típica efectivamente aplicable. "(I2) Por su parte Florian nos dice: " Para obtener la noción del autor de un delito es preciso dirigir la mirada a la figura típica descrita en la parte especial del código penal: Autor del delito es la persona a la que la ley se refiere. "(I3) Maggiore asevera: " Autor es el agente, el sujeto activo, el reo, en sentido primario, al que la ley se refiere cuando describe el modelo del delito. "(I4)

(II) Op. cit., p. 149.

(I2) IDEM.

(I3) Revista Italiana de Derecho Penal. 1940. p.17.

(I4) La Orientación moderna de las nociones de autor de la infracción y de participación en la infracción. 1957. p.35.

El maestro Jiménez de Azúa considera que: " Es autor el que obra como dueño de la acción y, por tanto, como ejecutor principal y -directo de ella. "(15) En fin, todos los tratadistas están conformes en que autor (sujeto activo) es el que realiza la acción in justa tipificada.

Por su parte, el maestro Rodríguez Manzanares define al criminal diciendo: " Es el autor del crimen, autor principal del drama social." y agrega " en el momento actual el concepto de —criminal— o sujeto antisocial es muy amplio y no se limita al -infractor a la ley penal. Pensando que los términos — criminal — y — Antisocial — pueden ser estigmatizantes y valorativos, se ha propuesto utilizar en su lugar el concepto de — desviado —, que puede ser mas descriptivo, sin embargo, es necesario señalar - que no todo desviado es antisocial y por tanto criminal. "(16)

También es importante hacer mención que el hombre - generalmente no actúa sólo, sino en colaboración con otros. Así su oede también en la comisión de ilícitos. El ordenamiento jurídico-se encuentra así ante el problema de la intervención de varios sujetos en una acción punible.

El tratadista Hans- Heinrich, nos dice que " La teoría de la participación, constituye una parte de la teoría del tipo. " y agrega " el concepto de autoría no se limita, sin embargo, a la autoría individual de propia mano, sino que también alcanza a

(15) IDEM.

(16) Criminología, Ed. Porrúa, México. 1982. p. 25.

los casos en que el autor se sirva de otros como — instrumento— también se castiga, pues, como autor a — quien comete el hecho — punible a trevez de otro — además existe la posibilidad de que — varias personas vinculadas entre sí colaboren en un hecho como autores (coautoría) determina, en este sentido: Si varios cometen conjuntamente el hecho púnible serán castigados todos como auto—res. Finalmente también es posible que varias personas interven—gan en un mismo hecho como autores independientes los unos a los—otros (autoría accesoria).⁽¹⁷⁾

El tipo penal comprende a todos aquéllos que reali—zan íntegramente la conducta que describe el precepto jurídico, — sin que obste para ello el modo singular que la ley emplea. Díce—se que existe coautoría cuando nos hallamos ante una pluralidad — de sujetos activos o autores que realizan la acción u omisión que la ley sancione. En este particular el maestro Jiménez Huerta nos ilustra: " Está plural realización puede surgir de un acuerdo entre los coautores antes de dar comienzo a la ejecución (complot) de los actos propios de cada uno, realizados en el momento de rea—lizarse la ejecución (co-autoría causal) ; o de los propios de — alguno de ellos efectuados cuando ya ha sido iniciada la consuma—ción y mientras la misma perdura (co-autoría sucesiva)"⁽¹⁸⁾

El código penal vigente en su artículo 13, nos re—

(17) Tratado de Derecho Penal (parte general) Ed. Bosch, Barcelo—na, 1981. pp. 887 y 888.

(18) Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, México. 1983. p.96.

fiere a quien o a quienes debe considerarseles como sujetos activos o autores del ilícito y dice: " Son responsables del delito:

- I.- Los que acuerden o preparen su realización.
- II.- Los que lo realicen por sí;
- III.- Los que lo realicen conjuntamente;
- IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V.- Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo.

VI.- Los que intencionalmente presten ayuda o auxilios a otro para su comisión;

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

VIII.- Los que intervengan con otros en su comisión, aunque no conste quien de ellos produjo el resultado.

Todos los seres humanos se encuentran abstractamente comprendidos en el concepto de sujeto activo a que hace referencia los tipos penales. Sin embargo hay delitos en los que se exige de manera especial una determinada cualidad o condición en el sujeto activo. Surgen así los llamados delitos " propios " o " especiales " también conocidos como particulares o exclusivos - que solamente pueden ser cometidos por determinadas personas como ejemplo podemos citar al artículo 214⁽¹⁹⁾ en donde se requiere que

(19) Art. 214: " Comete el delito de ejercicio indebido de servicio público, el servidor público que... I.- Ejerza las funciones de un empleo, cargo o comisión, sin haber tomado posesión legítima o sin satisfacer todos los requisitos legales; II.- Continúe ejerciendo las funciones de un empleo, cargo o comisión después de saber que se ha revocado, su nombramiento..."

que el sujeto activo sea funcionario o empleado público o el artículo 323⁽²⁰⁾ en el que el autor debe tener la cualidad de descendiente, es prolijo el código punitivo en éste tipo de ejemplos.

Estas cualidades personales del sujeto activo se dividen en: " naturales " y " jurídicas ". Son cualidades naturales, aquéllas que implican situaciones de hecho oriundas de la vida fisiológica, y jurídicas, aquéllas otras que presuponen una situación social creada por el Derecho, volviendo a nuestros anteriores ejemplos tenemos que la cualidad natural la encontramos en el artículo 323, será la de ascendiente; y la jurídica en el artículo 214 en virtud de que el delincuente ha de ser funcionario o empleado público.

Ha quedado perfectamente establecido que única y exclusivamente el ser humano puede delinquir, sin embargo, la trama cada vez más compleja de vinculaciones humanas; la compleja especificación y división del trabajo social y la necesidad surgida de la experiencia histórica de una actividad unificada de ciertos grupos sociales constituidos en torno a intereses y finalidades comunes generarán la idea de considerar como sujetos de derechos y obligaciones respecto de ciertos actos específicamente delimitados, no sólo a los individuos humanos sino también a las unidades representadas por las agrupaciones o asociaciones de ellos. De ahí que surja el problema de considerar a las perso-

(20) Art. 323. " Se da el nombre de parricidio al homicidio del padre, de la madre o de cualquier otro ascendiente consanguíneo y en línea recta, sean legítimos o naturales, sabiendo el delincuente ese parentesco. "

nas morales o jurídicas responsables o no ante el Derecho Penal.

Mientras unos autores están convencidos de la responsabilidad de las personas morales otros la niegan de manera -
categorica.

Así tenemos en el primer grupo al maestro Francis
co Sodi, quien asevera: " De conformidad con el artículo I3 del
código penal las sociedades resultan prestando auxilio o coopera
ción en la comisión de un delito que además a ellos aprovecha y
por lo misma la responsabilidad penal de las personas morales --
sin duda alguna existe en nuestro Derecho positivo, pues de acu
erdo con el mencionado precepto, son responsables de los delitos
no solo los autores materiales e intelectuales, sino quienes pres
ten auxilio o cooperación de cualquier especie."⁽²¹⁾

Entre los tratadistas que niegan la responsabili
dad penal de las personas morales encontramos al maestro Villalo
bos que dice: " Se ha llegado a pretender con apariencia lógica -
que supuesto que la ley autoriza la imposición de penas a perso
nas jurídicas es claro que considera a ésta como responsable. La
verdad es que tomando en conjunto los términos de la disposición
y si se admitiera que se impone a la sanción a la sociedad, lo --
único que resultaría sería un precepto absurdo y anticonstitucio
nal (artículos I4, I6, I9 y 20 de la constitución) pues en resu-

(21) Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, México. 1960. p. 263.

men se prevendría en él que, cuando delinca una persona (el miembro o representante de una sociedad) se sancione a otra (la corporación).⁽²²⁾ En este particular el maestro Castellanos Tena nos dice: " Nosotros estimamos que las personas jurídicas no pueden ser sujeto activo del delito por carecer de voluntad propia, independientemente de sus miembros, razón por la cual faltaría el elemento conducta, básico para la existencia del delito."⁽²³⁾

Nuestro ordenamiento punitivo en su numeral II, establece: " Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando la estime necesario para la seguridad pública. "Del propio precepto se desprende claramente que quién comete el delito es un miembro o representante, es decir, una persona física y no la moral.

EL SUJETO PASIVO. Por contraposición al sujeto activo del delito, puede determinarse el de SUJETO PASIVO. El libro segundo del código penal al encasillar los diversos delitos en --

(22) Nociones de Derecho Penal, 2o. edic. Ed. Botas', México. 1950. p. 65.

(23) Op. cit., p. 149.

función del bien jurídico tutelado, en cada caso, va señalando no solamente a quien conjuga el verbo que tiene la acción sancionada (sujeto activo), sino también, y a contrario sensu, a aquel sobre quien se ejercita la actividad reprimida (sujeto pasivo).

El concepto tiene contactos no siempre bien marcados y definidos como otras ascepciones de frecuente utilización en el vocabulario jurídico tales como la de " víctima ", " dañado ", " ofendido ", " querellante ", etcetera.

El sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado u jurídicamente protegido por la norma. El ofendido es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal. Generalmente hay coincidencia entre el sujeto pasivo y el ofendido, pero a veces se trata de personas diferentes. El insigne maestro Castellanos Tena nos ejemplifica sobre el particular - " ... en el delito de homicidio, el sujeto pasivo o víctima es - el individuo a quien se le ha privado de la vida, mientras que - los ofendidos son los familiares del occiso. "(24)

Sin embargo, obligado es decirlo, la ciencia jurídica ha tenido en el olvido al sujeto pasivo, el maestro Rodríguez Manzanares trata de explicar esto y dice: " El olvido de la víctima puede deberse a varios motivos, quizá nos identificamos con el criminal y no con la víctima, pues el criminal es un sujeto que - realiza conductas que nosotros deseáramos realizar pero que no -

(24) Op. cit., p. 151.

nos atrevemos, con la víctima nadie se identifica, nadie desea -- ser robado, lesionado, violado, torturado..." y sigue diciendo: -- "quizá la atención al criminal es el temor que le tenemos, lo -- consideramos dañoso, peligroso, injusto, cruel. La víctima por el contrario es inocua, inofensiva, pasiva, nadie teme a la víctima."
(25)

Desde hace algunos años he irrumpido estrepitosamente en el ámbito de las ciencias jurídicas una ciencia que trata del sujeto pasivo del delito, de la víctima, que se ha dado en llamar: VICTIMOLOGIA, consideramos que no estaría completo el presente inciso sino hacemos referencia a ésta nueva ciencia.

En general la VITIMOLOGIA, puede definirse como el estudio científico de las víctimas. En éste aspecto amplio la victimología, no se agota con el estudio del sujeto pasivo del delito sino que atiende a otras personas que son afectadas y a otros campos no delictivos como puede ser el de accidentes.

La Victimología nació con pretensiones de ciencia independiente, al publicar el profesor Benjamín Mendelsohn⁽²⁶⁾ sus trabajos en 1937, 1940 y 1946. El mencionado tratadista atrajo la atención de juristas y criminólogos sobre la víctima, es decir la persona que sufre un mal.

La Victimología, como análisis de los que padecen por una conducta antisocial, se ha centrado en los estudios sobre los tipos de víctimas, su participación en el hecho, su mayor o -

(25) Op. cit., p. 73.

(26) Véase, La Victimología, 1952. p. 96 y ss.

menor voluntariedad, su responsabilidad, la necesidad de compensación, de tratamiento, la relación victimario-víctima, sociedad y víctima, etcetera.

El fenómeno social y la criminalidad difícilmente -- pueden explicarse sin el análisis de la víctima; el mismo criminal es incomprensible en la mayoría de los casos, sino es en relación a su víctima.

En un sentido amplio siempre hay víctimas al cometerse una conducta antisocial por esto Sellin⁽²⁷⁾ ha hecho una clasificación de victimización primaria (individual), secundaria (grupos específicos) y terciaria (la comunidad).

Al desarrollarse las investigaciones en el terreno - victimológico se llega a conclusiones sorprendentes, pues la víctima está lejos de esta idea primitiva, y se descubre que la víctima en multitud de hechos toma parte activa, interviene, provoca, incita, causa la conducta del victimario.

Mendelsohn⁽²⁸⁾ deduce tipos de víctimas desde las totalmente inocentes hasta las definitivamente culpables, pasando -- por víctimas provocadoras, imprudenciales, voluntarias, ignorantes, agresoras, simuladbras, imaginarias, etcetera.

Cabe hacer mención que las personas morales o jurídicas pueden ser sujeto pasivo del delito como las personas físicas, en especial tratándose de delitos patrimoniales, también el -

(27) Citado por Luis Rodríguez Manzanares, Op. cit., p. 74.

(28) Op. cit., p. 98.

Estado puede ser sujeto pasivo del delito y, de hecho, lo es la sociedad misma.

Pues bien, despues del profundo estudio del sujeto activo y pasivo en una conducta ilfcita podemos afirmar que en el delito de EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO, el sujeto activo es aquél (ya sea un sólo individuo o pluralidad de ellos) que emplea violencia para hacer efectivo en derecho, o pretendido derecho, asimismo será sujeto activo del ilfcito en estudio, de acuerdo al artículo 13 del código penal, todo aquél que acuerde o prepare su realización, los que lo realicen por sí; Los que lo realicen conjuntamente; Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro; Los que determinen intencionalmenta a otro a cometerlo; Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión; Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento a una promesa anterior al delito, y , Los que intervengan con otros en su comisión, aunque no conste quien de ellos produjo el resultado.

Y señalamos como sujeto pasivo del ilfcito en estudio, al Estado en su función jurisdiccional, en virtud de que al desplegar su conducta ilfcita el activo contraviene la potestad soberana insustituible del Estado que es el ejercicio o función jurisdiccional, sin atenerse a las normas legales relativas al ejercicio de su pretención, sin ocurrir a los tribunales para que se le administre justicia, y el ofendido en el delito tratado, será la persona que resienta la violencia que despliega el activo o criminal.

C A P I T U L O IV.

EL BIEN JURIDICO TUTELADO DEL EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO
DERECHO COMO BASE DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE OFICIO.

- A) EL BIEN JURIDICO TUTELADO .

- B) LA FUNCION JURISDICCIONAL COMO POTESTAD SOBERANA DEL
ESTADO .

- C) CONTRADICCION ENTRE LA PROTECCION DEL BIEN JURIDICO TUTELADO
Y LA QUERRELLA DE PARTE .

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

CAPITULO IV .

EL BIEN JURIDICO TUTELADO DEL EJERCICIO
INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO COMO BASE -
DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE OFI-
CIO.

El ilícito denominado: EJERCICIO INDEBIDO DEL PRO-
PIO DERECHO, se encuentra comprendido en el título relativo a DE-
LITOS CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA, toda vez que aquél ac-
ta de autojusticia, esa ilegítima forma de ejercitar un derecho -
o pretendido derecho, se instaura contra la facultad del Estado -
que es la administración de justicia.

Toda aquél individuo que agrede a otro por cualqui-
er medio sin atenerse a las leyes, sin ocurrir al tribunal corres-
pondiente para que le sea administrada justicia, se opone al bien
común, a la seguridad jurídica y a otros principios comunes, por-
lo que la represión de éstas conductas egoístas deben sujetarse -
por el principio de oficiosidad de la acción penal por ser de in-
terés general la solución.

A) EL BIEN JURIDICO TUTELADO .

Por primera vez en 1894, Birnbaum entendió la escencia del delito como una lesión de bienes o intereses jurídicos o como un peligro para ellos; pero pertenece a Ihering el mérito de haber construido con estos pensamientos todo un sistema de filosofía jurídica que tanto eco tuvo en Merkel, Von Liszt y Von Hippel.

La expresión bien o interés jurídico es utilizada por los tratadistas indistintamente como sinónimas o asimilando un concepto a otro.

Entendemos como bien, todo lo que existiendo como realidad frente a las consideraciones de la conciencia humana, es apto para satisfacer una necesidad humana. El derecho concibe como bien, lo que es correcto o deseado por el legislador respecto de los hombres y su conducta.

Por otra parte Interés lo concebimos como la situación de cada hombre respecto al bien, en virtud de la cual es posible, fácil o seguro poderlo emplear para satisfacer una necesidad.

Ihering nos dice: " Interés es todo contenido de utilidad, toda cosa que, aún sin ser pecuniariamente valorable, sea un bien para un sujeto esto es, todo lo que a nosotros nos pueda servir."⁽¹⁾ Antolisei nos ilustra en éste particular: " El interés no es mas que el reflejo subjetivo del bien y, expresa la tendencia y aspiración -- del sujeto a conservar el bien."⁽²⁾

La primera condición que se requiere para que una conducta humana sea valorada de antifjuridica es la de que lesione o ponga en peligro un interés tutelado por el Derecho, esto es, un bien jurídico. Sin lesión o peligro de lesión para un interés de la vida humana, individual o colectivo, jurídicamente tutelado, -- falta de la primera condición requerida para la integración de la esencia propia de lo antifjuridico; pues si lo antifjuridico es lo que contradice el Derecho y éste tiene por objeto proteger y regular los intereses de la vida humana, la conducta que no lesiona ni pone en peligro un bien jurídico no puede ser valorada como ilícita.

Sobre el tema, Jiménez de Azúa comenta: " Es muy antigua, aunque tenga aún partidarios, la teoría de que el delito es la violación de los derechos subjetivos, deduciéndose de aquí -- que el objeto de la infracción es el derecho subjetivo que en cada caso la ley protege concretamente."⁽³⁾

(1) Citado por Mariano Jiménez Huerta, Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa, México. 1983. p.234.

(2) IDEM.

(3) Tratado de Derecho Penal, Ed. Lozada S.A. Buenos Aires. 1965. T. III p. 103.

Por su parte Carrara afirma: " Que no todos los actos externos procedentes de una intención malvada pueden ser elevados a la categoría de delitos, sino sólo aquéllos que han dañado o que tenían la posibilidad de dañar los derechos ajenos." y agrega: " Lo que constituye la esencia de un delito es la violación de un derecho, unida a la ofensa de la opinión de la seguridad, no puede el legislador, sin incurrir en tiranía, encontrar un delito y conminar una pena."⁽⁴⁾

Las luminosas palabras de Carrara, nos explican que cuando una conducta no viola un bien jurídico no puede señalarse - como delictiva, al expresar: " Yo me inclino frente al trono sobre el que se asienta la autoridad social; reverenció la diadema que - explende sobre su frente y el cetro que mantiene amenazante en su mano; pero cuando orgullosamente llega a declararme delincuente -- por un hecho que no ofende en absoluto los derechos ajenos, mi conciencia me da el coraje necesario para decirle que abusa ilegítimamente de su misión."⁽⁵⁾

Entre los conceptos más importantes de bien jurídico, tenemos el del maestro Márquez Pinero quien nos dice: " Bien jurídico es todo aquello material o incorporal que satisface las - necesidades humanas (individuales o colectivas)"⁽⁶⁾ Por su parte Díaz de León nos dice: " Bien jurídico; es el objeto que protege -

(4) Citado por Jiménez Huerta. Op. cit., p. 237.

(5) Génesis Antropológica del Derecho Criminal, en apéndice a la - traducción Española del Programma, dirigida por Sebastián Soler. Buenos Aires. p. 15.

(6) Derecho Penal (parte general) Ed. Trilla, México. 1980. p. 135

la norma penal. Es el interés legalmente protegido."⁽⁷⁾

En fin, afirmamos que el bien jurídico constituye el objeto de la protección penal y la finalidad del ataque delictivo, para destruirlo, deteriorarlo o sencillamente ponerlo en peligro. Conocer el bien jurídico del tipo penal es el mejor medio de interpretarlo.

Aquella noción explica el contenido material del delito (lesión o peligro) determina la finalidad del ordenamiento penal (protección de bienes jurídicos) y fundamenta la sistematización de los delitos en la parte especial del Derecho Penal, así como en el libro segundo del código penal.

La lesión o daño de un bien o interés ajeno protegido por el derecho puede ser sustancial o potencial, o revestir, - circunstancialmente uno u otro carácter. En el delito tipificado en el artículo 302⁽⁸⁾ del código penal, se lesiona en forma sustancial el bien jurídico de la vida humana. En los delitos descritos en el artículo 306⁽⁹⁾ del código penal, se lesiona en forma potencial

(7) Diccionario de Derecho de Procedimientos Penales, Tomo I. p. 312.

(8) Art. 302: " Comete el delito de homicidio: el que prive de la vida a otro. "

(9) Art. 306: " Se le aplicará sanción de tres días a tres años de prisión y multa de cinco a mil pesos: I.- Al que dispare a una persona o grupo de personas, una arma de fuego; II.- Al que -- ataque a alguien de tal manera que en razón del medio empleado el arma, la fuerza o destreza del agresor, o de cualquier otra circunstancia pueda producir como resultado la muerte. "

cial éste mismo bien jurídico de la vida humana. Por su parte en el artículo 397^(IO) del mismo ordenamiento se lesionan sustancial o potencialmente, según las circunstancias el bien jurídico del patrimonio.

Dado que el Derecho tiene por objeto hacer posible la vida en común, es antijurídica tanto la conducta que implica una lesión sustancial (DAÑO) de un bien jurídico, como la que sólo representa una lesión potencial (PELIGRO) para dichos intereses jurídicamente protegidos. Sobre el particular Carnelutti se habla: " La ley castiga ciertos actos no tanto por el daño que producen tanto por el que pueden producir...; se trata en sustancia de una defensa avanzada contra el daño; diríamos que la ley no espera que el daño se verifique para castigar al que obre para producirlo."^(II)

Las figuras típicas tutelan penalmente bienes o intereses jurídicos de los individuos, de los entes sociales, del Estado, de la comunidad Internacional y del Género humano. El titular de éste interés o bien jurídico es el sujeto pasivo del delito. Es asimismo incontrovertible que la comunidad social que constituye el pueblo de una nación, aunque desprovista como tal de personalidad jurídica y de capacidad para ejercitar derechos subjetivos, es portadora o titular de intereses o bienes jurídicos -

(IO) Art. 397: " Se impondrá de cinco a diez años de prisión y multa de cien a cinco mil pesos, a los que causen incendios, inundación o explosión con daño o peligro de: I.- Un edificio vivienda o cuarto donde se encuentra alguna persona; II.- Ropa muebles u objetos, en tal forma que puedan causar graves daños personales..."

(II) Citado por Jiménez Huerta, Op. cit., p. 239.

que cubren necesidades y fines comunes; intereses y bienes jurídicos que son lesionados o puestos en peligro por determinados delitos, V:gr; delitos contra la seguridad pública; contra la salud; contra la moral pública; etcetera.

La teoría del bien jurídico como objeto de protección que se quebranta por el crimen, ha recibido infinidad de embates que descargarán sobre ella teorías totalitarias, mismas que consideran a la doctrina de los bienes jurídicos como "hija de la época de las luces y del Liberalismo."

Así tenemos a la llamada Escuela de Kiel, surgida con el fin de acoplar los conceptos de delito y pena a los lineamientos políticos del Nazismo Alemán, desencadenando una acera campaña contra la concepción del delito como lesión de un bien jurídico, por considerar que una concepción autoritaria del Estado no podría aceptar la idea de una serie de relaciones entre el Estado e individuo cual expresión de una reciproca y respetada esfera de intereses y de actividad. Así tenemos a Dahm y Schaffstein⁽¹²⁾ de los más prominentes representantes de la citada Escuela de Kiel, mismos que propugnarán la "Lesión del deber"; es decir, de la "Obligación hacia la comunidad popular" como esencia del acto-punible. Federico Schaffstein dijo que en la noción de que el delito consiste en la ofensa de un bien jurídico, se afirma un concepto materialista y utilitario, ya que sobre esas ideas de bien-

(12) Cfr: Marco Antonio Díaz de León. Op. cit., p. 313.

o interés deben de prevalecer las de " deber " e " intención".

Sin eliminar el concepto de bien jurídico, tratarán otros autores de restar su importancia, por estimar que la lesión de un bien jurídico no puede ser considerada como la sola razón decisiva para juzgar la antifjuridicidad de una conducta humana. Gallas, sostiene que el concepto de bien jurídico no responde a la interpretación del Derecho vigente, por que muchas figuras penales encierran un elemento personal — de carácter social, profesional o criminológico — que no puede ser comprendido, desde el punto de vista de la lesión de un interés protegido, no obstante que debe tenerse presente por que concurre a la violación de la figura completa. (I3)

Por su parte Antilossi con palabras excesivas nos dice: " ... la dógmatica actual ha atribuido al concepto de bien jurídico una importancia mucho mayor de la que éste efectivamente tenía. La nueva doctrina no puede menos de hacer justicia contra estas exageraciones, por que su orientación realista y el respeto por la verdad lo exigen. El falso soberano ha sido destronado." (I4)

A pesar de tales embates y acres opiniones contra la doctrina del bien jurídico; estamos convencidos de que el interés o bien jurídico tutelado por el Derecho constituye no sólo el objeto del delito, sino la esencia del mismo.

(I3) Citado por Mariano Jiménez Huerta. Op. cit., p. 236.

(I4) Problemii, p. 103, citado por Marco Antonio Diaz de León. Op. cit., p. 314.

Nuestro ordenamiento punitivo vigente, en su libro - Segundo encasilla los diversos delitos en función del bien jurídico que tutela, en sus diversos títulos utiliza la fórmula " Delitos -- contra..." y hace referencia al bien jurídico que se lesiona, así-- por ejemplo en su TITULO DECIMONOVENO referente a: " Delitos contra la vida y la integridad corporal" comprende los delitos de: Lesio-- nes y Homicidio, ya que éstos delitos se instauran contra el bien-- jurídico de la integridad personal y la vida respectivamente.

En el TITULO DECIMOPRIMERO del código penal vigente-- hace referencia a los " DELITOS COMETIDOS CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA " y comprende: " Los delitos cometidos por los Servidoo res Públicos "; y " Ejercicio Indebido del propio derecho." Luego,-- podemos afirmar que el bien jurídico tutelado por el Derecho en el ilícito denominado Ejercicio indebido del propio derecho, es la fau cultad del Estado de administrar justicia, es la potestad soberana insustituible del Estado de dirimir las controversias de Derecho a través de los tribunales, de tal manera que el sujeto activo en -- el delito que nos ocupa en su estudio, destruye, deteriora o sencu llamente pone en peligro, la facultad jurisdiccional del Estado. El delincuente al no ocurrir a los tribunales para que le sea impartiu da justicia se instaura contra el bien jurídico que es la adminisu tración de justicia que hace el Estado a través del órgeno juriau diccional.

B) LA FUNCION JURISDICCIONAL COMO
POTESTAD SOBERANA DEL ESTADO .

Todo organismo a lo largo de su existencia y por su propia naturaleza realiza funciones diversas que lo justifican. Todo Estado como organismo político independientemente de su régimen realiza funciones, en la vida del Estado tiene que haber determinadas manifestaciones de actividad imprescindibles que no pueden faltar ya que por medio de esa actividad, es como el organismo político puede llegar a realizar los fines que lo originan y justifican.

Antes de realizar un análisis sustancial de la función jurisdiccional del Estado, creemos que es menester realizar algunas importantes consideraciones en relación a los conceptos de - ESTADO y SOBERANIA.

El Estado gramaticalmente equivale a manera de ser o de estar las cosas, a contrario sensu del cambio, en un sentido amplio el Estado es la manera de ser o de estar construida políticamente una comunidad humana.

Jellinek, concibe al Estado como: " La corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio."⁽¹⁵⁾ Por su parte el Maestro Porrúa Pérez, lo define como: "... una sociedad humana, asentada de manera permanente en el territorio que le corresponde, sujeta a un poder soberano que crea, define y aplica un orden jurídico que estructura la sociedad estatal para obtener el bien público temporal de sus componentes."⁽¹⁶⁾

De la anterior definición desprendemos los siguientes elementos:

A) LA POBLACION. Como un grupo de personas que integran la sociedad humana con determinadas características unificada por la consecución de unos mismos fines.

B) UN TERRITORIO. Es el espacio físico que sirve de asiento permanente a esa sociedad.

C) UN PODER. Cuya principal característica es ser supremo, es decir, SOBERANO, en el seno de la misma sociedad.

D) UN ORDEN JURIDICO. Que es creado, definido y -- aplicado por el poder Estatal y que estructura a la sociedad.

E) La persecución del bien público temporal.

En relación a la SOBERANIA, hemos de apuntar que --

(15) Teoría General de Estado, Libro primero, Ed. Albatros, Buenos Aires, 1943. p. 140.

(16) Teoría del Estado. Ed. Porrúa. México. 1982. p. 190.

fué hasta el siglo XVI, cuando JUAN BODINO en su obra " Los seis-libros de la República " utiliza el término SOBERANIA, dándole una connotación como hasta ahora la concebimos, es decir, como una -- cualidad esencial del Estado. Sólo es Estado afirmo Bodino ⁽¹⁷⁾ aquella que tiene un poder soberano y define a la soberanía como: " Majestas est summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas. "(18) y sigue diciendo que la soberanía consiste en: " Juben de ac tollendae legis summa potestate. "(19)

Señalamos primeramente que la Soberanía es un poder supremo. Entonces, podemos afirmar que el Poder del Estado es un -- Poder Supremo, Poder que ésta por encima de todos los poderes sociales.

Se dice que la Soberanía tiene un aspecto interno por su calidad de poder rector supremo de los intereses de la comunidad política formada por un Estado concreto.

En cambio debe admitirse que no puede hablarse de una soberanía externa sino de un Estado soberano, sujeto de Derecho Internacional.

La Soberanía es una cualidad del Estado como tal y considerado como sociedad política, una cualidad del Estado precisamente por serlo, que existe en interés y para provecho de éste, no de los gobernantes ni del pueblo como clase.

(17) Citado por Porrúa Pérez, Op. cit., p. 335.

(18) " Es la potencia absoluta y perpetua de una República. "

(19) " Crear y derogar la ley con potestad soberana. "

El Estado para realizar su fin, para obtener el bien público que lo especifica respecto de los otros grupos sociales, necesita tener dentro de sí, como atributo esencial, un poder al cual no puede enfrentársele ningún otro; un poder que sea decisivo que sea precisamente soberano. Por ello, la Soberanía se deriva de la esencia misma del Estado, como algo intrínseco, necesario por su misma naturaleza.

Y por último es hacerse notar que el Estado no tiene un derecho de Soberanía, sino que es SOBERANO.

Después de estas importantes consideraciones hemos de hacer referencia a las funciones del Estado. Como ya antes se apuntó, el Estado como organismo político realiza funciones para llevar a cabo los fines que lo originan y justifican, y para poder realizar dichos fines, el Estado tiene que actuar, tiene que desarrollar actividad. En la vida del Estado, encontramos las siguientes funciones fundamentales a saber:

I.- FUNCION LEGISLATIVA. En toda organización Estatal tiene que existir una actividad encaminada a formular las normas generales que deben, en primer término estructurar al Estado y en segundo término, reglamentar las relaciones entre el Estado y los ciudadanos y las relaciones de los ciudadanos entre sí.

2.- FUNCION JURISDICCIONAL. Todo Estado tiene una función encaminada a tutelar el ordenamiento jurídico definiendo -

la norma precisa que aplicar en los casos particulares.

3.- **FUNCION ADMINISTRATIVA.** En está el Estado actúa promoviendo la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos y fomenta el bienestar y progreso de la colectividad.

En el presente inciso, haremos especial referencia a la **FUNCION JURISDICCIONAL** del Estado. Groppali nos ilustra en éste particular y nos dice: " Se denomina función jurisdiccional la característica actividad del Estado encaminada a tutelar el ordenamiento jurídico, esto es, dirigida a obtener en los casos concretos la declaración del Derecho y la observación de la norma jurídica pre-constituida mediante la resolución, con base en la misma, de las controversias que surjan por conflictos de intereses, tanto entre particulares, como entre particulares y el poder público, y mediante la ejecución coactiva de las sentencias." (20)

La declaración del Derecho y la observación de las leyes aplicables a la resolución de las controversias, se obtienen por medio del **PROCESO**, mismo que define Chioyenda como: " El conjunto de los actos coordinados con objeto de actuar la voluntad concreta de la ley, en relación con un bien que el actor pretende ésta garantizado por ella, por medio de los órganos jurisdiccionales." (21)

(20) Doctrina del Estado, Ed. Giuffré. Milan. 1952.p.165.

(21) Citado por Porrúa Pérez, Op. cit., p. 394.

La finalidad y presupuesto de Derecho es el derecho de obtener justicia y la potestad y el deber de proporcionarla, a sea, la acción y la jurisdicción penal y administrativa.

En términos generales, podemos dividir el proceso en dos fases principales: El conocimiento y la ejecución, en la primera se proporciona al juez los elementos de certeza que necesita para dictar sentencia, el conocimiento de los hechos que constituyen la controversia y en la segunda, se lleva a cabo el resultado en esa decisión judicial, que es la sentencia que ha dictado el juez después de tener los elementos necesarios para formularla.

Sirviéndose de éste proceso el juez realiza la función jurisdiccional; define y aplica las normas jurídicas en vista de los casos que son llevados a su conocimiento.

Como ya se estableció la función jurisdiccional corresponde única y exclusivamente al Estado como una potestad soberana misma que ejerce a través de los órganos jurisdiccionales o poder judicial.

En el capítulo IV de la Constitución Política Nacional se hace referencia a la organización, funciones, competencia del Poder Judicial. Nosotros habremos de remitirnos a la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal por ser más específica. En su artículo 10. nos dice: " El Poder Judicial de la Federación se ejerce:

I.- Por la Suprema Corte de Justicia de la Nación;

II.- Por los Tribunales Colegiados de Circuito;

III.- Por los Tribunales Unitarios de Circuito;

IV.- Por los Juzgados de Distrito;

V.- Por el Jurado Popular Federal; y

VI.- Por los Tribunales de los Estados y del Distrito Federal, en los casos previstos por el artículo 107, fracción - XII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en los demás en que, por disposición de la ley, deben actuar en auxilio de la Justicia Federal. "

Haremos referencia a la organización y competencia de los citados órganos del Poder Judicial, remitiéndonos a su Ley Orgánica, misma que en su artículo 2o. establece: " La Suprema -- Corte de Justicia de la Nación se compondrá de veintidós miembros- numerarios y de hasta cinco supernumerarios, y funcionará en pleno o en salas. "

Artículo 5o.- " La Suprema Corte de Justicia tendrá un presidente que durará en su cargo un año y podrá ser reelecto. "

En su artículo 11o., se establece la competencia - de la Suprema Corte de Justicia al expresar: " Corresponde a la - Suprema Corte de Justicia conocer en pleno:

I.- De las controversias que se susciten entre dos o más entidades federativas, o entre los Poderes de una misma Entidad sobre la constitucionalidad de sus actos;

II.- De las controversias que se susciten por leyes o actos de la autoridad federal, que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados, o por leyes o actos de las autoridades de éstos que invadan la esfera de la autoridad federal, cuando se an promovidas por la Entidad afectada o por la Federación, en su caso, en defensa de su soberanía o de los derechos o atribuciones que les confiera la Constitución;

III.- De las controversias que surjan entre una entidad federativa y la federación;

IV.- De las controversias en que la federación fue parte cuando a juicio del pleno se consideren de importancia trascendente para los intereses de la Nación; oyendo el parecer del Procurador General de la República.

V.- Del recurso de revisión contra sentencias pronunciadas en la audiencia constitucional por los jueces de distrito...;

VI.- Del recurso de la revisión contra sentencias que en amparo directo pronuncien los tribunales Colegiados de Circuito, cuando deciden sobre la constitucionalidad de una ley federal o local o de un tratado internacional;

VII.- Del recurso de queja interpuesto en el caso -

a que se refiere la fracción V del artículo 95 de la Ley de Amparo, siempre que el conocimiento de la revisión en el juicio de Garantías en que la queja se haga valer, le haya correspondido al pleno de la Suprema Corte, en los términos del artículo 99, párrafo segundo, de la misma ley;

VIII.- De la aplicación de la fracción XVI del artículo 107 de la Constitución General de la República;

IX.- De las excusas e impedimentos de los ministros en asuntos de la competencia del pleno;

X.- De las excusas e impedimentos del Presidente de la Suprema Corte, propuestos durante la tramitación de los asuntos de la competencia del pleno;

XI.- De cualquier controversia que se suscite entre las salas de la Suprema Corte;

XII.- De los recursos de reclamación que se intentan contra las providencias o acuerdos del Presidente de la Suprema Corte, dictados durante la tramitación, en los asuntos de la competencia del pleno;

XIII.- De las denuncias de contradicción entre tesis sustentadas por dos o más salas de la Suprema Corte;

XIV.- De los juicios de anulación de la declaratoria de Exclusión de los Estados del sistema Nacional de Coordinación Fiscal, y de los juicios sobre el cumplimiento de los convenios de Coordinación celebrados por el Gobierno Federal con los Gobiernos de los Estados, de acuerdo con lo establecido por la ley de Coordinación Fiscal, en relación con lo dispuesto en el artículo

lo 105 Constitucional; y

XV.- De cualquier otro asunto de la competencia de la Suprema Corte, cuyo conocimiento no corresponda a las salas de la misma, por disposición expresa de la ley.

Por lo que hace a los Tribunales Unitarios de Circuito según el artículo 31o. se compondrá: "...de un magistrado- y el número de secretarios, actuarios y empleados que determine - el presupuesto. "

Y para su competencia nos remitimos al artículo 37o que nos dice: " Los Tribunales Unitarios de Circuito conocerán:

I.- De la tramitación y fallo de apelación, cuando proceda este recurso, de los asuntos sujetos en primera instancia a los juzgados de Distrito;

II.- Del recurso de denegada apelación;

III.- De la calificación de los impedimentos, excusas y recusaciones de los jueces de Distrito, excepto en los juicios de amparo;

IV.- De las controversias que se susciten entre los Jueces de Distrito sujetos a su jurisdicción, excepto en los juicios de amparo;

V.- De los demás asuntos que les encomienden las leyes.

En relación a los Tribunales Colegiados de Circuito nos remitimos al artículo 38o. Mismo que nos señala que se compon-

drán: " ...de tres magistrados, de un Secretario de acuerdos y del número de secretarios, actuarios y empleados que determine el presupuesto. "

Su competencia quedará especificada en el artículo - 44o. al establecer " ... son competentes los Tribunales Colegiados de Circuito para conocer:

I.- De los juicios de amparo directo contra sentencias definitivas o de laudos, o contra resoluciones que pongan fin al juicio, por violaciones cometidas en ellas o durante la se cu ela del procedimiento...;

II.- De los recursos que procedan contra los autos y resoluciones que pronuncien los Jueces de Distrito o por el superior del tribunal responsable, en los casos de las fracciones - I, II y III del artículo 83 de la Ley de Amparo;

III.- Del recurso de revisión contra las sentencias pronunciadas en audiencia Constitucional por los jueces de Dis tr ito o por el superior del tribunal responsable en los casos a - que se refiere el artículo 85 de la Ley de Amparo y cuando se reclame un acuerdo de extradición dictado por el Poder Ejecutivo a petición de un gobierno extranjero;

IV.- Del recurso de queja en los casos de las frac ciones V, VI, VII, VIII, IX, X y XI del artículo 95, en relación con el 99 de la Ley de Amparo.

V.- De los recursos que las leyes establezcan en - los términos de la fracción I-B del artículo 104 de la Constituci ón;

VI.- De las competencias que se susciten entre los jueces de Distrito de su jurisdicción en los juicios de amparo;

VII.- De los impedimentos y excusas de los jueces de Distrito de su jurisdicción en los juicios de amparo;

VIII.- De los recursos de reclamación previstos en el artículo 103 de la Ley de Amparo; y

IX.- De los demas asuntos que la ley les encomiende expresamente. "

Los Juzgados de Distrito conforme al artículo 48o. se integra de: " ... un juez y el número de secretarios, actuarios y empleados que determine el presupuesto. "

En materia penal el Juzgado de Distrito conocerá - según el artículo 51o. de: " De los delitos del orden federal...;

II.- De los procedimientos de extradición, salvo - lo que se disponga en los tratados internacionales;

III.- De los juicios de amparo que se promuevan -- contra resoluciones judiciales del orden penal; contra actos de -- cualquier autoridad que afecten la libertad personal, salvo que - se trate de correcciones disciplinarias o de medios de apremio im puestos fuera de procedimiento penal, y contra los actos que impor ten peligro de privación de la vida, deportación, destierro o algu no de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Federal ...;

IV.- De los juicios de amparo que se promuevan con forme al artículo 107, fracción VII, de la Constitución Federal,-

en los casos en que sea procedente contra resoluciones dictadas en los incidentes de reparación de daño exigible a personas distintas de los inculcados, o en los de responsabilidad civil, por los mismos tribunales que conozcan o hayan conocido de los procesos respectivos, o por tribunales diversos, en los juicios de responsabilidad civil, cuando la acción se funde en la comisión de un delito; y

V.- De los juicios de amparo que se promuevan contra las leyes y demás disposiciones de observancia general en materia penal, en los términos de la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal. "

En materia Administrativa según el artículo 52o. conocerá: " I.- De las controversias que se susciten con motivo de aplicación de las leyes federales, cuando deba decidirse sobre la legalidad o substancia de un acto de autoridad o de un procedimiento seguido por autoridades administrativas;

II.- De los juicios de amparo que se promuevan conforme a la fracción VII del artículo 107 de la Constitución Federal, contra actos de la autoridad judicial, en las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de leyes federales o locales cuando deba decidirse sobre la legalidad o substancia de un acto de autoridad administrativa o de un procedimiento seguido por autoridades del mismo orden;

III.- De los juicios de amparo que se promuevan contra leyes y demás disposiciones de observancia general en materia administrativa en los términos de la ley de Amparo;

IV.- De los juicios de amparo que se promuevan contra actos de autoridad distinta de la judicial, salvo los casos - a que se refieren las fracciones II y III, en lo conducente del artículo anterior, y fracción I del artículo 27 de esta ley; y

V.- De los amparos que se promueven contra actos - de tribunales administrativos ejecutados en el juicio, fuera de - él o después de concluido, o que afecten a personas extrañas al - juicio. "

Conforme al artículo 53o. en materia de trabajo co- nocerán: " I.- De los juicios de amparo que se promuevan con- forme a la fracción VII del artículo 107 de la Constitución Federal, con- tra actos de la autoridad judicial, en las controversias que se - susciten con motivo de la aplicación de leyes federales o locales, cuando deba decidirse sobre la legalidad o subsistencia de un ac- to de autoridad laboral o de un procedimiento seguido por autorida- des del mismo orden;

II.- De los juicios de amparo que se promuevan con- tra las leyes y demás disposiciones de observancia general en ma- teria de trabajo, en los términos de la ley de amparo;

III.- De los juicios de amparo que se promuevan en materia de trabajo con- tra actos de autoridad distinta de la judi- cial; y

IV.- De los amparos que se promuevan con- tra actos de los tribunales de trabajo ejecutados en el juicio, fuera de él

o despues de concluido, o que afecten a personas extrañas al juicio. "

Y según lo dispuesto en el artículo 54o. en materia civil conocerán: " I.- De las controversias del orden civil que se susciten entre particulares con motivo de la aplicación de leyes - federales, cuando el actor elija la jurisdicción federal, en los términos del artículo 104, fracción I, de la Constitución;

II.- De los juicios que afectan bienes de propiedad Nacional;

III.- De los juicios que se susciten entre una Entidad Federativa y uno o más vecinos de otra, siempre que alguna de las partes contendientes esté bajo la jurisdicción del juez;

IV.- De los asuntos civiles concernientes a miembros del cuerpo diplomático y consular;

V.- De las diligencias de jurisdicción voluntaria - que se promuevan en materia federal;

VI.- De las controversias en que la Federación fuere parte salvo lo dispuesto en la fracción IV del artículo 11 de esta ley, en cuyo caso el juez de autos, de oficio o a petición -- fundada de cualquiera de las partes, enviará el expediente al pleno de la Corte;

VII.- De los amparos que se promuevan contra las resoluciones del orden civil, en los casos a que se refiere el artículo 107 fracción VII, de la Constitución Federal;

VIII.- De los juicios de amparo que se promuevan --

contra leyes y demás disposiciones de observancia general en materia civil, en los términos de la Ley de Amparo;

IX.- De todos los demás asuntos de la competencia de los Juzgados de Distrito conforme a la ley, ..."

Y por último tenemos que el JURADO POPULAR según el artículo 6lo. tiene por objeto resolver, por medio de un veredicto, las cuestiones de hechos que le somete el juez de Distrito con arreglo a la ley. Se integrará de acuerdo al artículo 62o. de "...siete individuos designados por sorteo, del modo que establece el código Federal de Procedimientos Penales. "

Pues bien, ha quedado perfectamente establecido -- que única y exclusivamente el Estado en uso de la soberanía tiene la facultad jurisdiccional, misma que ejerce a través de sus órganos jurisdiccionales, los cuales tienen la facultad y el deber de impartir justicia pronta y expedita.

C) CONTRADICCIÓN ENTRE LA PROTECCIÓN
DEL BIEN JURÍDICO TUTELADO Y LA -
QUERRELLA DE PARTE .

Ha quedado perfectamente establecido que una de las principales características para que un delito sea perseguido a petición de parte es que lesione únicamente intereses particulares, - que el delincuente no afecte con su hacer u omitir punible el interés general, es por ello que se señaló que la querrela es un derecho potestativo, ya que se abandone a la voluntad del ofendido el castigo o impunidad de las conductas típicas. Consideramos que al conservar en nuestro ordenamiento punitivo la institución de la querrela, no se trata de reminiscencias del pasado, en el que se entronizaba la venganza privada como un derecho y un deber para el ofendido, sino que dicha institución sigue vigente por motivos de bien público, y la toleramos e incluso la aconsejamos pero única y exclusivamente en aquellas conductas ilícitas en las que el delito lo sufran intereses particulares, obsequiando así al particular la potestad de decidir si el delito es castigado o permanece impune.

Asimismo se estableció que el bien jurídico constituye el objeto de la protección penal y la finalidad del ataque delictivo, para destruirlo, deteriorarlo o sencillamente ponerlo en peligro. Al actualizarse el sujeto activo la conducta típica prevista en el artículo 226 del código sustantivo penal, se instaura contra la potestad soberana insustituible del Estado que es el -- ejercicio o función jurisdiccional, se afecta al Estado quien en uso de su soberanía, imparte justicia a través del órgano jurisdiccional y nada ni nadie, se encuentra por encima de éste poder-supremo que es la SOBERANÍA.

De lo antes expuesto se desprende una profunda con tradición entre el bien jurídico tutelado del delito denominado: EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO, que como ha quedado perfectamente establecido es la función jurisdiccional que ejercita el Estado en uso de su soberanía, y el requisito de procedibilidad -- del mismo que es como todos sabemos a petición de parte es decir, por querrela necesaria, ya que la efectación de la función jurisdiccional del Estado es de mayor interés que los intereses particulares, por lo que no debe tolerarse la autonomía de la voluntad, ni abdicarse al libre arbitrio del particular un asunto de interés social como es la impartición de justicia.

Es incuestionable que el criminal que egrede a un -- individuo por cualquier medio sin atenerse a los ordenamientos legales, se opone al bien común, a la seguridad jurídica y a otros --

principios comunes, por lo que la represión de estas conductas - egoistas, es de urgente necesidad sujetarlas al principio de oficiosidad de la acción penal por ser de interés general la solución.

El legislador fué ligero en la concepción del delito de EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO al señalar a la querrela como requisito de procedibilidad, sin tomar en cuenta - la importancia que reviste el bien jurídico tutelado por el ilícito en estudio, sin percatarse de que el delincuente contraviene una función soberana del Estado.

El ofendido en el ilícito en mención es sin duda alguna el individuo o individuos que resienten la violencia ejercida por el sujeto activo para hacer valer su derecho o pretendido derecho, pero incuestionablemente el sujeto pasivo del mismo es el Estado en su función jurisdiccional, en su atribución de impartir justicia, por tanto que el legislador haya señalado a la querrela como requisito de procedibilidad del delito de EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO, es un creso error que no debemos ni podemos soslayar.

Veya pues, mi protesta a manera de propuesta para que el ilícito en estudio sea sujeto al principio de OFICIOSIDAD de la acción penal, salvaguardando así, la técnica jurídica que debe prevelecer en nuestro ordenamiento jurídico, pero sobre todo dejando intacta la SOBERANIA DEL ESTADO en su función jurisdiccional y por ende el BIEN PUBLICO .

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- La Historia del Derecho Penal se estudia por el beneficio que reporta para la mejor inteligencia de las instituciones actuales, el conocimiento comparativo de sus orígenes y de sus antecedentes, así como la observación atenta del proceso que ha seguido el Derecho en su evolución.

SEGUNDA.- Nosotros hemos clasificado a las etapas del Derecho Penal por utilidad didáctica como sigue: VENGANZA PRIVADA en donde cada particular, cada familia se hace justicia por sí mismo; EL TALION y LA COMPOSICION, en la primera se humaniza la venganza hasta la dimensión exacta de la ofensa y en la segunda, el ofensor compra al ofendido - su derecho a la venganza; VENGANZA DIVINA, la justicia-represiva se encuentra en menos de la clase sacerdotal; y el ESTADO DE DERECHO, se da cuando el Estado toma las riendas de la función represiva, por sus propias características la hemos dividido en: Venganza pública, el período humanitario y la etapa científica.

TERCERA.- Concebimos a la DENUNCIA como la manifestación expresa de un hecho presumiblemente delictuoso, que hace cualquier persona a la autoridad competente. Denunciar los ilícitos es un deber de toda persona, en caso de faltar a esa obligación se le impondrá una pena.

CUARTA.- Hemos definido a la QUERRELLA como la declaración expresa de derecho potestativo, que hace el ofendido o cualesquier otra persona facultada para ello, ante la autoridad competente, poniendo en su conocimiento un delito no perseguible de oficio del que ha sido víctima y manifestando su deseo expreso de que se persiga al delincuente y de que se le aplique la pena marcada por la ley. En esta institución se abandona el libre arbitrio del ofendido la potestad de perseguir o dejar impune el ilícito.

QUINTA.- Al conservar en nuestro ordenamiento punitivo la institución de la querrela, no se trata de reminiscencias del pasado, en donde se entronizaba la venganza privada, sino sigue vigente por motivos de bien público, asimismo declaramos que no somos detractores de la querrela, la toleramos y aún la aconsejamos pero única y exclusivamente en aquellos delitos en que el detrimento lo sufran intereses particulares, en donde no se restrinja el bien común.

SEXTA.- La conducta típica prevista en el artículo 226 del código-sustantivo penal es de los delitos más " jóvenes " incrustados en tal ordenamiento y se describe como sigue: " Al - que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho -- que debe ejercitar, emplearé violencia, se le aplicará pri-sión de tres meses a un año. En estos casos sólo se procederá por querrelle de la parte ofendida. " Este delito nace por la imperiosa necesidad de sancionar a quien siendo títular de un derecho u ostentándose como tal lo ejerce con-violencia, ésto es, sin atenerse a las normas legales rela-tivas al ejercicio de su pretensión. Aseveramos que éste - precepto es la expresión punitiva del artículo 17 Constitu-cional.

SEPTIMA.- Definimos el Requisito de procedibilidad como la circun-tancia o condición para que proceda una acción o se ini-cie el procedimiento y concebimos como tales únicamente a la Denuncia y la Querella y como modalidades de ésta - última la excitativa y la autorización. El legislador se ñala como requisito de procedibilidad del delito de Ejer-cicio indebido del propio derecho a la querella.

OCTAVA.- Señalamos como SUJETO ACTIVO del delito a aquél que ejecu-ta la conducta descrita en la figura típica efectivamente aplicable, es quien con su hacer u omitir punible lesiona un bien o interés jurídico y el SUJETO PASIVO del delito- es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido.

do por la norma. El ofendido por su parte sera la persona que resienta el daño causado por la infracción penal.

NOVENA.- El SUJETO ACTIVO en el delito de EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO es aquél (ya sea un sólo individuo o pluralidad de ellos) que emplea violencia para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho. Y el SUJETO PASIVO será el Estado en su función jurisdiccional, en virtud de que el desplegar su conducta ilícita el activo contra viene la potestad soberana insustituible del Estado que es el ejercicio o función jurisdiccional, sin atenerse a las normas legales relativas al ejercicio de su pretensión sin acudir a los tribunales para que se le administre justicia, y el ofendido será la persona que resienta la violencia que despliega el activo.

DECIMA.- El bien o interés jurídico es el objeto de protección penal y la finalidad del ataque delictivo, para destruirlo, deteriorarlo o sencillamente ponerlo en peligro.

DECIMO-PRIMERA.- En el ilícito de Ejercicio indebido del propio derecho, mismo que se encuentra comprendido en el título relativa a " DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA " el bien jurídico tutelado es la facultad del Estado de administrar justicia, es la potestad soberana insustituible del Estado de dirimir las controversias de Derecho mediante los tribunales.

DECIMO-SEGUNDA.- La función jurisdiccional es la que realiza el - el Estado en uso de su soberanía, encaminada a tutelar el ordenamiento jurídico, esto es, dirige a obtener - en los casos concretos la declaración del Derecho y la observancia de la norma jurídica, mediante la resolución con base en la misma de las controversias que surjan por conflictos de intereses, tanto entre particulares, - como entre particulares y el poder público, mediante la ejecución coactiva de las sentencias.

DECIMO-TERCERA.- Al actualizar el sujeto activo la conducta típica prevista en el artículo 226 del código sustantivo penal, se instaura contra la potestad soberana insustituible del Estado que es el ejercicio o función jurisdiccional, se afecta al Estado quien en uso de su soberanía imparte justicia a través del órgano jurisdiccional y - nada ni nadie, ésta por encima de ese poder supremo, - que es la SOBERANIA.

DECIMO-CUARTA.- El legislador fue ligero en la concepción del delito de EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO, al señalarle a la querrela como requisito de procedibilidad, - sin tomar en cuenta la importancia que reviste el bien jurídico tutelado por la norma, sin percetarse de que el delincuente contraviene una función soberana del Estado incurriendo con ello en una profunda contradicción.

DECIMO-QUINTA.- Que el Legislador haya señalado a la querrela como requisito de procedibilidad del delito de EJERCICIO-INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO, es un craso error que no - debemos, ni podemos soslayar.

DECIMO-SEXTA.- El delito motivo del presente trabajo de tesis ha de sujetarse al principio de oficiosidad de la acción - penal, salvaguardando así la técnica jurídica que debe prevalecer en nuestros ordenamientos jurídicos, pero -- por sobre todo dejando intacta la soberanía del Estado- en su función jurisdiccional y por ende el BIEN PUBLICO.

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

- Carnelutti. Lecciones sobre el Proceso Penal, Edit. Ejea, 1950.
- Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano (parte general)
Edit., Porrúa, México, 1987.
- Carrara. Génesis Antrpológica del Derecho Criminal, en apéndice a
la traducción Española del Programma, dirigida por Sébastian
Soler. 1958.
- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho -
Penal, Edit., Porrúa, México, 1978.
- Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Pe-
nales, Edit. Porrúa, México, 1989.
- Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal I (parte general), Edit. -
Bosch, Barcelona, 1975.
- Florian, Eugenio. Elementos de Derecho Penal, Edit. Bosch, Barce-
lona, 1933.
- Fontan, Balestra. Derecho Penal, 3o. Edic. Buenos Aires, Argentina
1957.
- Franco Sodí, Carlos. Derecho Penal Mexicano, Edit. Porrúa, México
1960.

- García Ramírez, Sergio. Derecho de Procedimientos Penales, Edit. Porrúa, México, 1974.
- Giuseppe Maggiore. Derecho Penal II, Edit. Bosch, Barcelona, 1970
- Gómez Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso, Edit. U.N.A.M México. 1983.
- González Bustamante. Principios de Derecho Procesal Penal, Edit. Porrúa, México, 1985.
- Groppali, Alessandro. Doctrina del Estado, Edit. Giuffrè, Milano 1952.
- Hans-Heinrich, Jeschck. Tratado de Derecho Penal (parte general) Edit. Bosch, Barcelona, 1981.
- Jellinek, Georg. Teoría General del Estado (libro primero), -- Edit. Albatros, Buenos Aires, 1943.
- Jiménez de Azúa. La Orientación Moderna de las Nociones de Autor de la infracción y de participación en la infracción, 1957.
- Jiménez de Azúa. Tratado de Derecho Penal, Edit. Lozada, Buenos-Aires, 1965. tomo III.
- Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Edit. Porrúa -- México, 1983

- Martínez Pinero, Rafael. Derecho Penal (parte general), Edit. Trillas, México, 1982.
- Mendelshon, Benjamín. La Victimología, Edit. Giuffrè, Milano, - 1952.
- Mezger, Edmundo. Derecho Penal, Edit. Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, 1970.
- Osorio y Nieto, Cesar Augusto. La Averiguación Previa, Edit. Porrúa, México, 1985.
- Pavón Vasconcelos, Francisco. Derecho Penal Mexicano, Edit. Porrúa, México, 1987.
- Pessina. Elementos de Derecho Penal, Edit. Reus, Madrid, 1936.
- Piña y Palacios, Javier. Apuntes de Derecho Penal, Edit. Bosch - Barcelona, 1980.
- Porrúa Pérez, Francisco. Teoría del Estado, Edit. Porrúa, México 1982.
- Puig Peña. Derecho Penal I, Edit. Reus, Madrid, 1955.
- Rivera Silva. El Procedimiento Penal Mexicano, Edit. Porrúa, México, 1989.

Rodríguez Menzenera, Luis. Criminología, Edit. Porrúa, México, -
1982.

Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino , Buenos Aires, 1953.

Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, Edit. Porrúa, México
1986.

Villalobos, Ignacio. La crisis del Derecho Penal en México, Edit.
Jus, México. 1948.

Villalobos, Ignacio. Nociones de Derecho Penal, 2o. edic. Edit. -
Botas, 1950.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, Edit. Córdenas,
Editor y Distribuidor, México, 1986.

C O D I G O S .

Carrancá y Trujillo, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas. Código Penal -
Anotado, Edit. Porrúa, México, 1986.

González de la Vega, Francisco. El código Penal comentado, Edit.
Porrúa, México, 1986.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Penal para el Distrito Federal.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

JURISPRUDENCIA.

SANCHEZ, JOSE MARIA. TOMO XII, p. 823.

DICCIONARIOS.

DIAZ DE LEON, MARCO ANTONIO. Diccionario de Procedimientos Penales tomo I.

Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo VI, XIV y XXV.

TESIS PROFESIONALES.

Sánchez Canales, José Tristán. La Querrela, U.N.A.M., México, 1960

Aguilar y Mayo, Guillermo. Crítica a los delitos que se persiguen por querrela necesaria, México, 1935. U.N.A.M.

Sánchez Araiza, Roberto. De los delitos que se persiguen a petición de parte, U.N.A.M. México, 1938.

R E V I S T A S .

Revista Italiana de Derecho Penal, año 1940. pág. 17.