



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE



EL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL
SU IMPUGNACION

T E S I S
Que para obtener el titulo de
LICENCIADO EN DERECHO
p r e s e n t a

MARIA GUADALUPE LOPEZ CASTAÑEDA



Asesor de Tesis: Lic. Fernando García Cordero

México, D. F.

1997

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 esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

A mi profesor : Lic. Fernando García Cordero

***Con admiración y respeto quedo agradecida por
el apoyo que me brindó.***

A mi madre :

***Sra. Carmen Castañeda de López, con amor por sus
cuidados, esfuerzos y apoyo que me ha dado siempre.***

A mi esposo : José de Jesús Archundia Morelos

***Por todo lo que me ha brindado en el aspecto familiar
y hoy para mi vida profesional***

A mis hijos : Adrián y Alina Archundia López

***Por ser mi fuente de inspiración, mi razón de ser
y a quienes deseo con gran anhelo verlos lo más
realizados posible.***

EL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL Y SU IMPUGNACION.

CAPITULO I. ASPECTOS GENERALES EN LA AVERIGUACION PREVIA.

1.- CONCEPTO.

A) COMO ETAPA PROCEDIMENTAL	3
a) Sistemas Procesales.	3
b) Objeto	5
b) Tiempo en el cual se debe llevar a cabo	12

B) COMO ACTIVIDAD	17
a) El Titular de la actividad investigadora y persecutora	18
b) Como Documento.	21

2.- REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.

A) DENUNCIA	28
B) ACUSACION.	31
C) QUERRELLA.	32
D) CASO URGENTE	40
E) FLAGRANCIA.	43
F) OTROS	44

CAPITULO II.- INTEGRACION DE UNA AVERIGUACION PREVIA.

1.- DILIGENCIAS BASICAS.

A) CON DETENIDO	47
------------------------	-----------

B) SIN DETENIDO 49

2.- FUNDAMENTACION JURIDICA DE LA AVERIGUACION PREVIA.

A) EN LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS E.U.M. 50

B) FUNDAMENTACION PRACTICA DE LA AVERIGUACION PREVIA EN EL FUERO FEDERAL Y COMUN. 56

C) INICIO DEL ACTA DE AVERIGUACION PREVIA. 60

a) Exordio 61

b) Declaraciones 63

c) Reconstrucción de Hechos. 68

d) Peritajes. 69

e) Intervención de la Policía Judicial 75

CAPITULO III.- RESOLUCIONES O DETERMINACIONES DEL MINISTERIO PUBLICO.

1.- CONCEPTO DE ACCION PENAL

A) PRINCIPIOS QUE RIGEN A LA ACCION PENAL. 96

2.- EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.

A) BASES LEGALES 101

B) CONSIGNACION. 107

C) CONTENIDO FORMA Y EFECTOS 108

D) EXTINCION DE LA ACCION PENAL 117

3.- NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL

A) ACUERDO NUMERO A/010/94 P.G.J.D.F. 121

B) ACUERDO NUMERO A/006/92 P.G.R. 131

4.- RESERVA.

A) ACUERDO NUMERO A/04/90 P.G.J.D.F.	134
B) ACUERDO NUMERO A/007/92 P.G.R.	138

CAPITULO IV.- LA IMPUGNACION A TRAVES DEL JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DEL ACUERDO DE NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.

1.- REQUISITOS NECESARIOS PARA LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DEL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL

A) EL MINISTERIO PUBLICO COMO AUTORIDAD RESPONSABLE.	142
B) LAS GARANTIAS INDIVIDUALES VIOLADAS POR LA ABSTENCION INDEBIDA DEL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.	147
a) Concepto de Garantía Individual.	147
b) Artículo 14 Constitucional. Garantía de Audiencia.	150
c) Artículo 16 Constitucional. Garantía de Legalidad.	152
d) Artículo 21 Constitucional. Garantía de Seguridad Jurídica.	158

2.- CRITERIOS EMITIDOS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION RESPECTO DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DEL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.

A) CONCEPTO DE JURISPRUDENCIA.	159
B) CRITERIOS EMITIDOS POR LA S.C.J.N.	160

3.- LA IMPUGNACION A TRAVES DEL JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DEL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL. CON LA REFORMA AL ARTICULO 21 CONSTITUCIONAL DE DICIEMBRE DE 1994.

A) CONCEPTO DE IMPLUGNACION.	174
B) ACCION DE AMPARO	176
C) PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO	177
D) LA INEXISTENCIA DE LA IMPROCEDENCIA LEGAL DEL JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DE LA ABSTENCION DEL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.	184

EL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL Y SU IMPUGNACION.

CAPITULO I. ASPECTOS GENERALES EN LA AVERIGUACION PREVIA.

1.- CONCEPTO.

El presente trabajo lo iniciamos dando un concepto de Averiguación Previa, siendo esta una fase del procedimiento que tiene como objetivo principal ejercer acción penal, o bien su abstención, que es nuestro tema a tratar en esta tesis; una vez que previamente ha reunido el Ministerio Público los requisitos previstos en el artículo 16 Constitucional y que haya llevado a cabo todas y cada una de las diligencias necesarias, esto permitirá integrar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad de quién o quienes hayan cometido un hecho que se presupone es delictuoso, todo lo anterior cumpliendo con una interdisciplina de leyes que reglamenten una a una sus actuaciones.

Osorio y Nieto Cesar Augusto dice: " Como fase del procedimiento penal, puede definirse a la averiguación previa como la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar en su caso los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal."¹

Del concepto anterior se considera a la averiguación previa como una etapa procedimental y es totalmente cierto si consideramos que el Procedimiento está constituido por un conjunto de actos, vinculados entre si por relaciones de causalidad y finalidad, regulados por normas jurídicas y ejecutados por los órganos persecutorio y jurisdiccional en el ejercicio de sus respectivas atribuciones para culminar con una sentencia penal; en tanto que el Proceso por su parte es el período del procedimiento que se inicia con el auto de formal prisión o sujeción a proceso ante la autoridad judicial y no ante las dos instancias antes señaladas. Por otra parte también considera el autor ya no al cuerpo del delito y presunta responsabilidad como se prevenía en anteriores Códigos sino los términos actuales que son tipo penal y probable responsabilidad reforma prevista en el ámbito federal a partir de 1993 que en los artículos 16 y 19 fue modificada la

¹ OSORIO Y NIETO CESAR AUGUSTO.-La Averiguación Previa.- Edic. Séptima.- Edic. Porrúa, S. A.- México, 1994.- p. 2.

terminología, prescindiendo de la noción de cuerpo del delito y se optó por el término de "elementos que integran el tipo penal" y concluye diciendo que todo ello es con la finalidad de optar por el ejercicio o abstención de la acción penal.

Para Franco Villa José " La Averiguación Previa es la primera etapa del procedimiento penal desarrollada por el Ministerio Público durante la cual practica las diligencias legalmente necesarias para comprobar la existencia de los delitos y la responsabilidad de quienes en ellos participan, a fin de proceder al ejercicio de la acción penal correspondiente ante los Tribunales competentes".²

Una vez más este autor afirma lo que el anterior en su concepto, ya que considera a la averiguación previa como una etapa que se desarrolla antes del proceso pero dentro del procedimiento mismo en la cual el Ministerio Público va a practicar todas las diligencias que conlleven a ejercitar la acción penal y agrega-que esta será ante los Tribunales competentes.

Según Colín Sánchez Guillermo " La preparación del ejercicio de la acción penal se realiza en la averiguación previa, etapa procedimental en que el Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de Policía Judicial, practica todas las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar la acción penal, debiendo integrar, para esos fines, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad " ³

Nuevamente en este concepto la averiguación previa es una etapa procedimental, pero cabe señalar que el autor dice que el Ministerio Público en ejercicio de la facultad de Policía Judicial concepto que se estima es erróneo porque una es la Institución del Ministerio Público y otra la policía judicial mismo que en la actualidad pretende corregir porque este término no es el correcto si la policía judicial no pertenece al poder judicial y se pretende que se les llame con el nombre de investigadores; por otra parte la finalidad de la etapa en comento es el ejercicio de la acción penal.

Estos son algunos de los conceptos que acerca de Averiguación Previa podemos enunciar y cabe señalar que no todos los autores que hacen un estudio de la Averiguación Previa nos aportan un concepto pero en el desarrollo de las obras se observa que todos coinciden en que es una etapa procedimental, que se lleva

² FRANCO VILLA JOSE.- El Ministerio Público Federal.- Edic. primera.- Editorial Porrúa, S. A.- México 1985.- p. 150.

³ COLÍN SÁNCHEZ GUILLERMO.-Derecho Mexicano de Procedimientos Penales.- Edic. Décimo Cuarta.- Edit. Porrúa, S.A.- México 1977.-p. 233.

a través de la Institución llamada Ministerio Público el cual debe realizar una serie de diligencias que le permiten integrar los elementos del tipo penal que es según la Teoría del Delito la descripción legal de una conducta estimada como delito que lesiona o hace peligrar bienes jurídicos protegidos por la norma penal para ejercitar acción ante los tribunales en contra del probable responsable.

Los autores a la Averiguación Previa también le llaman Instrucción administrativa, Preparación de la Acción Penal, Preproceso o Fase Indagatoria.

Resumiendo, el concepto que nosotros tenemos al respecto es el siguiente: "La Averiguación Previa es una etapa del procedimiento penal que se lleva ante la autoridad llamada Ministerio Público auxiliado por la Policía Judicial para buscar a través de hechos que son de su conocimiento la integración de los elementos del tipo penal y presunta responsabilidad para ejercer la acción penal en contra del probable responsable, consignando ante los Tribunales competentes.

A) COMO ETAPA PROCEDIMENTAL.

Si consideramos a la Averiguación Previa como etapa procedimental, esto es dentro de la estructura del procedimiento no como actividad que esta a cargo del Ministerio Público creemos que se puede explicar a través de los siguientes aspectos:

- a) SISTEMAS PROCESALES.
- b) OBEJETO.
- c) TIEMPO EN EL CUAL DEBE LLEVARSE A CABO.

a) SISTEMAS PROCESALES

En este apartado, haremos de una manera muy general algunas citas respecto de los sistemas procesales que a través del tiempo se fueron practicando en varios países haciendo posible la evolución del proceso penal que actualmente tenemos en México, esto sin pretender incluirlos como antecedentes históricos, sino únicamente con la finalidad de destacar sus diferencias y rasgos singulares que entre cada uno de ellos se conservan y los que se extinguieron en el modo de administrar justicia, así como resaltar cuales de esos rasgos continúan aún vigentes en el procedimiento penal mexicano.

El Sistema Acusatorio (Antiguo- Romano- Bárbaro-Feudal), en él, la persecución del delito es un interés que corresponde a las partes, aunque admitiendo ya en su castigo la intervención del Estado, desde la iniciativa hasta la prosecución del procedimiento se dejan principalmente en manos del mismo ofendido o de sus familiares y del acusado, uno frente al otro son puestos entre sí contradictoriamente con libertad de acción y entre ellos existe un juez imparcial que se limita a escuchar la solicitud del ofendido y a autorizar las pruebas (la prueba confesional y el flagrante delito eran pruebas concluyentes), otra de sus características es la de llevar el debate público y oral para pronunciar su decisión. El Sistema Inquisitorial (Feudales-Monárquicos), en el por el contrario la persecución del delito es ante todo un interés público iniciándose así el "Procedimiento de Oficio" y por ende el Juez tiene que iniciar, continuar y terminar el proceso desde el momento en que tenga conocimiento del delito ya sea por denuncia, quejas secretas, rumores y hasta por sospecha; no hay debate oral, ni alegatos ni publicidad. El Sistema Clásico Liberal (La Revolución-Napoleón-Las Democracias), en él ante las teorías humanitarias y por reacción contra el sistema anterior se adopta nuevamente las bases acusatorias, ampliando la defensa del inculcado, sin embargo en algunos países se sigue conservando el procedimiento de oficio, durante la instrucción se sigue guardando un relativo secreto y ya en los debates vuelven a ser orales y públicos.⁴

El Proceso Acusatorio.- El proceso era primordialmente a base de acción (acusación), salvo casos excepcionales, iniciada por el ofendido, y en ciertos delitos por parientes próximos, o hasta por cualquiera del pueblo. El procedimiento se desarrollaba con citación del acusado y si confesaba se dictaba inmediata sentencia. Se permitía el tormento pero estaba reglamentado y en el caso de no haber confesión, se recibían las pruebas, en este sistema se incluyeron las pruebas a través de testigos y documentos. El proceso se iniciaba con la acusación escrita, procediéndose luego a la citación por escrito del acusado, si en tres o cuatro veces no comparecía ante el Juez se le condenaba a destierro condicional, pero si comparecía se proseguía con la contestación de la litis. El acusador debía prestar el llamado juramento de calumnia, juramento que no lo hacía falsamente y se comprometía a sostener la verdad. Cuando se presentaba una cuestión compleja de derecho, las partes o el juez podían requerir la colaboración de un jurisperito que daba su parecer oral o por escrito. El Proceso Inquisitivo.- Se inicia por la acusación, denuncia o de oficio, ejercido por el rey directamente o por jueces y jurisdicción eclesiástica variando según en razón de la persona o por el delito de herejía o relacionados con la fe, es escrito y sigue el principio de oficialidad, el secreto del proceso es absoluto tanto en la forma como el lugar en que actuaba el tribunal y la sentencia, para lograr la confesión se le

⁴ ACERO JULIO. - " Procedimiento Penal". - Ensayo Doctrinal y Comentarista sobre las Leyes del Ramo del D.F. y del Estado de Jalisco. - Edic. Séptima. - Edit. Cajica, S.A. - Puebla, Puebla. - México 1976. - pp. 45-48.

sometía a tortura; este proceso se divide en dos fases primero la general en donde se toma la información sobre el delito y quién es su autor y luego la especial individualizando un sospechoso y sólo sería esta fase para el caso de flagrancia llevándose procesos sumarios y sumarísimos. El Proceso Mixto.- Es solo una mezcla de elementos acusatorios e inquisitivos; en el Código de Instrucción Criminal de 1808 la acción penal es ejercida por el ministerio público fiscal considerado como representante del pueblo y de la sociedad.³

El Procedimiento Penal Mexicano conserva la publicidad, la calidad y la escritura, después de estas características podríamos agregar la legalidad en cuyo principio se incluye la obligatoriedad, ya que no queda al arbitrio de las partes el que se lleve a cabo o no un procedimiento, si existen los suficientes elementos en este caso es a lo que más nos enfocamos porque la legalidad es uno de los requisitos que debe observarse dentro de la etapa de la averiguación previa, o fase preparatoria de la acción penal, la cual significa el inicio del procedimiento penal, además la legalidad ya dentro del procedimiento tiene el carácter de obligatorio que lleva en si mismo el ser inevitable e irrenunciable para ninguna de las partes procesales como lo son el Estado por medio de sus órganos destinados para ese fin y mucho menos del infractor.

En México nuestro Procedimiento Penal consta de las siguientes etapas: I.- La averiguación Previa o fase de preparación de la acción penal. que comprende desde que el Ministerio Público tiene conocimiento del hecho o hechos delictuosos hasta la determinación del ejercicio o abstención de la acción penal; II.- La Preinstrucción ante el órgano jurisdiccional que es desde el auto de radicación hasta el Auto de Formal Prisión (o sujeción a proceso) que en condiciones normales y conforme a la ley debe ser a las 72 horas. III.- Instrucción en la que el Juez se allega de todas las pruebas y comprende desde que se le imputa un delito al indiciado hasta el Auto que declara el cierre de la instrucción. IV.- Las Conclusiones que pueden ser acusatorias o no acusatorias. y V.- Sentencia. (Hasta aquí si hablamos de primera instancia) sin incluir segunda y tercera instancia que en realidad no es necesario comentar por el momento ya que nuestro estudio es solo respecto de la averiguación previa como etapa preprocesal.

b) OBJETO.

El objeto de la preparación de la acción penal debe ser tratada a grandes rasgos en alguno aspectos, por ello en el desarrollo de la presente tesis serán tratados

³ RUBIANES CARLOS J.- "Manual de Derecho Procesal Penal".- Tomo I.- Teoría General de los Procesos Penal y Civil.- Edic. Sexta.- Edit. Depalma, Buenos Aires 1985.- pp.18-25.

de una forma más amplia o especificando según el caso; en el objeto mencionaremos los requisitos que debe reunir como lo son los previstos por el artículo 16 Constitucional, los elementos del tipo y la probable responsabilidad, y las determinaciones haciendo comentarios de las opiniones que tienen algunos autores en relación a estas.

Toda vez que uno de los requisitos que tiene el período de preparación de la acción penal es cumplir con los requisitos previsto por la Ley Suprema en su artículo 16, para que el representante de la Sociedad inicie su investigación y al no quedar al arbitrio del órgano investigador el inicio de la función persecutoria es necesario para iniciar esa investigación dar cumplimiento a los requisitos mencionados en el precepto Constitucional anteriormente citado como son: la denuncia, la acusación, la querrela, la flagrancia y el caso urgente, (quedando excluidos por el legislador otros requisitos que anteriormente si se aceptaban como son la pesquisa, la delación anónima y la delación secreta por constituir medios en que se podían refugiar venganzas y vulnerando el derecho del inculpado al no darle conocimiento de la persona que lo acusaba creemos que este fue un acierto por parte de los legisladores que excluyeron estas formas de hacerse llegar el conocimiento de un hecho que aparentemente era delictuoso).

El Ministerio Público puede tener conocimiento de un hecho delictuoso: en forma directa e inmediata, por conducto de los particulares o por autoridad judicial a estos hechos delictuosos les han llamado presupuestos procesales, condiciones objetivas de punibilidad y requisitos de procedibilidad pero en realidad son cuestiones diferentes:

Los presupuestos procesales son la capacidad para promover la acción penal y la capacidad jurisdiccional para que podamos tener un legítimo procedimiento ya que sin el hecho o acto material, sin el órgano acusador, sin órgano de defensa y sin órgano de jurisdicción no podríamos tener elemento material para su consideración práctica ni una relación procesal.

No debemos confundir a los presupuestos procesales con las condiciones objetivas de punibilidad porque las segundas son las exigencias que ocasionalmente establece el legislador para que la pena tenga aplicación.

Por otra parte las cuestiones prejudiciales se presentan como antecedente lógico-jurídico del Derecho Penal que es el objeto del proceso y que versan sobre una relación jurídica de naturaleza particular y controvertida.

En el fondo, se trata de una misma cuestión, quienes hablan de condiciones objetivas de punibilidad lo hacen desde el aspecto general del Derecho Penal y los que aluden a cuestiones prejudiciales enfocan el problema desde el punto de vista procesal; en cambio los requisitos de procedibilidad son condiciones que legalmente deben satisfacerse para proceder en contra de quién ha infringido una norma determinada de Derecho Penal.⁶

Dentro del Objeto de la averiguación previa tenemos como columna vertebral la integración de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad.

Para hacer este análisis nos referimos a la obra del Dr. Sergio García Ramírez en la que expresa su desacuerdo con la Reforma de 1993 al decir que el término de Cuerpo del Delito constituía el elemento de fondo del Auto de Formal Prisión y por ende del procedimiento; el legislador debió tomar en cuenta que en la expresión "Cuerpo del Delito" viene al caso una noción de Derecho Procesal y no de Derecho Sustantivo como lo es "Elementos del Tipo Penal" o "Elementos que integran el Tipo Penal", debiéndose respetar cada uno de los ámbitos en lo que les es propio.

Respecto de la reforma y haciendo una subdivisión de esos elementos nos dice textualmente:

"El mismo artículo 168 del C.F.P.P. que incorpora ciertos criterios de escuela, que seguramente suscitarán polémica, entiende que esos elementos son los siguientes:

a) Necesarios, pues concurren invariablemente en el tipo penal, bajo la perspectiva adoptada por la reforma: 1. Acción u omisión, y lesión o, en su caso, peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido. 2. Forma de intervención de los sujetos activos (se entiende que aquí vienen al caso las formas de autoría o participación delictuosas, así llamadas por el primer párrafo del artículo 13 del Código Penal reformado en 1993, y antes denominadas formas de responsabilidad), y 3. Realización dolosa o culposa de la acción y omisión (así se incorpora el dato subjetivo que había permanecido fuera del concepto de cuerpo del delito) (fracciones I-III).

b) Contingentes, en cuanto su presencia depende de los requerimientos específicos de tipos determinados: 1.- Las calidades del sujeto activo y del pasivo; 2.- El resultado y su atribubilidad a la acción y omisión; 3.- El objeto material; 4.- Los medios utilizados; 5.- Las circunstancias de lugar tiempo, modo y ocasión; 6.-

⁶ Ob. cit.- COLIN SANCHEZ GUILLERMO, pp. 238-240.

Los elementos normativos; 7.-Los elementos subjetivos específicos y 8.- Las demás circunstancias que la ley prevea (en su antepenúltimo párrafo).

En el Código Federal de Procedimientos Penales en el Título Quinto llamado Disposiciones comunes a la averiguación previa y a la instrucción, específicamente en su Capítulo I Comprobación de los elementos del tipo penal y de la probable responsabilidad del inculpado” es en donde encontramos claramente lo que el legislador considera como Elementos del Tipo Penal y Probable Responsabilidad en su artículo 168 que a la letra dice:

“El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Dichos elementos son los siguientes:

- I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;**
- II. La forma de intervención de los sujetos activos; y**
- III.- La realización dolosa o culposa de la acción y omisión.**

Asimismo, se acreditará, si el tipo lo requiere: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias del lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

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

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley”.

Esta reforma al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales es aceptable en nuestro criterio en cuanto a que en la averiguación previa hay una interdisciplina de leyes tratándose en este caso del Código Penal y Código de Procedimientos Penales, es decir tanto de una ley adjetiva como de la ley

sustantiva en materia penal. En el precepto anteriormente citado el legislador reitera lo que prevé el artículo 21 de nuestra Ley Suprema cuando dice que será el Ministerio Público (y debemos entender que auxiliado por la Policía Judicial) quienes integrarán con todas las diligencias necesarias esos elementos del tipo penal para hacer una clasificación del hecho de que se trate y encuadrarlo con un tipo penal.

El precepto en comento antes de la reforma en su Segundo Párrafo decía: "El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta delictiva, según lo determine la ley penal" ... Ahora en su primer párrafo dice: " El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos".

Como se puede observar en ese precepto tanto antes como ahora se refiere a los "elementos del tipo penal" y en este caso nos remitimos a la Teoría del Delito en donde el maestro Castellanos Tena opina que el tipo "consiste en la descripción legal de un delito" y a la tipicidad como "el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador"⁷ De lo cual podemos señalar que el tipo es del orden sustantivo y la tipicidad es de orden adjetivo; el tipo es la descripción previa que hace el legislador, antes de que se de un hecho, además general como lo es toda ley , en cambio la tipicidad es el encuadramiento con esa descripción legal de una conducta estimada como delito y que lesionó o hizo peligrar uno o varios bienes jurídicos protegidos por la norma penal, aplicación que se hace ya a un hecho en concreto y a un sujeto activo en particular o varios en el caso de concurso.

Continuando con el análisis el mismo precepto actual considera en su fracción I. "La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto en bien jurídico protegido"...

Primeramente la acción u omisión es en si retomada de lo que prevé el Código Penal en el artículo 7 Primer Párrafo que dice: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales"; la acción incluye el acto corporal, el resultado y el nexo causal entre estos y la omisión es en sí una abstención, con su resultado y su respectivo nexo causal como vínculo entre la conducta y el resultado, existiendo entre una y otra el elemento volutivo del hombre. Esa acción u omisión que puede llegar a ser imputable a un hombre (sujeto activo) y que tiene una sanción penal aplicada por el órgano jurisdiccional.

⁷ CASTELLANOS TENA FERNANDO.- "Líneamientos Elementales de Derecho Penal".- Edic. Novena.- Edit. Porrúa, S. A.- México 1975.- pp 163 y 166.

En cuanto a la lesión o en su caso el peligro al que fuere expuesto el bien jurídico protegido por la ley, ya depende de que delito en particular se este hablando, como ejemplo seria en el caso de lesión los delitos contra la vida y la integridad personal como el de lesiones o, de delitos sexuales como violación; y en el caso de peligro podrían ser alguno como los delitos contra la salud como tráfico de estupefacientes o peligro de contagio.

La fracción II. "La forma de intervención de los sujetos activos" ...

La forma de intervención de los sujetos activos se refiere a la forma de autoría y/o participación en el caso de que sean varios los sujetos activos, aunque podría tratarse solo de un sujeto activo. Según la participación pueden ser: sujeto intelectual quién aporta elementos anímicos, psíquicos o morales para que se realice el delito; el autor material quién realiza la actividad física o coopera, es decir, quién lleva a cabo la fase ejecutiva de determinado delito; autor mediato quién para ejecutar el delito se sirve de otro para que lo realice; el coautor que puede ser varios los sujetos que en conjunto ejecutan el ilícito penal; y por último los cómplices que son quienes auxilian a los coautores realizando una actividad indirecta pero útil ya sea en el momento de la comisión del delito y que igualmente pueden ser uno o varios sujetos, siendo incluidos todos ellos en el artículo 13 del Código Penal tanto en forma de autoría e incluyendo ya en que grado es responsable cada uno de los sujetos activos.

La fracción II "La realización dolosa o culposa de la acción y omisión"

El Dolo consiste en el actuar consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico. Los elementos del dolo son: El elemento ético constituido por la conciencia de que se quebranta el deber y el volutivo o psicológico que consiste en la voluntad de realizar el acto; en la volición del hecho típico existiendo el dolo directo cuando el resultado coincide con el propósito del agente; indirecto cuando el agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos; indeterminado si la intención es genérica para delinquir, sin proponerse un resultado delictivo en especial y eventual cuando se desea un resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente.⁸

⁸ Ob. cit. CASTELLANOS TENA FERNANDO.- pp. 239 a 241.

La culpa: existe cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas. Los elementos son primero un actuar voluntario (positivo o negativo); segundo que esa conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado; tercero los resultados del acto han de ser previsibles y evitables y tipificarse penalmente.(existiendo un nexo causal entre la conducta y el resultado). Las especies de culpa son: Consciente, con previsión o con representación cuando el sujeto activo prevé la posibilidad de un resultado ilícito penal, pero no desea tal resultado y espera que no haya tal evento típico, Inconsciente, sin previsión, sin representación, cuando el resultado, por naturaleza previsible no se prevé o no se representa en la mente del sujeto, además, esta especie será culpa lata cuando el resultado es previsible por cualquier persona, leve si es previsible por una persona cuidadosa y levisima por una extremadamente cuidadosa.⁹

Con los anteriores comentarios no pretendemos hacer un extenso estudio de la Teoría del Delito, simplemente tomar en cuenta de la misma los conceptos que se consideraron como indispensables para hacer la reforma a dicho precepto, con la finalidad de precisar que elementos eran necesarios en la integración de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad. En donde se incluyó la conducta que bien puede ser activa o de abstención, a los sujetos que como ya lo indicamos tienen diferentes grados de participación y por lo tanto de responsabilidad en la comisión de un delito, así como la forma intencionalidad en el momento de realizarlo.

En su antepenúltimo párrafo y en lo que a la averiguación previa se refiere también es necesario para la integración de los elementos del tipo saber cuales son las calidades del sujeto activo, ya que no es igual la calidad de un primodelincuente a la de un reincidente o un sujeto que ya delinque por habitualidad. Así como los objetos materiales y medios utilizados en los que se refleja el grado de peligrosidad en un sujeto.

Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión se utilizarán en el momento en que se esté redactando la averiguación previa ya que cada uno de estos adverbios serán los que den pauta a la consecuente respuesta por parte del declarante.

El penúltimo párrafo dice que para resolver sobre la probable responsabilidad del inculcado, la autoridad en este caso el Ministerio Público deberá constatar si

⁹ Ibidem.- p. 246 a 248.

existen o no acreditadas causas de licitud o bien datos suficientes que acrediten su probable culpabilidad (equiparando la responsabilidad con la culpabilidad) porque de ello dependerá su consignación o su libertad.

Para finalizar, en su último párrafo está otorgando a la autoridad administrativa a valerse de todo tipo de medio probatorio siempre que sea señalado por la ley para que pueda acreditar tanto los elementos del tipo como la probable responsabilidad del sujeto que haya cometido una conducta con apariencia delictuosa, recordando que el Ministerio Público únicamente va a determinar si consigna o no, pero el que va a dictar una sentencia será el órgano jurisdiccional.

De la determinación del Ministerio Público que es uno de los objetivos a realizar dentro de la fase de la averiguación previa tratándose como etapa procedimental y que puede ser en el sentido de ejercer acción penal o abstenerse de la misma no la trataremos por el momento, porque forma parte en uno de los capítulos de la presente tesis, y por lo tanto en ese capítulo se tratará ampliamente.

c) TIEMPO EN QUE DEBE LLEVARSE A CABO.

En cuanto al tiempo en que debe llevarse a cabo la averiguación previa desde que el Ministerio Público tiene conocimiento de un hecho delictuoso hasta la consignación a los Tribunales sin que a dicha institución social le sea dable restringir ni afectar la libertad de nadie aunque se trate del presunto responsable no hay precepto alguno que lo regule de forma especial; a este respecto existen artículos en la Constitución, pero en forma dispersa y que no se refieren exactamente a la averiguación previa, inclusive en la práctica se han tomado como si fuese una regulación para la misma, entre estos artículos encontramos los siguientes: 16, 19 y 107 fracción XVIII; en el Código Federal de Procedimientos Penales tenemos los artículos 135 y 161; así también tenemos en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal el artículo 272.

Por lo anterior, creemos necesaria una reforma principalmente en la Ley Suprema, así como en Leyes Secundarias para fijar el tiempo que debe tener la autoridad administrativa para poner a disposición del juez al presunto; sobre todo especificar que términos se darían para cada uno de los casos en especial como lo son: el caso de flagrancia y en caso urgente que prevé el artículo 16 constitucional cuando se cuenta con detenido.

A continuación haremos comentarios de los preceptos arriba citados con el propósito de hacer notar las deficiencias, así como las incorrectas interpretaciones que se les da a algunos términos empleados en estos preceptos.

El artículo 16 Constitucional que sería uno de los principales que ameriten una reforma porque en él encontramos los requisitos para que pueda ser detenida una persona en los casos de flagrancia y urgencia en donde hace referencia a la oportunidad con la que deben realizarse ciertos actos, dice así en su párrafo cuarto: "En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público". El término sin demora, ¿cuánto tiempo significa esto?, no se sabe, se supone que la persona que realice la detención deberá poner a disposición de la autoridad inmediata, pudiendo ser ésta una distinta a la del Ministerio Público, así también, por lo que respecta a este último tampoco menciona la Constitución en que tiempo deberá poner el Ministerio Público ante el juez al indiciado.

Sería conveniente que se dejaran de utilizar esos términos que no son exactos e indicar que tiempo es con el que cuenta el Ministerio Público para hacer la consignación. El tiempo para el caso de flagrancia en nuestro criterio, podría ser de 24 horas a partir de que el indiciado quedó a disposición del Ministerio Público considerando que son suficientes para integrar la averiguación previa, puesto que si es flagrancia las diligencias a realizar no requieren de tanto tiempo puesto que cuenta con el autor o autores detenidos y debe hacer desde luego la consignación judicial respectiva, sin que exista pretexto para retener en su poder a los sujetos aprehendidos ya como en los casos en que solo se cuenta con denuncia o querrela.

En el quinto párrafo prevé: "Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se puede ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora., lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder". Primero, dice el precepto sólo en casos urgentes y continua diciendo que será en los casos de delito grave, así calificado por la ley, hasta aquí es considerable, por cuanto a la claridad con la que expresa esa hipótesis, y toda vez que da una razón " que se sustraiga de la acción de la justicia". Pero más adelante expresa que será el Ministerio Público quien podrá ordenar su detención... "cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia" esto es algo delicado, ya que es muy difícil que existiendo una autoridad como lo es la representación social., no está hablando de un lugar alejado como antes se interpretaba este precepto, sino de

un lugar en donde si se puede encontrar a la autoridad judicial, en ese caso queda al arbitrio del Ministerio Público en su totalidad la detención.

Todo este párrafo se presta a que cualquier persona so pretexto de que así lo ordena la Constitución pueda privar de la libertad a un sujeto sin que medie una orden de aprehensión debidamente fundada y motivada. Por lo que nuevamente hacemos notar que aún cuando así se llevará a cabo esta detención; dicho precepto no prevé el tiempo en el que el Ministerio Público debe poner a disposición de autoridad judicial al indiciado por lo que se propone que sea también de 24 horas a partir de que se encuentra en poder de esa representación social el presunto responsable de un delito.

El sexto párrafo del artículo 16 constitucional: "En los casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley". Aquí es en donde se debe hacer más hincapié de las anormalidades que encontramos en el precepto, toda vez que queda al arbitrio del Ministerio Público tanto la detención, como el tiempo en que puede permanecer en su poder el indiciado ya que hasta que el juez reciba la consignación respectiva será cuando ratifique la detención "inmediatamente" en este adverbio no cabe duda que no hay algún término pero sobre todo lo que a nuestro tema concierne es el tiempo con el que cuenta el Ministerio Público para hacer la consignación ante los tribunales y que dicho precepto no menciona.

Para estos dos casos tan especiales proponemos que sean 24 horas con las que cuente el Ministerio Público para concluir su indagatoria y ejercer acción penal o abstenerse en su caso. Aclarando que es muy distinto al plazo de 48 horas que prevé enseguida el precepto, porque éste se interpreta que es en condiciones normales, es decir, que medió una denuncia, acusación o querrela de un hecho que la ley señale como delito, inclusive se indica que este plazo puede ser duplicado en los casos de delincuencia organizada, toda vez que se requiere de realizar más diligencias porque así se requiere.

Ese párrafo séptimo que a la letra dice: Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá suplirse..." su interpretación es relativo al tiempo que tiene el Ministerio Público para integrar su averiguación previa, sin embargo, no es así, porque claramente dice que es el tiempo máximo que podrá estar el indiciado detenido, privado de su libertad, pero no así el tiempo con el se cuenta para integrar una averiguación previa.

Otro de los preceptos constitucionales, que se ha tomado como base e interpretándolo como el término que tiene el Ministerio Público para concluir su averiguación previa es el artículo 19 que al inicio dice: "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión...". Queda claro que este precepto se refiere única y exclusivamente al Juez, por ello dice autoridad judicial y por otra parte al indicar que sin que se justifique con un auto de formal prisión, se entiende por completo que es dentro del proceso penal pero no dentro de lo que comprende la averiguación previa.

Algunos autores han opinado que la Constitución sujeta la averiguación previa a un plazo de veinticuatro horas, dentro del cual el Ministerio Público deberá ejercer la acción penal o poner al detenido en libertad, fundando este criterio en la fracción XVIII del artículo 107 (derogada actualmente y que antes se refería a que los alcaides y carceleros que no recibieran copia autorizada del auto de formal prisión en un plazo de setenta y dos horas como lo establece el artículo 19.... lo pondrían en libertad).

Pero en la parte relativa a esta fracción que aun subsiste dispone: "...También será consignado a la autoridad o agente de ella, el que realizada una aprehensión, no pusiere al detenido a disposición de su juez dentro de las veinticuatro horas siguientes. Si la detención se verificare fuera del lugar en que reside el juez, al término mencionado se agregará el suficiente para recorrer la distancia que hubiere entre dicho lugar y el en que se efectuó la detención". Aquí señalaremos los distintos puntos de vista que se tienen en relación a lo anterior.

Hay autores que opinan que este se refiere al juicio de amparo y otros que expresan que debió situarse en el artículo 20 de la Constitución federal, siendo éste el que regula los derechos del acusado en materia penal, o en el 19, que establece los requisitos del auto de formal prisión o sujeción a proceso.

Al parecer, también razonan en esta forma aquellos jueces de Distrito que, al conocer de amparos solicitados por personas que se dicen ilegalmente detenidas por el Ministerio Público, conceden la suspensión para el efecto de que la responsable, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación del auto suspensorial, ponga en libertad al detenido o lo consigne a la autoridad competente.

Zamora Pierce afirma: "...Si entendemos que la fracción XVIII fija un plazo para entregar al detenido al juez que corresponda, tal interpretación en nada obsta a lo dispuesto por el artículo 16. Por el contrario, completa y perfecciona su texto, puesto que fija un plazo que el 16 olvida. Tan es así, que la fracción XVIII encontraría un acomodo mucho más lógico en el artículo 16...al lado de la garantía de libertad que en su actual ubicación en el artículo 107, cuyo fin es reglamentar el amparo. Si por el contrario planteamos que la fracción XVIII limita a veinticuatro horas la detención de quien fue privado de su libertad en los casos de flagrancia y urgencia, ponemos a esta norma en contradicción con el artículo 16. En la hipótesis de flagrancia porque el artículo 16 le exige a la persona que aprehendió al delincuente que lo ponga sin demora a disposición de la autoridad inmediata, mientras que la fracción XVIII le otorga veinticuatro horas para que lo ponga a disposición de su juez...."¹⁰

Finalmente, la interpretación que nosotros le damos a esta parte del artículo 107 Constitucional(no de la fracción XVIII que como ya se indicó quedó derogada), no es ni para relacionarlo con el artículo 16 de la misma, ni con el 19, y mucho menos con un término con el que cuente el Ministerio Público para consignar, pues de él se desprende que el legislador lo que pretendió reglamentar atinadamente fue para actos de autoridad refiriéndose que quien realizara una "aprehensión" no detención, le otorga un plazo de 24 horas para poner al detenido a disposición del juez competente.

Pasando a la reglamentación por parte de leyes secundarias analizaremos los artículos que ordenan la puesta a disposición del juez por parte de las autoridades que realicen una aprehensión.

El artículo 272 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal dispone: "La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez que la libro, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad...Tratándose de delitos culposos, cuya pena de prisión no exceda de cinco años, el acusado será puesto a disposición del juez directamente...".

El artículo 135 del Código Federal de Procedimientos Penales dice: Al recibir el Ministerio Público Federal diligencias de averiguación previa, si hubiere detenidos y la detención fuere justificada, hará inmediatamente la consignación a los tribunales, si se cumplen los requisitos..."

¹⁰ ZAMORA PIERCE JESUS.- "Garantías y Proceso Penal".- Edic. Sexta.- Edit. Porrúa, S.A..- México 1993.- p.33.

Entre otros requisitos en él se exige que se cumplan los de integración de los elementos del tipo penal, probable responsabilidad y que se trate de flagrancia y urgencia.

En resumen, cada uno de los preceptos arriba mencionados, no indican un plazo para que el Ministerio Público pueda realizar y concluir su averiguación previa; en algunos de ellos utilizan términos como "inmediatamente", "sin demora", o "sin dilación" por lo que por un lado se puede llegar a interpretar como que no le otorga tiempo alguno para la integración, y por otro puede considerarse que puede tomarse el tiempo necesario para realizarla.

Por tanto, encontramos conveniente proponer para este aspecto una pequeña reforma que podría ser la siguiente: incluir en el artículo 16 Constitucional en donde se prevé los casos de flagrancia y urgente exigiendo se concluya la averiguación previa y consignar dentro del plazo de 24 horas; para el artículo 21 del mismo ordenamiento y en casos de que se haya hecho denuncia o querrela el plazo de 72 horas., dependiendo también de las circunstancias especiales del caso específico. Ahora bien, para delitos graves o calificados como relevantes podría inclusive duplicarse ese plazo. Todo lo anterior sería para cuando se tenga a disposición del Ministerio Público el detenido.

Para casos en que la averiguación previa se realice sin detenido a disposición de la representación social se considera que sería suficiente un plazo de 30 días como máximo a partir de que se tenga conocimiento del hecho delictuoso. Equiparando esto a lo que dispone respecto del arraigo el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales: "Cuando con motivo de una averiguación previa el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales de aquél, recurrirá al órgano jurisdiccional, fundando y motivando su petición para que éste, oyendo al indiciado, resuelva el arraigo con vigilancia de la autoridad, que ejercerán el Ministerio Público y sus auxiliares. El arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, no pudiendo exceder de treinta días...".

Si en el artículo anterior se señala que es por las características y circunstancias personales, igualmente puede ser para el caso en que no se cuente con detenido y que esta averiguación previa se deba concluir en Mesa de Tramite en un plazo máximo de 30 días contados a partir de que el Titular tenga conocimiento del mismo ,determinándose posiblemente la reserva pero sin que exista ese cúmulo

de expedientes en poder del Ministerio Público que evita que éste cumpla con su labor en otras averiguaciones previas.

B) COMO ACTIVIDAD.

La actividad investigadora la trataremos bajo dos rubros de suma importancia:

- a) El titular de la Actividad investigadora y persecutoria y de la Acción Penal.
- b) Forma de llevarse a cabo esta actividad.

a) EL TITULAR.

El Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal previa practica de diligencias durante la actividad investigadora, siendo primero un órgano persecutorio y posteriormente un órgano acusador.

Para ello daremos un concepto de Ministerio Público: "El Ministerio Público es una Institución dependiente del Estado (Poder Ejecutivo) que actúa en representación del Interés Social en el ejercicio de la averiguación previa y la tutela social, en todos aquellos casos que le asignen las leyes".¹¹

La Constitución en su artículo 21 Instituye al Ministerio Público al señalar: "...La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a una Policía...". Abundando, diremos que la Policía Judicial no tiene la atribución del ejercicio del derecho de acción penal, pues es el Ministerio Público el titular de ella, y la Policía Judicial tiene sus facultades sólo investigatorias y subordinadas al Ministerio Público.

El artículo 102 de la Constitución ordena: "...Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculcados, buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita...". Esta reglamenta las facultades que posee el Ministerio Público como titular de la averiguación previa, y, aunque el precepto constitucional se refiere al Ministerio Público

¹¹ Ob. cit. - COLIN SANCHEZ GUILLERMO. - p. 87. .

Federal, y no al Ministerio Público del fuero común, este último no puede tener funciones distintas o limitadas que las que tiene el federal.

Por su parte las leyes secundarias con mayor precisión estructurarán a esta institución y organizarán con detalle sus funciones; que en general el Ministerio público tiene como funciones en el Derecho Penal la función investigadora, la persecutoria, la acusatoria y en la ejecución de sentencias.

Los principios a que debe sujetarse esta Institución, son los siguientes:

a) Independencia.- El Ministerio Público debe, ante todo, ser en sus funciones independiente totalmente de cualquiera de los poderes del Estado, esta independencia va a venir a darle la plena seguridad en el desempeño de sus funciones. Porque mientras siga dependiendo del Poder Ejecutivo se observa una dependencia indirectamente y este no actúa con independencia.

Pero de ninguna manera podrá ser independiente de las normas constitucionales de un Estado, de las que él mismo viene a emanar, puesto que como conservador de las mismas debe sujetarse a ellas, esa independencia viene a ser fundamentalmente para el desempeño de las funciones del Ministerio Público, porque estas funciones no son de ninguna manera ni judicial, ni administrativa y mucho menos legislativa.

b) Imprescindibilidad.- Es imprescindible que el Ministerio Público venga a tener injerencia en toda situación jurídica en que se vea en peligro la seguridad social o sea necesaria la defensa del Orden Constitucional; y su ausencia en cualquiera de estas situaciones debería traer como consecuencia la nulidad de cualquier resolución, ya que es, requisito, imprescindible en cualquiera de estos casos que la sociedad, directa o indirectamente afectada, venga a convenientemente representada.

c) Unidad.- El Ministerio Público es una magistratura única, representa sólo a la sociedad, independientemente de las personas físicas que la formen. Así es una causa o situación en que se vea en peligro el orden social, podrán intervenir una pluralidad de agentes del Ministerio de diferentes adscripciones o jerarquías y sin embargo su representación y personalidad es única, puesto que a pesar de que es una institución perfectamente estructurada y jerarquizada, la persona que representa es única, siempre respetando la jerarquía de la misma institución.

d) Irrecursabilidad.- Se refiere a que la actuación del Ministerio Público no podrá ser entorpecida recusando a sus agentes, sobre todo en el campo procesal; sin embargo los agentes deben excusarse en aquellos casos en que por motivos especiales su actuación pueda verse perjudicada por situaciones imputables a ellos como personas, pero de ninguna manera como institución.

e) Irresponsabilidad.- El Ministerio Público es irresponsable en cuanto a que los individuos a los que se persiguen en juicio no tienen ninguna acción en contra de los agentes que los representan; sin embargo, si viene a ser responsable, el Ministerio Público frente a la sociedad, del buen cumplimiento en sus funciones, por su parte de ese orden jurídico que se supone guarda y defiende, por lo tanto, su actuación no debe ser arbitraria ni movida por favoritismos puesto que aquí si caería en responsabilidad ante la sociedad que representa.

f) Buena fe.- El Ministerio Público no tiene como papel el de delator o inquisidor, su interés, es el interés de la sociedad. Por tanto el Ministerio Público no puede ser adversario de una persona, institución o funcionario, sino simplemente viene a interesar la conservación del derecho y la defensa de la sociedad, su actuación no debe ni puede de ninguna manera ser de mala fe.

g) Oficiosidad.- El Ministerio Público debe actuar de oficio en todas aquellas situaciones en que vaya a ponerse, o este, en peligro la comunidad social y el orden jurídico, establecido y de ninguna manera esperar a ser llamado para intervenir en tales situaciones¹²

Estos principios son a los que se debe sujetar el Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones, según la Doctrina, la Ley, pero sobre todo en la Práctica, no únicamente como características del mismo sino en el funcionamiento de dicha institución. De los principios la independencia es uno de los que más polémica ha causado, por dirigir esta independencia en cuanto a los poderes del Estado, sin embargo, esa independencia se debe observar en cuanto a su función con la finalidad de que la procuración de justicia no se vea influenciada por situaciones políticas que modifiquen las determinaciones del Ministerio Público en algunos casos, o bien por el órgano que posteriormente emitirá una sentencia. La oficiosidad es otro de los principios que en la práctica el Ministerio Público no puede dejar de cumplir, porque su actuación sería contraria a derecho, y por último la jerarquía que por estructura y organización de la dependencia a la cual pertenece siempre se encontrará bajo la dirección y responsabilidad del Procurador ya sea del fuero federal o común.

¹² Ob. cit. ACERO JULIO.- p. 34 y 35.

b) FORMA DE LLEBARSE A CABO ESTA ACTIVIDAD.

La función investigadora es la función de Policía Judicial desarrollada por el Ministerio Público a quien corresponde exclusivamente el ejercicio de la acción penal, esta se manifiesta cuando el Ministerio Público actúa como autoridad investigadora de los hechos que se presumen delictivos y es auxiliado por la Policía Judicial, por Peritos y, en muchos casos por el Ofendido, por Terceros e inclusive por la Víctima etc.

La investigación no es una actividad ajena al proceso jurisdiccional, en esta fase el Ministerio Público realiza una investigación anticipada, previa, preliminar o preparatoria que habrá de continuarse por así decirlo en la Instrucción Judicial, en donde se llegará a una confirmación o rechazo de los datos que arrojó originalmente la averiguación previa. La función investigadora se diferencia de la función probatoria en que la primera trata de conocer los hechos sucedidos, forma de haberse cometido, quienes los cometieron, donde y cuando se cometieron, porque se cometieron etc. mientras que en la función probatoria judicial se trata de confirmar o rechazar datos arrojados en la averiguación previa, ya se supone conocido el dato o hipótesis, pero también puede suceder que se tengan nuevos elementos de prueba que no hayan sido conocidos o aportados en la averiguación previa por causa ajenas al Ministerio Público. Es decir, que todavía se dan actos de averiguación durante la instrucción, y no podría ser de otra manera, porque se trata de la libertad de un ser humano, por ello debe durar hasta el último momento de la emisión del juicio.

El Ministerio Público puede como órgano facultado por la propia Constitución mantener su actividad persecutoria (investigadora) a través de todo el procedimiento, hasta antes de la formulación de conclusiones que será donde concretice todo lo actuado e investigado en relación a los hechos denunciados, lo que servirá de base y fundamento a la pretensión punitiva que el Estado le ha encomendado manejar, para que una vez conocido ese derecho a castigar, sea otro organismo del Gobierno quien ejecute la resolución del juzgador.

C) COMO DOCUMENTO.

Es el expediente que contiene todas las diligencias realizadas por el órgano investigador tendientes a comprobar en su caso, los elementos del tipo penal y la

probable responsabilidad y decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal.¹³

Con la anterior definición puede parecer que se esta siendo repetitivo en los conceptos y el tema, sin embargo, en la averiguación previa entendida como documento encontramos que se esta hablando de todas y cada una de las diligencias practicadas por el Ministerio Público, por la Policía Judicial, por los Peritos y otras personas que intervienen en ella.

En este aspecto es importante resaltar la especialización y modernización de sus sistemas que ha adquirido la Institución del Ministerio Público en México; existen en la actualidad en el Distrito Federal 63 Agencias del Ministerio Público, de las cuales en 46 se presentan todo tipo de denuncias.; 4 dedicadas a los delitos sexuales; 1 dedicada a la Policía Judicial; 5 dedicadas a la atención de denuncias con detenido; 1 dedicada a asuntos del menor e incapaces; 2 para atender plagio de infantes; 1 para los delitos en la central de abasto y 3 para asuntos del turista.¹⁴

Toda Agencia del Ministerio Público tiene la obligación de recibir todo tipo de denuncias, acusaciones o querellas sobre un supuesto delito, aún cuando por razones de territorio el hecho corresponda a otra Agencia Investigadora y en este último caso, será enviada la Agencia que corresponda conjuntamente con el detenido si lo hubiera. Al llegar el denunciante a la Agencia puede ser atendido por un Orientador de Barandilla o por el Ministerio Público directamente.

Las diligencias que debe contener toda averiguación previa son siguiendo un patrón en cuanto al orden en que se practicas iniciando con la denuncia y finalizando con la determinación a que llegue el Ministerio Público en cada caso concreto; tendrán algunas variantes dependiendo del delito de que se trate, a continuación indicamos las diligencia que se practican en general y enfocado a manera de ejemplo en el caso de "robo a casa habitación". Cabe destacar que a cada diligencia que se recabe corresponde asentar una razón.

La averiguación previa como documento es generalmente conocida como "acta". El Ministerio Público al tener conocimiento de un hecho delictuoso por medio del relato que le hace el denunciante procede a levantar el acta con ese relato que le proporciona la persona que acude a la agencia, puede ser a través de Policía

¹³ Ob. Cit. OSORIO Y NIETO CESAR AUGUSTO.- p. 3.

¹⁴ EL MINISTERIO PÚBLICO ESPECIALIZADO.- "Instrumento de Modernización en la Procuración de Justicia.- Edic. Primera.- INAP- PGJDF.- México 1993.- p. 74.

Preventiva dependiente de la Secretaría General de Protección y Vialidad, quien en ese momento queda bajo las ordenes del Ministerio Público; por Policía Bancaria o Industrias; por la Policía Judicial o por un particular.

Las diligencias a realizar serían las siguientes:

a) La Denuncia.- al formularse la persona debe mostrar una identificación si la acusación procede se toma la declaración y es aquí donde se inicia la integración de la Averiguación Previa, el denunciante tiene derecho a que se le otorgue una copia de la misma, (si es sin detenido se continuará en Mesa de Trámite del Ministerio Público, en la cual el denunciante se deberá presentar en fecha que se le hace saber para su ratificación y continuación).

Los datos que debe contener son: datos generales del denunciante: nombre, sexo, edad, estado civil, nacionalidad, lugar de origen, domicilio, código postal, teléfono, grado de estudios, ocupación, ingresos mensuales, registro federal de contribuyentes y religión. Así también se le toma su protesta de Ley.

La descripción sucinta del hecho delictivo y de los objetos robados (alhajas, dinero, documentos, valores, artículos electrónicos, vehículos, prendas de vestir, tarjetas de crédito etc.-) así como el valor estimado del hurto. Fecha, hora y lugar en que se cometió, descripción del sujeto o (s) que participaron y la actividad que cada uno de ellos haya realizado. (sexo, datos aproximados como: edad, compleción, tez, tipo de cara, tipo de cabello, tipo de frente, tipo de cejas, tipo y color de ojos, si usa anteojos, tipo de nariz, boca, labios, bigote, barba, patilla, lunares, cicatrices, tatuajes, descripción de ropa, calzado y observaciones en general.)

b) Descripción del Modus Operandi.- Las averiguaciones que se entreguen a una autoridad judicial correspondiente con petición del ejercicio de la acción penal serán sustentadas en sus aspectos criminalísticos, jurídicos y periciales, para ello los peritos que acuden al lugar de los hechos que generalmente son el criminalista y fotógrafo al levantar indicios encontrados en ese lugar que pueden contribuir a lograr la identificación o individualización del probable responsable en relación con un delito se realiza a base de tarjetas donde se especifica la información del delincuente, se clasifican y se archivan (en el caso de no haber detenido).

En esas tarjetas se incluye la estimación del conocimiento previo por parte del responsable del delito acerca del lugar y de la actividad cotidiana que se desarrolla en el mismo; tiempo utilizado para cometer el delito, forma en que los responsables abandonaron el lugar del delito y palabras finales.

c) Intervención que se dará a la Policía Judicial.- Se trasladan al lugar de los hechos, para preservar el escenario del delito, localizar a los testigos, recoger indicios y evidencias e interrogar a testigos. Asimismo se dispondrán a identificar y localizar los probables responsables (cuando la averiguación previa se lleva a cabo sin detenido). Otra actividad que realiza la Policía Judicial es entregar citatorios y ordenes de presentación, así como ejecutar ordenes de aprehensión.

d) En el presente ejemplo en donde se consideró el delito de robo a casa habitación, el Ministerio Público debe solicitar la prueba de propiedad de los bienes, la cual puede aportar la víctima a través de testigos de propiedad, preexistencia y falta posterior de lo robado, así como el respectivo documento o factura que demuestre la propiedad, esto es, cuando se trate de bienes distintos de dinero; cuando lo sustraído sea dinero, la víctima presentará a testigos de capacidad económica que declararán si la víctima es capaz de tener en su poder esa cantidad de dinero.

e) La Inspección Ministerial.- Se solicita por escrito a Servicios Periciales, para la práctica de las pruebas periciales que se requieren y que pueden ser para el caso de robo a casa habitación algunas de las especialidades que en la investigación criminalística tenemos como son: criminalística, fotografía, química, balística, medicina legal, medicina forense, retrato hablado, valuación, documentos copia-grafoscopia, antropología, antropometría, foniatría, peritos intérpretes y/o traductores, odontología, incendios y explosiones, psicología criminal, psiquiatría criminal, materia mecánica, materia de tránsito terrestre, contabilidad y arquitectura e ingeniería.

f) Inspección Ocular.- Esta se practica por los Secretarios o por el Ministerio Público si el caso lo requiere, en ella se hace la observación del lugar y la descripción de este, así como de las personas y cosas relacionadas con el probable hecho delictivo y se dará fe de ello en el acta a que corresponda.

En el caso de haber recuperado los objetos se solicita la intervención de Peritos valuadores para que se estime el valor de los objetos, se recaba el dictamen y se agrega a la averiguación previa.

g) Diligencia "con presentado".- Mediante escrito por Policía Judicial y otra autoridad en el que contendrá el lugar día y hora en que fue o fueron detenidos se hace la recepción de los probables responsables. En ese documento deberán incluirse datos generales del presentado o de cada uno de los presentados si fueron varios los que cometieron el hecho que se presume delictivo, con una narración sucinta de los hechos que motivaron su localización. Se realiza por medio de un examen médico la apreciación de las condiciones físicas y corporales del mismo y de él se expedirá el certificado del estado físico de integridad corporal. En caso de que el detenido se encuentre impedido por haber ingerido bebidas alcohólicas, drogas o cualquier otra sustancia, se tendrá que esperar a que se encuentre fuera de la influencia de esa sustancia para proseguir con la indagatoria.

Posteriormente se le hace del conocimiento del presentado(s) sus derechos, entre ellos el de hacer una llamada telefónica a sus familiares, y el nombramiento, aceptación y protesta del cargo de defensor o de alguna persona de su confianza. para el momento de tomarle su declaración y nuevamente se pasa con el médico para que emita un nuevo certificado del estado físico de integridad corporal; tanto del primer certificado como del segundo debe quedar constancia formando parte de la integración de la averiguación.

Es en este momento donde se solicita por medio de un escrito a la Policía Judicial la consulta de antecedentes del presentado.

h) Identificación del probable responsable.- Esta se lleva a cabo bajo la dirección y presencia del Ministerio Público Especializado, al presentado se le ubica en la sala de identificación, acompañado por lo menos de dos individuos con ropas semejantes o señas similares, después se da acceso al denunciante y testigos, en forma individual, y privada a fin de que puedan reconocer sin lugar a dudas a la (s) personas que hayan participado en el hecho delictivo. y por último se asienta en actuaciones los nombres de las personas que intervinieron en la identificación y si fue el caso si se logró la identificación de alguno de los probables responsables.

i) Declaración de los testigos de los hechos.- La declaración del testigo contiene los siguientes datos: media filiación del probable responsable de la cual se hace un retrato hablado con los datos que proporcione el testigo, razón que en opinión del testigo fue motivo del delito, el lenguaje que utilizó el probable responsable al momento de cometer el delito, armas y vehículos utilizados.

j) Recibir las pruebas documentales públicas y privadas relacionadas con el delito y dar fe de esos documentos. Así como practicar otras diligencias adicionales que estime pertinentes el Ministerio Público para el debido esclarecimiento de los hechos.

k) Resolución.- Finalmente el Ministerio Público puede y debe llegar a una determinación que puede ser el ejercicio de la acción penal, no ejercicio de la acción penal, libertad con reservas de ley o incompetencia.

2.- REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.

Los requisitos de procedibilidad los encontramos previstos en el artículo 16 Constitucional, el cual por su gran importancia y trascendencia dentro del procedimiento penal merece sin lugar a dudas un profundo análisis.

Este artículo constituye una de las Garantías de Seguridad Jurídica que son definidas por el Licenciado Ignacio Burgoa como: "El conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el summun de sus derechos subjetivos"¹⁵

En esta definición encontramos que son las condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal y en este estudio que estamos realizando se traduce que son los requisitos que debe cubrir el Ministerio Público para iniciar su averiguación previa, ya que de no ser así no estaría actuando conforme a derecho ni sería jurídicamente válida su actuación al momento de afectar la esfera jurídica del gobernado en sus derechos.

Al ser la atribución primordial del Ministerio Público el ejercicio de la acción penal ante los Tribunales tiene como en todo acto administrativo, la necesidad de cumplir con los requisitos que establece la Constitución para ejecutar funciones de Poder Público y el artículo 16 constitucional específicamente determina que todo acto de autoridad debe fundarse y motivarse legalmente, lo cual solo puede ser cumpliendo con la norma constitucional referida; las leyes que de ella emanan en materia penal como la Ley Orgánica determina que los procedimientos del Ministerio Público deben ser fundados y motivados legalmente, esta

¹⁵ BURGOA ORIGUELA IGNACIO.- "Las Garantías Individuales".- Edic. vigésima cuarta.- Edit. Porrúa. S.A.-México 1992.- p. 504.

fundamentación y motivación la encontramos implícita en el primer párrafo del artículo en comento que a la letra dice: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento". En esta transcripción no solo encontramos la motivación y fundamentación, sino también los bienes jurídicos preservados por la suprema ley que son: la persona, la familia, el domicilio, los papeles y las posesiones.

La fundamentación legal de todo acto autoritario que cause al gobernado una molestia en los bienes jurídicos a que se refiere el artículo 16 constitucional, no es sino una consecuencia directa del principio de legalidad que consiste en que las autoridades sólo están facultadas para hacer lo que la ley les permite, traduciéndose según el criterio de la Suprema Corte de Justicia en las siguientes condiciones:

- 1.- En que el órgano del Estado del que tal acto provenga, esté investido con facultades expresamente consignadas en la norma jurídica (ley o reglamento) para emitirlo;
- 2.- En que el propio acto se prevea en dicha norma;
- 3.- En que su sentido y alcance se ajusten a las disposiciones normativas que lo rijan;
- 4.- En que el citado acto se contenga o derive de un mandamiento escrito, en cuyo texto se expresen los preceptos específicos que lo apoyen.¹⁶

Tanto las leyes procesales del Distrito como la Federal, establecen que la consignación y ejercicio de la acción penal, deben satisfacer los requisitos del artículo 16 constitucional, justificando la existencia de la denuncia, acusación, querrela, caso urgente y flagrancia que en el se prevén para proseguir con una investigación de un hecho determinado que constituya un delito y que la ley castigue con pena corporal.

La motivación de la causa legal del procedimiento implica que, existiendo una norma jurídica, el caso o situación concretos respecto de los que pretende cometer el acto autoritario de molestia, sean aquellos a que alude la disposición legal esto es, el concepto de motivación empleado en el artículo 16 constitucional

¹⁶ Ob. cit. - BURGOA ORIGUELA IGNACIO.- p. 602.

indica que las circunstancias y modalidades del acto particular encuadren dentro del marco general correspondiente establecido por la ley.¹⁷

Esta adecuación que debe hacer la autoridad entre la norma general fundadora del acto de molestia y el caso específico deberán formularse en el mandamiento por escrito, indicándose en que consiste la responsabilidad del inculpado para que una vez examinada si en ella se encuentra justificada la misma, consignar los hechos constitutivos de una violación legal que amerite la imposición de una pena corporal; la cual se ejecutará a través de la Policía Judicial ajustándose en sus actos al contenido de ese libramiento de orden de aprehensión. Cabe aclarar que en este caso no se está hablando del Ministerio Público sino de la orden de aprehensión emitida por el Juez de la competencia y en cuyo caso debe contener como se indicó los motivos que la justifiquen para que la persona que se vea afectada por esa orden pueda estar en condiciones de producir su defensa.

Resumiendo la parte inicial de este artículo en comentario contiene el principio de legalidad que se integra de dos garantías: la de motivación y la de fundamentación, garantías que son indispensables al momento de que el órgano jurisdiccional dicta una orden de aprehensión siempre y cuando haya mediado previamente una denuncia, acusación o querrela, e inclusive para caso urgente y flagrancia.

A) DENUNCIA.

CONCEPTO. - La denuncia considerada como requisito de procedibilidad la define Osorio y Nieto como: "La comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público de la posible comisión de un delito perseguible por oficio".¹⁸

Como hemos venido mencionando es el artículo 16 constitucional el que prevé todos estos requisitos, y en su segundo párrafo señala: "No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado".

¹⁷ *ibidem*. p. 604.

¹⁸ *ibidem*. p. 7.

Para que medie una denuncia es evidente que deben existir datos que acrediten los elementos del tipo que es la adecuación de la conducta al tipo penal señalado por la ley como tal ya que si no se integran los elementos del tipo no hay tipicidad; y por otra parte debe existir la probable responsabilidad del indiciado para que un individuo que sea imputable cumpla con su deber jurídico, que será el de responder ante la sociedad por el delito que se impute.

ELEMENTOS DE LA DENUNCIA.

- a) Relación de actos que se estiman delictuosos;
- b) Hecha ante el órgano investigador;
- c) Hecha por cualquier persona;¹⁹

Los comentarios que a continuación hacemos, los abocaremos al Código Federal de Procedimientos Penales por ser el que señala con mayor precisión estas características:

a) La relación de actos.

Se entiende únicamente como un relato de los hechos que han acaecido, pero de ninguna manera se pueden calificar jurídicamente, (art. 118) "...se contraerán, en todo caso, a describir los hechos supuestamente delictivos, sin calificarlos jurídicamente, y se harán en los términos previstos para el ejercicio del derecho de petición. Cuando una denuncia o querrela no reúna estos requisitos, el funcionario que la reciba prevendrá al denunciante o querellante para que la modifique, ajustándose a ellos..."

b) Que deba ser hecha ante el órgano investigador.

Solo debe ser ante el Representante social ante quien se haga del conocimiento un hecho delictuoso (art. 2o. fracción I) ". Compete al Ministerio Público Federal llevar a cabo la averiguación previa y ejercer, en su caso, la acción penal ante los tribunales. En la averiguación previa corresponderá al Ministerio Público: I. Recibir las denuncias, acusaciones o querrelas que le presenten en forma oral o por escrito sobre hechos que puedan constituir delito.

c) Hecha por cualquier persona.

Al respecto se ha dicho que, pudiendo ser hecha por cualquier persona la denuncia es el medio usado sólo por los particulares pero esto es erróneo, pues el (art. 117) establece: " Toda persona que en ejercicio de funciones públicas tenga

¹⁹ RIVERA SILVA MANUEL.- "El Procedimiento Penal".- Edic. décimo tercera.-Edit. Porrúa, S.A.,- México 1983.- p. 110.

conocimiento de la probable existencia de un delito que deba perseguirse de oficio, está obligado a participarlo inmediatamente al Ministerio Público, transmitiéndole todos los datos que tuviere, poniendo a su disposición desde luego, a los inculcados, si hubieren sido detenidos" De lo anterior se deduce que la definición de denuncia es clara, puesto que dice "toda persona". Por otra parte el (art. 116) ordena la obligación de denunciar cuando dice: "Toda persona que tenga conocimiento de la comisión de un delito que deba perseguirse de oficio, está obligada a denunciarlo ante el Ministerio Público y, en caso de urgencia, ante cualquier funcionario o agente de la policía".

NATURALEZA JURIDICA DE LA DENUNCIA

En ella se tiene una interrogante que es la siguiente: ¿Denunciar los delitos es una obligación?, ¿es una facultad potestativa?, ¿constituye un deber?.

En respuesta a las anteriores interrogantes es que es una facultad potestativa, excluyendo al deber y a la obligación, en tanto que ni el Código Federal ni el del Distrito Federal de Procedimientos Penales prevé sanción alguna para las personas que teniendo conocimiento de un hecho ilícito se abstengan de hacer esto del conocimiento de la autoridad investigadora y, la obligación solo es parcial ya que el Código Penal exige solo en tres casos esta obligación que es cuando se va a cometer un delito, de delitos que se están cometiendo y cuando es requerido por las autoridades para una investigación).

A mayor abundamiento entre otros Manuel Rivera Silva afirma que la obligatoriedad de la presentación de la denuncia es parcial y no absoluta, es decir para algunos casos y no para todos, basando esa aseveración en los siguientes razonamientos:

Primero.- El Derecho para hacer obligatorio un acto, utiliza la sanción a la comisión del mismo acto.

Segundo.- Si el legislador quiere que se denuncien los hechos delictivos de los cuales se tiene conocimiento, debe fijar una sanción para cuando no se ejecute este acto, o sea, para cuando no se hace la denuncia.

Tercero.- En los artículos 116 y 117 del Código Federal de Procedimientos Penales se establece la obligación de presentar la denuncia, sin que señale sanción a falta de cumplimiento. Por tanto, la obligación encerrada en los artículos citados, se aleja del campo jurídico, por no fijarse pena a la contravención de la obligatoriedad impuesta.

Cuarto.- El artículo 400 del Código Penal fija sanción para el que "no procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance, impedir la consumación de los delitos que se sepa van a cometerse, o se estén cometiendo, si son de los que se persiguen de oficio", y para el que "requerido por las autoridades, no de auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes", se debe concluir que únicamente en estos tres casos (de delitos que se van a cometer, de delitos que se están cometiendo y cuando se es requerido por las autoridades) existe la obligación de presentar la denuncia como única forma de impedir la consumación de un delito.²⁰

FORMAS Y EFECTOS DE LA DENUNCIA.

a) Por escrito.

b) Verbalmente.

a) Por escrito. se contraerá a describir los hechos supuestamente delictivos, sin calificarlos jurídicamente, y se harán de manera pacífica y respetuosa. Cuando una denuncia no reúna estos requisitos, el funcionario que la reciba prevendrá al denunciante para que la modifique, ajustándose a ellos. Asimismo se informará al denunciante dejando constancia en el acta, acerca de la trascendencia jurídica del acto que realiza sobre las penas en que incurre quien se produce falsamente ante las autoridades, y sobre las modalidades del procedimiento cuando se trata de delitos perseguibles de oficio. (protesta de ley).

Cuando la denuncia se formula por escrito deben asentarse los siguientes datos:

- a) Nombre y clave del Agente del Ministerio Público.
- b) Número de Averiguación previa.
- c) Fecha y hora en que se realiza.
- d) datos generales del denunciante.
- e) Protesta de ley.
- f) Firma y huella digital margen de quien la presenta.

b) Verbalmente.- Cuando es el caso de que se presente la denuncia verbalmente debe hacerse constar en acta que levantará el funcionario que la reciba y, en este caso se deberá citar a la persona que la formuló para que la ratifique y proporcione datos que se considere oportuno pedirle. Las personas que en ejercicio de sus funciones públicas hayan formulando una denuncia no están obligadas a hacer esa ratificación.

²⁰ Ob. cit. RIVERA SILVA MANUEL.- pp. 113 y 114.

Los efectos de la denuncia en general son: obligar al órgano investigador a que inicie su labor, en virtud de que ya se indico que la labor investigadora una vez iniciada, se rige por el principio de legalidad el cual determina que no es el Ministerio Público que a su voluntad caprichosa fija el desarrollo de la investigación, siempre y cuando no se trate de infracciones que requieran para su persecución, el cumplimiento de algún requisito de procedibilidad o que se venza un obstáculo procesal que impida iniciar esa indagatoria.

B) ACUSACION.

Osorio y Nieto la define de la manera siguiente: "Es la imputación directa que se hace a persona determinada de la posible comisión de un delito, ya sea perseguible de oficio o a petición de la víctima u ofendido."²¹

De la transcripción anterior se deduce que la acusación encierra tanto a la denuncia como a la querrela pero agrega algo más que es ya la imputación directa a una persona determinada.

Aun cuando la Constitución en su artículo 16 la está contemplando dentro de los otros requisitos de procedibilidad, lo cierto es, que doctrinalmente no es considerada de esta forma por los diversos autores. La mayor parte de los autores que escriben acerca de la averiguación previa no consideran a esta figura como requisito de procedibilidad, sin embargo la consideran como la fase en la cual el Ministerio Público rinde sus conclusiones ante el Juez, ya que estas pueden ser acusatorias o no acusatorias. Otros dicen que es equivalente a la denuncia o a una querrela pero que está tiene la característica especial de tratarse de una persona concreta a la que se acusa directamente ante el Ministerio Público.

Las conclusiones acusatorias son la expresión fundamentada, jurídica y doctrinalmente, de los elementos instructores del procedimiento, en los cuales se apoya el Ministerio Público para señalar los hechos delictuosos por los que acusa, el grado de responsabilidad del acusado, la pena aplicable, la reparación del daño y las demás sanciones previstas legalmente para el caso concreto.

²¹ *Ibidem.* - p. 7.

C) QUERELLA.

La querella es uno de los requisitos de procedibilidad más discutidos por los estudiosos del derecho, esto debido a la problemática que encontramos en su práctica.

CONCEPTO.- El concepto de querella según Osorio y Nieto es: "una manifestación de la 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 e integre la averiguación previa correspondiente y en su caso ejercite la acción penal"²².

En el concepto podemos decir que le faltaron dos condiciones especiales al autor que es para que se formule querella ante la autoridad del Ministerio Público una de ellas es que se trate de un delito privado, pero se podría entender cuando dice que se trate de un delito no perseguible de oficio y la otra es que no solo el ofendido puede presentarse a formular una querella como veremos más adelante.

La fundamentación constitucional de la querella la encontramos al igual que la denuncia en el artículo 16 constitucional párrafo segundo.

ELEMENTOS DE LA QUERELLA.

- a) Una relación de hechos;
- b) Que esta relación sea hecha por la parte ofendida, y
- c) Que se manifieste la queja: con el deseo de que se persiga al autor del delito.

a) La relación de hechos.

Esta relación de hechos son desde luego, hechos delictuosos hecha ante el Ministerio Público, la cual no será suficiente con que una persona determinada señale a otra que ha cometido un delito con el fin de que se le castigue, sino que además exige una exposición de los hechos que vienen a integrar el acto u omisión sancionado por la ley penal.

b) Que sea hecha por la parte ofendida.

³¹

²² Idem.,-p. 7.

Este es un requisito indispensable, pues se ha determinado que en los delitos que se persiguen por querrela necesaria entra en juego un interés particular, no siendo posible que estos se persiguieran por la autoridad en forma oficiosa, porque en un momento dado esto, le podría ocasionar a un particular daños mayores que los que ha experimentado, ejemplos de ello serían los delitos de adulterio y violación entre otros, que al hacerlos públicos se les ocasiona más daño a las víctimas que el causado por el delito en sí mismo.

Los profesores Manuel Rivera Silva y Marco Antonio Díaz de León, han afirmado que no deberían existir los delitos perseguibles por querrela necesaria, debido a que el Derecho penal sólo debe tomar en cuenta el interés social y no situaciones de carácter particular., y que estos se contemplaran dentro de otra rama del derecho; pero esto en nuestra opinión no es acertada, tan es así que ¿cómo se podría castigar a alguien que ha cometido un delito de los perseguibles por querrela? en algunos casos podría ser la solución la reparación del daño pero en muchos otros no puede ser así, debiendo ser castigados con ambas penas, reparación del daño y pena privativa de la libertad, además, estos delitos se encuentran perfectamente reglamentados dentro de la ley penal.

La querrela no solo puede ser hecha por la parte ofendida. también se puede iniciar en los siguientes casos:

- 1.- Por querrela necesaria.
- 2.- En el caso de menores por su representante legal.
- 3.- En caso de persona moral por su apoderado legal.
- 4.- En caso de delito imprudencial con motivo de tránsito de vehículos.

1.- Por querrela necesaria

Dice Rivera Silva que el requisito indispensable de la querrela es que sea hecha por la parte ofendida, pues en los delitos que se persiguen por querrela necesaria, se ha estimado que entra en juego un interés particular, cuya intensidad es más vigorosa que el daño sufrido por la sociedad con la comisión de estos delitos especiales.²³

Esto significa que en principio para que sea querrela necesaria única y exclusivamente debe formularse por el ofendido; dice el párrafo primero del artículo 264 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal: "Cuando la persecución de los delitos sea necesaria la querrela de parte ofendida, bastará que ésta, aunque sea menor de edad, manifieste verbalmente su queja para que se proceda en los términos de los artículos 275 y 276 de este código.

²³ Ibidem. p. 122.

Se reputará parte ofendida para tener por satisfecho el requisito de la querrella necesaria, a la víctima o titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta imputada al indiciado, y tratándose de incapaces, a los ascendientes y a falta de éstos, a los hermanos o a los que representen a aquéllos legalmente: cuando la víctima por cualquier motivo no se sepa expresar, el legitimado para presentar la querrella serán las personas previstas por el artículo 30 bis del Código Penal.

Entonces los legitimados para presentar querrella necesaria son: a) el ofendido directamente; b) el menor directamente; c) en caso de que esté incapacitado (aún cuando sea mayor) será los ascendientes, a falta de ellos, los hermanos o los que representen legalmente al incapacitado; d) si se trata de los delitos de raptó, estupro, o adulterio, podrá formularla su representante legal, (con poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial)

Sirve de apoyo a lo anterior la siguiente jurisprudencia:

"QUERRELLA DE PARTE. - En los delitos que no pueden perseguirse de oficio, si no hay querrella de parte, los tribunales están incapacitados para condenar al acusado, pues aún el Ministerio Público lo está para ejercer la acción penal".²⁴

Esta ejecutoria tiene un contenido que sirve de apoyo a la persona que se le intente imputar un delito perseguible por querrella, pues sostiene que ni los tribunales podrán condenar, ni el Ministerio Público podrá ejercer la acción penal.

"QUERRELLA NECESARIA, PODER SUFICIENTE PARA FORMULARLA (LEGISLACION DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES). Un poder general para pleitos y cobranzas, con todas las facultades generales y aun las que requieren cláusula especial conforme a derecho y "especialmente para formular querrellas, aportar pruebas al Ministerio Público y constituir tercero coadyuvante", es suficiente en los términos del artículo 264, reformado, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, para tener por acreditada la querrella de que se trata; ya que, si se otorgó un mandato general con cláusula especial para formular querrellas, es lógico inferir en el caso, que se autorizó al mandatario para formular tal requisito de procedibilidad a partir de la fecha del mandato, mientras no se revoque tal acto público"²⁵

²⁴ Quinta Época, tomo XXVI, pág. 199.

²⁵ Semanario Judicial de la Federación, tomo CXX, pág. 48, segunda parte.

2.- En caso de menores.

En principio el titular del derecho a querellarse es el menor, conforme al artículo 264 del Código de Procedimientos, pudiendo presentar la querrela cualquier ofendido, aún cuando sea menor, o los ascendientes, hermanos o representantes legales.

Al respecto el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 115 dice: "Cuando el ofendido sea menor de edad, pero mayor de dieciséis años, podrá querellarse por sí mismo o por quien esté legitimado para ello, Tratándose de menores de esta edad o de otros incapaces, la querrela se presentará por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela.

Este precepto marca una edad como mínimo para que el menor pueda querellarse, en caso de que no se cumpla con esa edad reitera, debe ser por quien esté legitimado para hacerlo que bien puede ser su representante o quien ejerza la patria potestad o la tutela del sujeto pasivo.

Por su parte el Código Federal de Procedimientos Penales, aunque no lo dice expresamente se interpreta del texto del artículo 264 que pueden querellarse en el caso de delito perseguible por esta, que pueden ser los ascendientes, a falta de estos los hermanos, o los representantes legítimos y en este último caso, el representante del menor ofendido seguirá realizando los actos de representación durante la secuela de la averiguación previa, e inclusive en el proceso.

3.- En cuanto a las Personas Morales.

En el ámbito Federal su Código de Procedimientos Penales en su artículo 120 ordena lo siguiente: "...Las querellas formuladas en representación de personas morales, se admitirán cuando el apoderado tenga un poder general para pleitos y cobranzas, con cláusula especial para formular querellas, sin que sean necesario acuerdo o ratificación del consejo de administración o de la asamblea de socios o accionistas, poder especial para el caso determinado ni instrucciones concretas del demandante".

En cuanto al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal el artículo 264 segundo párrafo dice: "Las querellas presentadas por las personas morales, podrán ser formuladas por apoderado que tenga poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial, sin que sea necesario el acuerdo previo o ratificación de administración o de la asamblea de socios o accionistas ni poder especial para el caso concreto".

Como se puede observar en ambas legislaciones se establece como requisito el poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial, siendo estos ordenamientos muy similares en su redacción y exigencia de requisitos para que un representante legal de una persona moral pueda presentar querrela ante la autoridad investigadora, sin que se le otorguen al representante instrucciones concretas de sus mandantes; así como el señalamiento del delito por el cual deba querrellarse y el nombre de la persona en contra de quien se desea proceder lo único que se requiere es que no actúe no en nombre propio sino en nombre de su representado.

4.- En caso de Delito Imprudencial con motivo de Tránsito de Vehículos.

La libertad provisional administrativa, es decir, la concedida por el Ministerio Público durante el período de preparación del ejercicio de la acción penal, fue admitida, por primera vez en el Estado de México, para los delitos ocasionados por el tránsito de vehículos, siempre que no concurrieran en abandono del atropellado; previo depósito en efectivo con arreglo a lo dispuesto en la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Previeniendo al consignado que compareciera ante la autoridad judicial antes del término de 24 horas siguientes a aquella en que el Ministerio Público haga la consignación ya que de no hacerlo el juez revocaría su libertad.²⁶

Con posterioridad se hicieron reformas y adiciones a los Códigos de Procedimientos Penales, Federal y del Distrito Federal, en los cuales quedó esta disposición en lo siguiente:

La adición hecha al artículo 135 del Código Federal de Procedimientos Penales dispone: "El Ministerio Público fijará la caución suficiente para garantizar que el detenido no se sustraerá a la acción de la justicia, ni al pago de la reparación de los daños y perjuicios que pudieran serle exigidos. Tratándose de delitos cometidos con motivo de tránsito de vehículos no se concederá este beneficio al inculcado que hubiere incurrido en el delito de abandono de personas o se encuentre en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares.

En la reforma hecha al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 271 en su párrafo tercero establece la garantía de libertad al probable responsable y en su fracción IV señala lo siguiente: "Que tratándose de delitos por imprudencia ocasionados con motivo de tránsito de vehículos, el presunto responsable no hubiese abandonado al lesionado, ni participado en los

²⁶ ARILLA BAS FERNANDO.- "El Procedimiento Penal en México".- Edic. Octava.- Edit. Kratos.- México 1981.- p. 59.

hechos en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o sustancias psicotropicas*.

Para concluir y regresando a la interrogante de ¿quién esta facultado para presentar querrella? se entiende en este caso que es el ofendido directamente, pese a que en ambos articulos anteriormente señalados, sólo regula como personas a los ofendidos por delitos cometidos con motivo de tránsito de vehiculos, sin señalar que puede ser otro el bien jurídico protegido además de los ataques a las vías de comunicación, pero cabe decir que en este tipo de delitos la querrella será presentada por representante legal.

c) Que se manifieste la queja. El deseo de que se persiga al autor del delito.

La queja que lleva implícita la querrella tiene como objeto hacer del conocimiento de la autoridad un delito para que se persiga al autor del mismo. A este respecto hay autores que opinan acerca del consentimiento y el perdón del ofendido en delitos que se persiguen por querrella de parte ofendida, sin embargo, debemos diferenciar y hacer una eliminación dentro del procedimiento penal.

Es oportuno señalar que con el perdón se extingue la acción procesal penal con lo que el órgano jurisdiccional queda impedido para emitir una sentencia extinguiéndose la acción penal si es que el procesado cumple con otros requisitos de ley exigidos para el caso en concreto, esto es, habiéndose iniciado el procedimiento penal; y si es dentro de la averiguación previa con el perdón del ofendido cesa el derecho de persecución en el caso en concreto.

Ahora bien, hablando de consentimiento, este se ve manifestado en el momento en que el ofendido formula la querrella necesaria, si este existe en la averiguación previa existe el requisito de procedibilidad exigido por la ley, en caso contrario no existe y por tanto no puede el Ministerio Público iniciar una averiguación previa y mucho menos llegar a la consignación por no existir la querrella; en el consentimiento dentro del proceso penal no se debe entender extinguido este por consentimiento del ofendido ya que al no existir el consentimiento no se extingue la acción penal, ya que esta nunca ha existido.

NATURALEZA JURIDICA DE LA QUERELLA.

Existen dos posición en relación a la naturaleza jurídica de la querella, la primera de ellas es más aceptada por autores extranjeros, equiparan a la querella con una condición objetiva de punibilidad, pero esto no es aceptable en la doctrina mexicana por considerar que forma parte del Derecho Sustancial; y no queda al arbitrio del particular decidir si se aplica la pena o no, esto facultad es exclusiva del órgano jurisdiccional y queda dentro del derecho procesal propiamente dicho. La segunda se inclina a pensar que es un instituto procesal como condición de procedibilidad quedando dentro del Derecho Procesal Penal, siendo esta condición de procedibilidad, concebida como un derecho potestativo que tiene el ofendido para hacer del conocimiento de la autoridad un hecho delictuoso y sin el cual no puede iniciarse ninguna actividad ni ante el Ministerio Público y mucho menos ante el órgano jurisdiccional.

DELITOS PERSEGUIBLES POR QUERELLA.

En el Código Federal de Procedimientos Penales señala el artículo 114: "Es necesaria la querella del ofendido, solamente en los casos en que así lo determinen el Código Penal u otra ley". En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal su artículo 263 : "Sólo podrán perseguirse a petición de parte ofendida, los siguientes delitos: I.- Hostigamiento sexual, estupro y privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales; II.- Difamación y calumnia; y III.- Los demás que determine el Código Penal".

Por lo tanto nos remitimos al Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal que dispone son perseguibles por querella los delitos que a continuación comentamos:

- 1.- Violación de correspondencia;
- 2.- Ejercicio indebido del propio derecho (art. 226);
- 3.- Hostigamiento sexual;
- 4.- Estupro (art. 263);
- 5.- Adulterio (art. 274);
- 6.- Amenazas comprendidas en (art. 282);
- 7.- Lesiones comprendidas en (art. 289)
- 8.- Lesiones comprendidas por tránsito de vehículos;
- 9.- Abandono de cónyuge (art. 337);
- 10.- Abandono de persona atropellada, imprudencial o accidentalmente;
- 11.- Difamación y calumnia (361);
- 12.- Privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales;
- 13.- Abuso de confianza (art. 382);
- 14.- Daño en propiedad ajena (art.397);

15.- Los delitos previstos en el Título XII del Código Penal, cuando sean cometidos por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado, concubina o concubinario; adoptante o adoptado y parientes por afinidad hasta el segundo grado, o terceros que hubieren participado en la ejecución del delito con los sujetos mencionados.

16.- Robo de uso.

17.- Fraude (386);

18.- Despojo, excepto en las hipótesis previstas en los dos últimos párrafos del (art. 195); y

19.- Peligro de contagio entre cónyuges (art. 199 bis).

FORMAS Y EFECTOS DE LA QUERRELLA.

Será el ofendido, el representante legal, o apoderado que tengan poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial sin que sea necesario acuerdo previo o ratificación del Consejo de Administración o de la Asamblea de Socios o Accionistas ni poder especial para el caso concreto, quienes lo hagan en forma Verbal o por Comparecencia harán un relato ante el Agente del Ministerio Público; si se ha formulado oralmente deberá asentarse por escrito posteriormente, también puede formularse por escrito, en una y en otra forma deberá incluirse la impresión de las huellas digitales en el documento en que se registre la querrela. Asimismo debe comprobarse la personalidad del querellante.

Los efectos de la querrela, como ya se indico párrafos arriba, basta que de la manifestación del ofendido se desprenda, sin duda alguna, el deseo de que se enderece la acción penal en contra de determinada persona por hechos concretos.

EXTINCION DEL DERECHO DE QUERRELLA.

a) Por muerte del ofendido: Si la muerte del ofendido ocurre durante la averiguación previa o en la instrucción del proceso, surtirá sus efectos; b) En caso de que muera el representante del particular o de una persona moral el derecho no se extingue por ser el titular de ese derecho sólo el particular; y c) Para los casos del delito de injurias, difamación o calumnia, si estas son anteriores al fallecimiento del ofendido, no se atenderá la queja, pero si son posteriores al fallecimiento del ofendido procede la queja hecha por el cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos.

b) El perdón del ofendido: procede en la etapa del procedimiento tanto por el ofendido,, como por el legítimo representante como por el tutor especial, procediendo en consecuencia la cesación del procedimiento o la ejecución de la pena, y extinguiéndose por tanto el derecho de la querrela. (Art. 93 y 276 del Código Penal.

Cuando es otorgado el perdón sin tener facultades o por falta de capacidad legal como en caso de los menores, podrá otorgarlo quien ejerce la patria potestad, y a falta de éste, el órgano jurisdiccional designará un tutor especial (art. 93 fracción III).

El perdón en general, puede otorgarse en cualquier estado de la averiguación previa, durante el proceso y en algunos casos, en ejecución de sentencia. Si es durante la averiguación previa por cualquiera de los legitimados, cesa la actuación del Ministerio Público, si se otorga durante el proceso, sólo surtirá efectos cuando no se hayan formulando conclusiones por el Ministerio Público, excepto en el caso de adulterio el cual puede otorgarse en cualquier momento del procedimiento.

d) El desistimiento: Hace cesar en todo momento del procedimiento, cualquier intervención de autoridad.

d) Prescripción: Extingue el derecho de querrela, previsto en el artículo 107 del Código Penal: "Cuando la ley no prevenga otra cosa, la acción penal que nazca de un delito que sólo pueda perseguirse por querrela del ofendido o algún otro acto equivalente, prescribirá en un año, contados desde el día en que quienes puedan formular la querrela o el acto equivalente, tengan conocimiento del delito y del delincuente, y en tres independientemente de esa circunstancia". De donde se deduce que la prescripción puede surtir sus efectos en un año y en tres años.

e) Muerte del ofendido: La muerte del ofensor también extingue el derecho de querrela por faltar el objeto y la finalidad, por ello puede darse durante la averiguación previa, en la instrucción o aún en la ejecución de sentencia.

D) CASO URGENTE.

El caso urgente ha sido tema muy debatido en el Congreso y por los autores que escriben sobre este requisito de procedibilidad. Siendo este un caso de excepción en el artículo 16 el cual primero versa que sólo puede privarse de su libertad a una persona por orden de la autoridad judicial. Al caso urgente la Constitución lo

contempla en el párrafo quinto del artículo 16: "Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder"

Zamora Pierce, señala los votos que dieron en el Congreso Constituyente en la 21ª Sesión Ordinaria, celebrada el 23 de diciembre de 1916: "a) Que se trate de un caso urgente, y los debates transcritos nos informan que por tal entendía el Constituyente el temor de fuga, b) Que no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, es decir, que en el lugar en el cual pretende llevarse a cabo la detención no tiene su sede ningún tribunal, o bien es un lugar pequeño en el cual reside un solo juez, quien no puede ser habido para solicitarle una orden de aprehensión, c) Que se trate de delitos que se persiguen de oficio, y d) Que la autoridad administrativa ponga al detenido inmediatamente a disposición de la autoridad judicial. Las tres primeras condiciones se encuentran unidas con la conjunción "y", luego entonces, si falta una sola de ellas, la autoridad administrativa no estará autorizada para detener."²⁷

Pese a que el sexto párrafo del mismo artículo 16 constitucional se establece que: "En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley"; nosotros seguimos considerando que es un precepto que se puede prestar para cometer abusos por parte de la autoridad administrativa a quien se le esta otorgando la facultad de privar de la libertad sin una orden de aprehensión, aún cuando se han dado las razones por las cuales se previó este requisito de procedibilidad, consideramos que puede decirse en un momento determinado que es contrario a lo que inicialmente ordena el mismo artículo en comento.

Lo que hemos señalado en el párrafo que antecede es por lo siguiente, por los abusos que puede cometer la autoridad ejecutora (Ministerio Público) al dejar que califique por lo que es caso urgente, aún cuando el precepto constitucional nos indique que sólo en caso de delitos "graves" puede detener a un individuo sin orden de aprehensión, siendo casi imposible que la autoridad administrativa no tenga el tiempo suficiente para recabar la orden de aprehensión; por otro lado este precepto también se puede utilizar por personas tengan una razón muy particular y acudan ante esa instancia para que prive de la libertad a una persona indebidamente.

²⁷ Ob cit. ZAMORA PIERCE JESUS.- p. 30.

El artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales es el que faculta al Ministerio Público Federal para que bajo su responsabilidad, ordene por escrito la detención de una persona, fundando y expresando los indicios que lo acrediten, y señala como delitos graves: "...para todos los efectos legales, por afectar la manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los siguientes artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Federal..."

- 1.- Homicidio (60 tercer párrafo).
- 2.- Traición a la Patria (123 y 126).
- 3.- Espionaje (127 y 128).
- 4.- Terrorismo (139, párrafo primero).
- 5.- Sabotaje (140, primer párrafo).
- 6.- Incitación, instigación o invitación a militares en activo para cometer algún delito contra la Seguridad de la Nación. (142, párrafo segundo).
- 7.- Delitos perpetrados por Servidores Públicos (145).
- 8.- Piratería (146 y 147).
- 9.- Genocidio (149 bis).
- 10.- Evasión de Presos (150, salvo la parte primera del párrafo primero, y 152).
- 11.- Ataques a las vías de comunicación (168 y 170).
- 12.- Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo (172 bis, párrafo tercero).
- 13.- Delitos contra la salud (194, 195, párrafo primero, 196 bis, 197, párrafo primero, y 198, parte primera del párrafo tercero).
- 14.- Corrupción de menores (201).
- 15.- Violación (265, 266 y 266bis).
- 16.- Asalto en carreteras o caminos (286, segundo párrafo).
- 17.- Homicidio (302 relacionados con los artículos 307, 313, 315, 315 bis, 320 y 323).
- 18.- Secuestro (366, salvo los párrafos antepenúltimo y último).
- 19.- Robo calificado (367 en relación con el 370, párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 373 y 381, fracciones VIII, IX y X).
- 20.- Extorsión (390).

En normas especiales son delitos graves: de armas (artículo 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos), tortura (artículo 4 de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura), tráfico de indocumentados (artículo 138 de la Ley General de Población), y fiscal (artículos 115 del Código Fiscal de la Federación).

La urgencia en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal lo establece en el artículo 268, que concuerda con el artículo 194 del Código Federal, con las siguientes diferencias que señala García Ramírez: a) El Código del Distrito Federal alude aquí a sanciones por la violación de la norma respectiva; b) El Código Federal señala que la orden de detención será cumplida por la Policía Judicial, que pondrá al indiciado a disposición del Ministerio Público; y c) no existe coincidencia estricta en los catálogos de delitos graves que sustentan la detención por urgencia más allá de la obvia diferencia que existe a propósito de delitos del fuero federal, exclusivamente a los que sólo se refiere el Código Federal., no así el Código del Distrito Federal, este incluye el (artículo 287 asalto de población), que no se menciona en el Federal y, éste incorpora el (artículo 315 bis, lesiones y homicidio calificado).²⁸

E) FLAGRANCIA.

Este es otro caso de excepción al artículo 16 en cuanto a la privación de la libertad sin orden de la autoridad judicial, el artículo 16 en su cuarto párrafo señala: En los casos de delito flagrante , cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público”.

El término fragante viene del glagrare que significa arder o resplandecer como fuego o llama, de manera tal, que etimológicamente, el término flagrante se refiere al hecho vivo y palpante, resplandeciente, cuya observación convence al testigo de que está presenciando la comisión de un delito.

El Código Federal de Procedimientos Penales contempla el caso de flagrancia en su artículo 193 que: Faculta a cualquier persona para detener al indicado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Considerando que hay delito flagrante cuando el indiciado es detenido en el momento de estarlo cometiendo, o si, inmediatamente después de ejecutado el hecho delictuoso: si aquél es perseguido materialmente; o, alguien lo señala como responsable y se encuentra en su poder el objeto del delito, el instrumento con que aparezca cometido, o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su intervención en la comisión del delito.

Aquí como podemos observar no solo es considerada la flagrancia, sino además la coasiflagrancia.

²⁸ Ob. cit. GARCIA RAMIREZ SERGIO.- p. 249.

En el caso del Distrito Federal su Código de Procedimientos Penales en su artículo 267 contiene los mismos términos para definir y reglamentar a la flagrancia y para ello señalamos las diferencias que nos indica García Ramírez: En la hipótesis de cuasiflagrancia, el Código Federal dice inmediatamente después de ejecutado el hecho delictuoso", mientras que el del Distrito Federal solo menciona "después de ejecutado el hecho delictuoso". El Código del Distrito Federal habla de "presumir fundadamente su intervención en la comisión del delito, en tanto que el Código Federal hace " fundamente su culpabilidad"; y por último el Código del Distrito Federal distingue hipótesis según la sanción aplicable y el Código Federal no hace esta distinción.²⁹

En el anterior análisis de caso urgente y flagrancia, encontramos que tiene mayor aplicabilidad la flagrancia, mientras que el caso urgente todavía tiene mucho por estudiar, siendo ambos excepciones que el mismo artículo 16 en comento ha incluido en su texto y que otorga a la autoridad administrativa, (Ministerio Público) el que bajo su responsabilidad determine el privar de la libertad a un probable responsable y que sobre todo en el caso de urgencia queda aún muy discutible.

F) OTROS.

Estos requisitos de procedibilidad, no son previstos por el artículo 16 que venimos analizando pero que finalmente si son tratados en la doctrina y algunos de ellos quizá en la práctica.

a) DE OFICIO.- Tanto el Código Federal en su artículo 113, como el del Distrito Federal en su artículo 262 ambos de Procedimientos Penales contienen el mismo texto dese el capítulo dedicado a la iniciación del procedimiento, indicando que el Ministerio Público y sus auxiliares de acuerdo a las órdenes que tienen de aquéllos, están obligados a proceder de oficio a la averiguación de los delitos que tengan noticia. Así también en ambos excluyen a todos aquellos delitos que para su iniciación del procedimiento exijan otro requisito.

La iniciación de oficio, se entiende proceder oficiosamente, en razón de la propia autoridad de que está investido el Ministerio Público de acuerdo al artículo 21 constitucional. Pero se ha considerado que los artículos arriba comentados son violatorios del artículo 16 constitucional, toda vez que, de acuerdo con este precepto legal, el periodo que hemos llamado de preparación de la acción, solamente puede ser iniciado previa denuncia, acusación o querrela.

²⁹ *Idem.* p. 249.

Con la denuncia y la querrela se citan como requisitos de procedibilidad la excitativa y la autorización

b) **EXCITATIVA.**- Esta consiste en la solicitud que hace el representante de un país extranjero para que se persiga al que ha proferido ofensas en contra de la nación que represente o en contra de sus agentes diplomáticos (art. 360, fracción II del Código Penal). En esencia la excitativa es una querrela acerca de la cual la ley fija quién representa a los ofendidos (al país o a sus agentes diplomáticos), para los efectos de su formulación. Se podría decir que es similar a la "instanza" figura del derecho procesal italiano.

c) **AUTORIZACIÓN.**- Es el permiso 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. Por ejemplo la autorización respecto del Ministerio Público Federal consagrada en el artículo 31 de su Ley, que la autorización constituye un obstáculo para iniciar el procedimiento y la acción procesal penal, por ello se ha opinado que constituye un obstáculo procesal.

d) **LA PESQUISA.**- Consiste en una indagatoria sobre toda una población o provincia, no precisamente para castigar una infracción ya conocida, sino para averiguar quienes han cometido delitos en general. Aunque se opina que la pesquisa ha quedado abolida lo cierto es que en México aun se practica por policía judicial, el ejército y otros tipos de agentes del gobierno en las carreteras o caminos vecinales.

Se ha dicho que la pesquisa esta prohibida, sin embargo, en la realidad en las aduanas en donde se trata de descubrir los contrabandos y las drogas; o en algunas zonas los plantíos de amapola y otras drogas; así como en las casetas la inspección para estas sustancias o alcoholes, se siegue practicando lo que es la pesquisa.

e) **DELACIÓN.**- Es la condición de procedibilidad, a través de la cual se informa a la autoridad encargada de averiguar un delito, de la existencia del mismo, y de quién es el responsable, diferenciándose de otras condiciones de procedibilidad, en que en la delación se oculta o se desconoce quién es la persona que da la información. Será anónima cuando se desconoce quién es el autor de la afirmación; será secreta cuando el agente de la autoridad conoce el nombre del informante, más no así el supuesto delincuente.

f) AUTOACUSACION.- Sería una autodenuncia, con la diferencia de que en la denuncia, el denunciante es una persona diferente de la denunciada, en tanto que en la autodenuncia o autoacusación, el denunciante es el mismo que el denunciado. Es decir, esto se reduce a una confesión espontánea de haber cometido un delito, lo cual es muy difícil que se llegue a ver en la práctica.³⁰

³⁰ SILVA SILVA JORGE ALBERTO.- "El Procedimiento Penal.- Edit. Harla.- México 1990.- pp. 231 a 245.

CAPITULO II. INTEGRACION DE UNA AVERIGUACION PREVIA.

1.- DILIGENCIAS BASICAS.

Este segundo capítulo tiene como objetivo señalar paso a paso las diligencias que en toda averiguación previa tanto del fuero común como del fuero federal, realiza la autoridad administrativa con sus auxiliares para integrar una averiguación previa, así como la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, con lo que el Ministerio Público puede tomar una determinación.

Omitimos en este capítulo los requisitos de procedibilidad por haber sido explicados ampliamente en el capítulo anterior, sin embargo se recuerda que para dar inicio a una averiguación son indispensables, en caso contrario no se puede dar ni inicio ni prosecución a una indagatoria, excepto en el caso de que se inicie de oficio.

Igualmente el tema de cuerpo del delito y probable responsabilidad ya fueron vistos anteriormente, pero no por ello se puede dejar inadvertido el hecho de que son parte de los objetivos de una averiguación previa, porque si se integran se ejerce la acción penal para que el inculpado sea consignado ante los Tribunales.

Este análisis se hará de la siguiente forma: Como su finalidad es fundamentar cada una de las diligencias, desde la Constitución hasta los Reglamentos de las dos instituciones, Procuraduría General de la República y Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, es decir, en el fuero Federal y en el fuero Común, para cada diligencia se dará un concepto, se explicará la forma en que se realiza en la práctica y en algunas de estas diligencias se darán ejemplos.

A) CON DETENIDO.

Las averiguaciones de delitos del orden Federal la Procuraduría General de la República las lleva a cabo en el Distrito Federal por medio de los Ministerios Públicos Especializados adscritos a la Dirección General de Averiguaciones Previas de dicha Institución y en los Estados por los Ministerios Públicos que

están comisionados en las Agencias del Ministerio Público Especializado adscritos a los Juzgados de Distrito que funcionan en todo el país.

Las averiguaciones de los delitos de orden Común la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal las realiza en el Distrito Federal por medio de sus Ministerios Públicos (especializados) adscritos en las doce zonas regionales (Delegación Regional) desconcertadas de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y a través de un Sector Central dependiente de la Dirección General de Averiguaciones Previa.

La Agencia Investigadora del Ministerio Público - Es la dependencia de la Procuraduría que tiene como funciones recibir denuncias, acusaciones o querellas; iniciar las averiguaciones previas correspondientes; practicar las diligencias que procesan y resolver las situaciones jurídicas planteadas, determinando en su oportunidad lo conducente ajustándose estrictamente a derecho.³¹

La Agencia se integra básicamente por un Agente del Ministerio Público, un Oficial Secretario y un Oficial mecanógrafo, y en algunas agencias puede variar el número de estos dos últimos. Encontramos a un Defensor de Oficio quien dará asistencia si así lo desea el detenido durante la averiguación previa, conforme lo establecido en el artículo 20 constitucional fracción II, por reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de 3 de septiembre de 1993.

En una Agencia del Ministerio Público se encuentra una oficina que se llama de Servicios a la Comunidad que no realiza funciones de averiguación de los delitos pero se encarga de orientar a las personas que acuden a las agencias, y también dan algunos servicios al detenido tales como el de proporcionarle alimentos y otros servicios asistenciales a los familiares de este.

En la agencia investigadora de ambos fueros se inician las averiguaciones, sea con o sin detenido, si se tiene al detenido se llega hasta la consignación, ejercitando la acción penal directamente, pero en caso de no tenerlo se pasa para su continuación a la Mesa de Tramite, o a otra Dirección si el caso así lo requiere.

El funcionamiento de la Agencia.- Se trabaja con turnos de 24 horas por 48 de descanso, iniciando labores a las 8:00 horas de un día y concluyendo a las 8:00 del día siguiente, el Agente del Ministerio Público que sale debe dejar enterado al

³¹ ibídem. p. 44.

que entra de todos los pendientes que considere necesario comentar, independientemente de los libros que existen en la agencia, siendo el principal de ellos el "Libro de Gobierno" que contiene una relación en columnas del número de averiguaciones previas que se tramitan con el número de averiguación previa que le corresponda a cada una de ellas, hora en que se recibe o inicia la misma, nombre del probable responsable, el delito que se investigue, nombre del denunciante o querellante y trámite que se le da a la misma, también existen libros de entrega de guardia; de Pendientes; de Control de Vehículos; de Policía Judicial; de Control de Personal; de Consignaciones; de Improcedencias; y de Servicios Médicos.

Cuando el Titular de la Agencia ya ha revisado toda la entrega que le hizo la guardia anterior, atenderá a las personas que se encuentren en espera de orientación, información y otros; se iniciarán las averiguaciones previas correspondientes que se presenten, así como las averiguaciones previas que haya dejado pendiente el turno anterior, y las relacionadas que les vayan llegando en razón de su competencia.

B) SIN DETENIDO.

La Mesa Investigadora.- Es la dependencia de la Procuraduría que tiene como funciones, recibir las denuncias, acusaciones o querellas, iniciar las averiguaciones previas correspondientes, recibir averiguaciones previas procedentes de las Agencias Investigadoras y practicar en unas y otras todas aquellas diligencias tendientes a agotar la indagatoria, a fin de resolver las situaciones jurídicas planteadas, ajustando sus resoluciones a estricto derecho.³²

En la práctica en las Mesas de Trámite generalmente se atienden averiguaciones previas sin detenido, que se ha iniciado en Agencia, pero también atiende denuncias, acusaciones, o querellas iniciadas en ellas mismas.

Las Mesas se integran igual que las Agencias, con un Titular, un Oficial Secretario y un Oficial Mecanógrafo o los que sean necesarios.

Respecto de los libros que podemos encontrar en la Mesa de Trámite va a variar desde el "libro de Gobierno" en el que se asientan datos diferentes a los del libro de gobierno de las Agencias y son los siguientes: Número progresivo del expediente; número de la averiguación previa; delito; fecha de recepción; nombre

³² *Ibidem.* p. 51.

del denunciante o querellante; nombre del indiciado; y trámite (reserva, archivo o consignación, en su caso). Que como podemos advertir, se puede tener el nombre del indiciado pero no así al indiciado detenido y por tanto esta averiguación previa culmine en reserva o archivo.

El trabajo que se lleva a cabo en Mesa de Trámite es el siguiente: Se procede a dictar un "Acuerdo de radicación" el cual debe contener el número de averiguación, fecha, número de la mesa y la orden de que se practiquen todas y cada una de las diligencias necesarias encaminadas al esclarecimiento de los hechos, como son girar citas para la ratificación si no fueron directas y se hicieron a través de Oficialía de Partes; girar órdenes a la Policía Judicial o a Servicios Periciales así como cualquier otra actividad conducente al esclarecimiento de los hechos y a la posible detención del probable responsable. Una vez realizadas todas las diligencias necesarias se examinará cada una de ellas y se dictará en su caso el acuerdo del ejercicio de la acción penal, de no ejercicio de la acción penal o archivo y de reserva.

Resumiendo, la diferencia entre mesa y agencia es que en la primera se reciben denuncias, acusaciones o querellas con detenido, se integra y resuelve la averiguación en la propia agencia, esto es, se llega hasta la consignación, mientras que en la segunda se inician sin detenido, reciben las denuncias acusaciones o querellas, así como las averiguaciones que les son enviadas por las agencias y se concretan única y exclusivamente a realizar todas las diligencias necesarias y en la mayoría de los casos no se llega a consignar al presunto responsable por no encontrarse.

2.- FUNDAMENTACION JURIDICA DE LA AVERIGUACION PREVIA.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es de aplicación Federal y para el Distrito Federal en materia del Fuero Común, y por ello se señalan en este momento sus artículos fundamentales que rigen en la Averiguación Previa, para que al tratar el procedimiento penal Federal y el Distrito Federal únicamente se continúe con los fundamentos que contengan los respectivos Códigos de Procedimientos Penales, así como sus Leyes Orgánicas y Reglamentos de la Procuraduría General de la República como de la Procuraduría General del Distrito Federal.

A) EN LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé como base de fundamentación en la averiguación previa a los artículos 14, 16, 19, 21 y 102..

El artículo 14.

En el se contemplan cuatro garantías que son: en su párrafo primero, la de irretroactividad legal; en su párrafo segundo, la de audiencia; en el párrafo tercero, la de legalidad en materia judicial; estos tres primeros párrafos son los de aplicación en materia penal.

Párrafo Primero: "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna", la irretroactividad se conoce también como "conflicto de leyes en el tiempo" y consiste en determinar, cuando se encuentra en presencia de dos leyes, una antigua, que se supone derogada o abrogada, y otra nueva o vigente, cual de las dos debe regir para no causar un perjuicio a alguna persona. En caso contrario la retroactividad consiste, en dar efectos reguladores a una norma jurídica sobre hechos, actos o situaciones producidos con anterioridad al momento en que entra en vigor.

El Profesor Ignacio Burgoa dice: Cuando los hechos plenamente consumados antes de la vigencia de una norma jurídica no pueden ni deben ser regidos por ésta, sino por la ley que hubiere estado en vigor en la época en que hayan acaecido. La hipótesis de los hechos pasados, así como la de los hechos futuros no puede contener dada su naturaleza, ningún problema de retroactividad, puesto que en ellas no se suscita ningún conflicto de leyes, porque, sin lugar a dudas, o es la antigua o es la actual la que debe aplicarse respectivamente. Además, este artículo contiene un derecho público subjetivo, ese derecho tiene como obligación para toda autoridad un impedimento para aplicar una ley retroactivamente en perjuicio de alguna persona.

RETROACTIVIDAD DE LA LEY.- La Constitución General de la República consagra el principio de la irretroactividad, cuando la aplicación de la ley causa perjuicio a alguna persona, de donde es deducible la afirmación contraria, de que pueden darse efectos retroactivos a la ley, si ésta no causa perjuicio.³³

Párrafo Segundo: "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los

³³ Semanario Judicial de la Federación. Apéndice 75. Octava Parte. Quinta Época. Tomo LXXIII. pág. 109. Tesis 160.

tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho". La garantía de audiencia está integrada por cuatro garantías específicas de seguridad jurídica que son: 1.- En contra de la persona a quien se pretenda privar de alguno de los bienes jurídicos tutelados por dicha disposición constitucional, se siga en juicio previo. 2.- Que el juicio se substancie ante tribunales previamente establecidos. 3.- Que en él se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y 4.- Que el fallo respectivo se dicte conforme a las leyes existentes con antelación al hecho o circunstancia que hubiere dado motivo al juicio. De violarse una sola de estas garantías específicas se estaría violando la protección a sus bienes jurídicos que consagra este segundo párrafo.

LA GARANTIA DE AUDIENCIA. Y exacta aplicación de la ley en materia penal, esta garantía de audiencia como derecho público subjetivo corresponde a todo sujeto como gobernado la palabra "Nadie" debe ser entendida como la tutela que impone la garantía de audiencia, sin que pueda ser excluido por razón de alguno de sus atributos como son el de la nacionalidad, raza, sexo, y otros. Por lo que toda persona que goza de esta garantía de audiencia, no puede ser privado de sus bienes jurídicos tutelados por la misma, y que son: La vida, la libertad, la propiedad, la posesión y sus derechos que tiene como gobernado.

Las dos excepciones a la garantía de audiencia son la que se prevé en el artículo 33 de la Constitución referente a los extranjeros que juzgue o estime indeseables el Presidente de la República pueden ser expulsados del país, sin juicio previo. La otra es la referente a las expropiaciones por causa de utilidad pública previsto en el artículo 27 de la Ley Suprema, de las que sólo el Presidente de la República o los Gobernadores de los Estados pueden con apoyo en las leyes correspondientes dictar ese acto expropiatorio antes de que el particular afectado produzca su defensa, la que, sin embargo puede ser previa.

Párrafo Tercero: esta es una de las más importantes garantías que consagra este precepto constitucional que a la letra dice: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate". Este párrafo prohíbe la imposición de penalidad por analogía y por mayoría de razón que asegura la garantía de la "exacta aplicación de la ley"; la aplicación análoga de la ley tiene lugar cuando a ésta se atribuyen efectos normativos que no están previstos en ella, pero que hay semejanza aunque no absoluta, pero si relativa en cuanto a hechos, actos relaciones o situaciones.

Esta garantía también implica el principio de legalidad en materia procesal penal que versa sobre dos elementos: los delitos y las penas. los que conforme al

Código Penal para el Distrito Federal, que tiene el carácter de ordenamiento federal para los delitos de este orden en su artículo y 7 dice que delito es: "todo acto u omisión que sancionan las leyes penales" cuyas sanciones existen en cada disposición legal que establece una pena para el autor en cada caso.

El artículo 16.

GARANTIA DE LEGALIDAD.- Párrafo primero: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento". Fundamentar es invocar con toda precisión y exactitud el derecho aplicable al caso concreto. Motivación es exponer con claridad los hechos o argumentos lógicos que permitan adecuar una conducta a las normas jurídicas.

Por tanto, todo acto de autoridad debe estar motivado y fundamentado, apoyándose en disposiciones legales exactamente aplicables al caso de que se trate, siendo esta una garantía constitucional de seguridad jurídica que prohíbe a toda autoridad que por uno de sus actos implique molestia a los individuos en los bienes que este precepto protege.

Además, las autoridades deben gozar de facultades expresas para desempeñar determinado acto de su incumbencia, de donde se deduce que en la garantía de legalidad queda comprendida la competencia y por lo tanto se deben observar las siguientes condiciones:

- 1.- En que el órgano del Estado del que tal acto provenga, esté investido con facultades expresamente consignadas en la norma jurídica (ley o reglamento) para emitirlo; Ej.- el Ministerio Público que se encuentra investido por el Código de Procedimientos Penales, Federal y del Distrito Federal así como sus respectivos reglamentos.
- 2.- En que el propio acto se prevea en dicha norma; Ej. la consignación.
- 3.- En que su sentido y alcance se ajusten a las disposiciones normativas que lo rijan; Ej. cuando se aplica a un caso concreto.
- 4.- En que el citado acto se contenga o derive de un mandamiento escrito, en cuyo texto se expresen los preceptos específicos que lo apoyen; Ej. En la consignación se expresan, tanto el o los delitos que se imputan; los artículos que

los prevén, así como los artículos que los sancionan, aunque puede ser una sola disposición la que prevea el delito y en el mismo se encuentre la sanción.³⁴

MANDAMIENTO ESCRITO. Párrafo segundo: "No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.". El acto de molestia que ejecuta la autoridad, debe efectuarse previo conocimiento del particular, esta comunicación puede ser anterior o simultánea con la ejecución del acto, y que este debidamente fundado y motivado, por la autoridad de que proviene, conteniendo sellos y firma de esa autoridad que lo emite.

Este párrafo contiene los principales requisitos de procedibilidad exigidos por la Ley suprema que son la denuncia, acusación y la querrela para poder dar inicio a la averiguación previa; recordemos que la flagrancia y el caso urgente, si son requisitos de procedibilidad, pero contemplados como excepciones contenidos en el mismo.

Párrafo tercero: "La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal". La orden de aprehensión o detención tiene un efecto directo en la privación de libertad del sujeto, no derivada de una sentencia judicial sino proveniente de un hecho preventivo.

El artículo 16 es muy complejo en razón de que prevé desde la fundamentación y motivación de un acto de autoridad, requisitos de procedibilidad, orden de aprehensión, las excepciones que ya comentamos que son el caso urgente y la flagrancia; la orden de cateo y otros que inclusive han sido criticados por considerar que no debieran contenerse en este precepto constitucional; sin embargo los párrafos que hasta aquí hemos analizado son los de más trascendencia en la práctica del procedimiento penal y específicamente en lo que a la integración de la averiguación previa que es nuestro tema del presente capítulo.

El artículo 19.

Este precepto constitucional en nuestro criterio está más dirigido a el proceso propiamente dicho, que a la averiguación previa, porque claramente expresa que

³⁴ Ibidem. p. 602.

se refiere al proceso y la autoridad judicial, no al procedimiento y a la autoridad administrativa.

Excepto en su último párrafo que dice: "Todo maltrato que en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos, que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades." Si bien es cierto que se refiere a la instancia del órgano jurisdiccional, también lo es que inclusive se refiere ya a las autoridades penitenciarias o de prisión preventiva.

Únicamente por cuanto hace a la orden de aprehensión que se ejecuta por la autoridad administrativa durante la averiguación previa, podemos decir que esta autoridad debe abstenerse de maltratar e impedir todo maltrato a los probables responsables; reprimir toda molestia inmotivada o gravamen a las personas detenidas y hacerle saber la acusación que hay en su contra, los elementos que constituyen el delito que se le atribuye, así como lugar tiempo y circunstancia de su ejecución.

El artículo 21.

Establece la garantía de que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando de aquél.

Este mandato es sumamente importante por contener además el tema central de nuestra tesis que es la reforma que contempla la impugnación por vía jurisdiccional en contra de las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, la cual por el momento no será examinada en este capítulo, sino hasta el cuarto de la presente tesis, esta reforma fue publicada en el Diario Oficial de la Federación, número 22 de fecha 31 de diciembre de 1994. adicionando un cuarto párrafo al artículo 21 constitucional.

Analizando la segunda parte del primer párrafo de este artículo 21 constitucional que establece: "...La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a una Policía". Como ya se señaló en la parte referente a la averiguación previa como actividad investigadora, esta consiste en realizar las diligencias una vez que se han cumplido los requisitos contenidos en el artículo 16 constitucional para el libramiento judicial de la orden de aprehensión que se llevan a cabo exclusivamente por el Ministerio Público, con auxilio de la Policía Judicial y otros elementos; así como cumplimentar la parte del procedimiento judicial que consiste

en determinar si se abstiene o inicia el ejercicio de la acción penal ante el juez competente.

Como indicamos, tanto las diligencias de investigación como el ejercicio de la acción penal y la facultad acusatoria son exclusivas del Ministerio Público, de tal manera que los jueces que conocen de un proceso, no pueden oficiosamente allegarse de elementos de prueba de un delito o de la responsabilidad del acusado y mucho menos iniciar el juicio sin el previo ejercicio de la mencionada acción, ni continuar el procedimiento si ha habido desistimiento de ésta por parte de su titular constitucional o conclusiones no acusatorias.

Artículo 102

Que ordena al Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los tribunales de todos los delitos del orden federal. en su párrafo segundo señala: "Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculpadados, buscar y presentar pruebas que acrediten la responsabilidad de esto; hacer los juicios que se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine.

Además de anterior el citado artículo prevé otras disposiciones respecto de los requisitos para el nombramiento, ratificación y remoción del Procurador General de la República.

FUNDAMENTACION Y PRACTICA DE LA AVERIGUACION PREVIA EN EL FUERO FEDERAL Y COMUN.

La fundamentación de la Averiguación Previa se apoya en el Código Federal de Procedimientos Penales, el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal; así como en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y, su Reglamento; la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y su Reglamento.

El Ministerio Público al investigar para integrar una averiguación previa con la finalidad de llegar a la realidad histórica de un determinado hecho delictuoso, tanto en la práctica de sus actuaciones como en la redacción de los escritos se

encuentra obligado a dar respuesta a siete puntos que propone Hans Gross que son: ¿Qué? ¿Quién? ¿Cuándo? ¿Dónde? ¿Cómo? ¿Con qué? ¿Por qué?

En cuanto a las formalidades Arilla Bas señala que las exigidas por los Códigos de Procedimientos son: escribir las fechas y cantidades con letra y cifra; no emplear abreviaturas ni raspaduras; terminar toda actuación judicial con una línea tirada de la última palabra, al final del renglón o debajo de éste, antes de las firmas si estuviere escrito en su totalidad. Las promociones, en cambio, no se sujetan a reglas rituarías especiales, la única exigencia consiste en que el promovente exprese con claridad lo que pide; ya que todas y cada una de las declaraciones deberán constar en el expediente debidamente firmadas al margen y anteponiendo la frase "Protesto lo Necesario" porque esto suple toda deficiencia que el promovente pueda por error o ignorancia haber suprimido, y porque toda promoción debe agregarse para constancia legal.³⁵

Las actas de averiguación previa deben contener todas y cada una de las actividades desarrolladas por el Ministerio Público y sus auxiliares, siguiendo una estructura sistemática y coherente, con una secuencia cronológica, precisa y ordenada y observando en cada caso las disposiciones legales que les corresponda.

Los requisitos de procedibilidad serán tanto la noticia por medio de la cual el Ministerio Público tiene conocimiento de la comisión de un hecho posiblemente constitutivo de delito, así como las condición para iniciar una averiguación, y si es procedente ejercitar la acción penal en contra del responsable de una conducta delictiva. Estos requisitos de procedibilidad pueden ser proporcionados por un particular; un agente de policía judicial, de seguridad pública o por cualquier persona que tenga conocimiento de la ejecución de un hecho presumiblemente delictivo perseguible por denuncia; En delitos perseguible por querrela será el ofendido el titular de ese derecho quien pueda proporcionar dicha noticia y como ya quedó indicado en el primer capítulo de esta tesis en estos casos también puede ser presentado por representante o apoderado legal si es persona legal y por un tutor si es el caso de que la víctima sea un menor o incapacitado quienes pueden cubrir ese requisito de ley. Asimismo estos requisitos de procedibilidad para caso urgente y flagrancia podrán ser cubiertos por cualquier persona como lo señala el mismo artículo 16 de la Constitución.

Es oportuno mencionar que las actas de averiguación previa pueden ser Directas que se inician y concluyen en la misma Agencia o Mesa pero existen otras como la Relacionadas, y la Continuada, estos detalles en apariencia son importantes porque indican en que Agencia se inicio, o de que Agencia proviene.

³⁵ BO. cita. ARILLA BAS FERNANDO.- p. 227

ACTA RELACIONADA.- puede suceder que en el caso de homicidio se inicie la averiguación previa en una agencia que no corresponda, en esta la pueden iniciar por aseguramiento pero no continuarla hasta su determinación, y por lo tanto, será enviada a la agencia que sea competente, esto es, si es un caso relevante se continuará en Fiscalía que es otra dependencia de la Procuraduría, o bien, cuando no es relevante pero es con detenido, cabe señalar que en el Distrito Federal existen Agencias del Ministerio Público Especializadas con detenido para realizar la indagatoria respecto de ese delito, en caso de ser enviada nos encontramos ante la presencia de una averiguación previa Relacionada.

Osorio y Nieto menciona que las diligencias en actas relacionadas son las que se practican fuera del perímetro de la Agencia Investigadora que inicia la averiguación, en tales casos, no obstante que los Agentes del Ministerio Público de cualquier Agencia Investigadora sea en el Distrito Federal o, en un territorio en donde la competencia sea federal, tienen competencia para actuar en todo ese territorio, por razones de índole práctica se solicita a la Agencia Investigadora correspondiente la ejecución de la o las diligencias que se requieran por vía telefónica o radiofónica solicitando el nombre y el cargo de la persona quien recibe el llamado para hacer constar tal solicitud indicando la hora; se solicita el levantamiento del acta relacionada, proporcionando el número del acta primordial y explicando con toda precisión la diligencia solicitada.³⁶

ACTA CONTINUADA.- Cuando se explicó el funcionamiento de las agencias investigadoras del Ministerio Público se habló de los turnos, por ello, se aclara que cuando un titular inicia la indagatoria en su turno pero no la concluye, el encargado de concluir la será el titular del siguiente turno y entonces, estamos ante la presencia de una averiguación previa Continuada.

El artículo 127 del Código Federal de Procedimientos Penales al respecto establece: "Cuando se presenten al funcionario o agente que hubiere iniciado una averiguación, un funcionario del Ministerio Público, éste podrá continuar por sí mismo la averiguación en cuyo caso el primero cerrará el acta en el estado en que se encuentre, y la entregará a dicho funcionario, así como a los detenidos y los objetos que se hayan recogido, comunicándole todos los demás datos de que tenga noticia..."

En la Razón, Constancia y Fe encontramos datos y aunque no son precisamente diligencias deben ser asentadas en el documento de la averiguación previa, entre una diligencia y otra como se explica más adelante, estas son cuestiones que se utilizan solo en la práctica, los incluimos con el fin de integrar lo más completo que nos sea posible este documento.

³⁶ Ob. cit. p. 19.

RAZON.- Es un registro que se hace de un documento en casos específicos.³⁷

Cuyo fundamento en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal lo encontramos en los artículos 232.- "Los documentos que durante la tramitación del expediente presentaren las partes o que deban obrar en el mismo, se agregarán a este y de ello se asentará razón. Específicamente en la Averiguación Previa el mismo Código señala en su artículo 282 lo siguiente: "Cerrada el acta, se tomará razón de ella y el agente del Ministerio Público procederá con arreglo a sus atribuciones.

LA CONSTANCIA.- Es un acto que realiza el Agente del Ministerio Público durante la averiguación previa, en virtud del cual se asienta formalmente un hecho relacionado con la averiguación que se integra, ya sea respecto de lo que se investiga o del procedimiento que se está verificando.³⁸

a) Se hacen constar los vestigios como son los instrumentos, armas y objetos que pueden llegar a ser pruebas materiales de la comisión del delito, se hace constar el lugar, tiempo, estado y circunstancias como se encontraron las personas y cosas.

b) Cuando se considere necesario se levantarán planos del lugar del delito, tomando fotografías, tanto del lugar como de las personas que hubieren sido víctimas del delito.

c) Cuando no queden huellas o vestigios del delito se hará constar, con las opiniones de los peritos acerca de si la causa de la desaparición fue natural, causal o intencional. Cuando fuere un delito que no dejan huellas se hará constar por declaración de testigos.
y otros medios de comprobación.

Todas las diligencias que se practican y de las cuales se deben hacer constar son de ellas de las que nos vamos a servir para integrar los Elementos del Tipo Penal y así determinar la Probable responsabilidad del inculpaado.

³⁷ *Ibidem*. p. 17.

³⁸ *ibidem*. p. 18.

Su reglamentación la encontramos en los siguientes ordenamientos: En el Código Federal de Procedimientos Penales en los artículos 168, 181, 182 y 183; para determinados delitos en los artículos 169, 170, 171, 172, 173, 176, 179, 184 y 185, 186 y 187. En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en los artículos 94, 97, 100, 102, 103; para determinados delitos en los artículos 114, 119, 192, 193, 194, 197, 211, 212 y 269.

FE MINISTERIAL o DAR FE.- Esta se entiende como la autenticación que hace el Ministerio Público dentro de la diligencia de inspección ministerial, de personas, cosas o efectos relacionados con los hechos que se investigan. La fe ministerial forma parte de la inspección ministerial, no puede haber fe ministerial sin previa inspección.³⁹

Cuando se da fe de las circunstancias o pormenores que tengan relación con los hechos que se investigan, en donde puede ser utilizada la frase "El Ministerio Público (Federal) que actúa da fe de haber tenido a la vista..." para dar autenticidad mediante este acto de una persona, cosa o efecto.

Su fundamentación en el Código Federal de Procedimientos Penales se encuentra en los artículos 208, 209, 210, 211, 214, 215 y 218; en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en los artículos 139, 140, 142, 144, 148, 150 y 265. estos tres últimos en relación con la reconstrucción de hechos de lo cual también se da fe ministerial.

Sintetizando se asienta razón cuando es en relación a un documento; se hace constar un hecho y se da fe de personas, cosas o efectos relacionados con los hechos que motivaron el delito que se investiga.

Una vez dada la idea de los anteriores conceptos, se precisa que entre una diligencia y otra se va asentada una razón o se da fe según el tipo de diligencia; los dictámenes, o documentos que se reciban o se realicen en relación con los objetos, todo cuanto sea útil se agrega al expediente para la integración de los elementos del tipo y probable responsabilidad del inculcado.

C).-INICIO DEL ACTA DE AVERIGUACION.

³⁹ Idem. p. 18.

El artículo 124 del Código Federal de Procedimientos Penales nos indica la generalidad de las diligencias que se practican en el fuero federal para una integración de averiguación previa este precepto dice: "En el caso del artículo anterior se procederá a levantar el acta correspondiente, que contendrá: la hora, fecha y modo en que se tenga conocimiento de los hechos; el nombre y el carácter de la persona que dio noticia de ellos, y su declaración, así como la de los testigos cuyos dichos sean más importantes y la del inculcado, si se encontrare presente, incluyendo el grupo étnico indígena al que pertenece, en su caso la descripción de lo que haya sido objeto de inspección ocular, los nombres y domicilios de los testigos que no se hayan podido examinar, el resultado de la observación de las particularidades que se hayan notado a raíz de ocurridos los hechos, en las personas que en ellas intervengan; las medidas y providencias que se hayan tomado para la investigación de los hechos, así como los demás datos y circunstancias que se estime necesario hacer constar".

Toda averiguación previa se debe iniciar con: El señalamiento del lugar y número de la Agencia Investigadora (o Mesa) en la que se da principio a la averiguación, hora y fecha en que se inicia el levantamiento del acta y la mención del funcionario que ordena dicho levantamiento es decir el turno y en su caso la clave que le corresponde, por ejemplo:

En MIGUEL HIDALGO, DISTRITO FEDERAL, siendo las 02:32 (dos horas con treinta y dos minutos) del día 6 (seis) de octubre de 1995 (mil novecientos noventa y cinco) el suscrito Agente del Ministerio Público adscrito al H. SEGUNDO TURNO en la NOVENA AGENCIA INVESTIGADORA, quien actúa en forma legal en compañía del Oficial Secretario quien al final firma y DA FE

Otra ejemplo puede ser en encabezado que se realiza con formato y en computadora como sigue:

DELEGACION REGIONAL ALVARO OBREGON.
DEPARTAMENTO UNO DE AVERIGUACIONES PREVIAS.
AGENCIA INVESTIGADORA DEL MINISTERIO PUBLICO ESPECIALIZADA NO.
53
AVERIGUACION PREVIA NO. 75/00293/95-06 A.
DELITO: HOMICIDIO (CALIFICADO).

Desde el acuerdo inicial, el Agente del Ministerio Público ya debe ir razonando el proceso de motivación, mismo que le corresponde precisar en el pliego de consignación, pedimento en el que expresa su ejercicio de la acción penal; así como a que precepto penal (figura delictiva, supuesto normativo, tipo penal), evento o hecho acontecido probable de encuadrarse. De tal manera que las

actividades que realice ya en pleno procedimiento penal, iniciado por el conocimiento de los hechos que pueden constituir delito, sean fundados y motivados, para que las diligencias que va a practicar obedezcan a un fin que es buscar las pruebas de la existencia del delito y la responsabilidad de quien o quienes en él hubieren participado. Así el Ministerio Público dentro de su acuerdo inicial, señalará como diligencias a practicar todas las tendientes a comprobar el tipo penal y la probable responsabilidad.

a) EXORDIO.- Este, consiste en hacer una breve narración de los hechos que motivan el levantamiento del acta, el exordio puede ser de gran utilidad para dar una idea general de los hechos que se presumen delictivos.

En la ciudad de ..., siendo las... horas del día... de...deel suscrito Agente Investigador del Ministerio Público (Federal) que actúa con testigos de asistencia en forma legal, -----HACE CONSTAR, -----
----- (aquí se expresará detalladamente el motivo por el cual se procede al levantamiento del acta) como sigue:

Que siendo las ..., del día... del mes de...del año..., los policías preventivos...y... con número de placas ...y ...respectivamente, ponen a disposición de esta Representación Social, al que dijera llamarse..., con motivo de HABER DADO MUERTE A QUIEN EN VIDA LLEVARA EL NOMBRE DE ..., por la probable comisión del delito de HOMICIDIO (CALIFICADO), ocurrido el día...del mes... de..., siendo aproximadamente a las ...en el número... de la calle..., colonia, código postal, manifestando no constarles los actos. Se ponen a disposición objetos relacionados con los hechos en investigación UNA PISTOLA TIPO ESCUADRA DE LA MARCA TANFOGIO G. GIUSEPPE, calibre 380 (9 milímetros) CON UN CARGADOR Y OCHO CARTUCHOS UTILES, por lo que el suscrito ordenó el inicio de la presente.

El arma forma parte de los objetos que se deben recoger, en el lugar de los hechos, o bien, como en este caso que se recoge al momento de que se recibe al presentado entregado por la policía preventiva, conforme lo ordenan los Códigos

FE DE RECEPCION DE ARMA, CARTUCHOS Y CARGADOR: Siendo lasdel día... del mes... DE..., el personal que actúa DA FE de haber tenido a la vista en el INTERIOR DE ESTA OFICINA, POR RECIBIDA LA PISTOLA TIPO ESCUADRA CALIBRE T.380 milímetros (nueve milímetros corto), con número de MATRICULA Q8591, CON CARGADOR Y OCHO CARTUCHOS UTILES CALIBRE .380 MILIMETROS AUTO MARCA WIN, los cuales QUEDAN EN EL INTERIOR

DE ESTA OFICINA.-----DAMOS FE-----

Inmediatamente después en nuestra integración se da fe de la integridad física del presentado misma que se hace con el certificado médico que otorga al practicar el examen el Médico de la Institución.)

FE DE INTEGRIDAD FISICA Y CERTIFICADO MEDICO DEL PRESENTADO.-
Siendo las....., del día... del mes... de... del año....., a la vista en esta oficina a quien dice llamarse, mismo a quien se apreció tener años de edad, en estado de ebriedad y sin huellas de lesiones externas, en conclusión se encontró. **SI EBRIO, SIN HUELLAS DE LESIONES EXTERNAS,** datos que se corroboran con el certificado médico expedido por el C. Médico Legisla adscrito a laAgencia Investigadora, Doctor....., documento del que se DA FE y se agrega a las presentes actuaciones.----- **DAMOS FE** .-----

b).- DECLARACIONES.

DECLARACIÓN.- "Es la relación que hace una persona acerca de determinados hechos, personas o circunstancias vinculadas con la averiguación previa y que se incorpora a la misma"⁴⁰.

Se toma declaración al denunciante, querellante, remitente, a la víctima, al ofendido y a los testigos y la más importante que es la del indiciado.

Posteriormente se debe tomar la declaración de los remitentes que se encuentran en interior de la oficina en donde se encuentra ubicada la Agencia Investigadora, ellos, a pesar de que pertenecen a la policía preventiva, tienen competencia para hacer la detención en caso de delito flagrante como lo es el presente.

DECLACION DE UN REMITENTE.- Siendo las....horas, del día... del mes... del año..., estuvo presente en esta oficina quien en su estado normal dijo llamarse....., haciéndole saber el contenido del artículo 280 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, procediendo a tomarle **PROTESTA** en los siguientes términos: "Protesta usted bajo palabra de honor y en nombre de la Ley declarar con verdad en las diligencias en que va a intervenir" contestando que si,

⁴⁰ Ibidem. p. 14.

se le advierte de las penas en que incurren los que declaran con falsedad, consistentes en la imposición de dos a seis años de prisión y multa de cien a trescientos días de multa, según prevé el artículo 247, fracción I del Código Penal para el Distrito Federal, por sus generales manifiesta: llamarse como queda escrito, ser de ...años de edad, sexo..., estado civil..., religión..., instrucción..., dedicado a ..., originario de..., nacionalidad..., con domicilio actual en... código postal... colonia..., teléfono... y en relación a los hechos que se investigan.-----

----- D E C L A R O -----

----- Que el eminente presta sus servicios en la SECRETARIA DE SEGURIDAD PUBLICA DEL DISTRITO FEDERAL, con número de placa... adscrito al Sector... de la delegación..., y que el día de hoy, siendo aproximadamente las... horas, al encontrarse realizando su servicio de vigilancia a bordo de la patrulla... en compañía de su pareja..., placa..., recibiendo una llamada de Central de Radio, para pasar a las calles de ... en la colonia... a tomar conocimiento de una riña, por lo que se percataron que se encontraba un grupo de aproximadamente 20 veinte personas, informándoles que en el interior de dicho domicilio se encontraba un sujeto armado y el cual acababa de matar a un individuo del sexo masculino, el cual en vida respondía al nombre de ..., por lo que el eminente y su pareja hablaron con una señora de la cual se negó a dar su nombre pero dijo ser la dueña de la casa marcada con el número... de la calle..., donde se había metido el sujeto homicida, y manifestándoles que dicho sujeto le había pedido permiso para meterse a dicha casa ya que lo venían persiguiendo muchas personas par lincharlo, percatándose el eminente que a la entrada se encontraba un sujeto agachado, por lo que de inmediato se le ordenó que se levantara y alzara las manos, obedeciendo el sujeto las indicaciones que se le hicieron, y mientras que la pareja del deponente trataba de retirar a la gente que había en el lugar, el externante le hizo un cacheo al citado sujeto, encontrándole entre sus ropas y a la altura de la cintura, una pistola tipo escuadra, calibre 380 (9 milímetros) la cual se encontraba abastecida con 7 siete cartuchos útiles en el cargador y 1un cartucho útil en la recámara, y el cual manifestó llamarse..., y aceptando que había hecho siete disparos a un sujeto sin haberse dado cuenta, cuantos disparos había acertado, y que había corrido porque lo querían linchar, por lo que de inmediato procedieron a presentar a dicho sujeto en esta oficina el cual al parecer se encontraba en estado de ebriedad, poniéndolo a disposición de ésta oficina así como el arma, cartuchos y una credencial a nombre del mismo y expedida por el gobierno del Estado de México que lo acredita como vigilante del cuerpo de Vigilancia Auxiliar y Urbano, asimismo que se enteraron por los agentes que había en el lugar, que dicho sujeto había dado muerte al que en vida llevó el nombre de ..., el cual había quedado sin vida frente al número ... de la calle... colonia..., no constándoles los hechos, por lo que en este momento presentan DENUNCIA por el delito de HOMICIDIO cometido en agravio del que en vida llevó el nombre de..., y DENUNCIA por el delito de PORTACION DE ARMA PROHIBIDA en agravio de la Sociedad y en contra de ... al cual al tenerlo a la vista en esta oficina lo reconoce plenamente y sin temor a equivocarse como el mismo sujeto que al ser asegurado portaba en la cintura la pistola mencionada

en su declaración, por lo que siendo todo lo que tiene que declarar y previa lectura de lo antes expuesto lo ratifica y firma al margen para constancia legal de lo declarado.

En esta declaración del remitente quien formula denuncia en contra del presunto responsable , es de suma importancia resaltar los artículos 280 del Código de Procedimientos Penales por ser la PROTESTA DE LEY que deben hacer todos los que ante una autoridad del Ministerio Público están presentando una DECLARACION, sea de testigo de los hechos, de capacidad económica, de preexistencia y falta posterior de lo robado en el delito de robo; sea de remitente, denunciante o querellante. Asimismo el artículo 247 fracción I del Código Penal para el Distrito Federal que establece las penas para quienes incurren en declarar con falsedad.

Cuando son policías judiciales o preventivos los que remiten al presentado (probable responsable de un delito) se les toma DECLARACION a los policías que remitan a la Agencia del Ministerio Público al o los presentados; sin importar el número de ellos se tomara a cada uno su declaración, siguiendo el mismo procedimiento anterior en donde como se puede observar se le solicita su identificación que en esta declaración por ser el remitente un policía preventivo se identifica con credencial de la Secretaría a que pertenece; siendo el requisito de procedibilidad de flagrancia, pero cuando es un particular el denunciante o querellante se puede identificar con una credencial de elector, la licencia de manejo o con cualquier otra que tenga en ese momento, siempre y cuando contenga una fotografía para corroborar que los rasgos fisonómicos concuerden con el que se está presentando a hacer del conocimiento al Ministerio Público un hecho delictuoso; así también, en ese momento se le devuelve al interesado su credencial por no existir inconveniente para ello.

Enseguida como se enunció al principio del capítulo se da fe de esas declaraciones y presentación como sigue:

FE DE NOTA DE REMISION Y RECEPCION DE LA MISMA.- Siendo las.... del día...., del mes de del año, con fundamento en los artículos 94 y 265 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el personal que actúa DA FE de tener a la vista en esta oficina LA NOTA DE REMISIÓN Y RECEPCIÓN DE LA MISMA suscrito por.... con número de placa... y.... con número de placa.... pertenecientes al Sector... de la Delegación..., quienes manifestaron NO CONSTARLES LOS HECHOS, por el que se pone a disposición de esta representación Social a, documento del que se DA FE y se agrega las presentes actuaciones.

----- D A M O S F E. -----

El Código de Procedimientos Penales en su artículo 94 establece: "Cuando el delito deje vestigios o pruebas materiales de sus perpetración, el Ministerio Público o el agente de la Policía Judicial lo hará constar en el acta o parte que levante, según el caso, recogidos si fuere posible.", en el delito que se persigue en la presente averiguación la prueba material es la pistola que se indico y son los policías preventivos los que la entregan al Ministerio Público, por ello se de fe dar fe de este objeto.

Otro artículo importante del mismo ordenamiento es el 265 que dispone lo siguiente: " Al iniciar su procedimientos, el Ministerio Público o la policía judicial, se trasladarán inmediatamente al lugar de los hechos, para dar fe de las personas y de las cosas a quienes hubiere afectado el acto delictuoso, y tomarán los datos de las que lo hayan presenciado, procurando que declaren, si es posible en el mismo lugar de los hechos, citándolas, en caso contrario, para que dentro del término de veinticuatro horas comparezcan a rendir su declaración"

En este precepto se observan tres situaciones que merecen su análisis: Uno de ellos es el hecho de que el Ministerio Público tiene la obligación de acudir al lugar de los hechos con la finalidad de recabar pruebas, huellas o vestigios que de la comisión de un delito se puedan encontrar, pero como este es el caso de un homicidio, y el occiso fue levantado y llevado con el Médico Forense, no se recoge más que el arma que están haciendo presente los remitentes. Por otra parte el que cometió tal delito fue detenido en flagrancia; y además existen testigos de los hechos., a quienes como lo señala el mismo artículo pueden ser citados a declarar en el término de 24 veinticuatro horas para que rindan su declaración, encontrándose dentro del término en que se integra una Averiguación Previa si es con Detenido.

Aquí nos encontramos con una fuente real es un hecho, la cual se encuentra en un mundo fáctico; por lo que debemos encontrar el encuadramiento a la norma penal que se encuentra en el mundo de la normatividad, porque es la que nos va a describir la clase de eventos antisociales, que surge del proceso legislativo como fuente formal. Una vez elaborada la norma jurídico penal y realizado un evento de la case por ella descrita, nos enfrentamos ya a un delito, y es aquí en el caso concreto, donde se va a dar la aplicación de aquellas.

FE (INSPECCION DE CADAVER)

Esta diligencia es una de las principales para la comprobación de los elementos del tipo, la fe de cadáver comprende:

a) La realidad de que el cuerpo inspeccionado es un cadáver. La comprobación de los elementos del tipo que el homicidio requiere, en términos del Código de Federal de Procedimientos Penales son los que en su artículo 171 establece: "Si se tratare de homicidio, además de otras diligencias que sean procedentes, se practicará la inspección del cadáver, describiéndose minuciosamente y se recabará el dictamen de los peritos médicos, quienes practicarán la autopsia y expresarán con minuciosidad el estado que guarde el cadáver y las causas que originaron su muerte. Si hubiere sido sepultado se procederá a exhumarlo. Solamente podrá dejarse de practicar la autopsia cuando tanto el Ministerio Público, o el tribunal en su caso estimen que no es necesaria.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículos 105 señala: "Cuando se trate de homicidio, además de la descripción que hará el que practique las diligencias, la harán también dos peritos, que practicarán la autopsia del cadáver, expresando con minuciosidad el estado que guarda las causas que originaron la muerte. Sólo podrá dejarse de hacer la autopsia cuando el juez lo acuerde, previo dictamen de los peritos médicos".

Entre ambos Códigos se ve una clara diferencia en cuanto a su actualización, mientras que el Código Federal ya establece para esta diligencia, lo que procede en caso de que el cadáver haya sido sepultado, que se debe exhumar y por otra parte considera ya a la autoridad del Ministerio Público para el perdón de la autopsia, el Código para el Distrito aún no lo dispone.

b) Las lesiones que, en su caso presenta el cadáver, y las circunstancias de ejecución del homicidio y su posible concurrencia con otros delitos.

c) En algunos casos, la identidad del delincuente, quien puede dejar sobre el cadáver indicios que lo señalen como autor o partícipe del homicidio.

d) La inspección del cadáver se llevará a cabo, según las circunstancias, en el lugar del hecho o en el anfiteatro, en caso de descubrimiento del cadáver, se hará en el lugar del hecho, pero si la muerte acontece en el trayecto, la inspección se llevará a cabo forzosamente en el anfiteatro. Sin embargo, en una y otra circunstancia es más aconsejable hacer dos inspecciones, una en el lugar de los hechos y otra más minuciosa en el anfiteatro.

Con lo anterior se pretende demostrar que el hecho es relevante para el derecho penal, por causarse un resultado material de muerte, producto de una conducta, unida a una relación causal, todo ello tipificado. Con la inspección, la descripción del cadáver y las manifestaciones que presenta se está buscando certificar a través de la fe pública del Ministerio Público que sobre ese cuerpo se practicó una actividad realizada por peritos médicos.

RELACION DEL CADAVER CON EL LUGAR DEL HECHO.

El lugar de los hechos será el que nos permita lograr, ese punto de unión entre los dos elementos que son el tipo penal y la responsabilidad, ya que en el lugar del suceso queda la prueba de la culpabilidad, y a través del estudio de la escena del crimen podremos llegar a la autoría material. Se observará y señalará la distancia existente entre la cabeza y extremidades del cadáver, los puntos y zonas que circunscriben el lugar, como son: paredes, puertas, caminos, ríos, bardas, etc., y las próximas a él, como muebles, armas, objetos, instrumentos, vehículos, etc.

RAZON.- En fecha ... del mes... del año..., el personal que actúa HACE CONSTAR que siendo las... horas, se recibe y agrega a las presentes actuaciones, el informe de Peritos en materia de Balística de la POSICION VICTIMA VICTIMARIO, suscrito por los CC..... y.....lo que se asienta para constancia legal.

----- C O N S T E .-----

c).- RECONSTRUCCION DE HECHOS.

POSICION DEL CADAVER.-Estos datos que se describen a continuación son los que nos interesan específicamente para esta inspección: Se observará y anotará si el cadáver se encuentra en posición (decubital) es decir, acostado en sus variantes lateral derecho o izquierdo; (sedente) o sea, sentado en el suelo, apoyado en la pared o sobre algún objeto; (ingenupectoral) o arrodillado con la cabeza apoyada sobre el suelo entre las rodillas.

Los puntos más importantes a fijar en el dibujo de un cadáver son la cabeza, hombros, cada uno de los brazos y piernas, las huellas relacionadas con el cadáver se referirán a la línea más próxima y fijada.

Se obtendrán fotografías del lugar desde todos los ángulos posibles, procurando al enfocar que el cadáver quede en todo caso dentro de la perspectiva.

Se fijará por separado, la posición de las extremidades superiores e inferiores del cadáver con referencia al tronco y a la cabeza. Esta fijación nos dará la denominada ACTIVIDAD DEL CADAVER, la cual nos permitirá en muchas ocasiones dilucidar la posición que guardaba respecto de su agresor en el momento de caer.

En ciertos delitos se realiza la RECONSTRUCCION DE HECHOS, pero en condiciones normales no es una prueba que se utilice frecuentemente a nivel de averiguación previa, sin embargo, no existe impedimento legal alguno para que el Ministerio Público pueda ordenar que se practique esta diligencia o en su caso practicarla el mismo. Esta es una diligencia hasta cierto punto similar a la inspección ministerial con la diferencia de que esta reconstrucción se realiza bajo la dirección y responsabilidad del Ministerio Público y tiene por finalidad reproducir la forma, modo y circunstancia en que ocurrió el hecho material de la averiguación, para comparar las declaraciones rendidas, las demás pruebas que se recaben, y los dictámenes formulados.

Debe ser a la hora y en el lugar en que aconteció el hecho, si estas circunstancias tuvieren influencia en el conocimiento de la verdad, si no es el caso, puede hacerse en cualquier sitio y hora, constituido el Ministerio Público en el lugar en que se va a practicar la diligencia, se dará principio a ésta bajo la dirección del citado funcionario, quien previamente deberá haber efectuado inspección ministerial, tomará a peritos y testigos protesta de producirse con verdad, designará a las personas que deban sustituir a los sujetos intervinientes en el hecho que se investiga, dará fe de las circunstancias y pormenores que tengan relación con el hecho, leerá la declaración del indiciado y hará que éste explique prácticamente las circunstancias de lugar, tiempo y forma en que sucedieron los hechos, lo mismo hará con cada uno de los testigos presentes, enseguida los peritos emitirán su opinión en vista de las declaraciones rendidas y de las huellas o indicios existentes, atendiendo a las indicaciones y preguntas que haga el Ministerio Público, el que procurará que los dictámenes versen sobre puntos precisos. Podrán practicarse tantas diligencias de reconstrucción de hechos como sean necesarias a juicio del Ministerio Público.⁴¹

d).- PERITAJE.

⁴¹ Ibidem. p. 16.

PERITACION.- " Es el acto en el que el técnico o especialista en un arte o ciencia (perito), previo examen de una persona, de una conducta o hecho, o cosa, emite un dictamen conteniendo su parecer y los razonamientos técnicos sobre la materia en la que se ha pedido su intervención." , El perito es toda persona a quien se atribuye capacidad técnico-científica, o práctica en una ciencia o arte, y Pericia es la capacidad técnico-científica, o práctica, que acerca de una ciencia o arte posee el sujeto llamado perito.

Del significado de dicho término ya aplicado al campo de lo penal, obtenemos la definición del mismo, como "aquellos medios que el perito da al juzgador y con los cuales éste, está en la posibilidad de obtener e interpretar el dato que busca, además de que en el escenario pueden surgir materiales y objetos que guardan relación con el caso que se investiga, que cumplirán con la finalidad de identificadora y reestructuradora que a su vez sirven de base y auxilian a los órganos encargados de administrar justicia. La fase observadora se lleva a cabo en el llamado "lugar de los hechos" en la que el investigador identifica el objeto de su investigación, el material sensible, para lo cual no solo se vale de sus sentidos sino de otros instrumentos como son la lupa, cronómetro, micrómetros, fotografías etc., en la fase reestructuradora y una vez identificado el material sensible se vuelven a plantear hipótesis ya más robustecidas, en este caso sobre como sucedieron los hechos, y que serán probadas a través del método científico de experimentación.

Dice el maestro Colín Sánchez que es más correcto decir Peritación, porque esta es el procedimiento empleado por el perito para realizar sus fines; y, Peritaje, es la operación del especialista traducida en puntos concretos, en inducciones razonadas y operaciones emitidas, como generalmente se dice, de acuerdo a su "leal saber y entender", en donde se llega a conclusiones concretas, a pesar de que el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, incluye el "dictamen de peritos", a su juicio es más correcto hablar de peritación, ya que este término, referido al procedimiento, es más amplio, implica al perito, y al dictamen o peritaje.⁴²

Para el delito de homicidio calificado en esta averiguación previa se solicitan los siguientes servicios periciales: de Químicos para el estudio del arma como es la prueba de HARRISON, ANTIDOPING, pero existe una relacionada que es la de WALKER y que se hablará de ella también. Así como la de CRIMINALISTICA, FOTOGRAFO Y DACTILOSCOPISTA. MEDICINA FORENSE (que determina la ampliación de examen de necropsia, la congruencia de las lesiones apreciadas en persona o cadáver y el arma o instrumento del delito que más adelante es solicitada en la presente indagatoria).

⁴² Ibidem. pp. 367 y 368.

Pero no debemos olvidar que existen para otro tipo de delitos las especialidades de Medicina General, Retrato hablado, Antropología, Odontología, Foniatria, Incendios y explosiones, Psicología criminal, Psiquiatria criminal, Materia mecánica, Materia de Tránsito terrestre, Contabilidad y Arquitectura entre otras.

LA PRUEBA DE HARRISON.- Tiene la finalidad de identificar el bario y plomo que pudieran haber maculado la mano de quien disparó. Tal identificación es posible en virtud de la coloración que resulta de la reacción química entre la substancia de referencia y los elementos señalados que son parte integrante de los cartuchos.

La Revista del Ministerio Público Especializado dice que entre todos los objetos utilizados en para la comisión de delitos violentos, el arma de fuego ocupa sin duda un lugar significativo, esto obliga a tener respuesta a las siguientes interrogantes ¿Quién disparó el arma de fuego? ¿A que distancia se hizo el disparo?. La criminológica se ha valido de ciertos principios químicos y físicos, para establecer técnicas adecuadas en la localización de substancias que produce la misma deflagración. Al hacer un disparo con arma de fuego ocurre una serie de dispersiones de residuos químicos principalmente en dos direcciones con referencia al arma; existe un cono posterior formado en la parte del gatillo y recámara cuyas substancias que lo componen son bario, plomo y antimonio, provenientes del fulminante y la ojiva del cartucho. Existe otro cono anterior que inicia en la parte final del cañón y se expande hasta en un metro en dirección frontal, los residuos que en éste se encuentran, son principalmente nitritos y nitratos producto de la deflagración misma de la pólvora

Cuando se dispara un arma de fuego, la mano de quien lo hace puede resultar maculada por gases y derivados de nitratos provenientes de la deflagración de pólvora, bario, antimonio y plomo.⁴³

PRUEBA DE WALKER.- Tiene la finalidad de identificar los nitratos de potasio, en derredor de un orificio producido, según se dice por el proyectil disparado por arma de fuego y determinar, en su caso la distancia a que fue hecho el disparo que lo produjo.

PRUEBA ANTIDOPING.- Tiene la finalidad de identificar si en las muestras de orina se identifica la presencia de etanol (alcohol) así como la su concentración.

⁴³ Ibidem, pp. 160 y 161.

PRUEBAS DE FOTOGRAFIA.- Como su nombre lo indica aquí corresponde el análisis y revelado de todas las placas del lugar de los hechos incluyendo indicios auspiciados bajo la fe ministerial.

Todas las pruebas periciales se rigen conforme a los artículos que corresponden a Peritos que en el Código Federal de Procedimientos Penales comprende del artículo 220 al 239 y en el del Distrito Federal del artículo 162 al 188. Enseguida para comprobar los hechos se procede a realizar las siguientes diligencias, como son las periciales.

RAZON.- En fecha... del mes de... del año..., el personal que actúa HACE CONSTAR que siendo las... se solicitó por medio de la vía telefónica la intervención de los CC. Peritos Químicos, a fin de que practiquen Pruebas de HARRISON al presentado.... y al occiso ..., y prueba de ANTIDOPING al primero de los mencionados, correspondiéndoles los números de llamados, respectivamente.-----
- C O N S T E -----

(En este intervalo se intenta hacer saber al presentado sus derechos contenidos en los artículos 134 bis y 269 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal lo cual no es posible porque se encuentra aún en estado de ebriedad, por lo que se asienta una razón. Estos derechos se encuentran contenidos en los artículos 127 bis y 128 del Código Federal de Procedimientos Penales para averiguaciones previas del fuero federal).

RAZON.- En fecha... del mes de... del año..., el personal que actúa HACE CONSTAR que siendo las..., no es posible hacerle saber al presentado ... el contenido de los artículos 134 bis y 269 del Código de Procedimientos Penales en virtud de encontrarse aún en estado de Ebriedad.-----
-----C O N S T E-----

Al inicio de la averiguación se recogen armas, instrumentos y objetos de cualquier clase que pudieran tener relación con el delito cualquiera que sea el lugar en que se hallaren; debiéndose entregar recibo a la persona que se le recojan los objetos o instrumentos y agregar por duplicado al acta. esta diligencia se encuentra regulada por el Código del Distrito en el artículo 98 y para el Federal en el artículo 181.

FE DE ARMA, CARGADOR Y CARTUCHOS.- Siendo..... del día... del mes de... del año..., el personal que actúa, con fundamento en el artículo 98 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal DA FE de tener a la vista en esta oficina una pistola tipo escuadra color negra con cachas negras al parecer de baquelita, calibre 9 milímetros (380) de la marca TANFOGLIO GIUSEPPE., modelo GT, 38C, con número de matrícula.08590 con cargador metálico, y 8 ocho cartuchos útiles calibre 380 y se envían al Laboratorio de Balística para su estudio y análisis correspondiente.-----

-----D A M O S F E -----

La Balística es la ciencia que tiene por objeto el estudio del movimiento de los cuerpos lanzados al espacio, especialmente de los proyectiles disparados por arma de fuego de cualquier clase y calibre (cañón, fusil, pistola)

FORMATO PARA DICTAMEN EN BALISTICA FORENSE RESPECTO DE LAS CARACTERISTICAS DE UN PROYECTIL DISPARADO POR ARMA DE FUEGO Y EL TIPO PROBABLE DEL ARMA CON QUE PUDO SER DISPARADO. (De Arilla Bas.)

C. AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO.....

Los suscritos, Peritos en Balística Forense, designados por usted para efectuar el estudio de un proyectil disparado por arma de fuego, relacionado con las diligencias de averiguación previa número... nos permitimos rendir el siguiente dictamen, fundado en las características propias del proyectil examinado.

- I.- Estado de conservación del proyectil (íntegro, incompleto, fragmentado en...partes.)
- II.- Forma del proyectil (cilindro cónico, cilindro ojival).
- III.- Dimensiones del proyectil (longitud diámetro y peso).
- IV.- Deformaciones: normales (número y dirección de las estrías), deformaciones por choque y otras).
- V.- Elementos constitutivos (núcleo, material).
- VI.- Camisa (completa, incompleta, material, cobrizado, latonado).

VII.- Características especiales (en su caso, características específicas del proyectil examinado, distintas de las anteriores).

VIII.- Conclusiones (calibre, tipos probables de armas con que pudo ser disparado, por las estrías y dirección de los campos, causas probables de la fragmentación, causas probables de las fragmentaciones.)

Lugar, fecha y firma de los peritos.⁴⁴

Estos objetos (casquillos, proyectil, y arma) quedan depositados en el Departamento de Balística.

RAZON.- En fecha... del mes... del año..., el personal que actúa HACE CONSTAR que siendo las... horas, se presentaron en esta oficina los que dijeron llamarsey..... quienes manifestaron ser testigos de los hechos por lo que se procede a tomarles su declaración. -----

-----C O N S T E-----

DECLARACION DE UN TESTIGO DE LOS HECHOS.- Se sigue el mismo procedimiento de la declaración del remitente, arriba indicado. es decir, se inicia con la hora y fecha; tomando la protesta de ley; se le advierte de las penas aplicables a quienes declaran con falsedad; y, por último se le toman sus generales para que a continuación el testigo haga una narración de todos los hechos relacionándolos con la averiguación previa que se está integrando. "Manifiesta que: El día de hoy..., y siendo aproximadamente las 17:00 diecisiete horas, el emitente se dirigía a su domicilio ya citado en sus generales, y que cuando caminaba por la calle de ..., el emitente se percató que sobre la misma calle y a una distancia aproximada de 50 cincuenta metros, caminaba hacia el emitente un sujeto, que solo conocía de vista y del que ahora sabe responde al nombre de ..., y detrás de él como a dos metros de distancia, caminaba su amigo del emitente del cual sabe respondía al nombre de..., cuando9 de pronto el citado..., giró sobre sus pies dándose la vuelta y quedando de frente con ..., viendo el emitente que de la parte trasera de la cintura sacaba una pistola color negra, y apuntándole a ... disparó sobre él hasta en cinco ocasiones, cayendo al piso..., mientras que ..., se guardaba nuevamente la pistola y seguía caminando tranquilamente, y el emitente al ver esto de inmediato se escondió detrás de unos escombros que hay sobre dicha calle, viendo también el emitente que su hermano de nombre..., se acercaba y le gritaba a...(indiciado) que se parara, pero al verse perseguido sacó nuevamente la pistola y le apuntó al hermano del emitente y a

⁴⁴ Ibidem. p. 275 y 277.

otros amigos del dicente que para esos momentos ya se acercaban a ..., el cual les decía algo, no alcanzando a escuchar que les decía, y el emitente poco a poco se fue acercando a ..., y al estar como a unos tres metros de distancia, éste lo descubrió y apuntándole al emitente le dijo "tu eres el siguiente, a mi nadie me hace nada, yo soy la ley", siguiendo caminando por varias cuadras, y siendo seguido de cerca por el emitente, su hermano... y varios amigos del emitente, hasta que finalmente se percataron que el citado ... se metía a una vecindad marcada con el número... de la calle de ... de la misma colonia ..., por lo que supusieron fuera de la vecindad y a prudente distancia, mientras para solicitar el auxilio de la policía, el emitente se retiró del lugar para dirigirse a una caseta de Policía ubicada en las calles de... y con el fin de solicitar la presencia también de una Ambulancia para auxiliar a ..., y una vez que lo hizo se regresó al lugar a donde había quedado tirado éste, el cual ya estaba muerto ya que no tenía signos vitales según versión de los tripulantes de una ambulancia que ya había llegado al lugar, y posteriormente se enteró que habían detenido al homicida al cual se lo habían llevado a la Delegación y que los policías habían dicho que los testigos de los hechos tenían que presentarse a declarar, por tal motivo el emitente y su hermano, optaron por presentarse en esta oficina a narrar lo ocurrido, y que al tener a la vista en esta oficina al que ahora sabe responde al nombre de ... lo reconoce plenamente y sin temor a equivocarse como el mismo sujeto que le disparara hasta en cinco ocasiones a su amigo, causándole la muerte, y así mismo al tener a la vista en esta oficina, una pistola tipo escuadra....., la reconoce como la misma que portaba ..., y con la cual disparó sobre ..., y con la cual también amenazó al emitente y a sus amigos incluyendo a su hermano, con dispararles, por lo cual en este acto DENUNCIA EL DELITO DE HOMICIDIO cometido en agravio de su amigo... y en contra de, por lo que siendo todo lo que tiene que declarar y previa lectura de lo antes expuesto lo ratifica y firma al margen para constancia legal de lo declarado.

Puede ser tomada la declaración de cuantos testigos sea necesario, en este caso hay otras dos declaraciones de testigos de los hechos que concuerdan en su narración.

El testigo es toda persona física que manifiesta ante el órgano de la investigación, lo que le consta en relación a la conducta o hechos que se investigan. Al testigo se le tomará protesta de conducirse con verdad si es mayor de 18 años o se le exhortará si es menor de esa edad.

Existir testigos de los hechos, testigos de identidad par el delito de homicidio y testigos de preexistencia y falta posterior de lo robado para el delito de robo y otros.

La única excepción es la de tomar declaración como ya se indicó el hecho de que se encuentre en estado de ebriedad o bajo el influjo de algún fármaco, en cuyo caso se le puede interrogar, pero no tomar declaración, así como la excepción prevista en el artículo 243 del Código Federal y el artículo 192 del Código para el Distrito Federal que a la letra contienen casi en los mismos términos lo siguiente "No se obligará a declarar al tutor, curador, pupilo o cónyuge del indiciado, ni a sus descendientes, sin límite de grado en la colateral hasta el tercero inclusive ni a aquellos que tengan con el indiciado vínculos de amor, respeto o gratitud; en caso de que estas personas deseen vertir su declaración se les recibirá ésta y se hará constar esta circunstancia en la averiguación".

INFORMACION A CAPEA Y LOCATEL.

RAZON.- En fecha... del mes... y año..., el personal que actúa **HACE CONSTAR** que siendo lashoras, se entablo comunicación vía telefónica con personal de CAPEA y LOCATEL a efecto de informar el nombre del presunto responsable, respondiendo el llamado, el Operador de nombre..., con número de identificación..., en (LOCATEL) y la C....., Orientador de Barandilla (CAPEA).- - - -

C O N S T E-----

Servicio que se da por parte del Estado para la localización de las personas extraviadas, accidentadas o detenidas como lo es en esta diligencia.

e).- INTERVENCION QUE SE DA A LA POLICIA JUDICIAL.

RAZON.- En fecha... del mes... del año..., siendo las... horas, se giró oficio a la Policía Judicial de 1A, 1B, y 1C con la finalidad de que sea informado si el C..... (indiciado) cuenta con orden de Aprehensión, Reaprehensión o Arresto.- - - - -

C O N S T E-----

RAZON.- En fecha... del mes... del año..., siendo las... horas, se recibe y agrega las presentes actuaciones informe de Policía Judicial de 1A, 1B, 1C. Documento suscrito por el C...., Policía Judicial.- - - - -

1.- Copia simple de la orden de aprehensión, del Juzgado, de la Secretaría " ", partida.../....por el delito de LESIONES librada por el C. Juez Lic.....- - - - -
- - - - - 2.- Copia simple de la orden de aprehensión del Juzgado..., de la

Secretaría " ", partida..., oficio número..., por el delito de HOMICIDIO, librada por el C. Juez Lic..... C O N S T E

RAZON.- En fecha... del mes... del año..., el personal que actúa HACE CONSTAR que siendo las... horas, se gira oficio a la Policía Judicial a fin de que se recabe el Dictamen de Peritos en materia de Química (Prueba de Harrison) practicada al C....., al tenor de la minuta que se agrega a las presentes actuaciones. ----- C O N S T E

RAZON.- En fecha... del mes... del año..., el personal que actúa HACE CONSTAR que siendo las... horas, se gira oficio sin número a la policía judicial a fin de que se recabe el dictamen de Peritos en materia de Química Especialidad (WALKER), practicada a una camisola de color... relacionada con la presente indagatoria, al tenor de la minuta que se agrega a las presentes actuaciones ----- C O N S T E

RAZON.- En fecha..., del mes de ... del año..., el personal que actúa HACE CONSTAR que siendo las... horas, se gira oficio sin número a la policía judicial a fin de que realicen investigación exhaustiva de los presentes hechos, así como corroborar su modo de vida, domicilio y recabar hoja de antecedentes penales, del presentado de nombre, al tenor de la minuta que se agrega a las presentes actuaciones. ----- C O N S T E

CAMBIO DE TURNO.

Por ello el turno que sale debe asentar un acuerdo para informar al turno entrante de la situación en que prevalece esta averiguación previa y que es el siguiente:

ACUERDO.- En..., siendo las... del día... del mes... del año VISTO LO ACTUADO EL SUSCRITO AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO. ----- A C O R D O

COMO SE DESPRENDE DE LAS PRESENTES ACTUACIONES, EL PRESENTADO....., ES PERSEGUIDO MATERIALMENTE SIN SER PERDIDO DE

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

VISTA HASTA LOGRAR SU DETENCION, DESPUES DE COMETER EL ILICITO DE HOMICIDIO CALIFICADO, Y PORTACION DE ARMAS DE FUEGO, ILICITOS PREVISTOS Y SANCIONADOS POR LOS ARTICULOS 302, 315 PARRAFO SEGUNDO, 316 FRACCION IV Y 160 (HIPOTESIS DE AL QUE PORTE...) ENCONTRÁNDONOS EN LA HIPOTESIS DE DELITO FLAGRANTE DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO POR EL ARTICULO 267 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL., Y A MAYOR ABUNDAMIENTO, EL PRESENTE ILICITO SE ENCUENTRA CALIFICADO COMO GRAVE POR LA LEY, Y AL MOMENTO DE SER DETENIDO EL PRESENTADO, NO EXISTIA, POR LA HORA, AUTORIDAD QUE SE SIRVIERA OBSEQUIAR LA ORDEN DE DETENCION CORRESPONDIENTE, LO ANTERIOR DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO POR EL ARTICULO 268 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, POR LO ANTERIORMENTE EXPUESTO Y FUNDADO ES PROCEDENTE DECRETAR EN CONTRA DEL HOY INCLUPADO DE NOMBRE....., LA FORMAL RETENCION, HASTA QUE SEA RESUELTA DEFINITIVAMENTE SU SITUACION JURIDICA DENTRO DE LA PRESENTE INDAGATORIA, SIN PERJUICIO DE DAR CUMPLIMIENTO A LAS ORDENES DE APREHENSION QUE TIENE GIRADAS EN SU CONTRA POR LAS AUTORIDADES JUDICIALES A QUE SE HA HECHO REFERENCIA CON ANTELACION.-----C U M P L A S E -----

firma del Ministerio Público y de su Secretario.

Una vez que el turno que inicia su turno tiene pleno conocimiento de las averiguaciones practicadas y las que faltan por practicar procede a hacer su acuerdo con fundamento en el artículo 282 del Código para el Distrito Federal y que para el fuero federal es el artículo 132.

ACUERDO.- Siendo las ...horas, del día... del mes... del año... y con fundamento en el artículo 282 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, VISTO LO ACTUADO, EL SUSCRITO AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO.-----

-----A C O R D O-----

PRIMERO.- Ténganse por iniciadas las presentes actuaciones, registrense en el Libro de Gobierno que se lleva en esta oficina bajo el número que les corresponda como RELACIONADA. que son.

SEGUNDO.- Originales de las presentes actuaciones, déjense en carácter de Continuas al Titular del H..... turno, para su prosecucion y perfeccionamiento, en virtud de faltar diligencias por practicar. Tales como hacerle saber al retenido el contenido de los artículos 132 bis y 269 del Código de Procedimientos Penales

vigente en el Distrito Federal, nombrarle defensor, tomarle su respectiva declaración, recabar el protocolo de necropsia, y las demás que conforme a derecho proceda, quedando a su disposición en el Area de Seguridad de esta oficina en calidad de retenido el C., asimismo, en el interior de esta oficina queda la pistola, cargador, cartuchos y credencial fedatada en actuaciones, por lo que respecta al cuerpo de quien en vida llevara el nombre deconforme a lo ACORDADO POR EL PERSONAL DE LA ...AGENCIA DEL MINISTERIO PUBLICO.-.....SE CIERRA Y AUTORIZA LO ACTUADO.-.....-D A M O S F E.....
Firma el Agente del M.P. y su Oficial Secretario.

RAZON.- En fecha.... del mes... de, el personal que actúa HACE CONSTAR que siendo las....horas, se gira oficio sin número a el Director General del Servicio México Forense a fin de que se recaben el Protocolo de (Necropsia) que se le practicó al que en vida llevará el nombre de...., al tenor de la minuta que se agrega a las presentes actuaciones.-.....
C O N S T E

Las siguientes diligencias que a continuación se agregan son en general los resultados de los dictámenes que faltan por recabar; hacerles saber sus derechos al indiciado y tomarle su declaración.

RAZON.- En fecha....del mes de del año...., el personal que actúa HACE CONSTAR que siendo las....horas, se le hace saber el contenido del artículo 269 del Código de Procedimientos Penales en vigor para el Distrito Federal, en el sentido de que tiene derecho de hacer una llamada telefónica a la persona que el estime conveniente, a efecto de enterarlo de su estancia en esta Agencia Investigadora del Ministerio Público manifestando que se comunicaría al número... con...., lo que firma al margen para constancia legal.

RAZON.- En fecha... del mes... del año...., el personal que actúa HACE CONSTAR que siendo las....horas se le hace saber al presentado de nombre....., el beneficio que le concede el artículo 134 bis del Código de Procedimientos Penales vigente en el Distrito Federal, en el sentido de que tiene el derecho de poder nombrar abogado defensor, o persona de confianza que lo asista en las diligencias en que va a intervenir o en su defecto nombrarle al defensor de oficio adscrito a esta oficina a lo que manifiesta que es su deseo declarar hasta que se encuentre presente su.... lo que firma al margen para constancia legal.-.....
-C O N S T E

Se reciben los dictámenes de los Peritos en materia Química solicitados por el turno anterior, agregando sus resultados a las presentes actuaciones.

RAZON.- En fecha... del mes... del año..., el personal que actúa HACE CONSTAR que siendo las..., se reciben y agregan a las presentes actuaciones 41 cuarenta y una fotografías a colores, realizadas por el perito en materia de FOTOGRAFÍA el C....., relacionadas con la presente indagatoria, lo que se asienta para constancia legal.- -----C O N S T E -----

RAZON.- En fecha ... del mes... del año... , el personal que actúa HACE CONSTAR que siendo las....horas, se recibe y agrega a las presentes actuaciones el Dictamen de peritos en materia de CRIMINALISTICA. suscrito por el C....., lo que se asienta para constancia legal.- -----C O N S T E.- -----

RAZON.- En fecha... del mes... del año..., el personal que actúa HACE CONSTAR que siendo las....horas, se gira oficio sin número a la Policía Judicial a fin de que presente en la oficina de servicios periciales, en la Especialidad de BALÍSTICA, la pistola calibre 380, tipo escuadra, de la marca TANFOGLIO GUISEPPE, de origen Italiana, para el debido estudio y análisis, respectivo con el fin de verificar si ésta arma percutió dichos casquillos, al tenor de la minuta que se agrega a las presentes actuaciones.- -----C O N S T E.- -----

RAZON.- En fecha..... del mes... del año....., el personal que actúa HACE CONSTAR que siendo las ...horas, se recibe llamada del Departamento de Identificación de esta Institución informándonos que la HOJA DE ANTECEDENTES YA SE ENCONTRABA DETERMINADA, lo que se asienta para constancia legal.- -----C O N S T E -----

FE DE DICTAMEN DE PRUEBA DE HARRISON.- Siendo las... horas, del día... del mes... del año....., el personal que actúa DA FE de haber tenido a la vista en el INTERIOR DE ESTA OFICINA, EL DICTAMEN DE LA DIRECCION GENERAL DE SERVICIOS PERICIALES, de la sección de QUIMICA suscrito por los PERITOS EN MATERIA DE QUIMICA EN LA ESPECIALIDAD DE HARRISON, Q.F.B.....y.....en el cual se realizó un estudio químico correspondiente, que permite establecer si en las manos de el C.... (Occiso) se encuentran presentes los elementos plomo y/o bario, integrantes de los cartuchos, y de dicho análisis se

llegó a los siguientes resultados. MANO DERECHA EN LOS 2/5 EXTREMOS DE LAS REGIONES PALMAR Y DORSAL) NEGATIVO; por lo que se llega a la siguiente conclusión: NO SE IDENTIFICARON LOS ELEMENTOS INVESTIGADOS EN LAS ZONAS MAS FRECUENTES DE MACULACION POR DISPARO DE ARMA DE FUEGO. lo que se asienta para constancia legal, misma de la que se DA FE y se agrega a las presentes actuaciones.-----

-----D A M O S F E -----

FE DE DICTAMEN DE QUIMICA (ANTIDOPING).- Siendo las... horas, del día ... del mes... del año..., el personal que actúa DA FE de haber tenido a la vista en el interior de esta oficina, el DICTAMEN DE PERITOS EN MATERIA DE QUIMICA ESPECIALIDAD ANTIDOPING, suscrito por los CC. Q.F.B.... y... a efecto de determinar si en las muestras de orina del C...., se identifica la presencia de alcohol (ETANOL), EN UNA CONCENTRACION DE 150MG%, del que se determina que en relación al estudio de la muestra de orina del C....., se obtuvieron las siguientes conclusiones: PRIMERA, SE IDENTIFICO LA PRESENCIA DE ALCOHOL (ETANOL), EN UNA CONCENTRACION DE 150mg% (CIENTO CINCUENTA MILIGRAMOS POR CIENTO), SEGUNDA, SE IDENTIFICO LA PRESENCIA DE MATABOLITOS DE CANNABIS, en la muestra de orina del C...., mismo del que se DA FE y se agrega a las presentes actuaciones.-----

-----D A M O S F E -----

FE DE DICTAMEN PRUEBA DE (HARRISON).- Siendo las..., del día..., del mes... del año..., el personal que actúa DA FE de haber tenido a la vista en el interior de esta oficina el dictamen de la Dirección General de Servicios Periciales, de la Sección de Química, para realizar estudio químico correspondiente que permita establecer si en las manos de el C....(indicado) se encuentran presentes los elementos de plomo y/o bario, elementos integrantes de los cartuchos utilizando las técnicas de reacción de rodisonato Sodio, obteniendo como resultados: MANO DERECHA (EN LOS 2/5 EXTREMOS DE LAS REGIONES PALMAR Y DORSAL) POSITIVO, MANO IZQUIERDA (EN LOS 2/5 EXTREMOS DE LAS REGIONES PALMAR Y DORSAL) NEGATIVO.- OBTENIENDO COMO CONCLUSION LO SIGUIENTE: Si se identificaron los elementos investigados en las zonas mas frecuentes de maculación por disparo de arma de fuego. Dictamen suscrito por el C. QFB y....mismo del que se DA FE y se agrega a las presentes actuaciones.-----

-----D A M O S F E -----

FE DE DICTAMEN DE PRUEBA (WALKER).- Siendo las..., del día... del mes de... del año..., el personal que actúa DA FE de haber tenido a la vista en el INTERIOR DE ESTA OFICINA, EL DICTAMEN DE PERITOS EN MATERIA DE QUIMICA EN LA ESPECIALIDAD DE WALKER, suscrita por los Peritos Q.F.B..... y....donde se

aparecen las siguientes conclusiones: DE LA COSTURA LATERAL Y A 23.5 CENTIMENTROS NEGATIVO., mismo del que se DA FE y se agrega a las presentes actuaciones.----- D A M O S F E -----

RAZON.- En fecha... del mes de... del año..., el personal que actúa HACE CONSTAR que siendo las.... horas, se recibe en esta oficina el dictamen de necropsia procedente de la mesa de control practicada por los Médicos Forenses, Doctor....y, practicada al que en vida llevara el nombre de, lo que se asienta para constancia legal.

DICTAMEN DE NECROPSIA.

Los suscritos Peritos Médicos Forenses, por disposición del C. Agente del Ministerio Público en la ... Delegación, nos presentamos en el anfiteatro del Servicio Médico Forense, para practicar la necropsia en el cadáver de ... relacionado con el Acta... del.... Turno.

El resultado fue el siguiente: El cadáver corresponde a un sujeto del sexo masculino, como de... años de edad, que medía... centímetros de longitud,... centímetros de perímetro torácico y... de perímetro abdominal Semirrígido, conjuntivas pálidas, uñas cianosadas y livideces posteriores. (A continuación el Médico Forense hace una descripción de las medidas de las excoriaciones, los orificios de entrada y en su caso salida, así como los trayectos que siguió el proyectil de arma de fuego; iniciando por la parte exterior y abiertas las cavidades se continua en el siguiente orden, por la cavidad craneana, cuello, torácica y abdominal) Para terminar señala sus conclusiones: que son falleció de las alteraciones viscerales y tisulares mencionadas, causadas en los órganos interesadas por las heridas por proyectil de arma de fuego penetrante en abdomen ya descrita, heridas que clasificamos de mortal. Las excoriaciones descritas al exterior, fueron de las lesiones que no ponen en peligro la vida y curan en menos de quince días.

MEDIDAS COMPLEMENTARIAS DE LA INSPECCION DEL CADAVER.

Después de practicada la inspección del cadáver, de acuerdo con las normas anteriormente expuestas, el Agente que la haya practicado, adoptará las siguientes medidas complementarias:

a) Obtendrá la ficha dactilar del cadáver de acuerdo con la técnica especial apropiada para estos casos;

b) Tomará pelos de la cabeza, del bigote, de las axilas y del pubis, y los remitirá al laboratorio;

c) Utilizando una limpia oídos, tomará muestras de cerumen que remitirá al laboratorio;

d) Limpiará las uñas del cadáver y remitirá al laboratorio los residuos que extraiga;

e) Remitirá al laboratorio muestras de polvo, lodo y briznas recogidas de las ropas y del calzado; y,

f) Remitirá finalmente recortes de las manchas que puedan presentar las ropas.

El agente, para la obtención y remisión de pelos, cerumen, residuos y muestras obrará de acuerdo con la opinión del Técnico en Criminalística.

IDENTIFICACION DE CADAVERES.

La identificación d cadáver es de capital importancia: Porque sirve para determinar la personalidad del sujeto para fines de estado civil. Como la personalidad jurídica del individuo surge con el nacimiento y se extingue con la muerte, es necesario, en todo caso, señalar quién sea el sujeto cuyo cadáver se ha descubierto. De ahí que, en todo caso, aunque las primeras diligencias acrediten que la muerte no tiene un origen delictuoso se deba identificar el cadáver. Así como para esclarecer ciertas cuestiones relativas a los antecedentes y móviles del delito. Solamente conociendo quién es la víctima del homicidio podemos llegar a determinar quien sea el autor.

Los cadáveres serán siempre identificados por cualquier medio legal de prueba; si el cadáver no es identificado por cualquiera de los medios de prueba, se tomarán fotografías del mismo agregándose un ejemplar a la averiguación previa, y poniendo otros en los lugares públicos.

Los medios legales de prueba de uso más frecuente son el testimonio y la pericia, pero en la mayoría de los casos los cadáveres son identificados mediante testigos.⁴⁵

DECLARA UN TESTIGO DE IDENTIDAD.- Siendo las... horas, del día... del mes de... del año..., presente en esta oficina la que en su estado normal dice llamarse..., haciéndole saber el contenido del artículo 280 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, procediendo a tomarle protesta en los siguientes términos; ¿Protesta usted bajo palabra de honor y en nombre de la ley declarar con verdad en las diligencias en que va a intervenir? contestando que si, por sus generales manifiesta llamarse como queda escrito, ser de años de edad, sexo femenino, estado civil casada, religión..., instrucción ..., dedicada a..., originaria de..., nacionalidad..., con domicilio actual en calle ...número ... colonia... código postal..., teléfono... y en relación a los hechos que se investigan

DECLARO----- Que se identifica en este acto con credencial de elector número, documento que contiene una fotografía en cuyos rasgos fisonómicos concuerdan con los de la declarante, devolviéndose a la interesada por no haber inconveniente alguno para ello, manifiesta que: el día de hoy...de ...del año en curso siendo aproximadamente las... horas, tuvo a la vista en el anfiteatro de este delegación el cadáver de una persona del sexo masculino al que reconoce plenamente sin temor a equivocarse como el perteneciente al de su esposo, de nombre... con quien contrajo matrimonio en... el día... del mes... del año..., que el día de ayer fue herido por un individuo, pero a ella no le constan los hechos y solo sabe que fue agredido por un sujeto del que ahora sabe responde al nombre de ..., pero que no tiene idea porque hayan agredido a su esposo. Que es todo lo que tiene que declara y previa lectura de lo antes expuesto lo ratifica y firma al margen para constancia legal.-----

Se da inicio a las diligencias de nombramiento de Abogado Defensor del Indicado, protesta de su cargo, dictamen médico anterior de su declaración, declaración y dictamen médico posterior a su declaración; los exámenes médicos practicados antes y después de su declaración son con la finalidad de que no se pueda decir durante el proceso que fue obligado a declarar en el sentido que lo hizo o que fue torturado o maltratado.

RAZÓN.- En fecha... del mes... del año..., el personal que actúa HACE CONSTAR que siendo las... horas, se le hace saber nuevamente al presentado de nombre, el contenido del artículo 134 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en el sentido de que tiene el derecho de poder nombrar ABOGADO DEFENSOR o PERSONA DE SU CONFIANZA que lo asista en las

⁴⁵ Ibidem, pp 270 y 271.

diligencias en que va a intervenir o en su defecto se le nombrará ABOGADO DEFENSOR DE ESTA OFICINA, a lo que manifiesta que se le nombre ABOGADO DEFENSOR de oficio adscrito a esta oficina toda vez que no se ha presentado su....., lo que firma al margen para constancia legal.-----

---C O N S T E-----

NOMBRAMIENTO, ACEPTACION Y PROTESTA DE CARGO DE DEFENSOR:
Siendo las..., del día... del mes... de..., presente en el interior de esta oficina el que en su estado normal dice llamarse..., quien protestado que fue en los términos de Ley para que se conduzca con verdad en las diligencias en que va a intervenir y no advertido de las penas en que incurren los que declaran con falsedad por ser Perito en la materia, por sus generales manifestó llamarse como ha dicho y quedado escrito, ser de ... años de edad, sexo..., estado civil..., religión..., con instrucción PROFESIONAL, dedicado a ABOGADO DEFENSOR DE OFICIO, originario de ..., nacionalidad..., con domicilio en ..., código postal..., colonia..., teléfono.....-----

---D E C L A R A-----

-----Que se identifica en este acto con..., folio..., expedida a su favor por..., y enterado del nombramiento que le fue conferido por ..., (indiciado), quien se encuentra en estas oficinas por el ilícito de HOMICIDIO (CALIFICADO), lo acepta comprometiéndose a su fiel desempeño durante el tiempo que su defensor se encuentre ante estas autoridades, firmando su dicho al margen para efecto de su NOMBRAMIENTO, ACEPTACION Y PROTESTA del cargo conferido.-----

El artículo 20 Constitucional en su fracción IX.- "En todo proceso de orden penal, tendrá el inculcado las siguientes garantías...IX. - Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del procesado y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera". Esta fracción esta relacionada con la fracción II del mismo artículo Constitucional que establece que todo indiciado debe contar con la presencia de un abogado defensor durante su declaración ante el Ministerio Público; esta fracción será comentada más adelante por contener otro tipo de garantía con que cuenta el indiciado.

Su Abogado, persona de su confianza o el defensor de oficio debe asistir al indiciado sobre todo en cuestiones de legalidad, para que siempre le sean respetadas sus garantías consagradas en nuestra máxima ley; pero nunca podrán intervenir durante la declaración del indiciado influyendo para que se conduzca en

tal o cual sentido, evitando comunicarse con el indiciado para modificar en alguna forma los hechos, porque sólo a el indiciado le constan los éstos hechos tal y como sucedieron.

De tal manera que, para el nombramiento, aceptación y protesta del cargo del Defensor de Oficio, nótese que el Defensor debe se un generalmente un Licenciado en Derecho de preferencia, pero existe una diferencia, cuando la declaración la rinde el indiciado en presencia de una persona de su confianza ésta no necesariamente debe contar con una profesión y mucho menos de Licenciado en Derecho; otra cuestión es que al defensor no se le advierte de las penas aplicables a los que incurrir en falsedad por ser un Perito en la materia; y, por último el compromiso que adquiere para la defensa durante todo momento en que el indiciado se encuentre en las oficinas de la Agencia del Ministerio Público, es decir hasta su consignación, pues la facultad de asistirse de asesor se tiene desde el momento en que el gobernado es privado de su libertad.

(ANTES)

FE DE INTEGRIDAD FISICA Y CERTIFICADO MEDICO DEL PRESENTADO ANTES DE DECLARA.- Siendo las...horas, del día... del mes... del año... el personal que actúa DA FE de tener a la vista en esta oficina a quien dice llamarse(presunto), mismo a quien se apreció ser del sexo.....años de edad, con edad clínica igual a la que refiere, ALIENTO NORMA, Y A LA EXPLORACION FISICA SE LE APRECIO CONCIENTE, CONGRUENTE, BIEN ORIENTADO, ALIENTO NORMA, NO EBRIJO, SIN HUELLAS DE LESIONES EXTERNAS, en conclusión se encontró: NO EBRIJO, SIN HUELLAS DE LESIONES EXTERNAS, datos que se corroboran con el certificado médico expedido por el C. Médico Legisla adscrito a esta Delegación, Doctor....., documento del que se DA FE y se agrega a las presentes actuaciones.

-----D A M O S F E -----

DECLARACION DEL INDICIADO: Siendo las.... del día... del mes... del año, presente en esta Agencia Investigadora, a quien se le hace saber el contenido de los artículos 134 bis y 269 del Código de Procedimientos Penales, y siendo exhortado para que se conduzca con la verdad, manifestó llamarse como quedó escrito, ser de ...años de edad, sexo....., originario de....., con domicilio actual en la calle de.... número...., código postal...., colonia...., número de teléfono, estado civil...., con instrucción.... y de ocupación....., manifestando que designa como defensor a, mismo que se identifica con número..... expedida a su favor por....; estando presente acepta y protesta su fiel desempeño y señala como domicilio para todos los efectos legales , el ubicado, en la calle de...., colonia.... código postal..... Indicando el indiciado que ENTERADO DE LA IMPUTACIÓN QUE OBRA EN SU CONTRA AL EFECTO MANIFIESTA QUE ESTA ES

COMPLETAMENTE CIERTA, Y QUE LOS HECHOS SUCEDIERON DE LA SIGUIENTE MANERA: QUE ES EL CASO QUE EL DÍA DE AYER (fecha), EL DE LA VOZ SE ENCONTRÓ A UN VECINO DE NOMBRE....., EL CUAL VIVE EN LA MISMA VECINDAD QUE EL DE LA VOZ (en el domicilio de sus generales), Y AL ENCONTRARLO EMPEZARON A TOMAR CERVEZA DE LAS LLAMADAS "CAHUAMAS", Y QUE ESTUVO CON EL CITADO... TOMANDO HASTA APROXIMADAMENTE 17:30 HORAS EN QUE EL DE LA VOZ SE DIRIGIÓ A LA TIENDA UBICADA EN LA CALLE DE NÚMERO..., Y QUE AL LLEGAR A LA CITADA TIENDA SE ENCONTRÓ APROXIMADAMENTE A 10 DIEZ METROS DE ESTA A 5 CINCO O 6 SEIS SUJETOS DE LOS CUALES EL DE LA VOZ MANIFIESTA QUE NO LOS CONOCE, Y QUE ANTES DE LLEGAR A LA TIENDA CITADA PARARON AL DE LA VOZ PIDIENDOLE DINERO, PARA LAS CAHUAMAS, Y ASIMISMO INSULTANDO AL DE LA VOZ, A LO QUE ESTE LES MANIFESTÓ QUE NO LES IBA A DAR NADA, POR LO QUE EL DE LA VOZ SIGUIÓ CAMINANDO HACIA LA TIENDA, Y AL SALIR DE ESTA A PASAR FRENTE A ELLOS, ESTOS LE IMPIDIERON EL PASO Y EL DE LA VOZ SE REGRESO A LA TIENDA Y LE DIJO A LA SEÑORA QUE ESOS CHAVOS NO LO DEJABAN PASAR, YA QUE ESTOS QUERIAN QUE EL DE LA VOZ LES DIERA DINERO Y EL NO LES IBA A DAR NADA, A LO QUE LA SEÑORA DE LA TIENDA SALIÓ Y LES MANIFESTÓ A LOS SUJETOS QUE LO DEJARAN PASA YA QUE ESTE NO LES IBA A DAR NADA, Y EL DE LA VOZ EMPEZÓ A CAMINAR PERO AL IR CAMINANDO POR LA ESCALERA QUE HACE ESQUINA CON.... DE LA CITADA COLONIA, EL DE LA VOZ SE DETUVO YA QUE ESTOS SUJETOS LE DECÍAN QUE ERA MUY CHINGON, Y AL DETENERSE EL DE LA VOZ DIO LA VUELTA Y AL VER QUE EL QUE AHORA SABE RESPONDÍA AL NOMBRE DE, NO SE DETENÍA Y SEGUÍA CAMINANDO HACIA EL DE LA VOZ. ESTE PENSO QUE LO IBAN A GOLPEAR, POR LO QUE EL DE LA VOZ SACO DE LA PARTE DE ATRAS DE SU CINTURA UNA PISTOLA Y REALIZO DOS DISPAROS AL PISO HACIA LOS PIES DE ESTE SUJETO, PERO NO A DARLE SINO PARA ESPANTARLO, Y AL VER QUE ESTE SUJETO NO SE DETUVO EL DE LA VOZ LE DISPARO A EL CUERPO APROXIMADAMENTE 4 CUATRO VECES, VIENDO QUE LE PEGABA LOS DISPAROS EN EL PECHO, Y AL VER QUE CAYO SU ACOMPAÑANTE SE QUEDO PARADO Y NO HIZO NADA, Y EL DE LA VOZ SE ECHO A CORRER A LA CALLE.... Y AL VER QUE ESTABA ABIERTA LA PUERTA DE UNA VECINDAD DONDE VIVE UN AMIGO DEL DE LA VOZ Y EL CUAL NO SE ENCONTRABA, AL ESTAR EN ESTA CASA FUE CUANDO LO DETUVIERON UNOS POLICIAS PREVENTIVOS, Y AL REVISARLO LE ENCONTRARON LA PISTOLA EN LA CINTURA A LA ALTURA DE LA ESPALDA, LA CUAL AL TENERLA A LA VISTA EN EL INTERIOR DE ESTA OFICINA LA RECONOCE PLENAMENTE Y SIN TEMOR A EQUIVOCARSE COMO LA MISMA CON LA QUE LE DIO LOS 4 IMPACTOS APROXIMADAMENTE AL HOY OCCISO DE NOMBRE..., Y LA CUAL ES DE SU PROPIEDAD Y QUE EL MOTIVO POR EL QUE LA PORTABA ES PORQUE SU AMIGO DE NOMBRE... LE MANIFESTO QUE EN UNA DE LAS VECES QUE FUE POR LAS CERVEZAS UNOS SUJETOS LE HABIAN QUITADO EL DINERO, POR

LO QUE SACO DE SU DOMICILIO LA PISTOLA DE LA MARCA TANFOGLIO GIUSEPPE, CALIBRE 380, AUTO, TIPO ESCUADRA, Y AL TERMINARSE LAS CERVEZAS QUE TENIAN EL DE LA VOZ SE FUE A LA TIENDA YA ARMADO. MANIFIESTA AL TENER A LA VISTA UNA CREDENCIAL CON EL NUMERO DE FOLIO..., EXPEDIDA POR EL GOBIERNO DEL ESTADO DE MEXICO, SECRETARIA DE GOBIERNO DIRECCION GENERAL DE SEGURIDAD PUBLICA Y TRANSITO, CUERPO DE VIGILANCIA AUXILIAR Y URBANO, LA CUAL ACREDITA A(indiciado)

COMO VIGILANTE, LA RECONOCE COMO DE SU PROPIEDAD, LA CUAL LE EXPIDIERON AL INGRESAS A ESTA CORPORACION, Y QUE NO LA HA RENOVADO POR FALTA DE TIEMPO, PERO QUE SE ENCUENTRA ADSCRITO AL SECTOR 18, DE LA CITADA POLICIA AUXILIAR. AL PREGUNTARLE EN RELACION A LA ORDEN DE APREHENSION QUE TIENE POR EL DELITO DE HOMICIDIO, EL DE LA VOZ MANIFIESTA QUE ESTA ES CIERTA YA QUE HACE APROXIMADAMENTE 2 AÑOS, EL DE LA VOZ LE DIO 4 O 5 DISPAROS AL QUE RESPONDIÓ AL NOMBRE DE..., PORQUE ESTE SUJETO LE DEBIA LA CANTIDAD DE \$ 12,000,000.00 (DOCE MILLONES), Y COMO NO SE LOS PAGO EL DE LA VOZ LE DIO DE TIROS. ASIMISMO POR CUANTO HACE A LA ORDEN DE APREHENSION POR EL DELITO DE LESIONES ESTAS SE LAS OCASIONO A UN SUJETO QUE AGREDIO AL DE LA VOZ Y A SU COMPAÑERO DE TRABAJO. SIENDO TODO LO QUE TIENE QUE DECLARAR Y A PREGUNTAS DIRECTAS QUE SE LE HICIERON MANIFESTÓ, QUE ES LA PRIMERA VEZ QUE ESTA SUJETO A INVESTIGACION, QUE FUMA CIGARRO DE TABACO COMERCIAL, QUE INGIERE BEBIDAS EMBRIAGANTES OCACIONALMENTE, QUE NO ES AFECTO A NINGUNA DROGA O ENERVANTE, QUE TRABAJA COMO POLICIA AUXILIAR DEL ESTADO DE MEXICO ADSCRITO AL SECTOR 18, BAJO LAS ORDENES DEL COMANDANTE, Y QUE OBTIENE UN INGRESO QUINCENAL APROXIMADO DE NS 690.00 (SEISCIENTOS NOVENTA NUEVOS PESOS), QUE VIVE EN EL DOMICILIO CITADO EN SUS GENERALES SOLO, DESDE HACE APROXIMADAMENTE 2 AÑOS, POR LO PREVIA LECTURA QUE HIZO DE SU DICHO EN COMPAÑIA DE SU ABOGADO DEFENSOR EL CUAL CERTIFICA QUE LA PRESENTE LA DIO SIN NINGUN TIPO DE PRESION NI FISICA NI MORAL, Previa lectura ratifican su declaración y firman al margen para constancia los intervinientes.- - -

DAMOS FE-----

(DESPUES).

FE DE INTEGRIDAD FISICA Y CERTIFICADO MEDICO DEL PRESENTADO.---

Siendo las...horas, del día... del mes... del año..., el personal que actúa DA FE de tener a la vista en esta Oficina a quien dice llamarse, mismo a quien se apreció ser del sexo masculino, de una edad cronológica de 28 años, con aliento normal, y a quien a la exploración física, se le aprecio, consiente, bien orientado, aliento normal, no ebrio, sin huellas de lesiones externas., en conclusión se encontró: NO

EBRIO, SIN HUELLAS DE LESIONES EXTERNAS, datos que se corroboran con el certificado médico expedido por el C. Médico Legista adscrito a esta Delegación, Doctor....., documento del que se DA FE y se agrega a las presentes actuaciones.-

---DAMOS FE-----

A los indiciados se les exhortará para que se conduzcan con verdad, pero no se les protestará porque se refiere a hechos propios; durante el interrogatorio previo y en su declaración se abstendrá el investigador de dar un maltrato al probable responsable tanto físico como verbal, observando estrictamente lo dispuesto por el artículo 20 Constitucional en su fracción II.- " En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías...II.- No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio". Esta reciente reforma es específica en la confesión rendida ante el Ministerio Público, la cual debe efectuarse en presencia del defensor de oficio que haya aceptado su nombramiento y que asistirá al indiciado, porque en caso contrario la confesión carecerá de todo valor probatorio.

Se observa que la garantía individual protege la integridad física del indiciado en términos generales, constituyendo además una limitación que brinda certeza jurídica.

RAZON.- En fecha... del mes... del año..., el personal que actúa HACE CONSTAR que siendo las...horas, se recibe y agrega a las presentes actuaciones el informe de Policía Judicial de INVESTIGACION EXHAUSTIVA, MODO DE VIDA, corroborando el domicilio suscrito por... lo que se asienta para constancia legal.-

----- C O N S T E -----

RAZON.- En fecha ... del mes... del año..., el personal que actúa hace constar que siendo las... horas, se recibe y agrega a las presentes actuaciones, el informe de Peritos en materia de Balística de la POSICION VICTIMA VICTIMARIO, suscrito por los CC.... y... lo que se asienta para constancia legal.-

----- C O N S T E -----

Hasta aquí se confirma que nos encontramos ante la presencia de un delito perseguible por flagrancia, en esta averiguación previa tanto las declaraciones de los remitentes, de los testigos de los hechos y del mismo indiciado, así como de

las pruebas periciales permiten al Ministerio Público estar en la posibilidad de consignar ante los tribunales, ya que se integran los elementos del tipo penal y la presunta responsabilidad. Además de que el mismo indiciado acepta de cierto el delito que se le imputa.

RAZON.- En fecha... del mes de... del año..., el personal que actúa HACE CONSTAR que siendo las... horas, se PROCEDE A EJERCITAR ACCIÓN PENAL EN CONTRA DEL C....., POR EL DELITO DE HOMICIDIO, TODA VEZ QUE FUE ASEGURADO EN FLAGRANTE DELITO, Y CON BASE EN SU DECLARACIÓN EN SENTIDO CONFESIONAL, lo que se asienta para constancia legal.-----
-----C O N S T E.-----
----- C U M P L A S E -----
----- SE CIERRA Y AUTORIZA LO ACTUADO.-----
----- D A M O S
F E -----

En nuestra opinión hasta aquí se cumple con la integración de una Averiguación Previa, toda vez que se han practicado todas las diligencias necesarias para integrar los Elementos del Tipo Penal y la Probable Responsabilidad, y el Ministerio Público ha realizado su acuerdo de consulta del ejercicio de la acción penal, como lo es en el ejemplo desarrollado, aunque recordemos que puede ser un acuerdo de no ejercicio de la acción penal, o reserva según sea el caso.

El Ministerio Público auxiliado por su (s) Secretarios integra cuadernillos por separado para distribuirlos remitiendo el que contiene los originales de las diligencias a la Dirección de Consignaciones, otro para el Jefe de Departamento correspondiente, así como para la integración de un expediente que debe conservar el mismo para su agencia o mesa donde se llevó a cabo esa averiguación previa. Cuando se encuentra el detenido y éste debe ser inmediatamente remitido al reclusorio haberse encontrado suficientes elementos para su consignación como es el caso de flagrancia y que no se cuenta con el tiempo suficiente para llevar a consulta a la Dirección de Consignaciones el Ministerio Público realiza su Pliego de Consignación y lo consulta con sus superiores y con la dirección antes mencionada.

CAPITULO III. RESOLUCIONES O DETERMINACIONES DEL MINISTERIO PUBLICO.

La actividad investigadora realizada por el Ministerio Público durante la averiguación previa, puede culminar con diversas determinaciones como son: El ejercicio de la acción penal, la resolución de no ejercicio de la acción penal o consulta de archivo y resolución de reserva. Una vez practicadas las diligencias lo puede resolver según las siguientes situaciones:

a) Que estime que no se ha comprobado la existencia de un delito, o la responsabilidad de un sujeto. Pero quedan diligencias por practicar que puede ser por la situación de hecho o por una dificultad material para practicarlas, cuando se topa con una situación de hecho debe desahogar las diligencias pendientes, cuando las diligencias no se han practicado por alguna razón material que impide la práctica de las mismas por el momento se dicta resolución de "Reserva".

Cuando el probable responsable no esté identificado, o no se haya perfeccionado el requisito de procedibilidad, o resulte imposible desahogar alguna prueba y las ya existentes no sean bastantes para justificar el ejercicio de la acción penal o el No Ejercicio, deberá: comunicar al denunciante o querellante mediante oficio, el proyecto de resolución de reserva, solicitándole que aporte la mayor información que pueda proporcionar, pero si no lo hiciera o si habiéndola presentado no es suficiente para continuar el trámite, porque subsista alguno de los supuestos antes señalados, girará orden de investigación a la Policía Judicial y dictará el acuerdo de reserva, fundado y motivado, enviando el expediente respectivo a consulta para que a través de los servidores públicos resuelvan lo que proceda.

b) Que estime comprobada la existencia de un delito sancionado con pena corporal y la responsabilidad de un sujeto, que no se encuentre detenido. Esto obliga al Ministerio Público a solicitar de la autoridad judicial la orden de aprehensión, que es el acto material de apoderarse de una persona privándola de su libertad y la detención estado de privación de libertad que sufre una persona por mandato de un Juez.

c) Que estime comprobadas la existencia de un delito que no merece pena corporal y la responsabilidad de un sujeto, en cuyo caso el Ministerio Público debe Ejercer la Acción penal sin solicitar orden de aprehensión, solicitando se libre orden de comparecencia en contra del inculpado para que rinda su declaración preparatoria.

d) Que estime se hallan comprobadas la existencia de un delito sancionado con pena corporal y la responsabilidad de un sujeto que se encuentre detenido. Que es la situación que guarda un a persona que se presume responsable como son los casos en que se puede detener a una persona sin orden de aprehensión , como los casos de flagrante delito y los casos urgentes, en cuyo caso deberá Ejercer Acción Penal en contra de la persona que tiene detenida, recordemos que para estos casos no se hace necesaria la orden de aprehensión.

e) Que esté agotada la averiguación previa, el Ministerio Público decretará el (Archivo), es decir el no ejercicio de la acción penal.

1.- ACCION PENAL.

Las diversas Teorías elaboradas por los autores son en relación a la naturaleza jurídica de la acción, en ellas algunos la consideran como derecho subjetivo otros como derecho concreto a tutela jurídica, otros como derecho abstracto y otros como derecho potestativo; una corriente de juristas contemporáneos sostienen la autonomía del derecho de acción, entre estos últimos se encuentran los penalistas, quienes además vinculan a la acción proyectada a dos sentidos, como derecho sustantivo y como derecho potestativo.

Por otra parte existe la disyuntiva de si la acción penal es diferente de la civil. En materia civil se trata de un derecho, que pertenece al particular por el hecho de ser éste quien a su arbitrio la ejercita y el obligado es el Estado-juez., consistiendo ese deber en prestar jurisdicción; la norma en sí, protege como bien jurídico a la seguridad, la paz y el orden social que son los valores a los cuales tutela el derecho. Los sujetos que intervienen en la relación son: el sujeto activo titular del derecho y, el sujeto pasivo obligado a prestar jurisdicción El Juez.

Situación distinta en el proceso penal donde la acción es un poder o potestad del Ministerio Público; sin que ello signifique que el individuo hubiere abandonado o cedido su derecho subjetivo en favor del Ministerio Público y sólo por conveniencia social se ha establecido un acusador estatal para accionar a nombre y representación del gobernado y la colectividad; tan es así que el individuo puede exigir que su representante cumpla con su deber de acusar. Por

esta razón, en la presente tesis "e busca la respuesta a la creación de recursos o medios para impugnar la ilegalidad de las negativas del representante social para accionar, cuando el titular del derecho, a su criterio, considere que existen los elementos suficientes para ejercer acción, Asimismo se busca determinar la procedencia o improcedencia de esos medios o recursos de impugnación."

La acción viene a ser el fundamento principal del proceso y en esto están de acuerdo la mayoría de los juristas, entre ellos Carnelutti que lo sintetiza a un derecho subjetivo procesal de las partes, además de incluir dos excepciones que son: el proceso no puede iniciarse sin ninguna acusación, de tal manera que un juez por propia iniciativa, por su propio poder no puede iniciar un proceso como garantía constitucional que establece que nadie podrá ser privado de su libertad si su conducta no es calificada por la ley como delito, la cual sólo se permite cuando el inculpaado es sorprendido en fragancia y por lo tanto no se espera a tener un mandamiento escrito por un juez que pueda ordenar la detención y con el cumplimiento de las formalidades previstas por la ley. La acción es un hecho de la realidad procesal, sea en cualquiera de los procesos que se instauraen, siendo además desde el punto de vista legal un proceso de demanda y al efecto Calamandrei nos dice: "la acción se presenta, pues en todo caso, como la petición que una persona hace al órgano judicial para una decisión destinada a obrar en la esfera jurídica de otra persona".⁴⁶

Lo que de antemano aceptamos es que en la práctica se dan distintas maneras de accionar, como sucede en lo penal, que solo son las formas del intento, pero no en la naturaleza o esencia de la acción, que en todo caso siempre es un derecho en cuya naturaleza interviene un derecho subjetivo y potestativo, combinado hasta cierto grado con un derecho concreto a tutela jurídica y hasta un derecho abstracto, siendo este último no muy acorde con la acción penal, por ello sintetizamos las teorías sin incluir autores, ya que el único fin es ver los cuatro aspectos comprendidos por estos autores en la naturaleza jurídica de la acción y sin distinguo de si es penal o es civil.

La Acción como derecho Concreto a tutela jurídica, la cual debe entenderse como una demanda, el poder jurídico de provocar la actuación jurisdiccional de la ley en atención a una determinada razón que se hace valer, lo cual es criticable porque no existe una tutela del Estado a cada determinado derecho y también porque no se puede prever el momento inicial de la demanda ni el resultado final de la sentencia.

La Acción como derecho Abstracto, como derecho de acudir a los tribunales que le corresponde a cada individuo, independientemente del hecho de su pretensión

⁴⁶ MALDONADO V. OSMAN. - "Ejercicio de la Acción Penal". - Anuario del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. - No. 3. 1969. - Caracas Venezuela. - pp.60 y 61.

sea con fundamento o no; por lo que no corresponde a quien pretende tener razón o a quien presente una demanda bien fundada, sino a cualquiera que se dirija al juez para obtener un pronunciamiento de su propia pretensión, sea con fundamento o no; la cual es criticable en nuestro concepto porque en derecho penal, sólo encontramos a la acción cuando si existe un fundamento.

La Acción como derecho Subjetivo como aspecto dinámico del derecho objetivo cuyo reconocimiento preservación y satisfacción se solicita por la vía del proceso, el derecho de acción, heterónimo es el mismo derecho subjetivo.

La Acción como derecho Potestativo, en él la acción no es un derecho a una prestación, sino a un derecho verdaderamente potestativo, un poder jurídico que produce efectos jurídicos. Los derechos que terminan en puro poder jurídico no son otra cosa que derechos potestativos, y que desde luego se contraponen tanto a los derechos reales como a los derechos personales. La acción como derecho potestativo viene a ser el poder jurídico de poner la condición para la actuación de la voluntad de la Ley. La acción es un poder que le corresponde al ciudadano, en relación al cual se produce el efecto jurídico de la actuación de la ley.⁴⁷

Aquí cabe hacer una referencia que hace Eduardo J. Couture, quien hace una distinción entre la pretensión y la acción, diciendo que la pretensión es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y, por tanto, la aspiración concreta de que ésta se haga efectiva. En tanto que la acción es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la solución de un conflicto de intereses, en donde se comprende claramente que comulga con la teoría del derecho subjetivo.⁴⁸

De tal manera que la acción es un derecho destinado a la aplicación de las normas del derecho a casos particulares, ya sea con el fin de esclarecer una situación jurídica dudosa, ya con el propósito de que los órganos jurisdiccionales declaren la existencia de determinada obligación y, en caso necesario, ordenen que se haga efectiva. Sin confundirla con la pretensión o derecho sustancial, material que es la afirmación del sujeto de merecer la tutela jurídica y por lo tanto de que esta se haga efectiva. Ese deber jurídico o pretensiones de los bienes jurídicamente tutelados por el orden legal dan origen, a su vez, a cierto tipo de normas reconocidas como de derecho sustantivo.

⁴⁷ Ob. Cit. MALDONADO V. OSMAN. pp. 65 a 67

⁴⁸ DIAZ DE LEÓN MARCO ANTONIO.- "Teoría de la Acción Penal".- Edit. Porrúa, S.A.- México 1949.- p. 88.

En su naturaleza jurídica encontramos que es un derecho fundamental, público y subjetivo. Público que según la naturaleza de su relación es la que se establece entre un particular y el Estado (cuando hay subordinación del primero con el segundo), o si los sujetos de la misma son dos órganos del poder público o dos Estados soberanos (cuando hay coordinación entre ambos). Subjetivo porque es la autorización concedida por el precepto al pretensor de un derecho para hacer u omitir lícitamente algo, entonces el derecho subjetivo es una manifestación del objetivo o instrumental porque este, en forma general es un conjunto de normas impero atributivos, lo cual quiere decir que además de imponer deberes concede facultades.

Díaz de León explica lo anterior al referirse a los aspectos del derecho subjetivo que contiene la norma estatutaria de la acción. "Afirmamos que ésta tiene naturaleza de derecho subjetivo, y que en tal virtud, proviene de una norma jurídica. Por lo consiguiente, a la acción no se debe confundir con la norma que la estatuye, es decir, que existe diferencia entre el continente y una parte del contenido, así como entre el derecho objetivo y el subjetivo. En su aspecto objetivo el derecho es una norma o conjunto de normas; así concebido, la que concierne a la acción guarda preceptos imperativo-atributivos, esto es, reglas que además de imponer deberes, conceden facultades; frente al obligado (juez) por esta norma, encontramos siempre a otra persona facultada para exigirle el cumplimiento de lo prescrito (prestar jurisdicción mediante el proceso). La facultad de exigir consignada por el precepto al accionante, es el derecho en su aspecto subjetivo. De esta manera, la norma en su conjunto puede ser considerada como el derecho objetivo; el subjetivo proviene de una parte de aquélla, una relación perfecta; el subjetivo, ya en lo dinámico, es una función del objetivo; éste, como se dijo, está conformado por la norma que autoriza y obliga; aquél, la facultad normada de exigir. Dada la positividad de la acción, como derecho subjetivo no se concibe fuera del objetivo, pues siendo la posibilidad de que se cumpla con la jurisdicción, supone lógicamente la existencia de una norma que otorga a la conducta del actor el sello de la licitud".⁴⁹

En términos generales, el derecho subjetivo se interpreta con la frase: Tener derecho a...; la acción, en sí es un derecho subjetivo porque su titular tiene la capacidad normativa de determinar en el sujeto obligado (Tribunal), el otorgamiento de una conducta consistente en resolver, mediante proceso, sobre una concreta pretensión sometida a su decisión.

La autonomía que aseveran los penalistas en torno a la Acción Penal, la encuentran fundamentada en la existencia de hechos que la ley prevé como delitos, cuyo ejercicio interesa a toda la sociedad. para diferenciarla de la

⁴⁹ Ob. cit. DIAZ DE LEON MARCO ANTONIO. p. 107 y 108.

pretensión punitiva sostienen que su naturaleza es la de "un poder", "un deber", o bien, de "un poder-deber" que corresponde al Ministerio Público como facultado para ejercitarla. El poder significa tener la facultad de hacer libremente alguna cosa, que no es otra que la expresión subjetiva del mandato, y que por tanto significará posibilidad de mandar con dominio de la voluntad ajena; continuando ese derecho como libertad o dominio de la voluntad propia.

En la autonomía de la acción existe la relación entre el titular del derecho de acción y su representante se resumen de la siguiente manera: El sujeto activo titular del derecho continua siendo el individuo o gobernado; El sujeto pasivo obligado a ejercitar la acción penal será el Ministerio público quien tiene el deber jurídico de acción, llamado ejercicio de la acción penal, en representación del titular y de la sociedad (que es en lo que cambia de la acción civil que como ya se indicó lo único que cambia es el medio y forma de accionar); y existe otro sujeto pasivo que es el Juez, quien tiene un deber jurídico de prestar jurisdicción, en cumplimiento y atención al derecho de acción cuando se ejercite, desarrollando el proceso.

Maldonado concretiza a la autonomía de la acción penal con dos grupos de teorías o concepciones sobre esa actividad procesal, por una parte las que consideran la acción penal como derecho subjetivo o derecho accionable hacia el juez (teorías de Derecho Subjetivo), colocando como punto de relación de la acción penal el Ministerio Público y el juez, por tal razón viene a ser considerado dentro del derecho subjetivo por haber dicho que "la acción es la actividad procesal del Ministerio Público dirigida a obtener del juez una decisión, un mérito a la pretensión punitiva del Estado, como consecuencia de un delito; lo cual es cierto porque se trata sólo de una situación en la cual viene a encontrarse el sujeto titular de un interés común para la actuación del orden jurídico y no que esté interesado en el contenido de la actividad punitiva del estado que constituye la potestad jurisdiccional. Otras teorías consideran a la acción dirigida a una persona diferente del juez, el imputado (teorías del Derecho Potestativo) que considera a la acción penal en sentido específico o típico, precisando que cuando la ley procesal se refiere a la acción penal, se referiré a esta modalidad de actuación necesaria, definiéndola como "El derecho estatal de hacer que un órgano estatal (el ministerio público) dirija a otro órgano estatal (el juez), la petición de un pronunciamiento judicial para la actuación del derecho (subjetivo estatal) de punir."⁵⁰

A) CONCEPTO DE ACCION PENAL.

⁵⁰ Ob. cit. pp. 75 a 80.

"La acción penal es la función persecutoria desarrollada por el Ministerio Público, consistente en investigar los delitos buscando y reuniendo los elementos necesarios y haciendo las gestiones pertinentes para procurar que a los autores de ellos se les apliquen las consecuencias establecidas en la Ley".⁵¹(Penas y medidas de seguridad).

Continúa diciendo el Licenciado Franco Villa que dentro de la sanción pecuniaria queda, según nuestra ley positiva, la reparación del daño, la cual tiene el carácter de pena pública cuando es exigible al inculpado.

El concepto anteriormente expuesto, es acertado, sólo falta por nuestra parte agregar los siguientes aspectos:

Que la acción penal es el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal, aunque paralelamente la acción consista en la actividad investigadora y persecutoria que se despliega para tal fin y, que tenga tal carácter en todo el proceso, desde que inicia y lo hace avanzar hasta su objetivo final que es la sentencia. La acción penal es una actividad, que no lleva más fin que el llegar a establecer si el derecho punitivo nació para el Estado en un caso concreto que se plantea.

Siendo así, que de un delito nace la pretensión punitiva, o sea, el derecho del Estado para castigar al que ha violado una norma penal, la acción penal es la expresión subjetiva de la norma penal, en consecuencia el derecho adjetivo es la aplicación de la sanción cuando se ha verificando en el proceso la violación del precepto y esta pertenece al derecho penal sustancial o material.

Después de haber hecho esa distinción, llegamos a la siguiente conclusión: la pretensión punitiva pertenece en forma exclusiva al Estado; en cambio la acción penal tiene como titular al Ministerio Público, pero no ingresando a su patrimonio sino como un poder-deber, es decir, como facultad y como obligación.

B) PRINCIPIOS QUE RIGEN A LA ACCION PENAL.

Estos principios están íntimamente ligados con los principios que rigen al Ministerio Público, caracteres generatrices que debe observar al momento de practicar las diligencias para la integración de la averiguación previa, y cuando

⁵¹ Ob. cit. p. 79.

determina sobre el ejercicio de la acción penal ya que no queda a su voluntad o criterio.

Esencialmente los principios que rigen la acción tienen su importancia porque la ciencia del derecho está regida por leyes que se constituyen por los principios, nociones y conceptos fundamentales sobre los que está construida, en un orden sistemático y jerarquizado.

a) PUBLICIDAD.

Es pública, puesto que se dirige a hacer valer el derecho público del Estado a la aplicación de la pena, a quien ha cometido un delito. Establecida así la acción penal como pública y perteneciéndole al Estado el derecho al castigo de los delincuentes, al Ministerio Público, sólo se le ha delegado el ejercicio de la acción penal, que en modo alguno le pertenece, incumbiéndole solamente el activarla, teniendo así el poder-deber de ejercitar la acción penal que, en su carácter de pública defiende intereses sociales, al mismo tiempo que lo hace con los privados y ninguna facultad dispositiva puede ser establecida en favor del Ministerio Público que no tiene derechos patrimoniales sobre la misma.

Se considera que este principio, se encuentra afectado por la institución de la querrela que es un derecho dado al sujeto pasivo de impedir la persecución penal, lo cual constituye una autolimitación del Estado para la actuación de su derecho a la pena, condicionado al consentimiento del ofendido, aunque por su naturaleza del delito perseguible por querrela podemos advertir que no perjudica a la sociedad sino al interés privado.

Hay autores que llegan a la conclusión de que estos delitos deben ser excluidos del Código Penal, opinión que no compartimos porque son "delitos" y como tal deben ser sancionados por la norma penal y no la civil, por lo tanto deben quedar como tal en el código antes señalado.

No observando como obstáculo el perdón del ofendido para la promoción del ejercicio de la acción penal, sino como una mera condición de procedibilidad para ejercitar la acción penal, ya que mientras la querrela no se haya interpuesto por el ofendido el Ministerio Público no perseguirá en forma alguna al autor del delito, así como una vez interpuesta la promoción de la acción no resulta forzosa, pues el Ministerio Público tendrá que examinar previamente si se han reunido los requisitos legales para que tal ejercicio se lleve a cabo. Pues la querrela nunca va a decidir si un hecho es delito o no.

b). OFICIALIDAD U OFICIOSIDAD.

Este principio consiste en que el ejercicio de la acción penal debe darse siempre a un órgano especial del Estado llamado Ministerio Público, distinto del jurisdiccional, y no a cualquier ciudadano ni a la parte ofendida.

En otros países existen diferentes instancias para ejercitar la acción penal, pero en México, el principio de la oficialidad es aplicado ampliamente, ya que los particulares en forma alguna intervienen en el ejercicio de la acción penal.

c) LEGALIDAD.

Este principio afirma la obligación que tiene el Ministerio Público de ejercer la acción penal cuando se han llenado los extremos del derecho material y procesal, ya que el proceso no es la consecuencia de un acto discrecional de la autoridad administrativa.

A este principio se contraponen el principio de oportunidad o discrecionales, según el cual el Ministerio Público ejercita la acción penal después de una valoración discrecional de la utilidad o conveniencia de tal ejercicio, y cuando le parezca inoportuno el agitar la acción puede abstenerse. Pero por supuesto, el principio de legalidad en el ejercicio de la acción presupone forzosamente que existe un acusador público permanente, pues en el caso de que haya acusadores privados la conveniencia personal de ellos dictará el ejercicio o no de la acción.

En tanto que el principio de legalidad se contraponen al principio de oportunidad o discrecionalidad, también el principio de legalidad presupone el principio de oficialidad de la acción penal. Sin embargo, el principio de oportunidad reconoce que si se han llenado los requisitos legales necesarios para proceder al ejercicio de la acción penal, pero que por un acto discrecional de conveniencia tal acción no debe ser puesta en movimiento, lo cual significa ignorar el verdadero papel del Ministerio Público, que como hemos visto tiene un poder-deber de ejercitar la acción penal, puesto que ejercita un derecho ajeno, dirigido a tutelar un interés social. Si la sociedad o el Estado tienen interés por consideraciones especiales, en que una pena no sea aplicada, o en que un delincuente no sea perseguido,

tiene ya instituciones adecuadas de qué valerse, como son la condena condicional, la amnistía, el indulto por gracia, la prescripción, el perdón del ofendido.

Pero el principio de legalidad sigue siendo el que garantiza la legalidad estrictísima de la justicia punitiva, preocupándose además por lograr el dominio en un tiempo que se preocupa principalmente de la Constitución y de las garantías del mismo, pues el Ministerio Público deberá ejercitar la acción penal una vez que se hayan reunido los requisitos del artículo 16 Constitucional y que se haya comprobado la existencia de elementos del tipo.

d) IRREVOCABILIDAD O IRRETRACTIBILIDAD.

Consiste en que una vez que el Ministerio Público ha ejercitado la acción ante el órgano jurisdiccional, no puede desistirse de dicha acción, puesto que tiene la obligación dicho órgano estatal de continuarla hasta que haya una decisión jurisdiccional que ponga fin al proceso. Sus antecedentes son a su vez el principio de la obligatoriedad del proceso penal, y el principio de la inmutabilidad del objeto del proceso.

El principio de la obligatoriedad del proceso penal consiste en que la relación jurídica penal no puede hacerse efectiva sino a través de un proceso penal, que constituye un derecho y una obligación del Estado. El particular no puede someterse voluntariamente a la pena, sin que haya habido previamente un proceso en que se constate su responsabilidad. En la relación de derecho penal, dado su carácter eminentemente público, no puede hacerse efectiva más que por medio del proceso y, por tanto, del procedimiento por cuya razón la voluntad de las partes, la ejecución voluntaria de la pena, no hallaría aquí manera de actuar. Quedando basado por lo tanto la obligatoriedad del proceso penal, tanto para el juez como para el acusador y el acusado, que trae como consecuencia el siguiente principio.

El principio de inmutabilidad del objeto del proceso, consistente en que constituida la relación procesal, su desenvolvimiento se sustrae a la voluntad dispositiva de las partes las cuales no pueden detener el proceso, ni buscar su solución fuera de la decisión jurisdiccional.

El carácter público del procedimiento penal por su parte, no permite transacciones o componendas de las partes antes o después de ejercitada la acción, así el

Ministerio Público convencido de su inocencia renuncie al proceso, no produce efectos sobre el proceso mismo, ya que el juez va a decidir respecto de la responsabilidad del procesado, ejercitando su propia y exclusiva función jurisdiccional.

Por ello, el Ministerio Público no puede desistirse de la acción porque no le pertenece, como si se tratara de un derecho patrimonial de carácter privado. Sólo en los delitos perseguibles por querrela de parte es permitido que el perdón del ofendido ponga fin al proceso, y aún en ese caso debe existir una decisión jurisdiccional que proclame la determinación del juicio, notándose que aun tratándose de este tipo de delitos no es el Ministerio Público el que pone fin a la acción penal sino el ofendido.

e) LA VERDAD REAL., MATERIAL O HISTORICA.

La aplicación de este principio a la acción penal, y al Ministerio Público que es quien la ejercita, esta dirigida a la búsqueda de la verdad material o real, y no a establecer formalismos que comprometan al indiciado, creando así un concepto erróneo de la realidad de los hechos. El Ministerio Público no es un acusador forzoso que deba siempre perseguir al probable responsable, a pesar de su inocencia, porque si de sus investigaciones cuidadosas concluye que se trata en el caso concreto de un inocente, debe coadyuvar con la defensa en el establecimiento de su inculpatibilidad.

f) INEVITABILIDAD.

Consiste en que no se puede aplicar ninguna pena sino a través del ejercicio de la acción penal que provoque una decisión jurisdiccional. La acción es necesaria para obtener tanto una declaración negativa como para obtenerla afirmativa. Así como el principio de la obligatoriedad y el de legalidad, el principio de inevitabilidad, presuponen que no se puede llegar a la pena sin la acción.

g) PROHIBICIÓN. DE LA "REFORMATIO IN PEIUS".

Así como el juez de segunda instancia tiene la prohibición de reformar la sentencia del juez de primera instancia, en perjuicio del acusado, también es una limitación a las actividades del Ministerio Público, pues no puede pedir el

acusador público (al apelar), la agravación de la pena en primera instancia, cuando esa impugnación pueda establecer la situación de indefensión.⁵²

2.- EJERCICIO DE LA ACCION PENAL

El ejercicio de la acción penal es el conjunto de actividades que realiza el Ministerio Público ante el órgano jurisdiccional, con la finalidad de que éste, pueda dictar el una sentencia en un acto que la propia autoridad administrativa estima como delictuoso. La acción penal tiene su inicio mediante el acto de la consignación, es decir, se inicia en el momento en que el Ministerio Público ocurre ante el órgano jurisdiccional y provoca esa acción correspondiente.

De la función investigadora que es una búsqueda de pruebas que acreditan la existencia de los delitos y la probable responsabilidad, una vez que se ha cumplido con los requisitos de iniciación o procedibilidad para dar comienzo a la misma investigación por parte del Ministerio Público quien además, se rige por una serie de principios que fueron anteriormente descritos destacando de entre ellos el de legalidad al cual debe someterse y que no permite dejar al arbitrio de dicha institución la forma de llevar a cabo la misma investigación, se continúa con la segunda actividad que incluye la función persecutoria que consiste en el llamado ejercicio de la acción penal.

Por lo que el Ministerio Público una vez que agota la averiguación previa y, en consecuencia ha practicado todas aquellas diligencias que sean necesarias, la averiguación puede derivar hacia dos situaciones diferentes:

Si se reúnen los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad.

a) Que se encuentre detenido el responsable, el Ministerio Público deberá consignarle dentro del término de las 24 horas siguientes a la detención, toda vez que el vocablo aprehensión que contiene dicho precepto, debe tomarse no en sentido rigurosamente procesal (acto jurisdiccional de privación de libertad), sino genéricamente.

b) Que no se encuentre el detenido, el Ministerio Público consignará solicitando orden de aprehensión. En los casos en que el detenido por el cual se consigna tenga únicamente una sanción no corporal o una alternativa que incluya alguna no corporal, el Ministerio Público se limitará en la consignación a solicitar que el juez cite al inculpado para que comparezca ante él.

⁵² CASTRO JUVENTINO V. - "El Ministerio Público en México, Funciones y Disfunciones. - Edit. séptima. - Edit. Porrúa, S.A. - México 1990.- pp- 65 a 120.

A) BASES LEGALES DE EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.

Estas bases las encontramos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus artículos 16, 19 y 21; en el Código Federal de Procedimientos Penales en sus artículos 2 y 168, 136; en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 2 y 122 así como en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República en su artículo 2 fracción V, 4 fracción III; Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, artículo 2 fracción Y 3 inciso B fracciones I y II. El Código Penal que entre otros artículos aplicables al caso concreto, se comentarán los relativos a las excluyentes de responsabilidad y las de extinción de la acción penal, contemplados en los artículos 91, 92, 93 y demás relativos a la prescripción que comprenden del artículo 100 y siguientes.

La norma jurídico penal además de describir un evento antisocial, tiene como características la generalidad y la abstracción; la primera se dirige a los sujetos que pertenecen a la case descrita en la norma penal y la segunda porque describe toda conducta que puede realizarse por esa clase, pero además de ello describen las consecuencias que le resultarán al sujeto que realice el supuesto dado en el tipo legal.

Básicamente, los fundamentos del orden constitucional son los artículos 16 y 19 en los que se prevé el cumplimiento de la integración de los elementos del tipo y la probable responsabilidad del inculcado, así como otras obligaciones que tiene el Ministerio Público para que pueda ejercitar la acción penal, como son los requisitos de procedibilidad; el artículo 21 es la base de la atribución del Ministerio Público para ejercitar la acción penal.

Para que se pueda ejercitar la acción penal el Ministerio Público previamente debe cumplir con los requisitos establecidos en la Constitución en el artículo 16 el cual además de contener los requisitos de procedibilidad, se refiere a los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad.

Artículo 16 constitucional en su segundo párrafo dice: "No podrá librarse orden de aprehensión sino por autoridad judicial y sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del inculcado".

Igualmente el artículo 19 en su primer párrafo señala como requisitos estos elementos: "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con el auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido".

En ambos preceptos, es exigible el cumplimiento de los elementos del tipo penal, los cuales entendemos como el conjunto de componentes que constituyen la conducta considerada por la norma penal como delictiva y que en ausencia de cualquiera de ellos no se integra el ilícito penal.

El artículo 21 Constitucional así como los artículos de las Leyes Orgánicas prevén exclusividad de la titularidad del Ministerio Público del ejercicio de la acción penal auxiliado por la Policía Judicial la cual estará bajo la autoridad y mando de aquél.

La base normativa de naturaleza procedimental son el artículo 2° del Código Federal de Procedimientos Penales que a la letra dice: "Compete al Ministerio Público Federal llevar a cabo la averiguación previa y ejercer, en su caso, la actuación penal ante los tribunales.

En la averiguación previa corresponderá al Ministerio Público:

I. Recibir las denuncias, acusaciones o querrelas que le presenten en forma oral o por escrito sobre hechos que puedan constituir delito;

II. Practicar y ordenar la realización de todos los actos conducentes a la comprobación de los elementos del tipo y la demostración de la probable responsabilidad del inculcado, así como a la reparación del daño.

III. Solicitar a la autoridad jurisdiccional las medidas precautorias de arraigo, aseguramiento o embargo que resulten indispensables para la averiguación previa, así como las órdenes de cateo que procedan;

IV. Acordar la detención y retención de los indiciados cuando así proceda;

V. Dictar todas las medidas y providencias necesarias para proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas;

VI. Asegurar o restituir al ofendido en sus derechos en los términos del artículo 38;

VII. Determinar la reserva o el ejercicio de la acción penal;

VIII. Acordar y notificar al ofendido o víctima el no ejercicio de la acción penal y, en su caso, resolver sobre la inconformidad que aquellos formulen;

IX. Conceder o revocar, cuando proceda, la libertad provisional del inculcado;

X. En caso procedente promover la conciliación de las partes; y

XI. Las demás que señalen las leyes.

En el fuero federal el Código hace referencia más detalladamente a todas las atribuciones que tiene el Ministerio Público en las dos etapas de la Averiguación Previa que en la primera de ellas es la fase persecutoria y la segunda la de ejercicio de la acción penal ante los tribunales, en la fracción VIII contempla la ratificación que éste debe hacer al ofendido o víctima en caso de que acuerde no ejercitarla, para que éste de acuerdo a sus intereses proceda conforme crea conveniente, dejando en manos de aquél la posibilidad de inconformarse, sin embargo esto sólo tiene razón de ser cuando existan verdaderos elementos para que cambie la situación jurídica del inculpaado.

Por su parte el artículo 2º del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, lo encontramos en forma más incompleta, como se puede observar a continuación: "Al Ministerio Público corresponde el ejercicio de la acción penal, la cual tiene por objeto:

- I. Pedir la aplicación de las sanciones establecidas en las leyes penales;
- II. Pedir la libertad de los procesados, en la forma y términos que previene la ley;
- III. Pedir la reparación del daño en los términos especificados en el Código Penal.

Luego entonces, aunque en los dos artículos de referencia contienen la exclusividad del ejercicio de la acción penal para el Ministerio Público, Además el primero de ellos en su fracción II. incluye la reparación del daño, y el segundo de ellos también la incluye en la fracción III. resolución que será comentada por separado más adelante.

El Código Federal Procedimientos Penales en su artículo 168; así como el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 122, establecen claramente la exigencia de estos elementos como base del ejercicio de la acción penal en contra de los inculpaados. Coincidiendo en su redacción que idénticamente es la siguiente: "El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad de inculpaado como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

- I.- La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;
- II.- La forma de intervención de los sujetos activos; y,
- III.- La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribubilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad. Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley.

Con relación a los elementos del tipo y la probable responsabilidad, al haber sido comentada ampliamente en el primer capítulo al tratar el rubro de la averiguación previa como etapa del procedimiento, ahora al comentar el ejercicio de la acción penal creemos que es suficiente con el señalamiento de los preceptos constitucionales y de los Códigos respectivos que son su fundamento. Asimismo es importante hacer la observación de que en este momento ya se comienza a vislumbrar la uniformidad en los conceptos que contienen los preceptos del ámbito federal como del común.

Para poder encuadrar dentro del tipo previsto por la ley la conducta efectuada por el posible sujeto activo, debe seguirse una adecuación típica la cual se va a realizar comparando la conducta delictiva realizada con la descripción legal.

La función de la interdisciplina o dualidad de reglas para la integración y comprobación de los elementos del tipo penal deberá ser con absoluto cuidado, al integrarlas de acuerdo con las normas aplicables al caso concreto. Consideramos que los elementos del tipo son el conjunto de componentes que constituyen la conducta considerada por la norma penal como delictiva y que en ausencia de cualquiera de ellos no se integra el ilícito penal. Por probable responsabilidad entendemos la posibilidad razonable de que una persona determinada haya cometido un delito y existirá cuando del cuadro procedimental se deriven elementos fundados (con los elementos del tipo penal) para considerar que un individuo es probable sujeto activo, pero la existencia sólo como indicios de la responsabilidad de alguna forma de autoría; intelectual, de preparación o ejecución, pues la prueba plena con certeza se adquiere en la sentencia emitida por el órgano jurisdiccional.

Lo anterior lo expresa así Barrita López: "desde el acuerdo inicial, el Agente del Ministerio Público ya debe ir razonando (esto es, comienza el proceso de motivación, mismo que le corresponde precisar en el pliego de consignación, pedimento en el que expresa su ejercicio de la "acción penal"), a qué precepto penal (figura delictiva, supuesto normativo, tipo penal) es probable se encuadre el evento (hechos acontecido; de tal manera, que los actos de molestia que cause a cualquier persona, durante las actividades que realice ya en pleno procedimiento penal, iniciado por el conocimiento de hechos que pueden constituir delito, sean fundados y motivados, para que las diligencias que va a practicar, obedezcan a un fin de que no sean meras actividades ciegas, sin rumbo o sentido, sino que busque con ellas, lo que expresa el artículo 2, fracción II del Código Federal de Procedimientos Penales "Compete al Ministerio Público Federal llevar a cabo la averiguación previa y ejercer, en su caso la acción penal ante los tribunales...II.- Practicar y ordenar la realización de todos los actos conducentes a la comprobación de los elementos del tipo penal y a la demostración de la probable responsabilidad del inculgado, así como a la reparación del daño del año". El artículo 2 del Procedimiento Penal para el Distrito Federal en su fracción III.- "El Ministerio Público corresponde el ejercicio exclusivo de la acción penal, la cual tiene por objeto...III. Pedir la reparación del daño en los términos específicos en el Código Penal".³²

Todo ese conjunto de actividades que el Ministerio Público realiza tienen su fundamento en el artículo 136 del Código Federal de Procedimientos Penales que dice: "En el ejercicio de la acción penal, corresponde al Ministerio Público:

- I. Promover la incoación del proceso judicial;
- II. Solicitar las órdenes de comparecencia para preparatoria y las de aprehensión, que sean procedentes;
- III. Pedir el aseguramiento precautorio de bienes para los efectos de la reparación del daño;
- IV. Rendir las pruebas de la existencia de los delitos y de la responsabilidad de los inculcados;
- V. Pedir la aplicación de las sanciones respectivas; y
- VI. En general hacer todas las promociones que sean conducentes a la tramitación regular de los procesos.

En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal el artículo 3º en forma análoga dice: " Corresponde al Ministerio Público:

- I. Dirigir a la Policía Judicial en la investigación que ésta haga para comprobar los elementos del tipo ordenándole la práctica de las diligencias que, a su juicio

³² BARRITA LOPEZ FERNANDO.- "La Averiguación Previa".-Enfoque interdisciplinario.- Edic. Segunda.- Edito. Porrúa, S.A.,- México 1993.- p. 62.

estime necesarias para cumplir debidamente con su cometido, o practicando él mismo aquellas diligencias;

II. Pedir al juez a quien se consigne el asunto, la práctica de todas aquéllas diligencias que, a su juicio, sean necesarias par comprobar la existencia del delito y de sus modalidades;

III. Ordenar, en los casos a que se refiere el artículo 266 de este Código la detención o retención según el caso, y solicitar cuando proceda la orden de aprehensión;

IV. Interponer los recursos que señala la ley y seguir los incidentes que la misma admite;

V. Pedir al juez la práctica de las diligencias necesarias para comprobar la responsabilidad del acusado;

VI. Pedir al juez la aplicación de la sanción que en el caso concreto estime aplicable, y

VII. Pedir la libertad del detenido, cuando ésta proceda.

No hay duda que el ejercicio de la acción penal inicia con el acto de la consignación hecha ante los Tribunales por parte del Ministerio Público, lo que provoca la función judicial, previamente cumplidos los requisitos de procedibilidad previstos en el artículo 16 constitucional, función encaminada a cumplir con la función persecutoria y a poner en aptitud al órgano jurisdiccional para realizar el proceso, de los artículos anteriormente transcritos parece una verdadera repetición, que fuese repetitivo, sin embargo lo que sucede es que en la normatividad procedimental, los códigos equiparan a la consignación con el ejercicio de la acción penal, aún cuando esta última obliga al órgano jurisdiccional a la ejecución de determinados actos, asimismo obliga al Ministerio Público a la consecuencia lógica de continuar durante el proceso con dicho ejercicio hasta sus conclusiones acusatorias.

Inclusive el artículo 134 del Código Federal (el cual no se transcribe porque contiene lo que se ha venido comentando acerca de la averiguación previa en su conjunto así como lo referente a una parte del proceso) contempla un rubro por separado que lleva por nombre "Consignación ante los Tribunales" e igualmente sigue equiparando a la acción penal con la consignación.

Por ello se dice que la consignación ante los Tribunales es el acto que pone en marcha el proceso, y que continua durante éste, como se desprende de las características de la acción penal, cuyos elementos son: a) Un conjunto de actividades.- Las que consisten en hacer determinadas gestiones ante el órgano jurisdiccional, realizadas por el Ministerio Público y se orientan a una... b) Finalidad que consiste en provocar del Estado y concretamente del Juez el iniciar el proceso y llevarlo hasta su final, resolviendo sobre la concreta pretensión sometida a su decisión, ya que sin esta no se justifica, nadie puede ocurrir ante el

juez ejercitándola, sin pretender nada, ya que de esa forma la acción por la acción no existe y, c) Un poder del que están investidas esas actividades que en repetidas ocasiones se ha dicho es el artículo 21 de la Constitución el que otorga este poder a la institución del Ministerio Público.

B) CONSIGNACIÓN.

La consignación es el acto del Ministerio Público de realización normalmente ordinaria, que se efectúa una vez integrada la averiguación y en virtud del cual se inicia el ejercicio de la acción penal, poniendo a disposición del juez todo lo actuado en la mencionada averiguación, así como las personas y cosas relacionadas con la averiguación previa, en su caso.

El acto de consignación, pone en movimiento, repito, toda la actividad procesal, hace que se inicie el proceso, crea una situación jurídica especial para el inculpado de un delito, obliga al órgano jurisdiccional a la ejecución de determinados actos y obliga por otra parte al Ministerio Público, a continuar, por todas sus partes, el ejercicio de su acción hasta que esté en aptitud legal de desistirse o formular acusación precisa.

C) CONTENIDO, FORMA Y EFECTOS

La acción penal tiene como presupuestos un delito y un delincuente, por lo que desde la consignación hasta las conclusiones, debe referirse a ellos, pero sin que ello implique alguna solemnidad especial y previamente determinada. Lo que sí supone es un contenido, cuya ausencia implica el no ejercicio de la acción penal; es que al consignar, el Ministerio Público tiene la obligación de manifestar a quién consigna y por qué consigna, es decir, debe expresar el nombre(s) del inculpado(s) y el delito(s) que motiva el ejercicio de la acción penal.

Aquí, cabe hacer una interrogante que nos muestra Franco Sodi ¿Puede el Ministerio Público variar la clasificación?. para ello nos da un ejemplo, "Supongamos que imputa el delito de robo a Fulano de Tal y en dichos términos consigna. Mas sucede que al vencerse el término constitucional de 72 horas, con las nuevas pruebas aportadas se ha podido determinar que el hecho mismo por el

que ejercitó la acción penal no constituye un robo, sino un abuso de confianza....Se ejercitó la acción penal por robo, delito diverso del de abuso de confianza, por lo tanto puede concluirse que no se puede variar la clasificación ya que no se ha ejercitado la acción penal por este último delito. Mas tal conclusión es falsa: el Ministerio Público sí puede variar la clasificación entretanto no modifique los hechos que motivaron el ejercicio de la acción penal.

La razón es sencilla: motiva el ejercicio de la acción penal, un hecho delictuoso real, existente en el mundo exterior, puesto que se ejecutó; no el nombre que se de al hecho sino el hecho mismo. El Ministerio Público imputa hechos delictuosos, no nombres de delitos⁵⁴

Su contenido es el siguiente:

Dice Osorio y Nieto que la práctica se utilizan formas impresas con el propósito de facilitar y agilizar la formulación de esas ponencias, sin que esto implique una obligación de continuar con ese formato cuando, sobre todo cuando es necesario elaborar una ponencia de consignación para el caso específico, en términos generales los datos que debe contener son:

- I. Expresión de ser con o sin detenido;
- II. Número de la consignación;
- III. Número del acta;
- IV. Delito o delitos por los que se consigna;
- V. Agencia o Mesa que formula la consignación;
- VI. Número de fojas;
- VII. Juez al que se dirige;
- VIII. Mención de que procede el ejercicio de la acción penal;
- IX. Nombre del o de los probables responsables;
- X. Delito o delitos que se imputan;
- XI. Artículos del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia federal que establezcan y sancionen el ilícito o ilícitos de que se trate;
- XII. Síntesis de los hechos materia de la averiguación;
- XIII. Artículos del Código de Procedimientos Penales (Federal o para el Distrito Federal), aplicables para la comprobación de los elementos del tipo penal, así como las pruebas utilizadas específicamente al caso concreto;
- XIV. Forma de demostrar la probable responsabilidad;
- XV. Mención expresa de que se ejercita la acción penal;

⁵⁴ FRANCO SODI CARLOS.- "El Procedimiento Penal Mexicano".- Edic. Tercera.- Edit. Porrúa, S.A.- México 1966.- pp. 183 y 184.

XVI. Si la consignación se efectúa con detenido se debe precisar el lugar en donde queda éste a disposición del juez;

XVII. Si la consignación se lleva a cabo sin detenido, se solicitará orden de aprehensión o de comparecencia según el caso; y

XVIII Firma del responsable de la consignación.⁵⁵

En el momento de hacer la consignación si es el caso de que el tipo de delito o delitos que se imputan son sancionados con pena privativa de libertad y no se encuentra el detenido ante el Ministerio Público, éste solicitará la orden de aprehensión al juez, o bien se solicitará orden de comparecencia cuando la sanción aplicable tengan establecida pena no privativa de libertad o alternativa.

Respecto de la orden de aprehensión esta es prevista en el artículo 16 constitucional que en su segundo párrafo indica: "No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del inculcado".

En este precepto nuevamente corroboramos la coordinación que tiene el multicitado artículo con diversas actividades y las determinaciones de la autoridad administrativa. Encontrando por otro lado que denuncia los casos en que medie una denuncia acusación o querrela, porque debemos recordar que en los casos urgente y de flagrancia son excepciones en los que cualquier persona puede aprehender al inculcado y hasta en su casos a los cómplices, poniéndolos sin demora a la disposición de la autoridad inmediata.

Los jueces en materia penal son los únicos que tienen la facultad para dictar órdenes de aprehensión, cuyo efecto es la privación de la libertad de la persona, pero no de forma arbitraria, sino reuniendo en su totalidad los elementos que ordena la Constitución, y si faltare alguno de ellos será causa suficiente para que el Juez no pueda librar dicha orden; es decir:

- a) Que medie la denuncia, acusación o querrela realizada bajo protesta de persona digna de fe.
- b) Que se trate de un hecho determinado que la ley castigue con pena privativa de libertad; sin que por ningún motivo durante el Ministerio Público ni la Policía Judicial tengan la facultad para ordenar una aprehensión.
- c) Que existan datos que acrediten los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculcado.

⁵⁵ Ob. cit. pp. 27 y 28.

- d) Que la solicite el Ministerio Público.
- e) Que conste en mandamiento escrito.
- f) Que la dicte una autoridad competente.

UN ACUERDO DE EJERCICIO DE LA ACCION PENAL. tiene la forma siguiente:⁵⁶

DELEGACION REGIONAL:

MESA INVESTIGADORA:
AVERIGUACION PREVIA

México, Distrito Federal, a _____

VISTA para resolver la presente indagatoria y apareciendo que en concepto, del suscrito, se encuentran reunidos los requisitos de los artículos 14, 16, y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para proceder penalmente en contra de _____ como probable (s) responsable(s) del (los) delito(s) de _____, cometidos en agravio de _____, previsto(s) en el (los) artículo (s) _____ del Código Penal Vigente, y sancionando en el (los) artículo(s) _____ del mismo ordenamiento; por lo que con fundamento, además en los artículos 1º, 2º, 3º, 5º, y 10 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, 2º fracción I, 3º apartado A fracción III, apartado B fracción I, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y 16 fracción II del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, es de resolverse y se.

RESUELVE

PRIMERO. Originales de las presentes diligencias remítanse al C. Juez competente, para su conocimiento, ejercitando acción penal en contra de _____

SEGUNDO. Copia de lo actuado envíese al C. Director General de Control de Procesos Penales, para su conocimiento;

⁵⁶ Ibidem. pp. 486 y 487.

TERCERO. Hágase por separado la ponencia de consignación, como corresponde:

Así lo resolvió y firmó el C. Agente del Ministerio Público, de la _____
Agencia Investigadora _____ quien actúa en forma legal acompañado de su
Secretario.

LIC. _____

EL OFICIAL SECRETARIO. _____

Del anterior formato se ordena que se realice el acuerdo de consignación, por lo que a continuación se presenta el siguiente formato de un:

ACUERDO DE CONSIGNACION, que contiene la obra de Hernández López.⁵⁷

México, Distrito Federal, a _____
_____.

VISTA. Para resolver la averiguación previa número _____, instruida en
contra de _____, como probable
responsable de la comisión del delito de: _____
_____.

CONSIDERANDO

Que se inicio esta indagatoria por haberse recibido copia de la averiguación
previa número _____, procedente de la _____ Agencia
Investigadora, de la que se infiere que el inculpado fue detenido por _____,
el día seis de los corrientes, cuando en compañía _____, en las calles
de _____ encontrándosele al inculpado la pistola _____
(se señalan las características). De la averiguación de referencia se desprende
que se llevaron a cabo las siguientes diligencias: a) Se dio fe ministerial del arma
de fuego relacionado; b) Se tomó declaración a los _____, quienes

⁵⁷ Ob. cit. p. 43 a 45.

⁵⁸ Cfr. p. 37 y 38.

manifestaron que al momento de su detención _____, le hizo entrega de la pistola relacionada, misma con la que disparó antes de ser detenido y que esta persona también resultó lesionada, motivo por el cual tuvo que ser trasladado al Hospital _____ para su atención médica; c) Se tomó declaración a _____, quien manifestó que el día de los hechos estuvo ingiriendo bebidas alcohólicas con _____ a quién le mostró que portaba el arma de fuego que se le encontró en su poder en la cintura, con la que llevó a cabo los hechos presuntamente delictuosos de la forma que se describe _____; esta Representación Social solicitó y obtuvo dictamen en Materia de Balística e Identificación de Armas, en el que se concluye que: "... El arma de fuego fue disparada por _____, y que conforme a su descripción esta arma es de las Reservadas para Uso exclusivo".

De lo anterior se infiere que _____, cometió el delito de _____ para uso exclusivo de _____ previsto y sancionado en el artículo _____ (se indican los artículos que prevean ese tipo legal), cuyo cuerpo se encuentra comprobado en términos del artículo 168, del Código Federal de Procedimientos Penales, con todas y cada una de las actuaciones practicadas en el expediente y en forma especial con la fe ministerial del arma de fuego relacionada y con el dictamen de balística e identificación de armas que obran en autos.

La probable responsabilidad del inculpado ha quedado debidamente demostrada, con los mismos elementos de convicción que sirvieron para la comprobación del cuerpo del delito, enunciados en el párrafo anterior y básicamente con las declaraciones de los Policías Preventivos en la que manifiestan que el inculpado disparó con el arma de fuego afectada a la presente indagatoria y les hizo entrega de la misma al momento de su detención; así como con la declaración de _____ en la que manifiesta que _____, traía consigo la pistola relacionada el día de los hechos y la utilizó para cometer el robo por el cual fueron detenidos.

Por lo expuesto y con fundamento en los artículos 16, 21 y 102 Constitucionales; 41 fracción I y 73 fracción I de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; 1, 8 fracción I, 13 fracción I y II y demás relativos del Código Penal Federal; 6, 134, 136, 168 y demás relativos y aplicables del Código Federal de Procedimientos Penales; 2, fracción V. 7 y 10 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y 18 fracción IV de su reglamento, es de resolverse y se

RESUELVE

PRIMERO.- El Ministerio Público Federal ejercita acción penal en contra -----
-----como probable responsable de la comisión del delito de -----,
Reservada para Uso Exclusivo -----, previsto y sancionado en el artículo-
----- de la Ley-----.

SEGUNDO.- Consígnese la presente averiguación previa número-----, al
C. Juez Segundo del D.F. en Materia Penal poniendo a su disposición al
inculpado en el interior del Reclusorio Preventivo Norte de esta ciudad,
solicitándole dar al Agente del Ministerio Público Federal de su adscripción la
intervención que le compete.

TERCERO.- Se deja a disposición del C. Juez del Conocimiento el arma de fuero
relacionada en el Depósito de Objetos de la Procuraduría General de Justicia del
Distrito Federal.

Así por acuerdo del C -----, Director de Averiguaciones Previas
de la Procuraduría General de la República y Agente del Ministerio Público
Federal lo resolvió y firma la C -----Agente del Ministerio Público
Federal, Titular de la Agencia de esta Oficina de Detenidos. DAMOS FE.

T. DE A.

T. DE A.

Los términos de la consignación varían, de acuerdo con los delitos por los cuales
se ejercita la acción penal, en todo caso, se expresarán debidamente razonados
los elementos que sirven para comprobar los elementos del tipo y la probable
responsabilidad así como las normas aplicables.

La expresión de ser con o sin detenido, tanto para los casos que se esté
consignando con detenido o sin él, se expresarán los objetos que quedan a
disposición del juez en el depósito de objetos de la institución.

Si la consignación es sin detenido y se trata de delitos que se sancionan con pena corporal, va acompañada del pedimento de orden de aprehensión. Si el delito es de los que se sancionan con pena alternativa, se realiza únicamente con pedimento de orden de comparecencia.

Asimismo cuando el Ministerio Público otorgó la libertad bajo caución que le faculta el artículo 20 Constitucional se debe agregar el párrafo correspondiente en el pliego de consignación el cual se puede hacer de la forma siguiente: "En tal virtud solicito a usted se sirva acordar el libramiento de la orden de aprehensión contra el presunto-----, para el caso de que no cumpla con lo que dispone el artículo (271 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal), (135 en concordancia con el 128 inciso f) del Código Federal de Procedimientos Penales) según sea el caso. Poniendo a disposición del Juez el billete de deposito expresando el número, la cantidad y el número de fojas.

Respecto a la fundamentación a que se refiere el artículo 16 constitucional en cuanto a que todo acto de autoridad que produzca molestias a los particulares debe ser fundamentado y motivado, nos referiremos únicamente al inicio del ejercicio de la acción penal que es la consignación, que es un acto del Ministerio Público que podría implicar molestias a los particulares.

Por la trascendencia de la consignación, su fundamentación debe ser siempre preciso, citar los preceptos exactamente aplicables al caso concreto, en la consignación se hace referencia a los artículos que prevén las conductas delictivas y las que sancionan es decir la punibilidad y por lo que se ejercita la acción penal

La motivación en la ponencia de consignación se hace con una narración, completa y detallada pero breve de los hechos y/o conducta que contiene la averiguación, mismas que dan lugar a la determinación de ejercitar acción penal en contra del o los inculpados.

Igualmente conforme a los artículo 8o. y 9o. del Código Penal el Ministerio Público hará una valoración de los delitos para concluir si son delitos dolos o culposos relacionándolos con los artículos que prevén y sancionan, en los primeros el sujeto activo tiene en mente la conducta que va a realizar y el resultado de esa conducta, y decide con un acto de voluntad llevarlo a cabo; en los segundos el sujeto activo no desea realizar una conducta de la cual resulte un efecto delictivo, pero actúa en forma imprudente, negligente o carente de atención, cuidados y reflexión, y verifica la conducta que produce el resultado delictuoso.

El artículo 12 del mismo ordenamiento se refiere a la tentativa, expresando que: "Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado y omitiendo los que deberían evitarlo si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente". La tentativa tiene un vínculo con el delito específico que se tipifica. El indicar que el delito es en grado de tentativa tiene como objeto que el Juez considere lo previsto por este artículo 12 y 52 porque la sanción que deberá imponer será hasta las dos terceras partes de la sanción que se impondría de haberse consumado el delito.

Conforme al artículo 13 del Código en comento relativo a la pluralidad de sujetos también debe ser precisada en el pliego de consignación a fin de atribuir adecuadamente la probable responsabilidad de cada un de los sujetos que intervinieron la conducta delictuosa.

Las calificativas, como situaciones que modifican la punibilidad pueden aumentarla, si son calificativas de agravantes o disminuirla en el caso privilegiados. Las agravantes contenidas en los artículos 315 y 319 que se refieren a la premeditación, que es un reflexionar o meditar con anterioridad al hecho por un lapso que permita resolver, planear y organizar, la conducta delictiva,; la alevosía que es la situación que consiste en la sorpresa o empleo de otros medios que impidan la defensa del sujeto pasivo; y la ventaja que es la absoluta superioridad del sujeto activo frente al pasivo y la invulnerabilidad que se produce respecto del agresor.

En una ponencia de consignación debe considerarse las circunstancias descritas en los anteriores artículos, adecuándolas a las situaciones que se presentan en la ejecución de un delito, porque de no hacerlo es una consignación incompleta que impediría al Agente del Ministerio Público adscrito al juzgado actuar y perseguir al delito con eficacia.

Los efectos que consecuentemente traerá el ejercicio de la acción según Silva Silva son:

1.- Determina al Tribunal competente dentro del criterio de prevención. Así cuando se promueve la acción en un lugar en donde hay varios tribunales, todos ellos competentes conforme a la ley, la promoción de la acción ante uno de ellos "previene el juicio" en su favor, desligando a los demás tribunales (criterio de prevención).

Obviamente, este efecto no opera cuando el tribunal ante el cual se promueve la acción es incompetente. Por ejemplo, promover la acción por pretensión propia de los tribunales federales, ante tribunales del "fuero común".

2.- Da lugar al surgimiento del proceso, por lo que no podrá abrirse ningún otro nuevo proceso, pues de ser así, en el segundo podrá oponerse la litis pendencia y así nulificar todo ese segundo proceso.

Como en su oportunidad hemos expuesto, se da inicio al proceso preliminar, aunque no al principal.

3.- El Ministerio Público, en el caso específico, pierde su imperium, de tal manera que ningún acto que realice después de promovida la acción podrá considerarse como proveniente de autoridad.

Discútese este punto, pues Juventino Castro asevera, que el Ministerio Público sí conserva su autoridad durante el proceso, ya que de otra manera no se entendería que proceda el juicio de amparo contra actos del Propio Ministerio Público (en el juicio de amparo el demandado sólo puede ser autoridad), cuando éste se ejecuta o trata de ejecutar una orden de aprehensión. Teniendo en cuenta que en el proceso de amparo sólo las autoridades pueden ser demandadas, concluye, el Ministerio Público sigue siendo autoridad y no la pierde por la promoción de la acción.

De nuestra parte disentimos del criterio anterior, conviniendo tan sólo en que el Ministerio Público, para los efectos de la ejecución de una orden de aprehensión, sí debe considerarse autoridad, pero no creemos que tal autoridad la tenga el Ministerio Público, es decir, por ser sólo el Ministerio Público sino porque obra con función delegada de ejecución al tribunal.

Dicho de otro modo, la autoridad de imperium que tiene el Ministerio Público al pretender ejecutar una orden de aprehensión, no le es propia, sino que es la del mismo tribunal, que la delega en él.

4.- Impide al acusador cambiar o adicionar los hechos en que se finca o basa la acusación. Es decir, que no podrá adicionar o variar los hechos (causa petendi) en que se fundará su concreta pretensión.

Por eso, tras la averiguación y luego del planteamiento de datos, en el orden lógico se sigue el procedimiento de confirmación (ya no de averiguación).

5.- Otro de los efectos, más específicos de la promoción de la acción, consiste en impedir temporalmente el ejercicio de la llamada "acción de calumnia" (promoción y ejercicio de la acción basada en el delito de calumnia judicial).

Opera toda vez que como cuestión prejudicial deberá resolverse previamente el supuesto juicio calumnioso. Luego de esto, ya podrá promoverse la acción fundada en los hechos calumniosos. Paralelo a este efecto encuéntrase la suspensión del plazo necesario para que prescriba el ius puniendi (se le conoce en el foro como prescripción) o actio calumniae.

6.- Haciendo a un lado el caso de la prescripción en la actio calumniae en la legislación actual queda cuestionado el efecto que consiste en que la promoción de la acción interrumpe el plazo de la prescripción del derecho.

De nuestra parte, hacemos notar que de acuerdo con el artículo 110 del Código Penal no se establece que la prescripción del derecho se interrumpe con la promoción de la acción, sino con las actuaciones en averiguación de un delito.⁵⁹

De las conclusiones anteriores hechas por el autor encontramos que se confirma el hecho de que el ejercicio de la acción penal a través de su acto inicial que el consignante tiene como efecto dar inicio al proceso; y que para nuestra tesis es importante el hecho de que el Ministerio Público al consignar ante los Tribunales deja de ser autoridad para convertirse en parte; estamos de acuerdo en que así es, ya que de lo contrario encontraríamos que en primer término aún podría variar el contenido de los hechos que inicialmente y durante la averiguación previa expuso indicando con ello que podría retractarse del ejercicio de acción penal que con anterioridad realizó puede convertirse en un no ejercicio de la acción penal, lo cual no es así, por otra parte encontramos que se convierte en parte y deja de ser autoridad.

D) EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.

a) Muerte del delincuente.

El artículo 91 del Código Penal expresa: " La muerte del delincuente extingue la acción penal, así como las sanciones que se le hubieren impuesto, a excepción de la reparación del daño, y la de decomiso de instrumentos con que se cometió el delito y de las cosas que sean efecto u objeto de él". Este precepto nos resume una razón obvia, porque con la muerte el autor de una conducta delictiva (sujeto

⁵⁹ Ob. cit. p. 280 y 281.

activo del delito) y fuera de él no existe otra persona a quien se le pueda aplicar la sanción penal.

b) Amnistía.

Conforme al artículo 92 del Código Penal, se establece: "La Amnistía extingue la acción penal y las sanciones impuestas, excepto la reparación del daño, en los términos de la ley que se dictare concediéndola y si no se expresaren, se entenderá que la acción penal y las sanciones impuestas se extinguen con todos sus efectos, en relación a todos los responsables del delito."

La amnistía opera mediante una ley expedida específicamente para determinados casos y vigente mediante el proceso legislativo de creación de leyes, común a todas las leyes que integran el sistema normativo de derecho, es una figura que pertenece más al derecho sustantivo penal que al procesal mismo. La ley de amnistía que se promulgue debe contener la mención de que se declaró la amnistía y la referencia de las personas y casos a los que va a aplicarse dicha ley. Contiene un carácter de indulgencia que se justifica como una solución de equidad por motivos políticos, económicos o sociales.

Según el artículo 73 fracción XXII de la Constitución, " faculta al congreso para conceder amnistía por delitos cuyo conocimiento pertenezca a los Tribunales de la Federación", esto es, puede detener el ejercicio de la acción penal con exterminio del procedimiento, o bien, hacer cesar los efectos de la condena.

c) Perdón del ofendido legitimado para otorgarlo.

El perdón es una manifestación de voluntad verbal o por escrito expresada por persona normativamente facultada para hacerla, en virtud de la cual se extingue la acción penal o en su caso hace cesar los efectos de la sentencia dictada. Una vez que se ha otorgado no puede revocarse ya que se ha extinguido la responsabilidad penal y no puede ser posible que se renazca o sea nuevamente vigente esa responsabilidad extinta.

El artículo 93 del Código Penal cita la divisibilidad de el perdón del ofendido.- "Cuando existe pluralidad de ofendidos puede cada uno de ellos otorgar por separado el perdón, en cuyo caso sólo surtirá efectos por lo que respecta a quien lo otorga; pero el perdón del ofendido únicamente beneficia al inculcado (indiciado) en cuyo favor se concede, excepto que el ofendido hubiese obtenido la satisfacción de sus intereses o derechos, supuesto en el que el perdón

beneficiará a todos los inculpados y a los encubridores. El perdón del ofendido es divisible en cuanto a que no existe norma expresa que determine lo contrario.

Para que surta sus efectos el perdón del ofendido es necesario la aceptación del indiciado, porque si se considera exento de responsabilidad prefiere que se continúe el procedimiento hasta que el juez competente declare formalmente su inocencia.

Excepción de divisibilidad .- El artículo 276 del Código Penal señala que cuando el ofendido perdona a su cónyuge, cesará todo procedimiento si no se ha dictado sentencia, y si ésta se ha dictado, no producirá efecto alguno. (esta disposición favorecerá a todos los responsables por lo que se entiende que es el único caso en donde encontramos la indivisibilidad del perdón otorgado).

Para otorgar el perdón en nombre de personas físicas.- En lo conducente es aplicable lo relativo a la divisibilidad de la querrela, entonces si se hace por representante voluntario, se debe otorgar un poder general con cláusula especial o mediante poder especial para dar autorización y pueda otorgar el perdón a nombre del ofendido en el caso concreto.

Para otorgar el perdón en nombre de personas morales.- El artículo 264 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, autoriza a la persona dotada de poder general con cláusula especial que expresamente contenga tal facultad. En el Código de Comercio el artículo 21 fracción VII prevé el poder general.

Cuando se otorga el perdón en nombre de menores.- Igualmente se sigue lo que se dijo respecto de la querrela, cuando se trata de voluntades opuestas en donde encontramos los siguientes planteamientos, retomando antes lo previsto por el artículo 93 del Código Penal que nos dice: "El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo, extingue la acción penal respecto de los delitos que solamente pueden perseguirse por querrela, siempre que se conceda antes de pronunciarse sentencia en segunda instancia y el reo no se oponga a su otorgamiento".

d) Prescripción.- La prescripción extingue la acción penal cuando se aplica tomando en consideración si el delito es sancionado con pena pecuniaria, corporal o alternativa, el requisito de procedibilidad que le corresponde, si existe

acumulación, fecha de la última actuación en averiguación de los hechos y el término medio aritmético de las sanciones, para resolver conforme a los artículos 104, 107, 108 y 110 del Código Penal.

e) Vigencia y aplicación de una nueva ley más favorable. Cuando se habló de retroactividad se tocó el tema de la aplicación de una nueva ley más favorable en cuyo caso si es aplicable al caso, precisamente por favorecer al inculpaado o en su caso al reo.

f) Muerte del Ofendido.-

3.- NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.

Recordemos que al finalizar la actividad investigadora del Ministerio Público, puede arordar el llamado archivo, que es en rigor un sobreseimiento administrativo por el no ejercicio de la acción penal.

ACUERDOS.

El Ministerio Público al dictar sus resoluciones de no ejercicio de la acción penal así como en las de reserva, además de sujetarse a lo previsto por los Códigos de Procedimientos Penales, se encuentra con disposiciones internas de su dependencia como son los acuerdos que dicta cada Procurador respectivamente, por esta razón hacemos breves comentarios de los mismos; antes de ello es pertinente hacer la aclaración de que se transcriben en su integridad porque en caso contraria al transcribir solo parte de los mismos nos encontraríamos con un análisis incompleto, también creemos necesario considerar tanto los acuerdos que se dictan en el ámbito Federal como de los que se dictan en el Distrito Federal referentes al no ejercicio de la acción penal y la reserva hacer una comparación y hacer las reflexiones pertinentes.

Antes de hacer dicho análisis es pertinente que entendamos que son los acuerdos, para tal caso el maestro Miguel Acosta Romero dice que etimológicamente "acuerdo" proviene del latín *adcordem*, que significa, en general, idea de unidad en las voluntades. En derecho "acuerdo" es la expresión de la voluntad de un órgano colegiado sobre materias de su competencia y para el derecho administrativo es la decisión de un órgano superior en asuntos de su competencia, que se hace saber al inferior generalmente por escrito.

"El fundamento jurídico y constitucional de los acuerdos consideramos que radica en los principios de coordinación, flexibilidad y eficacia administrativa, en los poderes de decisión, mando y revisión, que impone la relación jerárquica administrativa, así como en los artículos 89 , fracción I, y 92, ya que a través de los acuerdos el Ejecutivo concreta, ejecuta y lleva a cabo las tareas específicas que le impone la Constitución".⁹⁰

En este sentido, lo afirmado se apega a la forma y naturaleza de los acuerdos emitidos por el Procurador, que son Acuerdos Administrativos en sentido estricto, al revestir aspectos formales, y en cuanto a que constituyen el acto mediante el cual, el titular de un órgano de jerarquía superior que es el Procurador conoce de un asunto, cuya resolución le compete y le ha sido sometido a consideración por el titular de un órgano de grado inferior como lo es el Ministerio Público en un orden jerárquico que se sujeta a poderes de mando y decisión.

ACUERDO NÚMERO A/010/94 (DISTRITO FEDERAL)

ACUERDO DEL PROCURADOR GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, POR EL QUE SE ESTABLECEN LINEAMIENTOS RELATIVOS A LA AUTORIZACIÓN DEL NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

Con fundamento en los artículos 21 y 73, base 6a. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: 1o., 2o. fracciones I, II y V; 3o. inciso A. fracciones I, II, III y VI, 7o. 9o., 10 y 17 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y 1o., 4o., 5o., fracciones I, VI y XXIII, 6o. fracción II y 7o. fracciones X y XII de su Reglamento, y

CONSIDERANDO

Que en términos de lo dispuesto por artículo 4o. del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, corresponde al Procurador el trámite y resolución de las cuestiones de competencia de esta institución, quien para la mejor distribución y desarrollo de trabajo y despacho de los asuntos, puede delegar sus facultades en los servidores públicos de las Unidades Administrativas de la Procuraduría, sin perjuicio de la posibilidad de su ejercicio directo. Esta delegación se hará mediante acuerdo que deberá ser publicado en el Diario Oficial de la Federación.

Que la titularidad del ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público, facultad constitucional que como institución de buena fe lo obliga a

⁹⁰ ACOSTA ROMERO MIGUEL.- Teoría General del Derecho Administrativo.- Edic. Décima.- Edit. Porrúa.- México, 1991.- pp. 839 y 840.

determinar fundada y motivadamente la procedencia de aquélla, observando el cumplimiento irrestricto de los principios de legalidad y de seguridad jurídica, lo que garantiza no sea vulnerada injustificadamente la esfera de los gobernados involucrados en hechos presumiblemente delictivos.

Que cuando un expediente de averiguación previa es enviado al archivo con autorización de la abstención del ejercicio de la acción penal debe entenderse que no ha sido una decisión irreflexiva sino que por el contrario es una resolución estudiada fundada y motivada, lo que brinda las condiciones suficientes de seguridad para la conservación del orden jurídico respetando y haciendo respetar los ordenamientos que le dan sustento a que constituyen la base del estado de derecho que nos rige.

Que ante la complejidad trascendencia y volumen de trabajo que afronta la Procuraduría recientemente se creo la Coordinación de Auxiliares del Procurador y área a la que se confiere entre otras la atribución de dictaminar sobre la procedencia del no ejercicio de la acción penal de la averiguación previa.

Que con fecha 15 de diciembre de 1988 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el Acuerdo por el que se delegan facultades en los Subprocuradores de Averiguaciones Previas de Control de Procesos indistintamente en relación a la autorización del no ejercicio de la acción penal.

Que en fecha 17 de noviembre de 1989 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Acuerdo A/057/89 del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, por el que se dan instrucciones a los Agentes del Ministerio Público en relación a los casos en que se resuelva el no ejercicio de la acción penal en las averiguaciones previas a su cargo.

Que en fecha 15 de octubre de 1990 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el Acuerdo del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, por el que se dan instrucciones a los servidores públicos de la Institución en relación a la expedición de copias simples y certificadas de actuaciones practicadas en averiguaciones previas.

Que para garantizar la seguridad jurídica antes de la autorización del no ejercicio de la acción penal en la averiguación previa, existe la posibilidad de inconformarse, por parte de los involucrados en los términos y plazos que para tal efecto señala el Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal por lo que he tenido a bien expedir el siguiente.

ACUERDO

PRIMERO.- Se establecen los lineamientos relativos al no ejercicio de la acción penal y se ratifica la atribución delegada a los Subprocuradores de Averiguaciones Previas y de Control de Procesos para su resolución definitiva. Asimismo, se confirma la atribución conferida a la Coordinación de Auxiliares del Procurador para dictaminar sobre esos asuntos.

SEGUNDO.- Para el efecto del artículo anterior los expedientes de averiguación previa en los que se consulte el no ejercicio de la acción penal

deberán estar debidamente integrados, cumplir con las formalidades legales señaladas y constar en ellos que se dio el destino legal correspondiente a los objetos y documentos involucrados.

TERCERO.- En la averiguación previa, el Agente del Ministerio Público de la Mesa Investigadora, consultará el no ejercicio de la acción penal en los casos siguientes:

- A) Cuando los hechos investigados no sean constitutivos de delito, de conformidad a la descripción típica contenida en la ley penal;
- B) Se acredite fehacientemente que el inculcado no tuvo participación en los hechos que se investigan, en lo que respecta a su esfera jurídica;
- C) Cuando no exista querrela y se trate de delitos perseguibles a petición de parte ofendida, o hubiere sido formulada por persona no facultada para ello;
- D) Que siendo delictivos los hechos investigados, resulte imposible la prueba de su existencia por obstáculo material insuperable;
- E) Cuando la responsabilidad penal se halle extinguida en los términos de la legislación penal;
- F) Cuando de las diligencias practicadas en la averiguación previa de que se trate, se desprenda de manera indubitable la existencia de alguna causa de exclusión del delito;
- G) Cuando la conducta o hecho atribuible al inculcado, haya sido materia de una sentencia judicial emitida con anterioridad, y
- H) Cuando una Ley quite al hecho investigado el carácter de delito, que otra anterior le otorgaba.

CUARTO.- Una vez practicadas las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos y declarada integrada la averiguación previa de que se trate, si no se reúnen los requisitos necesarios para el ejercicio de la acción penal, el Agente del Ministerio Público formulará un pedimento, si procediese, de no ejercicio de la acción penal.

QUINTO.- Formulado el pedimento, fundado y motivado, de no ejercicio de la acción penal, el Agente del Ministerio Público procederá a hacerlo del conocimiento del denunciante o querellante para que se entere de su contenido y formule las observaciones que considere pertinentes, en un plazo no mayor de quince días naturales contados a partir de la notificación que se realice para tales efectos.

En el supuesto de que denunciante o querellante manifestare expresamente su conformidad sobre la determinación de no ejercicio de la acción penal, se asentará razón de ello y de la renuncia, al término a que se hace referencia en el párrafo anterior, procediendo el Agente del Ministerio Público a remitir la averiguación previa la Coordinación de Auxiliares del Procurador, para la preparación del dictamen que en derecho proceda.

SEXTO.- La notificación al denunciante o querellante a que se alude en el artículo anterior, se hará por cédula, misma que será fijada en una tabla de avisos que para tal efecto se sitúe en lugar visible y de fácil acceso al público, en el local que ocupa la Agencia del Ministerio Público correspondiente, asentando debida razón en autos.

Los escritos que contengan inconformidad sobre las ponencias del no ejercicio de la acción penal deberán ser dirigidos al Agente del Ministerio Público, titular de la Mesa Investigadora, que conozca del asunto, y se

recibirán dentro del plazo de quince días naturales contados a partir de la notificación al querellante o denunciante.

SEPTIMO.- Si fueren recibidas por escrito las observaciones formuladas por el denunciante o querellante en el plazo a que se refiere el artículo anterior, previa razón de ello, el Agente del Ministerio Público procederá a su estudio y en su caso, reiterará su propuesta de no ejercicio de la acción penal y remitirá las actuaciones a la Coordinación de Auxiliares del Procurador para la elaboración del dictamen correspondiente. Si de las observaciones efectuadas, resultare conveniente la práctica de otras diligencias, el Agente del Ministerio Público ordenará lo conducente.

En el supuesto de que el Agente del Ministerio Público ordenara la práctica de nuevas diligencias y agotadas éstas, estime procedente el no ejercicio de la acción penal deberá notificar nuevamente su propuesta al denunciante o querellante, observando para tales efectos las formalidades citadas.

OCTAVO.- Transcurrido el término establecido sin recibir promoción alguna del denunciante o querellante el Agente del Ministerio Público asentará razón de ello y procederá a remitir la indagatoria a la Coordinación de Auxiliares del Procurador para los efectos a que hace alusión el artículo séptimo, primer párrafo de este Acuerdo.

NOVENO.- En caso de recibirse alguna promoción de inconformidad fuera del término que señala el artículo quinto de este Acuerdo y el no ejercicio de la acción penal haya sido autorizado deberá enviarse al Suprocurador que corresponda, quien la desechará sin mayor trámite.

DECIMO.- En los casos en que el querellante otorgue perdón al indiciado o a quien resulte probable de los hechos investigados, y tal perdón proceda en los términos de Ley el Agente del Ministerio Público se abstendrá de efectuar la notificación a que alude el artículo quinto de este Acuerdo, procediendo a remitir la indagatoria a la Coordinación de Auxiliares del Procurador para los efectos legales conducente.

DECIMO PRIMERO.- Cuando la Coordinación de Auxiliares del procurador reciba la averiguación previa con ponencia de no ejercicio de la acción penal, revisará que se haya cumplido con las formalidades señaladas en los artículos que anteceden y de haber sido satisfechas, elabora un dictamen que será a la consideración de los ciudadanos Subprocuradores, en términos de la distribución ordenada por el Procurador, quienes determinarán en definitiva el no ejercicio de la acción penal y el archivo de la indagatoria de que se trate.

En el caso de que no hubieren sido cubiertos los requisitos de este Acuerdo o se considere necesaria la práctica de otras diligencias para mayor esclarecimiento de los hechos, esa Coordinación devolverá la averiguación previa al titular de la mesa que remite, haciendo las observaciones que estime pertinentes para su debida integración.

Cuando la Coordinación de Auxiliares del Procurador considere que en la averiguación previa en la que se hubiere propuesto el no ejercicio de la acción penal, existen elementos suficientes para ejercitarla formulará esa propuesta a los ciudadanos Subprocuradores quienes determinarán lo conducente.

DECIMO SEGUNDO.- Por lo que se refiere a la expedición de copias simples y certificadas solicitadas antes de que sea autorizado el no ejercicio de la acción penal deberá procederse en términos de lo dispuesto en el acuerdo A/027/90 expedido por el titular de la Institución publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 15 de octubre de 1990.

DECIMO TERCERO.- Las solicitudes de copias simples y certificadas de averiguaciones previas en que haya sido autorizado el no ejercicio de la acción penal así como las solicitudes relativas a la devolución de objetos y documentos involucrados las averiguaciones previas serán resueltas por los Subprocuradores de Averiguaciones Previas y de Control de Procesos según corresponda.

DECIMO CUARTO.- Los servidores públicos de esta Institución deberán proveer en la esfera de su competencia, lo necesario para la estricta observancia y debida difusión de este Acuerdo.

DECIMO QUINTO.- Cuando para el cumplimiento de este Acuerdo, sea necesario expedir normas o reglas que precisen o detallen su aplicación, los Subprocuradores de Averiguaciones Previas y de Control de Procesos y la Coordinadora de Auxiliares del Procurador, someterán al Procurador General lo conducente.

DECIMO SEXTO.- Al servidor público responsable de la inobservancia de los términos de este Acuerdo, se le sancionará de conformidad a lo establecido en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, con independencia de cualquier otro ordenamiento que le resulte aplicable.

TRANSITORIOS.

PRIMERO.- El presente Acuerdo revoca al Acuerdo A/057/89, publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 17 de noviembre de 1989, y cualquiera otra disposición contraria a lo aquí expuesto.

SEGUNDO.- El presente acuerdo entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

México, D.F., a 5 de marzo de 1994. El Procurador General de Justicia del Distrito Federal V. Humberto Benítez Treviño. Rubrica.

En este acuerdo anteriormente transcrito, contiene en su artículo 3º, como causas para un acuerdo de No Ejercicio de la Acción Penal lo previsto por el artículo 4º de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Además de contener la regulación a que se encuentra sujeto el denunciante o querrelante cuando es notificado de un acuerdo de esta índole y que es su deseo manifestar su inconformidad.

ACUERDO. A/006/92 (FEDERAL)

ACUERDO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA REPUBLICA, QUE DETERMINA EL ACTUAR DE LOS AGENTES DEL MINISTERIO

PUBLICO FEDERAL EN RELACION A LOS CASOS EN QUE SE RESUELVE EL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL, EN LAS AVERIGUACIONES PREVIAS A SU CARGO.

Con fundamento en los artículos 21 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 137 del Código Federal de Procedimientos Penales; 1º, 2º, fracción Y, 10, 12, 13 y 18 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; 1º, 3º y 4º, fracción I, 5 bis, fracción IV, 8 bis, fracción IX y 17, fracción V del Reglamento de la mencionada ley; Acuerdo A/032/91, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de agosto de 1991, y

CONSIDERANDO

Que la seguridad, bien invaluable e inapreciable de nuestra sociedad, debe entenderse como la condición permanente de libertad y de justicia social, que deben procurarse conjuntamente, ciudadanía y gobierno.

Que por ello, es necesario asegurar las condiciones para la conservación del orden jurídico, respetando y haciendo respetar los ordenamientos que le dan sustento y que constituyen la base del Estado de Derecho que nos rige. El mejoramiento del sistema de justicia está ligado al respeto de las garantías fundamentales consagradas en nuestra Constitución.

Que en ese orden de ideas, el artículo 21 Constitucional, señala que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público; añadiendo que también compete a la Policía Judicial, la que estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél.

Que la actuación del Ministerio Público, Titular del ejercicio de la acción penal, debe ir más allá de la simple persecución de los delitos; su función debe ser conciliadora y de protección no sólo para el ofendido, sino para la sociedad en general, a través del respeto a la ley y a los derechos de los demás.

Que cuando el Agente del Ministerio Público Federal, dentro de esas facultades constitucionales, determine en una averiguación previa el No Ejercicio de la Acción Penal, debe entenderse que el archivo del expediente será de carácter definitivo y que, por esa razón y además con el propósito de optar por una mejor procuración de justicia, se estima pertinente, dada la relevancia que conlleva resolver el No Ejercicio de la Acción Penal, puntualizar debidamente los requisitos y casos para su procedencia, lo quedará como resultado un mejor esclarecimiento de los hechos y que la determinación que emita el Agente del Ministerio Público Federal, se ajuste a Derecho; por lo que he tenido a bien expedir el siguiente:

ACUERDO.

PRIMERO.- Se determina el actuar de los Agentes del Ministerio Público Federal, en relación a los casos en que con fundamento en lo dispuesto por el artículo 137 del Código de Procedimientos Penales y demás

disposiciones legales se resuelva el No ejercicio de la Acción Penal en las averiguaciones previas a su cargo.

SEGUNDO.- En la averiguación previa, el Agente del Ministerio Público Federal consultará el No Ejercicio de la Acción Penal, cuando se presenten los casos siguientes:

- a) Que los hechos investigados no sean constitutivos de delito, de conformidad a la descripción típica contenida en la Ley Penal;
- b) Que se acredite fehacientemente que el inculpado no tuvo participación en los hechos que se investigan, en lo que respecta a su esfera jurídica;
- c) Que no exista querrela y se trate de delito perseguible a petición de parte ofendida, o hubiere sido formulada por persona no facultada para ello;
- d) Que aún pudiendo ser delictivos la conducta o los hechos de que se trate, resulte imposible la prueba de su existencia por obstáculos material insuperable;
- e) Que la responsabilidad penal se halla extinguido legalmente, en los términos del Código Penal;
- f) Que de las diligencias practicadas, se desprenda de manera indubitable que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal;
- g) Que la conducta o hecho atribuible al inculpado haya sido materia de una sentencia judicial emitida con anterioridad, y
- h) Que la ley quite el hecho investigado el carácter de delito que otro anterior le otorgaba.

TERCERO.- Una vez practicadas las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos e integrada la averiguación previa de que se trate, si no se reúnen los requisitos necesarios para el ejercicio de la acción penal, el Agente del Ministerio Público Federal, formulará consulta, si procediere, del No Ejercicio de la Acción de la misma por cualesquiera de las causas señaladas en el artículo segundo de este acuerdo.

CUARTO.- Formulada la consulta fundada y motivada, de No Ejercicio de la Acción Penal, el Agente del Ministerio Público Federal, procederá a hacerla del conocimiento del denunciante, querellante u ofendido, asentando razón de autos para los efectos del artículo 133 del Código Federal de Procedimientos Penales, y así se entere de su contenido para formular las observaciones que considere pertinentes en un plazo no mayor de quince días naturales, contados a partir de la notificación que se realice.

En el supuesto de que el denunciante, querellante u ofendido manifestare expresamente su conformidad sobre la determinación de No Ejercicio de la Acción Penal, se asentará razón de ello al término a que se hace referencia en el párrafo anterior, procediendo el Agente del Ministerio Público Federal a remitir la averiguación previa a la Coordinación General Jurídica en el Sector Central, y a los Supervisores dependientes de ésta, en las Delegaciones Estatales que en su caso correspondan o en la Delegación Metropolitana, para la producción del dictamen que en derecho proceda.

QUINTO.- La notificación al denunciante, querellante u ofendido a que alude el artículo anterior, se hará por cédula que será fijada en una tabla de avisos que para tal efecto se sitúe en lugar visible y de fácil acceso al público del local que ocupa la Agencia del Ministerio Público correspondiente, asentando debida razón en autos.

SIXTO.- Si dentro del término de quince días naturales a que hace referencia el artículo cuarto de este acuerdo, fueren recibidas por escrito las observaciones relacionadas o formuladas por el denunciante, querellante u ofendido, previa razón de ello, el Agente del Ministerio Público Federal procederá a su estudio y en su caso practicará las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos e integración correcta de la indagatoria o reiterará la propuesta del No Ejercicio de la Acción Penal.

En el supuesto de que el representante social ordene la práctica de nuevas diligencias, y agotadas éstas estime procedente el No Ejercicio de la Acción Penal, deberá notificar nuevamente su propuesta al denunciante, querellante u ofendido, observando las formalidades citadas.

SEPTIMO.- Transcurrido el término establecido sin recibir promoción alguna del denunciante, querellante u ofendido, el Agente del Ministerio Público asentará razón de ello y procederá a remitir la indagatoria conforme a lo dispuesto por el párrafo segundo del artículo cuarto de este acuerdo, para los efectos del numeral 8 bis, fracción IX del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

OCTAVO.- Para evitar retrasos innecesarios en la procuración de justicia, toda promoción que contenga las observaciones del denunciante, querellante u ofendido deberá presentarse ante el Agente del Ministerio Público Federal que conozca del asunto. Las presentadas fuera del término aludido serán desechadas sin mayor trámite.

NOVENO.- El agente del Ministerio Público Federal se abstendrá de efectuar la notificación a que alude el artículo cuarto de este acuerdo, cuando el querellante otorgue perdón al inculcado o a quien resulte responsable de los hechos investigados y éste proceda en los términos de ley.

DECIMO.- La Coordinación General Jurídica a través de su Unidad de Legislación y Dictámenes, al recibir la averiguación previa con consulta de No Ejercicio de la Acción Penal, revisará que se haya cumplido con las formalidades señaladas en los artículos que anteceden y de haber sido satisfechas producirá un dictamen que será sometido a la consideración del Subprocurador o Delegado que en su caso corresponda, quienes autorizarán en definitiva el No Ejercicio de la Acción Penal y archivo de la indagatoria de que se trate. En el caso de que no hubieren sido cubiertos los requisitos de este acuerdo el esclarecimiento de los hechos y de esa manera estar en aptitud de determinar el ejercicio o no de la acción penal, la Unidad de Legislación y Dictámenes a través de los Agentes del Ministerio Público Federal Auxiliares, en el Sector Central volverán la averiguación previa al representante social consultante haciendo las observaciones que estime convenientes.

DECIMOPRIMERO.- Siempre que para el mejor cumplimiento de este acuerdo sea necesario expedir normas o reglas que precisen o detallen su aplicación, los Subprocuradores y el Coordinador General Jurídico someterán al Procurador lo conducente.

DECIMOSEGUNDO.- Los servidores públicos de la Institución deberán proveer en la esfera de su competencia, lo necesario para la debida observancia y difusión de este acuerdo.

TRANSITORIOS

PRIMERO.- Esta disposición deja sin efectos el acuerdo A/004/84 y demás contenidos en las circulares y acuerdos que se hayan expedido hasta la fecha en todo lo que se le oponga.

SEGUNDO.- El presente acuerdo entrará en vigor el día siguiente a su publicación en el *Diano Oficial* de la Federación. México, D.F., a 31 de marzo de 1992.- El Procurador General de la República, Ignacio Morales Lechuga.- Rúbrica.

En este acuerdo emitido para el ámbito federal, son básicos los aspectos contenidos en el artículo 137 del Código Federal de Procedimientos Penales y que se transcriben en el acuerdo en su artículo 2º como parte central de dicho acuerdo, apoyándose en los demás artículos de su fundamentación para reglamentar todo el procedimiento que han de seguir tanto el Ministerio Público al resolver un No Ejercicio de la Acción Penal como el denunciante o querellante por su parte, quien deberá sujetarse a los términos y lineamientos que el acuerdo fija para tal fin.

Los acuerdos A/010/94 del Procurador del Distrito Federal y el A/006/92 del Procurador General de la República, derogan, en su totalidad a los acuerdos expedidos con anterioridad, pero siguiendo una fundamentación que principalmente encontramos en la Constitución y en sus Códigos de Procedimientos Penales respectivamente y que contienen normas en relación a las resoluciones de No Ejercicio de la Acción Penal.

Por otra parte se observa que en materia penal federal se han señalado tres hipótesis de archivo:

- a) Cuando los hechos no sean constitutivos de delitos, la falta de conductas o hecho y la ausencia de tipicidad;
- b) Cuando, aun pudiendo serlo, resulte imposible la prueba de su existencia; y
- c) Cuando la acción penal esté extinguida legalmente.
- d) Cuando el inculpado no ha tenido participación en los hechos delictivos.

En materia penal distrital se señalan las siguientes hipótesis de archivo:

- a) Cuando se comprueba que los hechos no son constitutivos de delito;
- b) Cuando, aun pudiendo serlo, operó la prescripción para el ejercicio de la acción penal.
- c) Cuando medió el perdón del ofendido tratándose de delitos perseguibles tras querrela de parte.
- d) Cuando se comprobó la existencia de excusas absolutorias (conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad y punibilidad);

- e) Cuando falleció el inculgado; y,
- f) Cuando exista la presunción legal de legítima defensa.

Lo cierto es, que los efectos son los de un sobreseimiento administrativo que se traduce en un archivo definitivo que impide por ende el posterior ejercicio de la acción en cuanto al delincuente y a los hechos considerados en la determinación que se tomó, por lo que es oportuno precisar que en este aspecto aunque algunos autores han considerado que se lleva a cabo así el procedimiento es por economía procesal, más bien pareciera que el Ministerio Público se atribuye poderes jurisdiccionales. Tomando en consideración los aspectos arriba indicados como ejemplo, las excusas absolutorias, para fines prácticos se confundiría con la reserva ya que su efecto sería provisional, quedando indefinida tal situación en un caso concreto y solo nos quedaría la prescripción, institución que además de dilatar la pronta procuración de justicia no nos otorgaría certeza jurídica. Es por ello que se hace preciso un medio de defensa jurisdiccional en el caso de un no ejercicio de la acción penal y con un efecto de archivo definitivo. A este respecto se observa que en los mencionados acuerdos el federal, es terminante mientras que el del distrito federal todavía deja soluciones indecisas.

Como señalamos con anterioridad el acuerdo es el acto por el cual el titular de un órgano de jerarquía superior conoce de un asunto cuya resolución le compete y que le ha sido sometida a consideración por el órgano de grado inferior, en un orden jerárquico que se sujeta a los poderes de mando y decisión. En estos acuerdos vamos a encontrar que efectivamente en un afán por coordinarse para cumplir con su misión de administrar justicia, los Procuradores emiten estos acuerdos en donde le van a dar los lineamientos al Ministerio Público para llegar a la resolución que recaiga según las hipótesis mencionadas.

Por último encontramos que el acuerdo de No ejercicio de la Acción Penal, tiene como consecuencia que el expediente de un caso concreto el carácter de un archivo definitivo, y que por lo tanto se deja al denunciante o querellante, ya sea la víctima o el ofendido sin recurso efectivo de defensa, porque únicamente se encuentra con una defensa interna, es decir en la misma instancia ante el Procurador, que aún siendo el superior jerárquico del Ministerio Público es la misma instancia ante quien se revisa nuevamente ese acuerdo para ser modificado o confirmado, siendo en la mayoría de los casos el segundo supuesto, a pesar de que en algunos casos si existen elementos suficientes para consignar, propiciando que el hecho quede impune, tomando además en consideración que por más vigilancia que pueda tener el Ministerio Público durante la integración de la averiguación previa pueden existir diversos factores que influyen para llegar a tomar la decisión de un no ejercicio de la acción penal como puede ser desde negligencia o corruptelas y malos manejos de la misma, entre otros y que van a desviar la determinación, dejando así diversos bienes jurídicos tutelados al

arbitrio de esa institución y sometida a la consideración de otra que al no tener más elementos en sus manos que los que el inferior le puede proporcionar, no va más que a confirmar esa determinación.

En Conclusión el Ministerio Público no ejercitará la acción penal: Cuando la conducta o los hechos de que carezca no sea sean constitutivos de delito, conforme a la descripción típica contenida en la Ley Penal; Cuando se acredite plenamente que el inculpadó no tuvo participación en la conducta o en los hechos punibles, y sólo por lo que respecta a aquel. Cuando, aun pudiendo ser delictivos la conducta o los hechos de que se trata, resulta imposible la prueba de su existencia por obstáculo material insuperable; Cuando la responsabilidad penal se halla extinguida legalmente, en los términos del Código Penal; y, cuando de las diligencias practicadas se desprenda plenamente que el inculpadó actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal, según los mencionados acuerdos.

4.- RESERVA.

Durante la integración de la averiguación previa puede llegar a la resolución de reserva, que tiene como efecto un archivo provisional ya sea porque de las diligencias practicadas no resultan elementos bastantes para hacer la consignación a los tribunales y no aparezca que se pueden practicar otras por el momento, pero que con posterioridad pudieran allegarse datos para proseguir la averiguación y por lo tanto se reservará el expediente hasta que aparezcan esos datos mediante las ordenes que entre tanto se giran a policía judicial y en su caso a peritos con la finalidad de lograr el esclarecimiento de los hechos; esta resolución la ubicamos entre el ejercicio de la acción penal y el no ejercicio de la misma o lo que es lo mismo con un archivo definitivo.

ACUERDO NUMERO A/04/90. (DISTRITO FEDERAL)

ACUERDO DEL PROCURADOR GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL POR EL QUE SE DAN INSTRUCCIONES A LOS AGENTES DEL MINISTERIO PUBLICO EN RELACION A LOS CASOS EN QUE SE RESUELVA EL ARCHIVO POR RESERVA EN LAS AVERIGUACIONES PREVIAS A SU CARGO.

Con fundamento en los artículos 3º apartado A, fracción III y 17 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal; 4º, 5º fracción XXIII, 7º fracción X y 15 fracción III del reglamento de la mencionada ley, y

CONSIDERANDO

Que dentro de los objetivos primordiales que se propone la actual administración y que se encuentran específicamente señalados en el Plan de Trabajo institucional del Procurador General de Justicia, lo constituyen el abalir la impunidad y combatir los vicios, rezagos y deformaciones que desafortunadamente y en forma significativa todavía forman parte de la procuración de justicia que actualmente se brinda a la ciudadanía capitalina;

Que tradicionalmente el archivo provisional de una averiguación previa que se decreta por causas de reserva, se le ha señalado que es originado por negligencia, incapacidad e ineptitud del personal que actúa en ella y en general como fracaso del Agente del Ministerio Público en la investigación iniciada, en virtud de que las diligencias practicadas en la averiguación previa de que se trate, no le permiten esclarecer el hecho investigado; En razón de lo anterior es de vital importancia el establecer lineamientos tendientes a lograr que el representante social no sea como se le atribuye, un órgano pasivo de la investigación, sino que tenga la actividad suficiente y capacidad necesaria para allegarse de los elementos probatorios que le permitan en definitiva esclarecer los hechos que le son denunciados; por lo que he tenido a bien expedir el siguiente:

ACUERDO.

PRIMERO.- En la averiguación previa, el Agente del Ministerio Público formulará la denuncia de reserva en los casos siguientes:

- a) Cuando el probable responsable o indiciado no esté identificado, y
- b) Resulte imposible desahogar algún medio de prueba y las ya existentes no sean suficientes para determinar el ejercicio o no de la acción penal.

SEGUNDO.- Para que proceda la consulta de reserva por cualesquiera de las causas señaladas en el artículo anterior, el Agente del Ministerio Público que conozca de la indagatoria de que se trate deberá previamente, actuar en los términos siguientes:

I.. Cuando solicitare la intervención de la Policía Judicial a fin de que se aboque a la investigación de los hechos, en el oficio respectivo deberán precisarse los puntos en que ésta deberá versar, asegurándose que se dé debido cumplimiento a lo ordenado. Si no hubiere pronta respuesta por parte de la Policía Judicial, no se cumplieran los puntos precisados o en su caso se demostrare negligencia o dolo en el informe que contenga la investigación practicada, el representante social nuevamente girará oficio recordatorio, precisando una vez más los puntos que deberá contener la investigación para la optimización de resultados, con copia a los superiores jerárquicos de los agentes comisionados y a la Unidad de Inspección Interna de la Policía Judicial, para los efectos de su intervención en el ámbito de sus respectivas competencias, quienes tomarán las medidas necesarias tendientes a que se practique real y efectivamente la investigación ordenada o valorarán si existen motivos fundados que impidan que aquélla se realice y en caso contrario procederán a levantar las actas administrativas de responsabilidad respectivas, para los efectos legales conducentes.

II. Cuando se solicitare la intervención de peritos se indicará los puntos que se considere necesario dilucidar y sobre los que deberá versar el peritaje correspondiente, a fin de obtener el esclarecimiento de los hechos. Si no fuese desahogada en un término perentorio la pericial solicitada o no se obtuviere pronta respuesta de los peritos comisionados en donde señalen las causas, motivos o elementos que impidieron su desahogo, el Agente del Ministerio Público mediante oficio recordatorio requerirá a los peritos rindan su dictamen, en los términos del artículo 175 del Código de Procedimientos Penales, asentando razón de ello en autos y dando vista de esa irregularidad a los superiores jerárquicos, a la Unidad de Inspección Interna de Servicios Periciales y a la Contraloría Interna, para que en el ámbito de sus respectivas competencias determinen lo conducente.

III. Cuando en la averiguación previa se solicitare algún informe o práctica de alguna diligencia que deberá efectuarse por otro servidor público de la institución, el Agente del Ministerio Público solicitará que ésta se efectúe con la mayor rapidez posible. Si transcurrido un término razonable no se hubiere practicado o dado respuesta a lo solicitado, girará oficio recordatorio para tales fines, asentando constancia de ello en autos y remitiendo copia del requerimiento al superior jerárquico del servidor público de que se trate, a la Contraloría Interna o al órgano de control correspondiente para que en el ámbito de sus respectivas competencias determinen lo conducente.

IV. Cuando se solicitare de cualquier otra autoridad, dependencia o entidad de la administración pública federal, de los Estados o de los Municipios, algún informe o que en auxilio de esta representación social, practique alguna diligencia necesaria para el esclarecimiento de los hechos y no obtuviere o se diere respuesta alguna dentro de un término perentorio, el Agente del Ministerio Público girará atento oficio recordatorio, con copia al superior jerárquico del requerido y a la unidad o área del control de donde éste preste sus servicios.

V. Cuando fuese necesario para la práctica de una o varias diligencias la comparecencia del denunciante, inculpado, testigo o cualquier tercero relacionado con los hechos que se investigan, el Agente del Ministerio Público podrá aplicar cualquiera de las medidas de apremio a que hacen referencia los artículos 20 y 23 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Bajo ninguna circunstancia podrá consultarse la reserva de la indagatoria, argumentando falta de interés, negativa a comparecer o a proporcionar mayores datos, imputables a cualquiera de las personas mencionadas en el párrafo anterior, debiendo el Agente del Ministerio Público alegarse de medios de convicción suficientes que le permitan lograr el pleno esclarecimiento de los hechos y la integración de la averiguación previa correspondiente.

El Delegado Regional o superior inmediato del representante social, tomará las medidas necesarias para evitar sean acumuladas indagatorias en sus respectivas jurisdicciones, pretextando el cumplir con los requisitos señalados en este acuerdo.

TERCERO.- Cuando el Agente del Ministerio Público se proponga consultar la reserva de la indagatoria a la Dirección General de Asuntos Jurídicos, por considerar que la averiguación previa se encuentra dentro de los supuestos

a que hace referencia el artículo primero de este acuerdo, actuará en los términos siguientes.

A) Solicitará del denunciante querellante y ofendido, aporte mayor información, proponga nuevas pruebas que desahogar o en su caso, si así fueren su deseo y de ser procedente, tercero inciso C) de esta disposición y hará la consulta que atorque perdón a o los inculpados;

B) Si el denunciante, querellante u ofendido, no aportare mayor información u otros medios de convicción, o si habiéndolos presentado no fueren suficientes y pertinentes para resolver en definitiva, el Agente del Ministerio Público, elaborará un acuerdo fundado y motivado donde se proponga la reserva del expediente.

C) En este acuerdo del Agente el Ministerio Público señalará las causas de la reserva, enumerando las diligencias faltantes y que considere necesarias practicar para la debida integración de la indagatoria y, previo visto bueno de su superior jerárquico, tomará la averiguación previa a la Dirección General de Asuntos Jurídicos quien resolverá lo conducente. Si la consulta de reserva no fuere aprobada, el agente del Ministerio Público deberá cumplir fielmente con las instrucciones que se le indiquen en el dictamen emitido por la Dirección General de Asuntos Jurídicos.

CUARTO.- Si después de aprobarse la reserva, se recibieren promociones, se ofrecieren nuevos medios de convicción o en general se presentara la posibilidad de continuar con la integración de la averiguación previa, el Agente del Ministerio Público recabará el expediente de la Unidad Central de Archivo de Concentración y Archivo Histórico, debiendo comunicar lo anterior a la Dirección General de Asuntos Jurídicos.

El titular de la Unidad Central de Archivo de Concentración y Archivo Histórico, también realizará la comunicación a que se hace referencia en el párrafo anterior y bajo su más estricta responsabilidad, no recibirá, directamente, expedientes que por cualquier motivo hubieren sido remitidos por Agentes del Ministerio Público Investigadores o de mesa de trámite, si no es con la aprobación o visto bueno de la Dirección General de Asuntos Jurídicos.

Una vez recabada la averiguación previa, desahogadas las pruebas recibidas o valorizada la información que se hubiere proporcionado, éstas no fueren suficientes subsistiendo la causa de reserva de expediente, el Agente del Ministerio Público, procederá a formular un acuerdo en los términos del artículo correspondiente a la Dirección General de Asuntos Jurídicos; en su caso comunicará a ésta, qué ha resuelto en definitiva en la indagatoria de que se trate.

QUINTO.- Se crea un cuerpo especializado de Agentes del Ministerio Público dependientes de la Dirección General de Asuntos Jurídicos quienes permanentemente supervisarán, revisarán y analizarán las averiguaciones previas en las que se proponga la reserva del expediente y aquéllas que hubieren sido archivadas por este motivo.

SEXTO.- En toda averiguación previa que se proponga la reserva, en la carátula del expediente respectivo, el Agente del Ministerio Público deberá indicar el término de prescripción de los hechos investigados.

SEPTIMO.- Cuando se demuestre negligencia en la prestación del servicio encomendado o se desobedeciere sin justa causa lo indicado en este

acuerdo o por ello operare la extinción de la acción persecutoria en los términos señalados en la Legislación Sustantiva Penal, el servidor público se hará acreedor a responsabilidades del orden penal con independencia de cualquier otra que le resulte.

OCTAVO.- En el ámbito de sus respectivas competencias el Subprocurador de Averiguaciones Previas y los Directores Generales de Asuntos Jurídicos, de la Coordinación de Delegaciones y de Averiguaciones Previas deberán proveer lo necesario para el estricto cumplimiento y debida observancia de este acuerdo.

TRANSITORIO.

PRIMERO.- Quedan sin efecto los contenidos de las circulares y acuerdos que se hayan expedido hasta la fecha, en todo lo que se oponga a esta disposición.

SEGUNDO.- Este acuerdo entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

México, D.F., a 6 de febrero de 1990.- El Procurador General de Justicia del Distrito Federal, Ignacio Morales Lechuga.-Rúbrica.

ACUERDO NUMERO A/007/92 (FEDERAL).

ACUERDO NUMERO A/007/92 DEL PROCURADOR GENERAL DE LA REPUBLICA, QUE DETERMINA EL ACTUAR DE LOS AGENTES DEL MINISTERIO PUBLICO, RESPECTO A LOS ASUNTOS EN QUE CONSULTEN LA RESERVA DE LAS AVERIGUACIONES PREVIAS A SU CARGO.

Con fundamento en los artículos 21 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 131 del Código Federal de Procedimientos Penales; 1º, 2º, fracción I, 10, 12 y 18 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; 3º, 4º, fracción XI y 8 bis, fracción IX del Reglamento de la mencionada ley; acuerdo A/032/91 publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de agosto de 1991, y

CONSIDERANDO.

Que el Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994 señala que toda institución precisa modernizarse, con el objeto de que pueda cumplir cabal y eficazmente con las funciones que legal y reglamentariamente tienen encomendadas. Esta Procuraduría no es la excepción, pues tiene como importantes tareas, entre otras, la vigilancia de la constitucionalidad y la legalidad, procurar la plena vigencia de las normas jurídicas, la seguridad de la ciudadanía, la persecución de los delitos del orden federal, la solicitud de aplicación de las penas y mantener el ímpetu de la justicia, con absoluto respeto irrestricto a las libertades y garantías de que gozan los gobernados.

quienes exigen un Estado que los defienda y les garantice seguridad en sus personas y en sus bienes.

Que como otra estrategia para avanzar hacia la modernización que se busca en este rubro, dicho plan propone modernizar la institución del Ministerio Público y modificando su que hacer con el fin de que responda, de mejor manera, a las necesidades y circunstancias de la sociedad actual, procurando una más amplia presencia en la tutela de los derechos fundamentales de la comunidad, y en la prevención de la delincuencia así como en la defensa de la sociedad frente al delito.

Que el Ministerio Público debe velar, en todo momento, por un régimen de estricta legalidad, así como preservar las garantías individuales de los particulares, asumiendo responsabilidades y actitudes propias de sus funciones, sin descargo de su obligación constitucional de persecutor de los delitos.

Que tradicionalmente, el archivo provisional de una averiguación previa que se decreta por causa de reserva, se ha pensado que es originado por negligencia, incapacidad o ineptitud del personal que actúa en ella y, en general, como fracaso del Ministerio Público en la investigación iniciada, toda vez que de las diligencias practicadas en la averiguación previa de que se trata no le permiten esclarecer los hechos investigados.

Que en razón de lo anterior, es de fundamental importancia establecer lineamientos tendientes a lograr que el representante social no sea, como se le atribuye, un órgano pasivo de la investigación, sino que tenga la actividad suficiente y capacidad necesaria para allegarse de los elementos que le permitan, en definitiva, esclarecer los hechos que le son denunciados; por lo que he tenido a bien expedir el siguiente:

ACUERDO.

PRIMERO.- Se determina el actuar de los Agentes del Ministerio Público Federal, respecto a los asuntos en que con fundamento en lo dispuesto por el artículo 131 del Código Federal de Procedimientos Penales, consulten la reserva de las averiguaciones previas a su cargo.

SEGUNDO.- En la averiguación previa, el Agente del Ministerio Público Federal, formulará la consulta de reserva cuando se presenten los casos siguientes:

- a) Que el probable responsable o inculcado no esté plenamente identificado, y
- b) Que resulte imposible desahogar algún medio de prueba y los ya existentes sean insuficientes para determinar el ejercicio o no de la acción penal.

TERCERO.- Para que proceda la consulta de reserva por cualesquiera de las causas señaladas en el artículo que antecede, el Agente del Ministerio Público Federal que conozca de la indagatoria de que se trate, deberá previamente actuar en los términos siguientes:

I. Cuando solicite la intervención de la Policía Judicial Federal para que ésta se aboque a la investigación de los hechos, en el oficio respectivo deberán precisarse, con claridad, los puntos en que tal investigación deberán versar, asegurándose que se dé debido cumplimiento a lo ordenado. Si no hubiese pronta respuesta por parte de la Policía Judicial Federal, no se cumplieren los puntos precisados o en su caso se observara negligencia o dolo en la investigación o en el informe que la contenga, el representante social girará oficio recordatorio, precisando una vez más los puntos que deberá contener la investigación para optimizar resultados, enviando copia del recordatorio a los superiores jerárquicos de los elementos comisionados y a la Unidad de Inspección Interna de la Policía Judicial y de los Servicios Periciales, para efecto de su intervención en el ámbito de sus respectivas competencias, quienes tomarán las medidas necesarias tendientes a que se practiquen real y efectivamente la investigación ordenada o valorarán si existen motivos fundados que impidan que se realice. En caso de observar responsabilidad en los servidores públicos comisionados, procederán a levantar las actas administrativas que correspondan para los efectos legales conducentes.

II. Cuando solicite la intervención de peritos, indicará los puntos que considere necesarios dilucidar y sobre los que deberá versar el peritaje correspondiente, a fin de obtener el completo esclarecimiento de los hechos. Si la pericial solicitada no fuera desahogada en un término perentorio o no se obtuviere pronta respuesta de los peritos comisionados en donde señalen las causas, motivos o elementos que impidieron el desahogo de la misma, el Agente del Ministerio Público Federal, mediante oficio recordatorio requerirá se rinda el dictamen en términos de lo establecido en el artículo 228 del Código Federal de Procedimientos Penales, asentando razón de ello en autos y dará vista de la irregularidad a los superiores jerárquicos de tales elementos, y a la Unidad de Inspección Interna de la Policía Judicial y de los Servicios Periciales, para los efectos de su intervención en el ámbito de sus respectivas competencias.

III. Cuando se solicite algún informe o práctica de alguna diligencia a otro servidor público de la Institución, el Agente del Ministerio Público Federal dejará asentado que ésta se efectúe con la mayor rapidez posible, pero si transcurrido un término razonable no se hubiere practicado o dado respuesta a lo solicitado, girará oficio recordatorio asentando constancia de ello en autos y remitirá copia del requerimiento al superior jerárquico del servidor público de que se trate, a la Contraloría Interna de la Institución o al Órgano de Control correspondiente para que en el ámbito de sus respectivas competencias determinen lo conducente.

IV. Cuando solicite de cualquier otra autoridad, o dependencia de la Administración Pública Federal, de los Estados o de los municipios, algún informe o que en auxilio de esta representación social practique alguna diligencia necesaria para el esclarecimiento de los hechos y no obtuviere respuesta alguna dentro de un término razonable, girará atento oficio recordatorio, sentando constancia de ello en autos, con copia al superior jerárquico del requiendo y a la Unidad o Área de Control de donde éste preste sus servicios.

V. Cuando para la práctica de alguna diligencia sea necesaria la comparecencia del denunciante, del inculpado, de un testigo o de cualquier persona relacionada con los hechos que se investigan, para mayor rapidez en la integración de la averiguación previa, podrá aplicar cualesquiera de

los medio de apremio a que hace referencia el artículo 44 del Código de Procedimientos Penales.

Bajo ninguna circunstancia podrá consultarse la reserva de la indagatoria, argumentando falta de interés, negativa a comparecer o a proporcionar mayores datos, imputable a cualquiera de las personas mencionadas en el párrafo anterior, debiendo al Agente del Ministerio Público Federal allegarse de medios de convicción suficientes que le permitan lograr el pleno esclarecimiento de los hechos y la integración de la averiguación previa correspondiente.

El superior inmediato del Agente del Ministerio Público Federal, tomará las medidas necesarias a fin de evitar que sean acumulados expedientes en sus respectivas jurisdicciones, pretextando cumplir con los requisitos señalados en este acuerdo.

CUARTO.- Cuando el Agente del Ministerio Público Federal, consulte la reserva de la averiguación previa a la Coordinación General Jurídica, al Delegado Estatal que en su caso corresponda o al Delegado Metropolitano, por considerar que se encuentra dentro de los supuestos a que se hace referencia el artículo segundo de este acuerdo, actuará en los términos siguientes:

- a) Solicitará al denunciante, querellante u ofendido aporte mayor información, o en su caso, proponga nuevas pruebas para desahogar.
- b) Elaborará el acuerdo fundado y motivado donde consulte la reserva del expediente, si el denunciante, querellante u ofendido no aportare mayor información u otros medios de convicción, o habiéndolos presentado no fueren suficiente y pertinentes para resolver en definitiva.

Lo anterior sin perjuicio de que se allegue, por los conductos legales, todos los medios de convicción, que sean necesarios para la correcta integración de la averiguación previa respectiva, y

- c) Señalará claramente en el acuerdo a que se hace referencia el inciso anterior las causas por las cuales se consulta la reserva y enumerará las diligencias faltantes que considere necesarias practicar para la correcta integración de la indagatoria y, previo visto bueno de su superior jerárquico, la turnará a la Coordinación General Jurídica, Delegado Estatal que en su caso corresponda o a l Delegado Metropolitano quienes resolverán lo conducente.

Si la consulta de reserva no fuere aprobada, el Agente del Ministerio Público Federal Deberá cumplir fielmente con las instrucciones que se le indiquen en el dictamen emitido por la Coordinación General Jurídica, a través de su Unidad de Legislación y Dictámenes, la Delegación Estatal que en su caso corresponda, o Delegación Metropolitana.

QUINTO.- Una vez aprobada la reserva, la Coordinación General Jurídica a través de su Unidad de Legislación y Dictámenes, remitirá el expediente al Director General de Averiguaciones Previas, en espera de que se alleguen nuevos medios de convicción para continuar con la integración de la indagatoria. El delegado Metropolitano o Delegado Estatal que conozca del asunto, conservarán la averiguación previa para los mismos efectos

SEXTO.- Si con posterioridad a la aprobación de la consulta de reserva, se recibieren promociones, se ofrecieren nuevos medios de convicción o el Agente del Ministerio Público Federal se allegase de los mismos con la posibilidad de continuar la integración de la indagatoria, éste recabará el expediente para practicar las diligencias conducentes y si desahogadas no fueren suficientes subsistiendo la causa de reserva, el Agente del Ministerio Público Federal, procederá a formular el acuerdo correspondiente en términos de lo establecido en el artículo cuarto.

SEPTIMO.- En toda averiguación previa que se consulte la reserva, el Agente del Ministerio Público Federal deberá indicar el término de prescripción de los hechos investigados.

OCTAVO.- Cuando se demuestre negligencia en la prestación del servicio encomendado o se desobedeciere sin justa causa lo indicado en este acuerdo y por ello opere la extinción de la acción penal en los términos señalados en el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, el servidor público se hará acreedor a responsabilidades del orden penal con independencia de cualquier otra que le resulte.

NOVENO.- Se ordena la integración de un cuerpo especializado de Agentes del Ministerio Público Federal, dependiente de la Coordinación General Jurídica, quienes permanentemente revisarán y analizarán las averiguaciones previas en las que se apruebe la reserva en el Sector Central a efecto de su debida depuración.

En el Sector Desconcentrado esa atribución la realizarán los Agentes del Ministerio Público Federal Supervisores dependientes de la Dirección de Unidad de Legislación y Dictámenes.

DECIMO.- En el ámbito de sus respectivas competencias el Subprocurador de Averiguaciones Previas, Oficial Mayor y Coordinador General Jurídico, deberán proveer lo necesario para el estricto cumplimiento y debida observancia de este acuerdo.

DECIMOPRIMERO.- Se instruye al Oficial Mayor para el efecto de que procesa a dictar las medidas necesarias que deberán proveerse y expensarse para llevar a cabo los fines de este acuerdo.

DECIMOSEGUNDO.- Al Servidor Público responsable de la inobservancia de los términos de este acuerdo, se le sancionará de conformidad a lo establecido en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos con independencia de cualquiera otra que le resulte.

TRANSITORIOS.

PRIMERO.- Quedan sin efectos los contenidos en las circulares y acuerdos que se hayan expedido hasta la fecha en todo lo que se oponga a esta disposición.

SEGUNDO.- Este acuerdo entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Estos acuerdos de reserva tienen como efecto el archivo provisional de una averiguación previa, en el que independientemente de las "causas justificadas" para determinar una reserva por falta de elementos , no podemos dejar al margen la negligencia e incapacidad de l personal que actúa en ella, es por ello que ambos acuerdos prevén las nuevas ordenes que tienen como facultad los Agentes del Ministerio Público tanto a Peritos como a la policía judicial como sus auxiliares que son, cuando no cumplan con sus funciones y no porque sea materialmente imposible, sino porque no las cumplimenta debidamente y esto tiene como consecuencia que queden ininidad de delitos impunes, estos acuerdos facultan a dicha Representación Social para que pueda insistir o exigir que le sean cumplimentadas las ordenes giradas, ya sea a peritos en diferentes materias o a la policía judicial en su caso.

En los artículos Primero y Segundo del acuerdo señala el fundamento principal que es el artículo 131 del Código Federal de Procedimientos Penales para que, cuando de las diligencias practicadas no resulten suficientes elementos para consignar y no puedan practicarse otras diligencias, pero si exista la posibilidad que con posterioridad allegarse datos para proseguir la averiguación; se reservara el expediente "hasta que aparezcan datos". Por lo que, si no se encuentra al probable responsable, o no esté plenamente identificado, el Ministerio Público con apoyo de la policía judicial y de peritos no se tomen la molestia de volver a indagar, a no ser que verdaderamente se encuentren con las evidencias por reincidencias del mismo presunto. Lo mismo sucede cuando los medios de prueba que aporta el denunciante o querellante son insuficientes para determinar el Ejercicio de la Acción Penal; siendo lo ideal que se aprovechara en el más mínimo indicio o medio para allegarse de ellos.

Es de resaltar que en los acuerdos emitidos para la Reserva tanto en el ámbito Federal como en el Distrito Federal, son semejantes las disposiciones en relación a la facultad que tiene el Agente del Ministerio Público para hacer cumplir sus ordenes giradas a sus auxiliares y que el acuerdo de reserva sea precisamente porque por causas ajenas a dichos funcionarios no se integren los elementos del tipo penal, pero no así porque en casos concretos no se practiquen las diligencias debidamente.

FALTA PAGINA

No. 144 a la 145

CAPITULO IV. LA IMPUGNACIÓN A TRAVES DEL JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DEL ACUERDO DE NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.

1.- REQUISITOS NECESARIOS PARA LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DEL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.

A.- EL MINISTERIO PUBLICO COMO AUTORIDAD RESPONSABLE.

La Ley de Amparo contiene dos preceptos que hacen referencia a la Autoridad responsable en dos sentidos; el primer artículo es el artículo 5o. fracción II, que establece la autoridad o autoridades como parte en el juicio de amparo; en tanto que el artículo 11 propiamente define quien es una autoridad responsable: "Es autoridad responsable la que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado.", en esta definición en la extensión de sus términos lo que expresa el legislador es lo que ha de entenderse por autoridad responsable para los "efectos" en el juicio de amparo.

El Tribunal Federal señala que la responsabilidad de la autoridad en el juicio constitucional son dos: Si el hecho fue combatido en el sentido positivo cuando de manera inmediata le es impuesta por la sentencia de amparo al obligar a dicha autoridad a restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía o garantías individuales violadas, volviendo las cosas al estado físico y/o jurídico en que se encontraban antes de la violación; pero, si el acto combatido fuese en el sentido negativo, la obligación consistirá en que la autoridad actúe en el sentido de cumplir el contenido de la garantía individual, respecto del cual se había abstenido.

Por otra parte el Maestro Miguel Acosta Romero dice que la forma en que opera el acto administrativo es conforme a sus elementos que son los siguientes: el sujeto, la manifestación externa de voluntad, objeto y forma que generalmente es escrita, esto es en relación a que el Ministerio Público es la autoridad responsable, y

también una autoridad administrativa toda vez que las resoluciones que emite son "actos administrativos".

A mayor abundamiento, los sujetos son el activo, que es el órgano administrativo creador del acto, el pasivo, que son aquellos a quienes va dirigido o quienes ejecutan el acto administrativo, que pueden ser entes públicos, personas jurídicas colectivas, o el individuo en lo personal. La manifestación externa de voluntad, debe tener una exteriorización que pueda ser perceptible, para que se manifieste objetivamente esa voluntad; la cual debe reunir requisitos como el ser espontánea y libre, dentro de las facultades del órgano, no estar viciada por error, dolo o violencia y que debe expresarse en los términos previstos por la ley; de no ser así la actuación de el Ministerio Público en la integración de la averiguación previa y al emitir indebidamente un acuerdo de no ejercicio de la acción penal no está cumpliendo con los lineamientos para emitir un acto administrativo.

El Objeto, lo clasificamos en directo o inmediato, que es la creación transmisión, modificación, reconocimiento o extinción de derechos y obligaciones dentro de la actividad del órgano administrativo y en la materia en la que tiene competencia. El objeto indirecto o mediato será realizar la actividad del órgano del Estado, cumplir con sus cometidos, ejercer la potestad pública que tiene encomendada; en ambos debe observarse los requisitos de ser posible física y jurídicamente, ser lícito, ser realizado dentro de las facultades que le otorga la competencia al órgano administrativo que lo emite.⁶¹

Nosotros resaltamos el requisito de legalidad que debe observarse en todo acto de autoridad, porque el acto administrativo proviene de la potestad que tiene la autoridad administrativa en la ley, lo que significa que el acto administrativo está sometido al principio de legalidad consagrado por el artículo 16 constitucional como garantía individual y conforme al cual la autoridad administrativa sólo puede realizar los actos que la ley le autorice, exige que toda molestia que se cause a alguien, en su persona familia, domicilio, papeles o posesiones, sólo podrá hacerse mediante mandamiento escrito o sea una resolución administrativa escrita.

Aun cuando con fundamento en el artículo 21 constitucional reiteradamente se transcribe que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél, esto no significa que tenga el monopolio de la pretensión punitiva estatal y por ende es susceptible de someterse ese acto de esta autoridad a juicio constitucional.

A este respecto nosotros opinamos que para terminar con el monopolio que hace dueño de la acción penal al Ministerio Público, propugnamos porque una vez reunidos los requisitos legales, tiene el Ministerio Público la obligación de hacer la

⁶¹ Ob cit. pp. 637 a 644.

consignación ante los tribunales, en caso de no hacerlo proponemos la procedencia del amparo que pueda combatir el inejercicio de la acción penal.

Estimamos, contrariamente a lo actualmente sostenido por la Corte, que el juicio de amparo es perfectamente procedente cuando se promueve contra el inejercicio indebido e ilícito de la acción persecutoria.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como otros autores que no están de acuerdo con la procedencia del juicio de garantías contra el inejercicio de la acción penal, aducen los siguientes argumentos:

1o. Que de acuerdo a la Constitución compete de manera exclusiva la Ministerio Público perseguir los delitos, y que si se le obliga por medio del amparo a actuar, se viola la Carta Fundamental, puesto que se hace intervenir en dicha persecución a las autoridades judiciales;

2o. Que el Ministerio Público no reviste el carácter de autoridad, cuando determina el no ejercicio de la acción penal;

3o. Que permitir el amparo contra el Ministerio Público, es dejar en manos de los particulares la persecución de los delitos;

4o. Que el afectado por un delito que el Ministerio Público no quiso perseguir, no resiente violación alguna en sus derechos; que lo que se viola es el interés social. Y que además puede exigir al responsable el pago de daños y perjuicios ante los Tribunales del orden civil; y,

5o. Que al obligar al Ministerio Público a la persecución de un delito, existe una invasión de competencias; por parte de la autoridad judicial en la administrativa.⁶²

El mismo autor en su obra hace acertados comentarios en favor de la procedencia del juicio de garantías en contra de la abstención indebida del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, los argumentos que enumera abarcan cada una de las apreciaciones que hace la Suprema Corte en sus ejecutorias para oponerse a la procedencia del juicio de amparo en contra de tal resolución, mismas que a continuación se incluyen por ser una complementación a los análisis que en particular realizamos de las ejecutorias y jurisprudencias que ha emitido hasta el momento la Suprema Corte de Justicia para nuestro tema, es decir, la determinación de no ejercicio de la acción penal.

1.- El primer argumento es del todo falso. Al obligar al Ministerio Público a ejercitar la acción penal, no con ello la autoridad judicial se convierte en órgano persecutor, puesto que sólo se provoca que el Ministerio Público cumpla con una "función-obligación" que le es propia, y que constitucionalmente le está encomendada por los artículos 21 y 102 constitucionales; los que prevén la incumbencia de la

⁶² MARTINEZ GARZA VALDEMAR.- "La Autoridad Responsable en el Juicio de Amparo en México.- Edit. Porrúa, S.A.- México 1994. pp. 183 y 184.

persecución ante los tribunales cuando se cometa un delito, así como buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de los delincuentes, y hacer que los juicios se sigan con toda regularidad; finalidades éstas que de no observarse repercuten en necesaria violación de la Ley Suprema, cuyo único medio de protección lo constituye el juicio de amparo, ya que de acuerdo con el régimen de derecho organizado, la autoridad administrativa, cuando es autoridad, es susceptible de control constitucional, pues no existe acto alguno de esta institución, que pueda evitar el control de la constitucionalidad e inconstitucionalidad. Por otro lado, no queda en manos de la autoridad judicial la persecución de los delitos, ya que en ningún momento este órgano del Estado se separa de sus atribuciones para substituirse al Ministerio Público.

2.- En cuanto a la segunda argumentación consistente en que cuando el Ministerio Público no ejercita la acción penal, no es autoridad y por lo mismo el amparo es improcedente en tales casos, es necesario señalar que dicho criterio es del todo inexacto, porque cuando éste determina no ejercer la acción persecutoria, lo hace fuera de todo proceso jurisdiccional y con plena autonomía, unilateralidad e imperatividad que son los principios en los que se basa dicha autoridad, por lo tanto tal abstención es un acto de autoridad para los efectos del amparo; ya que si su negativa no da lugar a la existencia de un proceso, (requisito sine qua non para que el Ministerio Público pierda su carácter de autoridad), lo anterior viene a demostrar que no se dan los supuestos para la actuación de "parte" y por lo que no puede ser cierto lo que pretende anteponer la Suprema Corte para la procedencia del juicio de garantías.

Estimamos que por el contrario en el momento en que el Ministerio Público determina si ejercita o no, la acción penal, se le debe calificar como autoridad, toda vez que para ello no solicita la aprobación del juez; y por todo ello procede el juicio de amparo, contra la abstención ilegítima a ejercer la acción persecutoria.

3.- Para el tercer argumento, relativo a que se deja en manos de los particulares la persecución de los delitos si se permite la interposición del juicio de amparo en contra de la autoridad persecutora, resulta inconcebible, porque el hecho de que sea el particular quien impugne una actuación indebida del Ministerio Público a través del juicio constitucional, esto no significa o implica que ese particular se substituya en persecutor o investigador de los delitos, dado que en ningún momento funge como esta Magistratura independiente en sus funciones, sino que únicamente se le exige mediante este medio que cumpla con su "deber jurídico", sin que en ningún momento la sentencia se pronuncie en favor del gobernado para que pueda realizar tal actividad tan propia de la autoridad persecutora.

De lo contrario si se aceptara el argumento planteado por la Corte, tendríamos que aceptar que toda vez que se combatan actos "negativos" de las autoridades ya sean judiciales y administrativas, se encontraría en manos de los particulares el ejercer las atribuciones propias de las autoridades, lo que resulta falso.

4.- Sobre la cuarta argumentación esta no tiene apoyo alguno, si el precepto constitucional imperativo que prevé un "poder-deber" del Ministerio Público en cuanto a la persecución de los delitos, éste fue consagrado en favor de todo gobernado que resulte ser víctima de la comisión de un delito, como un derecho subjetivo público (tanto por lo que respecta a la garantía individual y tanto para la acción) exigiéndole al Estado que a través de su autoridad competente para ello y que cumpla con su "obligación pública" de perseguir los actos delictivos mediante una autoridad judicial.

Como se recuerda el sujeto activo con derecho al goce de las garantías individuales es todo gobernado, y el sujeto pasivo es el Estado a través de sus autoridades; existiendo entre ambos sujetos una relación jurídica que se traduce para el particular en una "potestad" de exigir al Estado que cumpla positivamente con su facultad o en su caso con el efecto negativo que determine al respecto la garantía individual al verificar la actuación demandada por el súbdito estatal.

De lo anterior nos encontramos con que existe aparejado al Derecho Público de los Particulares correlativamente para el Estado el respeto a las facultades concedidas a los gobernados en ejercicio de su soberanía. Dado que el artículo 21 constitucional está incluido en el capítulo de las Garantías Individuales, es de aceptarse que la persecución y castigo de los delitos es un "deber" Estado frente a todos los ciudadanos, y de manera particular ante las víctimas de la comisión de algún delito, por lo que ésta víctima como gobernado y como miembro de la colectividad o "sociedad", tiene el Derecho Público Subjetivo de exigir al Estado como se dijo con anterioridad que se persiga castigue al sujeto que transgredió el orden penal vigente.

El Ministerio Público en sus funciones debe obrar de un modo justificado y no arbitrario como lo es en el caso de no ejercer la acción penal siendo esto indebido o ilícito, con lo que viola claramente la garantía de audiencia contenida en el artículo 14 de la Constitución, dejando al sujeto pasivo del delito (gobernado) sin ser oído y vencido en el juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se cumplan todas las formalidades esenciales del procedimiento, con lo que se le está privando de sus derechos en la fase de averiguación previa inclusive.

Asimismo la garantía de legalidad que debe revestir todo acto de autoridad, consagrado por el artículo 16 de la Ley Suprema, dado que todo acto de autoridad debe estar legalmente fundado y debidamente motivado, para que válidamente pueda producir consecuencias jurídicas en el ámbito de los gobernados, y al no estarlo la negativa del Ministerio Público para ejercitar la acción punitiva, viola este dispositivo constitucional.

En consecuencia esta abstención ilegal de practicar la pretensión punitiva, igualmente viola las garantías individuales contenidas en los artículos 14, 16 y 21 de la Ley Fundamental.

5.- Por último, se dice que al obligar al Ministerio Público a cumplir con la persecución de los delitos mediante el juicio de amparo, se da origen a una invasión competencial entre el Poder Judicial ante el Ejecutivo, sosteniendo lo anterior se llegaría al absurdo total de negar la procedencia del juicio constitucional contra todos los actos de carácter administrativo por las mismas razones de invasión competencial, de aceptarlo forzosamente se concluye en que en todo amparo existe una invasión, por parte de la autoridad judicial en la esfera competencial de la autoridad responsable, al obligarle a respetar, en favor del quejoso la garantía individual violada.

Por lo que afirmamos que cuando la Suprema Corte ampara a través del juicio de garantías a un gobernado contra alguna ley, no desempeña una función legislativa ni invade el ámbito competencial del Poder Legislativo que la expidió; así que cuando protege a una persona contra actos judiciales o administrativos por violación a las garantías de audiencia, para el efecto de ser oído al agraviado reponiendo el procedimiento respectivo, el tribunal federal no ejerce facultad que le incumben a las autoridades responsables.

Para concluir se asevera que por las consideraciones anteriores, cuando el Ministerio Público se abstenga indebida e ilícitamente de practicar la pretensión punitiva en contra del autor de un hecho delictuoso, no obstante que el hecho y la presunta responsabilidad sean evidentes, hay suficiente razón jurídica para que ese acto negativo pueda ser impugnado a través del juicio de amparo interpuesto por el ofendido que resintió en su perjuicio la comisión de un delito.⁶³

B.- LAS GARANTIAS INDIVIDUALES VIOLADAS POR LA ABSTANCION INDEBIDA DEL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.

a) CONCEPTO DE GARANTIA INDIVIDUAL.

La palabra garantía proviene del término anglosajón "warranty" o "warantie" que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar. Jurídicamente el vocablo y el concepto garantía se originaron en el derecho privado, teniendo en él las aceptaciones señaladas con anterioridad.

El concepto garantía en derecho público ha significado diversos tipos de seguridades o protecciones en favor de los gobernados dentro de un estado de

⁶³ Ob. cit. pp. 184 a 188.

derecho, es decir, dentro de una entidad política estructurada y organizada jurídicamente, en el que la actividad del gobierno está sometida a normas establecidas y que tienen como base de sustentación el orden constitucional.

Ahora bien, existe una limitación estatal frente a los miembros singulares del estado o gobernados y las limitaciones jurídicas a la actuación de las autoridades, misma que se revela en las garantías individuales; jurídicamente es una relación de derecho existente entre el gobernado como persona física o moral, la actividad pública que las autoridades desempeñen no pueden ser a voluntad propia, debe considerarse siempre como representante del Estado a quien se encomienda el ejercicio del poder de éste.

Dice el maestro Burgoa en su obra "Garantías Individuales" Que las relaciones a que aludimos pueden ser de tres tipos: La de Coordinación que son los vínculos que se entablan en variadas causas entre dos o más sujetos físicos o morales dentro de su condición de gobernados (derecho privado y derecho social); las de supraordinación se establecen entre los diferentes órganos de poder o gobierno de un estado o sociedad, normando la actuación de cada uno de ellos (derecho constitucional y derecho administrativo); a gran diferencia de las dos anteriores encontramos las relaciones de supra o subordinación que surgen en distinto plano o posición, es decir, entre el Estado como persona jurídico-política y sus órganos de autoridad, por un lado, y el gobernado, por el otro.(actos de autoridad propiamente dichos cuyos atributos son la unilateralidad, la imperatividad y la coercitividad); unilaterales porque para su existencia no requiere de la voluntad del particular al que va dirigido o frente al que se realiza, imperativo en virtud de que se impone contra y sobre la voluntad en contrario del gobernado quien tiene la obligación de obedecerlo, y sin perjuicio, de que lo impugne jurídicamente como corresponde y coercitivo porque si no se acata por rebeldía u oposición de la persona contra quien se pretenda ejecutar, puede realizarse coactivamente, incluso mediante la fuerza pública en detrimento de ella.⁶⁴

Después de lo anterior el autor proporciona el siguiente concepto de Garantías Individuales: " Son las relaciones jurídicas que se entablan entre el gobernado, por un lado, y cualquier autoridad estatal de modo directo e inmediato y el Estado de manera indirecta o mediata, por el otro".⁶⁵

De esta manera teniendo el Estado efectivamente la potestad de autolimitarse en su ejercicio con objeto de no lesionar la esfera jurídica de sus súbditos, y toda vez que se encuentra encuadrada la parte dogmática de nuestra Constitución, dentro de la tesis estatista de la creación y otorgamiento de las garantías individuales e implicando derechos subjetivos públicos, esa relación jurídica de supra a

⁶⁴ Ob. cit. pp. 166 y 167.

⁶⁵ Idem. p.167

subordinación entre el gobernado como sujeto activo y el Estado y sus autoridades como sujeto pasivo, es pertinente señalar que de acuerdo a la índole de la obligación estatal, ésta puede ser negativa si se trata de un no hacer o abstención y positiva se trata de un hacer en favor de los gobernados.

Aún cuando es sabido que existen diversos tipos de garantías individuales, que en cuanto a su contenido como los son: las de libertad, de igualdad, de propiedad y de seguridad jurídica, únicamente dedicamos nuestro estudio a las garantías de seguridad jurídica contenidas en los artículos 14, 16 y 21 de la Constitución General de la República referentes al tema que nos ocupa, ya que en artículos que hemos señalado se incluyen en sus diversos párrafos sólo en algunos de ellos encontramos la fundamentación del tema de nuestro trabajo.

Examinando el contenido de las garantías de seguridad jurídica, encontramos que la obligación del Estado correlativa a la del derecho público subjetivo del gobernado, consiste en un "HACER" es decir en un actuar positivo en favor del gobernado (pero nunca en una abstención como pretende interpretar el Ministerio Público en su actuación negativa de ejercer acción penal indebidamente, por ende no se puede permitir que el individuo afectado en su esfera jurídica por violaciones a garantías individuales como lo son las de seguridad jurídica, dejando en el total desamparo por no existir precepto alguno que prevea la procedencia de un medio para impugnarlo ya sea administrativo, judicial o constitucional en contra de esa resolución.

En nuestro sistema legal existen en favor del gobernado las garantías de seguridad jurídica que a través de los derechos públicos subjetivos contenidos en los artículos 14 y 16 del la Ley Suprema como lo son las garantías de audiencia y legalidad, para evitar que cuando las autoridades lesionen ilícitamente la esfera jurídica de todo gobernado, se le conceda a éste la oportunidad de impugnar esa actividad indebida de la autoridad a través de los recursos, juicios o medios de defensa que para el efecto establezca la ley respectiva, por lo que bajo ningún pretexto, fuera de los casos que expresamente señala la Carta Fundamental, no podrá bajo ningún argumento o pretexto permitir que ninguna autoridad, niegue la garantía de audiencia a los gobernados.

Ahora bien, el problema que se ocasiona con motivo de que el Ministerio Público no ejerza el poder-deber de la acción penal que tiene encargada como autoridad administrativa del Estado, misma que se traduce en la pretensión punitiva en el juicio propiamente dicho, es evidente que dicha actividad negativa de abstención (no hacer), origina claramente una privación de los derechos del gobernado, que sin previa audiencia y sin permitirle la oportunidad de impugnar tal inejercicio, es a todas luces anticonstitucional y por otra parte es evidente el arbitrio judicial en que incurre la Suprema Corte al señalar esas excepciones más allá de las expresadas en la Ley de Amparo o la propia Constitución atribuyéndose facultades legislativas

al consignar otras causas de improcedencia de la acción de amparo provocando consecuencias en perjuicio del gobernado.

Habiendo expresado que por una parte la autoridad judicial se atribuye facultades legislativas indebidamente, y por otra parte por imperativo constitucional previstos en los artículos 21 y 102 de dicho ordenamiento jurídico el Estado tiene el deber de ejercitar la acción penal facultad destinada al Ministerio Público, existe correlativamente el Derecho Subjetivo Público de los particulares para exigirle que actúe en acatamiento de la Carta Fundamental; de lo anterior es cierto que como interés social existe las determinaciones del representante social, pero de manera inmediata y directa, repercute esa actividad en la esfera jurídica del gobernado o gobernados que sufren en tal manera la comisión del hecho delictivo cometido en su agravio.

El maestro Ignacio Burgoa dice que la seguridad jurídica es el conjunto de modalidades jurídicas a que tiene que sujetarse un acto de cualquiera autoridad para producir válidamente, desde un punto de vista jurídico, la afectación en la esfera del gobernado en los diversos derechos de éste y a continuación textualmente agrega: "...Garantías de Seguridad jurídica el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el summum de sus derechos subjetivos..."⁶⁶

Si la seguridad jurídica contiene varias garantías individuales en donde claramente se manifiestan como substancia de diversos derechos subjetivos públicos individuales del gobernado oponibles y sobre todo exigibles al propio Estado y a sus autoridades, estas deben acatarlos en forma positiva, pero de ninguna manera en forma abstracta, puesto en el acto mismo de autoridad existen efectivamente todos los requisitos, condiciones, elementos o circunstancias para que el acto de autoridad produzca válidamente la afectación al gobernado.

b) ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL, GARATIA DE AUDIENCIA.

Este artículo 14 constitucional, párrafo segundo a la letra nos dice: "Nadie puede ser privado de la vida, de la libertad, o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho", en él encontramos que contiene la Garantía de Audiencia integrada por cuatro garantías de seguridad jurídica que son: el juicio previo al acto de privación; que este se siga

⁶⁶ Ob. cit. p. 504.

ante los tribunales previamente establecidos; con el cumplimiento y observancia de las formalidades procesales esenciales y la decisión jurisdiccional ajustada a las leyes vigentes con anterioridad a la causa que origine el juicio, contando el gobernado como titular de ese derecho con una amplia y sólida protección a sus bienes jurídicos integrantes de su esfera subjetiva de derechos.

El acto de autoridad como venimos indicando, se da en las relaciones de supra a subordinación, así el acto de privación que señala dicho párrafo consiste en la consecuencia o el resultado de un acto de cierta autoridad que puede consistir en un menoscabo o disminución de la esfera jurídica del gobernado, cuando existe un egreso o pérdida de alguno de sus bienes ya sean materiales o inmateriales incluyendo derechos, por la desposesión o despojo y hasta el impedimento para ejercer un derecho (esto es el caso en que incurre en su determinación el Ministerio Público, provocando la afectación a la esfera jurídica del individuo).

BIENES JURIDICOS QUE TUTELA LA GARANTIA DE AUDIENCIA.

Los bienes jurídicos tutelados por este artículo conforme a su párrafo segundo que son la vida, como elemento existencial del sujeto, misma que se ve tutelada frente a actos de autoridad que pretendan hacer de ella objeto de privación; la libertad, extendiéndose a todas las libertades públicas individuales, que como derechos subjetivos que consagra nuestra Constitución, están protegidos a través de la garantía de audiencia, frente y contra cualquier acto de autoridad que importe su privación y específicamente se refiere a la libertad personal, física o ambulatoria; la propiedad, como derecho real la garantía citada la protege en sus tres derechos subjetivos que son el uso, el disfrute y el de disposición de la cosa, materia de la misma; la posesión, la preservación que guarda la garantía de audiencia respecto de ésta es análoga a la de la propiedad, por ser una mera tenencia material por no está jurídica ni constitucionalmente protegida, pero de antemano reconocemos que tiene una causa la cual puede ser derivada que comprende a todas los derechos de la propiedad excluyendo el de disposición de la cosa, en cambio si ese poder fáctico, además del derecho de usar y de disfrutar del bien de que se trate así como la facultad de disponer estamos en presencia de una posesión originaria, en ambos casos son protegidas por la garantía de audiencia. Por separado enunciaremos la protección jurídica que otorga la garantía de audiencia a "los derechos", porque consideramos que los bienes anteriormente comentados son violados en casos específicos dependiendo del acto delictivo que se cometa y que cause perjuicio a un individuo en particular.

Pero tratándose de los derechos el alcance protector de la garantía de audiencia queda dentro de cualquier derecho subjetivo, sea real o personal. Los derechos subjetivos han sido definidos: "como facultades concedidas a la persona por el orden jurídico", de tal manera que mediante esta idea, es diferente de los simples intereses que no están protegidos por la misma garantía constitucional. Los

derechos, como norma jurídica objetiva son el cúmulo de facultades o pretensiones que adquiere una persona dentro de la situación jurídica concreta en que se coloca, lo mismo que equivale a considerar a la norma objetiva como fuente de los mismos que encierra la actualización particular o individual e la situación jurídica abstracta, dentro de la hipótesis general establecida en la norma de derecho objetivo.

GARANTIAS DE SEGURIDAD QUE INTEGRAN LA GARANTIA DE AUDIENCIA

La primera de ellas que es mediante "juicio" equivale a la idea de procedimiento como un fin que estriba en la realización de un acto jurisdiccional por excelencia que es la única que puede establecer en una resolución la dicción del derecho (nótese no de una autoridad administrativa). "De las consideraciones expuestas se colige que el concepto de 'juicio' en que estriba el elemento central de la garantía específica de que tratamos, se manifiesta o traduce en un procedimiento en el que se realice una función jurisdiccional tendiente, como el término lo indica, a la dicción del derecho en un positivo real conflicto jurídico (resolución jurisdiccional, fallo o sentencia), o en el que se otorgue o haya otorgado ocasión para que tal conflicto surja o hubiere surgido".⁶⁷

Entonces, el juicio de que se habla en este artículo 14 constitucional en su segundo párrafo puede ser un procedimiento ante una autoridad judicial que lo sea formal o materialmente hablando, cuando el bien materia de la privación que sea la vida o la libertad personal y, en general, cuando se trate de la materia penal con apoyo en lo previsto por el artículo 21, primera parte, de la Constitución. Estableciendo que por tal debe entenderse un procedimiento ante autoridades judiciales, y negando a las autoridades administrativas la facultad de privación de derechos a los particulares. De tal argumento y a la letra del artículo 14 constitucional, concluimos que ni las autoridades judiciales y mucho menos las administrativas pueden privar a nadie de sus bienes que éste tutela, sin habersele oído previamente en defensa como procede en el ordenamiento aplicable.

Los Tribunales previamente establecidos en la garantía específica de seguridad jurídica de la de garantía de audiencia, el juicio que anteriormente señalamos debe seguirse ante tribunales previamente establecidos relacionado con la garantía consagrada en el artículo 13 constitucional, en el sentido de que nadie puede ser juzgado por tribunales especiales.

Las formalidades procesales esenciales, que integran la tercera garantía específica integrante de la de audiencia, son en razón de todo procedimiento que desarrolle una función jurisdiccional y que pretenda resolver un conflicto jurídico, que a su vez tiene la función de otorgar la oportunidad de defensa para que la

⁶⁷ Ibidem. p. 549.

víctima de un acto de privación externe sus pretensiones opositoras al mismo para que finalmente pueda decir el derecho apegándose a la verdad o realidad.

Para concluir solo apuntamos que existen excepciones a la garantía de audiencia que son dos, una la que se prevé en el artículo 33 de la Constitución, en el sentido de que los extranjeros que juzgue o estime indeseables el Presidente de la República, pueden ser expulsados del país, sin previo juicio; la otra de ellas es la que se desprende del artículo 27 constitucional en lo referente a las de expropiaciones por causa de utilidad pública.

Fuera de estos dos casos no existe mandamiento expreso en nuestra Constitución que prevea que los gobernados no pueden recurrir por violaciones a sus garantías Individuales al juicio de amparo, así interpretado, decimos que las determinaciones del Ministerio Público a contrario sensu pueden ser recurridas validamente a través de este juicio constitucional creado para ese fin.

c)- ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL, GARANTIA DE LEGALIDAD.

El artículo 16 de nuestra Constitución es uno de los preceptos que mayor protección otorgan a cualquier gobernado, en relación a la garantía de seguridad jurídica contenida en la garantía de legalidad que en él se consagra, por su extensión y efectividad jurídicas, pone a la persona a salvo de todo acto de mera afectación a su esfera de derecho, cuando sea contrario a cualquier precepto independientemente de la jerarquía o naturaleza del ordenamiento de que se trate, que es la que vamos a analizar a continuación:

En su primera parte del artículo 16 textualmente establece:

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

BIENES JURIDICOS QUE TUTELA LA GARANTÍA DE LEGALIDAD.

El bien jurídico tutelado por la garantía de seguridad jurídica que contiene la garantía de legalidad como lo es la "persona" y que queda comprendida dentro de la esfera subjetiva del gobernado, el concepto persona desde el punto de vista jurídico incluye tanto a la individualidad psico-física del sujeto con todas las potestades inherentes, pero es de mayor importancia la afectación o molestia en su personalidad jurídica propiamente dicha, es decir, en atención a la capacidad imputable al individuo, consistente en adquirir derechos y contraer obligaciones. Por consiguiente desde el punto de vista del derecho para adquirir esta calidad, se requiere que jurídicamente se le repute dotado de la capacidad.

Por el contrario la molestia en perjuicio del gobernado a través de su "familia", no implica que se cause a alguno o algunos de los miembros de dicho grupo, sino que opera en los derechos familiares del individuo, entendiéndose por tales todos los que comprendan a su estado civil, así como a su situación de padre, de hijo, y otros.

El Domicilio como bien jurídico tutelado por esta garantía equivale a su propio hogar, es decir, a su casa o habitación particular donde convive con su familia, y para efectos del artículo 16 de la Constitución se hace la distinción, cuando el individuo carece de lugar de residencia como domicilio efectivo, es obvio que su despacho y oficina debe reputarse como domicilio, y por ende, afectables por un acto de molestia todos los bienes que dentro de éste se hallen, en caso de que el gobernado además de su despacho y oficina, tenga su domicilio, únicamente este es susceptible de afectación. Independiente del lugar que puede estimarse como domicilio, lo cierto es que, si se toma en cuenta que los actos de molestia por lo general tienen como materia de afectación los diversos bienes que dentro de aquéllos se encuentren, resulta que la perturbación que tales actos originen puede impugnarse a través del elemento "posesiones" a que se alude el citado precepto constitucional.

El siguiente bien jurídico tutelado por esta garantía de seguridad jurídica lo denomina el precepto constitucional como "papeles" que se componen de todos los documentos de una persona, es decir, todas las constancias escritas de algún hecho o acto jurídico, la finalidad contenida, es salvaguardar en contra de cualquier acto de molestia, especialmente en los actos de cateos arbitrarios que puedan comprometerlo, la documentación del gobernado únicamente debe consistir en la requisición o apoderamiento de las diversas y variadas constancias escritas que la integran, pero nunca extenderse a los actos o derechos que en las mismas se consignen, pues el acto de autoridad que perturbe a estos opera a través de estos bienes jurídicos protegidos por el artículo 16 constitucional.

Por último los bienes muebles e inmuebles que se encuentren bajo el poder posesorio de una persona se protegen frente a actos de molestia a través del elemento posesiones que ya fue contemplado con anterioridad al tratar los bienes jurídicos que protege la garantía de audiencia establecida en el artículo 14 constitucional, segundo párrafo.

GARANTIAS DE SEGURIDAD JURIDICA QUE INTEGRAN LA GARANTIA DE LEGALIDAD.

Inicialmente encontramos el término "nadie" el que desde un punto de vista subjetivo marca la extensión de tales garantías individuales, equivalente a "ninguna persona", o "ningún gobernado sin distinción..

Nuevamente en esta garantía consignada en la primera parte del artículo en comento el acto de autoridad debe ser condicionado para no causar molestia, perturbación o afectación a cualquiera de los bienes jurídicos mencionados en dicho precepto, que en cierta manera es más amplio que la tutela que da al gobernado el artículo 14 constitucional, por la implicación que tienen los actos privativos, participan del concepto genérico del "acto de molestia", validez constitucional que deriva de las garantías de audiencia y de legalidad, entendiéndose que las exigencias que establecen las garantías consagradas en la primera parte del artículo 16 constitucional son todos los posibles e imaginables, como los actos estrictos de privación, independientemente de su índole formal o material, es decir, en aquellos que produzcan una merma o menoscabo en la esfera jurídica subjetiva de la persona. (actos de molestia en sentido lato).

En efecto, la eficacia jurídica de la garantía de legalidad reside en el hecho de que por su mediación se protege todo el sistema de derecho objetivo de México, desde la misma Constitución hasta el reglamento administrativo más minucioso, al condicionar a todo acto de molestia con una fundamentación y motivación de la causa legal del procedimiento, es decir, el acto de molestia en la persona, familia, domicilio, papeles o posesiones del gobernado, realizados por la autoridad competente, esto es, no basta la causa o elementos determinante, sino que debe estar debidamente fundado y motivado en una ley en su aspecto material, o sea una disposición normativa general e impersonal, creadora y reguladora de situaciones abstractas.

La fundamentación de esa causa legal que debe contener todo acto de molestia causado en los bienes jurídicos a que se refiere el artículo 16 constitucional, como consecuencia directa del principio de legalidad que consiste en que las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley expresamente les permite.

La fundamentación puede existir en la determinación que realice el Ministerio Público en el acuerdo de no ejercicio de la acción penal, pero si este es indebido porque si existen efectivamente elementos del tipo penal para proceder en donde "existe una violación a esta garantía de legalidad y por lo tanto es procedente el juicio constitucional para reconsiderar tal acuerdo por un órgano diferente del administrativo como lo es el Ministerio Público e incluso su superior que es el Procurador.

La motivación que se integra por las circunstancias y modalidades del caso particular encuadren dentro del marco general correspondiente establecido por la ley es un problema mucho más complejo, por la abstracción que esta implica y que se deja dentro de las facultades de esta autoridad administrativa en el caso o situación concretas. Dado lo anterior, afirmamos que si tal supuesto no corresponde al caso concreto, o sea, si éste no encaja dentro de aquél, el acto de autoridad respectivo viola la exigencia de motivación legal, por más que estuviere previsto en una norma, es decir, aunque esté legalmente fundado.

Como esa motivación legal implica la adecuación necesaria que debe hacer la autoridad entre la norma general que funda el acto de molestia y el caso concreto en el que va a surtir efectos, si no se adecua se viola la subgarantía que con la de fundamentación legal, integra la de legalidad de ese acto, como sucede en el caso de el acuerdo de abstención de ejercer acción penal en contra de un sujeto, cuando no ha sido debidamente integrada una averiguación previa y que como consecuencia lleva a la autoridad a una determinación incorrecta, que supuestamente está motivada, sin embargo, no es una motivación cierta que hace a su criterio el Ministerio Público.

Para el efecto de la procedencia del amparo en contra de la abstención del Ministerio Público, objeto de nuestro estudio, esta motivación que como ya se dijo es la adecuación a una norma jurídica legal o reglamentaria al caso concreto donde opera o cause el acto de molestia, la autoridad que en este caso es el Ministerio Público debe dar los motivos que justifiquen la aplicación correspondiente, mismos que deben manifestarse en los hechos, circunstancias y modalidades objetivas de dicho caso para que se encuadre en los supuestos abstractos previstos en la norma, pero si esa actividad investigadora no se realiza eficientemente y se deja incompleta, por el motivo que sea, no se puede considerar que esos motivos formulados sean exactos y correctos, debiendo manifestarse precisamente en el mandamiento escrito, con el objeto de que el afectado por el acto de molestia, llaméase denunciante o querellante, pueda conocerlos y estar en condiciones de producir su defensa.

Inclusive, pese a la facultad discrecional que tiene la autoridad de realizar esa adecuación exacta, para determinar si el caso concreto que vayan a decidir encuadra dentro del supuesto abstracto previsto normativamente no significa que por esa sola idea de que una autoridad pueda, a pretexto de ejercitar dicha facultad no obsta para que por esa potestad pueda "alterarlos y actuar así sin ley o contra de la ley" incurriendo con tal posición atentar en contra del régimen de derecho mediante la vulneración al principio de legalidad en comento; mucho menos dejar tal acto arbitrario sin medio que permita someterlo a un examen del poder judicial, "controlándose judicialmente a través del amparo y en función de la garantía de motivación contenida en la de legalidad que prevé la primera parte del artículo 16 constitucional".

Cuando coexiste la violación de ambos requisitos de fundamentación y motivación de un acto de cualquier autoridad se traduce en actos arbitrarios en el sentido jurídico, por ser actos que no se apoyan en ninguna norma legal o reglamentaria, infringiendo la norma que debe regirlos, o en su caso, por citar preceptos legales o reglamentarios dentro de la cual no está comprendida esa situación particular y concreta como suele suceder cuando equivocadamente no se ejercita la acción penal, aún pudiéndose encuadrar tal hecho a un tipo penal se hace.

d) ARTICULO 21 CONSTITUCIONAL.

La adopción que retomó la Constitución de 1917, documento en el que se le dio vida efectiva al principio acusatorio en materia judicial penal y en cuya observancia se ha fincado la imparcialidad en la administración de la justicia que estriba en defender los intereses y derechos de los gobernados, que a su vez buscó sin lugar a dudas el equilibrio de la facultad que le compete al Ministerio Público que es la procuración de justicia con la facultad de impartición de justicia propiamente dicho que tienen a cargo los jueces; no obsta para que en la actualidad se pretenda buscar la procedencia del juicio de amparo en contra de la negativa de ejercitar acción penal sin que esto signifique que el Tribunal Federal se atribuya la facultad acusatoria "exclusiva" del Ministerio Público.

Anteriormente, el hecho de que correspondiera a los jueces la procuración de justicia y la pretensión punitiva estatal a la vez no permitía la imparcialidad en la administración de justicia por residir en un sólo órgano dos facultades prácticamente contrarias, pero diferente es el caso en que el Tribunal Federal pueda revisar esa determinación para poder decir si es o no legal y debida esa abstención (acto negativo no contemplado por la Ley Suprema como facultad del Ministerio Público), ello no significa que sea de la competencia de este órgano la función acusatoria, toda vez que esta regresa a manos del Ministerio Público para que se determine nuevamente un acuerdo definitivo entre este y su superior en relación a la existencia de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculpaado en el caso concreto.

Todo lo anterior nos lleva al siguiente estudio: dice el artículo 21 Constitucional "La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a una Policía ..." que es otra garantía de seguridad jurídica y que se traduce en que el gobernado no puede ser acusado sino por una autoridad especial que es el Ministerio Público; ni el Juez puede actuar en el esclarecimiento de la existencia de delitos y en la determinación de la responsabilidad penal de sus autores, sin la previa acusación del Ministerio Público.

Esta misma disposición queda corroborada por el artículo 102 de la Ley Suprema al referirse en especial a las facultades del Ministerio Público Federal y que textualmente se dice: "Estará a cargo del Ministerio Público de la Federación la persecución, ante los tribunales de todos los delitos del orden federal...", que no es sino, la facultad positiva de actuar ejercitando la acción en contra del autor de un delito.

Entonces, por mandamiento de la Constitución corresponde al Ministerio Público la titularidad de la facultad y la potestad "soberana" de determinar la procedencia de su ejercicio, pero cuando hay una abstención ilegal, este acto de autoridad trae severas consecuencias para el ofendido por no tener ningún medio para

impugnar jurídicamente esa determinación. Ya que la reforma a dicho precepto constitucional de diciembre de 1994 únicamente enuncia: "Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley", sin que aún se contenga en leyes secundarias ni en la Ley de Amparo el medio que ha de proceder para tal fin.

Por otra parte, la posición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, provoca consecuencias cuando expresa en sus ejecutorias la improcedencia del juicio de amparo en contra de la abstención del ejercicio de la acción penal, lesionando impunemente los intereses del gobernado al no desplegarse la facultad persecutoria indebidamente; sin que ninguna otra autoridad, ni el ofendido mismo, tengan el medio ordinario o extraordinario incluyendo la acción de amparo para impugnar esta determinación por no estar contemplado en algún ordenamiento legal.

En nuestra opinión el ofendido debe tener el derecho de entablar acción constitucional contra el acuerdo del Ministerio Público en el sentido de no ejercitar su facultad persecutoria, de esta forma tanto esta institución como su superior jerárquico, que es el Procurador, tendrían un control a su actitud arbitraria que con frecuencia se observa en dicha institución.

Al establecer la procedencia de la acción de amparo contra tales decisiones del Ministerio Público, la Justicia Federal, que en este caso serían los Juzgados de Distrito tendrían la oportunidad de establecer, en cada caso concreto determinar si la negativa de esa autoridad para perseguir un delito no está legalmente fundada, este tribunal puede obligar a la institución a ejercitar la acción penal, siempre que se reunieran los requisitos legales para la procedencia de ese efecto, es decir, el ejercicio de la acción penal; quedando así protegidos los derechos subjetivos del gobernado.

Dice el maestro Burgoa "A pesar de que nos hemos referido a la actuación del Ministerio Público considerándola como "facultad", estimamos que en el fondo entraña una obligación social muy importante a su cargo que le impone el artículo 21 constitucional. Siendo una obligación de dicha institución la persecución de los delitos en las fases a que hemos aludido, debe concluirse que su desempeño no debe quedar al irrestricto arbitrio de los funcionarios que la componen, encabezados por los procuradores correspondientes. Por consiguiente, si la existencia de un delito se comprueba durante el periodo de investigación respectivo y existen datos que demuestren la presunta responsabilidad en su comisión, el Ministerio Público debe ejercitar la acción penal contra el presunto responsable ante el órgano judicial competente. Este deber, derivado del mismo artículo 21 de la Constitución, excluye la facultad de abstenerse del ejercicio de la acción punitiva, ya que no perseguir los delitos ni a sus autores, entraña una

situación antisocial que pone a la colectividad en permanente peligro, auspiciando la perpetración permanente o periódica de hechos delictuosos bajo el signo de su impunidad.⁶⁸

Continúa expresando: "La obligación social a que hemos aludido no sólo la tiene dicha institución frente a la comunidad, sino que la asume, en cada caso concreto, frente a los sujetos que sean víctimas u ofendidos de un delito. Esta obligación social individualizada nos lleva a la conclusión de que el artículo 21 constitucional, en lo que al Ministerio Público atañe, sí contiene una verdadera garantía individual en favor de todas las persona que sean sujetos pasivos de un hecho tipificado legalmente como delito, asistiéndoles el derecho correlativo consistente en exigir de la citada institución la investigación penal correspondiente y el ejercicio de la acción punitiva ante los tribunales. Esta consideración, a su vez, apoya la procedencia del juicio de amparo contra las decisiones del Ministerio Público en lo que respecta al no desempeño de la mencionada acción."⁶⁹

Además de lo anterior, para aquellos que son de la idea de que el precepto constitucional se puede interpretar por contraposición, es decir, que la recíproca, sería que si le incumbe a Ministerio Público la persecución de los delitos; le es propia igualmente la facultad de no perseguirlo a su arbitrio, (haciendo la aclaración de que esta procedencia del juicio de amparo que apoyamos es para la hipótesis de que sea indebida e ilegal esa determinación, obviamente que cuando sea legal será al Tribunal Federal el que diga el derecho que corresponda.), la reciprocidad de la facultad contenida en el artículo 21 constitucional implicaría el dejar de perseguir en cualquiera de sus aspectos de no ejercicio o abstención, o abandono en su caso de la acción penal en todas sus formas, en ese momento estaría invadiendo la función decisoria del juez y quizá hasta la legislativa al dar los presupuestos y condiciones de procedibilidad y de punibilidad que una vez satisfechos requieren el ejercicio de la acción penal, todo lo expuesto claramente nos permite percatarnos de la violación a esta garantía de seguridad jurídica contenida en el precepto que nos ocupa.

Por último, la exigencia punitiva de la ley y la pretensión punitiva del querellante, radican en el principio de legalidad que exige que se persiga el delito cuando estén satisfechos los presupuestos y condiciones de punibilidad y procedibilidad que en nuestra Carta Magna se encuentran fijados en los artículos 16 y 19 constitucionales, que en suma no son sino una serie de violaciones de garantías individuales en perjuicio del gobernado, y por último otra de las referidas violaciones en que incurre es la garantía de audiencia contenida en el artículo 14 constitucional que ya hemos comentado.

⁶⁸ Ibidem. p. 660.

⁶⁹ Idem.

2.- CRITERIOS EMITIDOS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN RESPECTO DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DEL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.

A.- CONCEPTO DE JURISPRUDENCIA.

La palabra *jurisprudencia* posee dos acepciones distintas. En una de ellas equivale a la ciencia del derecho o teoría del orden jurídico positivo. En la otra sirva para designar el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales.

En nuestro derecho la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación obliga a la propia Corte y a los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, Juzgados de Distrito, Tribunales Militares y Judiciales del orden común de los Estados, Distrito Federal y Tribunales Administrativos y del Trabajo, locales y federales. Todo lo anterior no incluye a la autoridad administrativa tal y como se contempla la figura del Ministerio Público y por tanto es que se hace necesario estudiar las jurisprudencias y precedentes que posteriormente analizaremos en relación a nuestro tema.

"Las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno constituyen jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario y que hayan sido aprobadas por lo menos por catorce ministros (párrafo segundo del artículo 192 de la Ley de Amparo)"⁷⁰

Para nuestro tema afirmamos que a casos de excepción sólo se aplicarán reglas de excepción, y al declararse jurisprudencialmente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que no se puede combatir mediante el juicio de garantías, las determinaciones del Ministerio Público, que versan exclusivamente acerca de dicha actuación de esta autoridad desplegada al ejercicio de la pretensión punitiva estatal, la Suprema Corte esta confirmando la aplicación de dicha regla de excepción, a un caso no comprendido dentro de la misma; dado que ni la Constitución ni la Ley de Amparo y por tanto tampoco los Códigos de Procedimientos Penales respectivos para el fuero federal y común disponen la improcedencia cuando el acto reclamado lo constituye el inejercicio de la acción penal.

⁷⁰ Ob cit. pag. 69.

Por tal motivo consideramos convenientes y necesarios breves comentarios a los criterios jurisprudenciales que enseguida retomamos

B.- CRITERIOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.

1.- ACCION PENAL, PRECLUSION DE LA RESOLUCION QUE ORDENA EL NO EJERCICIO DE LA. (MINISTERIO PUBLICO). "Conforme al texto y espíritu del artículo 21 constitucional, al Ministerio Público le es conferida la acción persecutoria del delito, de manera que los particulares no pueden suplantar, en esa función, a la autoridad en quien la sociedad ha depositado de modo exclusivo la acción, sin duda alguna para evitar los excesos a que daba lugar la venganza privada; y arrancando así el poder de solicitar la actuación de la concreta voluntad de la ley, al particular, éste ha de acudir al órgano Ministerio Público en denuncia o querrela, en términos del artículo 16 de la propia Carta Fundamental de la Nación, como requisito previo, si quiere que el poder de obrar adquiera las formas procesales. Del mismo modo, la jurisdicción está impedida de iniciar la secuela sin el previo visto del Ministerio Público, de manera que la decisión sobre la procedencia o improcedencia del ejercicio de la acción persecutoria, está librada a favor del Ministerio Público, sujeta al principio de la legalidad; y si el Procurador de Justicia del Estado actuó dentro de las facultades que le otorgan diversos artículos aplicables de la Ley Orgánica respectiva, ha de concluirse que el acuerdo dictado por el mismo, al ordenar que no se ejercitara la acción penal, lo fué dentro de su esfera jurídica, creando una situación de preclusión a favor de la indiciada y en contra de la denunciante. En efecto, ya sea que se admita que la denunciante puede acudir al juicio de garantías contra las resoluciones de esta índole, o que se sostenga que le está impedido demandar la protección constitucional contra ese actor de autoridad, es indiscutible que causó estado la resolución que declaró que no había delito que perseguir, y que el Ministerio Público, a través de uno de sus Agentes, no puede revivir la averiguación concluida, dándole carácter revocatorio al acuerdo de su superior, y destruyendo la autoridad de la cosa juzgada; y si son los mismos hechos, aunque ejecutados en distintos tiempos y con diversa clasificación los que fueron objeto de la declaración aludida del Procurador de Justicia, del ejercicio de la acción penal y del auto de formal prisión combatido, se llega a la afirmación de que apreciado ese actuar de la inculpada como no ilícito penal, no podía con posterioridad ser enjuiciado como hecho constitutivo de delito, por la contradicción lógica que esto implica a la negación jurídica que lleva en sí".⁷¹

Como es sabido el artículo 21 Constitucional es el fundamento de la acción persecutoria del delito, conferida al Ministerio Público, y por ende no puede un particular tener esa facultad; por otra parte no es necesario que el propio artículo incluya la palabra "exclusiva" al referirse a esa función del Ministerio Público, además de que ya no existe en el texto actual, pero no hay autoridad distinta de esta que tenga tal facultad.

⁷¹ Semanario Judicial de la Federación.- Primera Sala.- Tomo CV.- Epoca 5A.- Página 116.- Amparo penal en revisión 3600/48. Rubio Montoya Josefina. 5 de julio de 1950. Mayoría de tres votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

En este precedente se incluye el principio de legalidad como requisito previo el cual es exigido por la ley para que el Ministerio Público pueda mediante la preexistencia de una denuncia o querrela iniciar la integración de esa averiguación previa. Por lo tanto la decisión de procedencia o improcedencia de la acción persecutoria está ligada a dos garantías individuales de que goza todo gobernado, una la contemplada en el artículo 21 y previo cumplimiento de los requisitos previos exigidos por el artículo 16 Constitucionales.

Ahora bien, la Suprema Corte de Justicia de la Nación incluye la figura de la PRECLUSION, la que en concepto del maestro Cipriano Gómez Lara es: "La pérdida de los derechos procesales por no haberlo ejercido en la oportunidad que la ley da para ello. Para que la preclusión se produzca, es menester que se haya consumido íntegramente el plazo dado por la ley para la realización del acto pendiente"⁷². De lo anterior deducimos que la preclusión no es una figura aplicable al ejercicio de la acción penal, porque los únicos derechos que precluyen son: para contestar la demanda, al no ofrecer pruebas, al no impugnarse una resolución dentro de los plazos y oportunidades que la ley procesal da para ello.

Cuando el Ministerio Público dicta el acuerdo de no ejercicio de la acción penal, aún debe pasar a revisión de la Dirección General Técnica Jurídica, para que sea aprobada o desaprobada por el Procurador correspondiente, cumpliendo hasta aquí con un recurso interno y previo, y solo entonces será una resolución definitiva y es en este momento en donde la ley secundaria correspondiente debe fijar el término para que la figura de la preclusión sea aplicable en el caso concreto, pero no antes, y si tomamos en consideración los 15 días que tanto las leyes, así como el Acuerdo dictado por el Procurador, es de entenderse que no es un término de preclusión para el caso que tratamos en este estudio, sino como ya se dijo, solo será para el recurso previo e interno que el denunciante o querellante tiene para solicitar la revisión ante el Procurador en caso de no estar conforme con el acuerdo de abstención del ejercicio de la acción penal.

Otro punto a tratar es cuando dice que "causó estado la resolución que declaró que no había delito que perseguir", en este aspecto para llegar a considerar que una resolución ha causado estado, advirtiendo que el término correcto es "cosa juzgada" y cuyo efecto es en un sentido material o de fondo el adquirir un carácter irrevocable, indiscutible de la decisión de la controversia mediante la aplicación de una norma sustantiva general, buscando con ello la definitividad y certeza en las decisiones de los Tribunales, Pero nunca de una autoridad administrativa como lo es el Ministerio Público. Agrega además que "no puede revivirse la averiguación previa concluida, dándole el carácter de revocatorio al acuerdo del Superior, y destruyendo la autoridad de la cosa juzgada", de esta apreciación, nosotros

⁷² GÓMEZ LARA CIPRIANO.- "Teoría General del Proceso".- Edit Textos Universitarios.- Edic. Primera.- México D.F. 1979.- p. 250.

agregamos que no se interpondría un juicio de amparo en contra del Ministerio Público, sino del Procurador, por ser la autoridad que dio la determinación definitiva para que se procediera al archivo del expediente en concreto; no será el propio demandante o querellante quien se someta a una decisión errónea de la autoridad facultada para decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal, sin que por ello se interprete como imposible el que con posterioridad al hecho que no se consideró como un ilícito penal, se retome y si existen causas y elementos suficientes se revoque la misma y pueda llegar a considerarse como un hecho constitutivo de delito, tal como lo es.

2.- MINISTERIO PÚBLICO, AMPARO CONTRA SUS ACTOS. "Si se desprende de las constancias originales de la averiguación practicada por el Ministerio Público, en ocasión de la denuncia hecha por la quejosa, que todas aquellas diligencias que solicitó la interesada y las que fueron necesarias, se practicaron sin quedar pendiente ninguna y, por último, que una vez que se agotó la averiguación, el Agente del Ministerio Público resolvió abstenerse de ejercitar la acción penal, acuerdo que fué confirmado por el Procurador de Justicia; entonces, debe decirse que si bien es verdad que el ejercicio de la acción penal compete exclusivamente al Ministerio Público, conforme a los términos del artículo 21 de la Constitución General de la República, también es que resulta la improcedencia de ese ejercicio, por parte del Ministerio Público cuando los datos que arroja la averiguación son insuficientes para darle vivencia, debiendo advertirse que, aún en el supuesto de que fuera susceptible de juzgarse indebida, lesionarla, en último extremo, el derecho social de perseguir los delitos, lo cual sería motivo para seguir un juicio de responsabilidad, pero de ninguna manera daría materia para una controversia constitucional; pues de establecerse lo contrario, es decir, de conceder el amparo, éste tendría por objeto obligar a la autoridad responsable a ejercitar la acción penal, lo cual equivaldría a dejar al arbitrio de los Tribunales de la Federación la persecución de los delitos, contrariando expresamente el contexto del artículo 21 invocado".⁷³

Es obvio que cuando de la averiguación previa existan suficientes elementos, no se diera vivencia, pero cuando existen los suficientes elementos para ejercitar la acción penal, resulta obsoleto decir que es un derecho social el que se lesiona, pues aún en el supuesto que se esté equiparando a un derecho público, dentro del que se clasifica el derecho de perseguir los delitos, no hay fundamento alguno que faculte a la autoridad para que dentro del ámbito de sus facultades realicen actos indebidos, y por ende podría ser viable el recurso de responsabilidad, pero este no va a resolver el fondo del propio asunto, ya que la finalidad de este es únicamente la aplicación de la sanción al Ministerio Público, pero en tal caso no sería posible aplicar esta sanción a Procurador aún cuando es quien confirma dicho acuerdo.

⁷³ Semanario Judicial de la Federación.- Primera Sala.- Tomo CV.- Epoca 5A.- Página 1926.- Amparo Penal en revisión 2600/48. Ross Barberena Marla. 30 de agosto de 1950. Mayoría de tres votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Quando se es partidario de la procedencia del juicio de amparo en esta materia que estamos tratando, en realidad lo que se busca del juicio de amparo objetivamente es proteger al gobernado contra cualquier acto de autoridad que infrinja la constitución, así como cualquier otro ordenamiento secundario; de donde insistimos que el amparo es una institución de índole individual y social, de orden privado y de orden público y social; de orden privado porque tutela los derechos constitucionales del gobernado en particular; y de orden público y social, porque debido a que tiende a hacer efectivo el imperio de la Constitución y de la ley frente a cualquier órgano estatal y en cuya observancia existe un interés social, dado que sin él, respecto de las disposiciones constitucionales y legales, se destruirían y con él un régimen de derecho dentro del que deben funcionar todas las autoridades del país.

De donde agregamos que no sería lógico deducirse que de ser procedente el juicio de garantías se dejaría la acción persecutoria al arbitrio de los Tribunales de la Federación, cuando lo que únicamente se busca con éste es que se protejan los derechos del gobernado consagrados por la Constitución, dejando la facultad que consagra el artículo 21 Constitucional al Ministerio Público cumpliéndola justamente.

3.- ACCION PENAL, IMPROCEDENCIA DEL AMPARO CONTRA SU FALTA DE EJERCICIO. La demanda es manifiestamente improcedente, pues en caso de que prosperara el amparo, la resolución dictada tendría el efecto de obligar al ministerio público a ejercitar la acción penal en un caso que, en concepto de esa institución, no reúne elementos para el ejercicio de aquella acción; una resolución en estos términos infringiría las disposiciones del artículo 21 constitucional, asignado a particulares el ejercicio de esa acción pública misma que aquel precepto reserva al ministerio público; por otra parte, el artículo 10 de la misma ley reglamentaria ya citada, enumera limitativamente los casos en que pueda pedir amparo el ofendido, o las personas que conforme a la ley, tengan derecho a la reparación del daño, y en esa enumeración no se incluye el correspondiente a aquel en que el ministerio público estima que no hay elementos para ejercitar la acción penal".⁷⁴

Para que una demanda sea improcedente, debe ser con fundamento en sus fracciones del artículo 73 de la ley de amparo, según el caso concreto; porque en caso contrario debemos entender que fuera de esas hipótesis contempladas por dicho artículo no existen otras causas de improcedencia, en este caso en nuestro criterio descartamos este criterio de improcedencia.

Por otra parte la resolución dictada no tendría el efecto de obligar al ministerio público a ejercitar la acción penal, ya que lo que únicamente e manifiesta por parte del tribunal federal es que nuevamente el ministerio valore sus actuaciones

⁷⁴ Semanario Judicial de la Federación.- Primera Sala.- Tomo XC.- Epoca 5A.- Página 490.- Hernández Plata de Cardenas Vicenta. Página 490.- 14 de octubre de 1946. Cuatro Votos.

e integración de la averiguación previa, para que en caso de encontrarse una sola actuación que cambiara el sentido de tal resolución, se estuviera en posibilidad de que existiendo suficientes elementos del tipo penal se llegara al ejercicio de la acción penal y consignación, pero en caso contrario de ninguna manera el tribunal federal tendría la facultad de exigir que se ejercite tal acción penal.

Es de resaltar que si en contra de una sentencia dictada por un juez de primera instancia existen medios suficientes para su impugnación a través de sus diferentes recursos; no puede ser posible que una resolución dictada por la autoridad administrativa como lo es el ministerio público no se encuentre con los medios suficientes para impugnarla aun cuando esta es la fase preparatoria para el procedimiento penal; si se reconoce la procedencia del juicio de amparo en contra de tal resolución se evita que una vez dictada por el omnipotente ministerio público y con la confirmación de su superior la víctima u ofendido no encuentren respaldo a través de un medio de impugnación.

En cuanto a la limitante de la procedencia el juicio de amparo previsto por el propio artículo 10 de la ley de amparo, en el que observamos que es únicamente procedente el juicio de garantías contra actos que emanen del incidente de reparación o responsabilidad civil exigible a tercero, o bien contra actos surgidos dentro del procedimiento penal siempre que estén relacionados directamente con el aseguramiento del objeto del delito y de los bienes que estén afectos a la reparación o a la responsabilidad civil.

Por todo lo anterior y en relación a la procedencia del amparo, es tal la importancia de dicho artículo, que se propone su modificado para que se le adicione la procedencia del amparo en contra de la abstención del ejercicio de la acción penal por parte del ministerio público, para todo tipo penal ya sean perseguibles por oficio o querrela que exige la ley como requisito indispensable de la acción penal que es facultad del ministerio público.

4.- ACCION PENAL - La Suprema Corte en múltiples ejecutorias, ha establecido el criterio de que no es posible a través del amparo, obligar al ministerio público a continuar la acción persecutoria que le incumbe; de manera que la suspensión no puede tener el efecto de que, a través de ella, se ordene la continuación de un procedimiento criminal del que expresamente se ha desistido el ministerio público, pues aunque el artículo 10 de la Ley de Amparo, señala la procedencia de este juicio, con relación al ofendido o a las personas que, conforme a la ley tengan derecho a la reparación del daño o a exigir la responsabilidad civil proveniente del delito, tal derecho se circunscribe en contra de actos que emanen del incidente de reparación o de responsabilidad civil, pero no de aquellos en los que se da por terminado el ejercicio de la acción penal, que solo compete al ministerio público y en esa virtud, aún cuando se mande levantar el embargo de bienes que se aseguraron con objeto de responder de la reparación del daño, con motivo de un delito de fraude que denunció el quejoso y se hayan mandado cancelar en el registro público de la propiedad los referidos embargos, actos que podrían suspenderse, si no estuvieren ligados íntimamente con el

antecedente de que el ministerio público se desistió de la acción penal respectiva, y no debe concederse la suspensión porque se afectaría el interés general, al impedir que termine un proceso por falta de la acción persecutoria respectiva".⁷²

De este criterio, lo que pretendemos comentar es en cuanto a la suspensión del desistimiento que se contiene en el cuerpo de esta. Sobre el desistimiento no pretendemos ahondar más, puesto que no es nuestro tema a seguir, pero ya que la propia reforma al artículo 21 constitucional agregó tanto al desistimiento como al no ejercicio de la acción penal, sin mezclar equivocadamente las dos etapas del procedimiento penal que son el de averiguación previa en la que está el ejercicio de la acción penal cuyo tema es el principal en nuestro trabajo y otra etapa muy distinta la del proceso en sí, donde puede llegar a existir la figura jurídica del desistimiento por parte del ministerio público y en la que no podría ser tan factible la procedencia del juicio constitucional por el carácter que reviste la institución del ministerio público en esta etapa que ya no es una autoridad administrativa sino parte en el mismo.

En este análisis creemos que es hasta cierto punto ilógico que todavía no se admite la procedencia del amparo en contra de esta determinación y ya se pretende hablar de suspensión del acto reclamado; pero en su momento, si ya se admitió un juicio de amparo nunca podremos variar ni su naturaleza del juicio de amparo ni su procedimiento y por ello es que se deberá suspenderse el acto reclamado para que consiguientemente el agente del ministerio público continúe con su integración desde el momento en que se de por notificado de la suspensión dictada en el juicio de amparo, así tendrá la oportunidad de vigilar y corregir sus actuaciones así como una vez encontrado el error o falta de alguna diligencia para la debida integración de la averiguación previa y que posteriormente si se considera procedente su ejercicio de acción penal en contra del presunto o los presuntos responsables. Sin que necesariamente se llegue a la terminación de un proceso con falta de acción persecutoria correspondiente, ya que en la mayoría de los casos el amparo se resuelve con anterioridad, a la sentencia que se dicte dentro del procedimiento penal, y para aquellos delitos que no ameriten pena privativa de la libertad mayor de los cinco años la defensa deberá buscar que se goce de la garantía otorgada del indiciado o procesado en tanto no se resuelva su situación jurídica.

Encontramos también la oposición con base en la esfera de la facultad del ministerio público consagrada en el artículo 21 Constitucional, pero nadie pretende que se le esté obligando a ejercer tal acción, sino que en caso de que se hiciera procedente el amparo legalmente lo que resuelve el tribunal federal es "revocar" tal resolución y con ella el efecto mismo, de que sea el propio ministerio público del conocimiento quien vuelva a revisar la integración en el caso concreto

⁷² Semanario Judicial de la Federación.- Primera Sala.- Tomo LXXIV.- Epoca 5A.- Página 1035.- Ugalde Vargas José. 14 de octubre de 1942. Tres votos.

de la averiguación previa a través de cada una de sus diligencias practicadas para que detecte en donde se encuentra su deficiencia y la complementa conforme a derecho para que de esa forma y existiendo suficientes elementos se pueda ejercitar la acción penal.

Nada tiene que ver la procedencia del amparo prevista por el artículo 10 de la ley de amparo ya que tal hipótesis prevista en dicho artículo es como ya se señaló cuando se tenga derecho a la repican del daño o a exigir la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, y sólo contra actos que emanen del incidente de reparación o de responsabilidad civil, o bien cuando de actos surgidos dentro del procedimiento penal y relacionados inmediata y directamente con el aseguramiento del objeto del delito y de los bienes que estén afectos a la reparación o a la responsabilidad civil.

Por todo lo anterior agregamos que únicamente encontramos que la hipótesis prevista en este artículo mencionado se encuadra para los delitos patrimoniales, pero no debemos olvidar que en nuestro Código Penal existen diferentes tipos penales y para ellos en necesario encontrar la forma de la impugnación cuando no se determine el ejercicio de la acción penal en contra de un presunto responsable.

5.- ACCION PENAL, EJERCICIO DE LA. * Conforme al artículo 21 de la Constitución, el ejercicio de la acción penal, compete exclusivamente al Ministerio Público como representante de la sociedad, y no a los particulares. De esto se deduce que dicha acción no está ni puede estar comprendida en el patrimonio de éstos, ni constituye un derecho privado de los mismos. En tal virtud la procedencia del ejercicio de esa acción por parte del Ministerio Público, aún en el supuesto de que sea susceptible de juzgarse indebida, lesionarla, en último caso, el derecho social de perseguir los delitos, lo cual sería motivo para seguir un juicio de responsabilidad, pero de ninguna manera daría materia para una controversia constitucional; pues de establecerse lo contrario, es decir, de concederse el amparo, éste tendría por objeto obligar a la autoridad responsable a ejercitar la acción penal, lo cual equivaldría a dejar al arbitrio de los Tribunales de la Federación, la persecución de los delitos, cosa que no está dentro de sus facultades⁷⁶

Por lo que corresponde al primer párrafo es un criterio partidario de la defensa de la omnipotencia del poder del Ministerio Público y en tal caso del despojo de esa facultad del particular que si bien como es sabido el Ministerio Público es un Representante de la Sociedad encargado de ello por el Estado, de el ejercicio de la acción penal, y que por lo tanto es el único órgano exclusivo de ejercitarla; también debemos destacar que el particular no pierde este derecho por un solo capricho y arbitrio de esta autoridad administrativa quien en reiterados casos no cumple con sus obligaciones conforme a derecho, aún cuando existen suficientes

⁷⁶ Semanario Judicial de la Federación.- Primera Sala.- Tomo LXXX.- Epoca 5A.- PÁgina 565.- Celaya del Primo Elias.- 14 de abril de 1944.- Cuatro votos.

elementos y por negligencia, o porque faltó una diligencia en la integración de la averiguación previa necesaria o suficiente para integrar esos elementos de tipo penal, deja en el desamparo a la propia víctima o al ofendido cuando por mandato constitucional se dice que el único el Ministerio Público como órgano para ejercitar tal acción, sin que exista medio alguno de impugnación en contra de la resolución dictada por esta autoridad.

Pero no olvidemos que por reforma del mismo ordenamiento constitucional es que se prevé la posibilidad de la impugnación del acto de autoridad emanado del Ministerio Público ante la resolución de no ejercicio de la acción penal y por ello, estamos ante la defensa de ese medio para impugnar que bien podría ser a través del juicio de amparo, evitando con ello, esa total exclusividad al Ministerio Público que excluye por completo el interés jurídico y derecho del particular, quien sí bien es cierto que no en todo tipo de delito es el directamente afectado, si se ven lesionados sus derechos aún en aquellos delitos que se persiguen de oficio verbigracia el homicidio que no por ser un delito perseguible de oficio y que se dice es la sociedad quien se ve afectada en sus intereses, también es cierto que los ofendidos o familiares de la víctima son los principales y directamente quienes se ven con sus intereses lesionados.

Por consiguiente el juicio de responsabilidad como ya se ha señalado no resuelve el problema de fondo, y solo en relación al funcionario público que representa la institución del Ministerio Público es sancionado conforme al artículo 53 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos que entre otras no va mas allá de: "Las faltas administrativas consistirán en: I.- Apercibimiento privado o público; II. Amonestaciones privadas o públicas; III.- Suspensión; IV.- Destitución del puesto; V.- Sanción económica; e, VI.- Inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público. Pero nunca resuelve la situación de la procedencia del ejercicio o abstención del ejercicio de la acción penal, en cuyo caso como hemos venido indicando queda el o los delitos denunciados en la total impunidad.

Ahora bien, si ella misma se esta aceptando la lesión a un derecho social, (sin que esto sea válido) entonces, ¿ Qué órgano sería el competente para impugnarlo? porque no se puede hablar de una violación de un derecho sea de la índole que se trate menos aún una violación a la "sociedad" y que se deje al arbitrio de la autoridad administrativa sin medio alguno que permita sea subsanada o reparada. De lo contrario no nos encontraríamos en un régimen de Derecho ya que esta autoridad podría hacer lo que mejor considere pertinente y sin sanción alguna en su persona de funcionario público y mucho menos dando una solución al fondo de este problema tal actual.

6.- MINISTERIO PUBLICO, ACCION PENAL NO EJERCITADA POR EL AMPARO IMPROCEDENTE CONTRA LA RESOLUCION RELATIVA. * Si bien el Ministerio

Público al negarse a ejercitar la acción penal, sigue teniendo el carácter de autoridad, también lo es que, contra tal determinación es improcedente el juicio de garantías, ya que la abstención de este ejercicio, aún en el supuesto de que sea indebido, no viene a afectar la esfera jurídica del ofendido, por lo cual no puede quedar sometido al control constitucional, por prohibirlo el artículo 21 de la Constitución General de la República, en donde se indica que el ejercicio de la acción persecutoria es facultad exclusiva del Ministerio Público, por lo que en consecuencia se actualiza la causal de improcedencia prevista por el artículo 73 en su fracción XVIII de la Ley de Amparo, en relación con el artículo 1o.- fracción Y de la propia Ley, y con el precepto 103 constitucional. Debiendo advertirse, de que aún el supuesto de que fuera susceptible de juzgarse indebida esa abstención, lesionaría en último extremo el derecho social de perseguir los delitos, lo cual sería motivo para seguir un juicio de responsabilidad, pero de ninguna manera daría motivo para una controversia constitucional, la cual procede entre otras, por leyes y actos de la autoridad que violan garantías individuales, pues hay que partir de la base indiscutible de que a los particulares no puede reconocérseles ningún derecho desde el punto de vista de la represión de los delitos".⁷⁷

Independientemente de los comentarios acerca de si se afectan la esfera jurídica del ofendido o no; de que si el artículo 21 constitucional indica que la acción persecutoria es facultad (exclusiva) aunque el texto vigente ya no lo señale, lo relevante para nosotros es que actualiza lo anterior como causal de improcedencia prevista en el artículo 73 fracción XVIII de la Ley de Amparo en relación con el artículo 1o. fracción Y de la propia ley, y con el precepto 103 constitucional.

Al respecto, decimos que la causal prevista por la fracción XVIII del artículo 73 de la Ley de Amparo que dice " El juicio de amparo es improcedente... en los demás casos en que la procedencia resulte de alguna disposición de la ley", la propia fracción, es ya del todo inconstitucional, toda vez que en el sentido literal de esta fracción se considera que esta implícita la hipótesis de que existe la posibilidad de que cualquier disposición legal independientemente de su categoría jurídica, estime improcedente la acción de amparo.

Por consiguiente infringe el artículo 103 Constitucional, que sin restricción alguna (salvo las expresamente consignadas en ella misma) consagra la procedencia de la acción de amparo por leyes o actos de cualquier autoridad que violen las garantías individuales o produzca una contravención al régimen federativo, e igualmente por cuanto a la fracción I del artículo 1o. de esta ley se refiere, y que más que de ella se interprete la improcedencia del juicio constitucional, es de entenderse que es procedente cuando prevé "el juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite: I.- Por leyes o actos de autoridad que violen las garantías individuales". En nuestro concepto la abstención el Ministerio

⁷⁷ Semanario Judicial de la Federación.- Tribunales Colegiados de Circuitos.- Volumen 217-228. Parte Sexta.- Epoca 7A.- Página 393.- Amparo en revisión 192/87. Pescadería Sanitaria, S.A. de C. V. 7 de julio de 1987. Unanimidad de votos. Ponente Alberto Martín Carrasco.

Público para ejercer la acción penal, si viola garantías directamente al sujeto pasivo de un delito, llámese víctima u ofendido, e indirectamente a la sociedad, la que además nunca esta representada por el Ministerio Público siempre que deje de procurar justicia existiendo suficientes elementos del tipo penal para consignar y por diversos intereses no lo realice.

Además sabemos que el juicio de amparo, es una institución inmejorable para mantener a las autoridades bajo un régimen de constitucionalidad y de legalidad encontrando su apoyo y supremacía en la Ley Fundamental. Por lo que concluimos que en todo caso esta disposición debe interpretarse en el sentido de que la causa de improcedencia del juicio de amparo que en forma enunciativa se prevé debe provenir de la propia Ley de Amparo o de la Constitución, en tanto no exista la procedencia del juicio de amparo en contra del no ejercicio de la acción penal, trataremos de encontrar su procedencia por ser necesaria.

7.- ACCION PENAL. IMPROCEDENCIA DEL AMPARO TRATÁNDOSE DE. "El artículo 21 de la Constitución General de la República establece que el ejercicio de la acción persecutoria es facultad exclusiva del Ministerio Público, ya que éste es el representante de la sociedad, y por ello los particulares quedan excluidos completamente de participación en la misma, por eso dicha acción no está ni puede estar comprendida en el patrimonio de éstos, no constituye un derecho privado de los mismos, ya que aún el supuesto de que el Ministerio Público indebidamente se abstuviera de resolver sobre el ejercicio de la acción penal, tal omisión lesionaría, en último extremo, el derecho social de perseguir los delitos, lo cual podría ser materia de juicio de responsabilidad, pero de ninguna manera de una controversia constitucional, pues en el caso de concederse el amparo sería para el efecto de que se ejercitara la acción penal y esto equivaldría a dejar al arbitrio de los Tribunales Federales la persecución de los delitos en contravención con el contenido del artículo 21 invocado".⁷⁸

El artículo 21 constitucional establece que el ejercicio de la acción persecutoria es facultad del ministerio público como representante de la sociedad y como tal debe cumplir con su obligación de ejercitar dicha acción y en caso contrario sería un incumplimiento de su parte y faltaría a su cometido en cuanto a la facultad prevista en dicho artículo, así como a la sociedad misma y al individuo que forma parte de ella y que se ve afectado en su esfera jurídica por el incumplimiento o abstención del Ministerio Público y por tanto se traduce en un acto indebido de autoridad que en consecuencia lesiona los intereses del gobernado con su acuerdo en sentido negativo.

Reconociendo que el particular pertenece a la sociedad y que es él quien recibe directa e inmediatamente el agravio y que la sociedad únicamente recibe éste de

⁷⁸ Semanario Judicial de la Federación.- Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito.- Tomo XIV, Segunda Parte.- Época Octava.- Julio de 1994.- Página 382.- Amparo en Revisión 89/88 Bernardo Espindola González. 13 de abril de 1988.

forma indirecta y mediata, con ello podemos delimitar hasta donde llegan los derechos públicos del Ministerio Público que es hasta su facultad de perseguir los delitos y ejercer la acción penal, en tanto que los derechos privados del individuo inician en el momento en que el Ministerio Público con su acto negativo al abstenerse de ejercitar la acción viola un derecho del particular el cual es un derecho privado plasmado en la Constitución Política como son la garantía prevista en el artículo 21 por no cumplir con esa función que le es propia, así como las garantías individuales contenidas en los artículos 14 y 16 constitucionales que contienen la garantía de audiencia y de legalidad respectivamente.

Excluimos completamente que sea un derecho social el que se ve lesionado con ese acto negativo del Ministerio Público porque en nuestro criterio en el momento que esta institución acuerda no ejercer la acción penal, además de que es un acto negativo y no sólo de abstención, esto no se encuentra establecido en los dos artículos constitucionales que contienen garantías social que como es sabido son el artículo 27 y el 123 de nuestra Constitución.

Ahora bien, el juicio de responsabilidad no es admisible en esta materia ya que este únicamente resuelve en lo que al actuar del Ministerio Público, ya sea como persona o como institución propiamente dicha y por tanto es propio y legal aceptar el juicio constitucional una vez que el propio artículo 21 vigente a esta fecha prevé la vía jurisdiccional para combatir esa abstención.

En cuanto a la afirmación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de que al dejar esa vía abierta en contra del no ejercicio de la acción penal como lo es el juicio de amparo se dejaría al arbitrio del particular y de los Tribunales Federales la persecución de los delitos, es totalmente falso, porque lo único que el particular intentaría a través de esa vía es hacer valer su derecho y en tanto que el Tribunal Federal por su parte lo que haría es decir a la autoridad del Ministerio Público que vale, lo que dejó de valorar o bien que realice las diligencias que le hayan faltado en la integración de la indatatoria en su caso, pero nunca este tribunal ordenaría que se ejercitara la acción penal a no ser que como tribunal de máxima jerarquía que el Ministerio Público y con el basto conocimiento del derecho puede en su caso advertir que verdaderamente existan elementos del tipo penal para procesar y los señale a la autoridad responsable.

8.- MINISTERIO PUBLICO AMPARO IMPROCEDENTE CONTRA SU ABSTENCION DE EJERCER LA ACCION PENAL. "Si bien es cierto que el Ministerio Público tiene el carácter de autoridad durante la averiguación previa, no todos sus actos son susceptibles del control constitucional, sino aquellos que violan las garantías individuales, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 103, fracción I de la Constitución Federal y 1º fracción I de la Ley de Amparo, y si el artículo 21 constitucional establece que la persecución de los delitos le incumbe al Ministerio Público, que es el titular exclusivo de la acción penal, necesariamente debe concluirse

que ésta no constituyó un derecho privado ni está comprendida en el patrimonio de los particulares y por tanto, que la abstención de su ejercicio por parte del órgano investigador no puede ser violatoria de garantías individuales. Siendo impropio el amparo solicitado contra dicha determinación del fiscal, porque no afecta los intereses jurídicos del promovente, ocasionándole un agravio personal y directo, presupuesto indispensable para ejercer la acción constitucional".⁷⁹

La abstención del ejercicio de la acción penal un acto de autoridad indudablemente y por ende al ser negativo presupuesto que viola garantías individuales, y así como expresamente lo señala el artículo 103 de la Constitución "Los Tribunales Federales resolverán toda controversia que se suscite: I.- Por leyes o actos de autoridad que violen las garantías individuales." y consecuentemente el artículo 1 de la Ley de Amparo "El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite I.- Por leyes o actos de autoridad que violen las garantías individuales".

Con todo lo anterior es de concluirse que el Ministerio Público es una autoridad y que al emitir su acuerdo de no ejercicio de la acción penal indebidamente desde luego que viola garantías individuales como son: la de seguridad jurídica prevista en el artículo 21 constitucional en principio, y además la garantía de audiencia prevista en el artículo 14 y la garantía de legalidad prevista en el artículo 16 de la propia Constitución, todo con su acto de abstención y negativo aún cuando existen suficientes elementos para consignar ante los Tribunales competentes, por ello su acto puede ser impugnado como lo prevé el multicitado artículo 21 constitucional por vía jurisdiccional, del que en nuestra opinión no puede ser otro que el juicio de amparo por ser el único medio idóneo y legal para combatir la violación a garantías individuales como las hay en el acto negativo del Ministerio Público.

3.- LA IMPUGNACION A TRAVES DEL JUICIO DEL JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DEL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL CON LA REFORMA AL ARTICULO 21 CONSTITUCIONAL DE DICIEMBRE DE 1994.

El artículo 21 Constitucional prevé: "... la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél", posteriormente con la reforma de diciembre de 1994 establece: "Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley".

⁷⁹ Semanario Judicial de la Federación.- Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito.- Tomo IX.- Época Octava.- Página 198-199. Enero 1992.- Amparo en Revisión 20/91 Elena Rivas Lombey. 22 de agosto de 1991.

Habiendo quedado manifestado en el rubro anterior, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se manifiesta como partidaria de la improcedencia del juicio de amparo como medio de impugnación para combatir una determinación de no ejercicio de acción penal emitida por la institución del Ministerio Público. Sin embargo por el criterio de la misma Corte que a continuación transcribimos se puede afirmar que lo único que objeta es la falta de regulación legal en leyes secundarias en donde se establezca el procedimiento a seguir para tal fin, es decir, cuales son los sujetos, plazos y ante que autoridad se va a interponer, que sin duda alguna son las propuestas que deseamos aportar en la presente tesis.

ACCION PENAL. NO EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE LA, POR EL MINISTERIO PUBLICO, AMPARO IMPROCEDENTE. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 21 constitucional, la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, quien de ejercitar la acción penal en un proceso, de negarse a hacerlo o bien al desistir de la acción, contra tales actos es improcedente el juicio de garantías. No es óbice, el hecho de que por decreto de treinta de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, se haya adicionado al citado artículo constitucional, el párrafo que dice: "Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley"; porque si bien prevé la posibilidad de impugnar las resoluciones del Ministerio Público, cuando determine el no ejercicio de la acción penal o el desistimiento de la misma, en los términos que establezca la ley; sin embargo, a la fecha no existe aún ley secundaria, federal o estatal, que establezca el procedimiento a seguir (por la víctima) para impugnar ese tipo de resoluciones ni ante que autoridad a fin de que lo resuelto por esta última pudiese ser un acto susceptible de reclamación en amparo".⁸⁰

De donde encontramos como medio idóneo de impugnación en contra de esta resolución al juicio constitucional por ser el medio extraordinario que resguarda a la Constitución en contra actos de autoridad que violen las garantías individuales; sin embargo aunque existan otros recursos para impugnar como son la apelación, la revisión y el de queja, éstos no tienen como finalidad el salvaguardar las garantías individuales, como derechos públicos subjetivos del gobernado, de donde deducimos que el juicio constitucional es el único medio para impugnar la determinación del Ministerio Público a que nos referimos.

Independientemente de lo anterior nos permitimos enunciar por último otro criterio más emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la que si se acepta la procedencia del juicio de amparo en contra de la resolución de abstenerse de ejercer acción penal emitida por el Ministerio Público, misma que al ser indebida debe encontrar un respaldo en un medio de impugnación en los

⁸⁰ Semanario Judicial de la Federación.- Tribunales Colegiados de Circuito.- Tomo II, Agosto de 1995.- Tesis VI.2o.13 P.- Epoca 9A.- Página 448.- Amparo en revisión 315/95. Maria Teresa Rivera Carrasquedo. 21 de junio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente Gustavo Calvillo Rangel. Secretario José María Machorro Castillo.

términos y formas que señale la ley secundaria, una vez que nuestra Constitución contiene en el propio artículo 21 el fundamento legal para esa procedencia.

MINISTERIO PÚBLICO, PROCEDENCIA DE AMPARO CONTRA EL, POR NO INTENTAR LA ACCIÓN PENAL. - "Si el artículo 21 constitucional establece que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial y que la persecución de los delitos, incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, que está bajo la autoridad de aquél; y si el Ministerio Público por imperativo legal, tiene una doble función al intervenir en la persecución de los delitos, ya como autoridad, al practicar diligencias previas y dentro de éstas, comprobar el cuerpo del delito y asegurar al delincuente, o al abstenerse a ejercitar tales actos; o ya como parte pública, cuando ejercita la acción penal ante los tribunales de justicia para el castigo del culpable, y la civil, en representación de la víctima del delito y del mismo estado, el amparo, en el primer caso, es procedente, supuesto que en el ministerio público hay funciones con imperio y decisión, y no lo es en el segundo porque las funciones que ejercita están sujetas a la estimación de la autoridad judicial, la justificación de esta interpretación, de funciones del ministerio público, no puede ser mas atinada, si se advierte que aun el artículo constitucional comentado, divide en forma categórica las actividades de imperio de la autoridad judicial y del ministerio público: las de aquella, como exclusivas para la imposición de las penas, y las de este, como a quien incumbe la persecución de los delitos, el empleo del término "persecución" y del tiempo verbal neutro "incumbe", uno y otro empleados en la redacción del artículo citado, denotan que la acción del ministerio público es ya, de por sí, imperativa, supuesto que esta a cargo de él, o que es su obligación ejercer esa persecución. Pero si esta acción es función de imperio, al igual que la del juez, en cuanto ejerce la de imponer penas, y la de este último esta sujeta al control, en final término y por provenir de autoridad, del juicio de garantías, no obstante su exclusividad, con cuanta mayor razón debe estarlo aquella, que, no siendo exclusivo, sino solo de su incumbencia, es proveniente también de autoridad, de aquí que proceda concluir que si el ministerio público no intenta la acción penal porque su voluntad de ejercer la función persecutoria no se inclina a ello, su acto decisivo aun cuando de calidad negativa, debe de estar sujeto, por los efectos positivos que entraña, a una revisión, a un control constitucional que permita apreciar si aquel se estructuró, o no, con apego a los presupuestos de legalidad, lo contrario equivaldría a ampliar las facultades del ministerio público a órbitas que el artículo 21 constitucional no concentra en el y a darle una primacía de imperio y de acción decisoria, superiores a las que el texto aludido confiere a la autoridad judicial, supervisada por el juicio constitucional, no obstante que su finalidad, (la que el artículo le otorga), le es propia y exclusiva".⁸¹

Esta Tesis Jurisprudencial es sumamente relevante para nuestro tema, toda vez que confirma las aseveraciones que nosotros al principio de este capítulo señalamos, tales como el carácter de "autoridad" que tiene el Ministerio Público durante la integración de la averiguación previa.

⁸¹ Semanario Judicial de la Federación.- Primera Sala.- Tomo LXXXIX.- Epoca 5A.- Página 2192.- Camberos David S. Página 2192. Tomo LXXXIX. 27 de agosto de 1946. Tres Votos. Precedente: Tomo LXXXVIII, Página 2118.

Otra de ellas es que hace el señalamiento de la diferencia que existe entre la autoridad administrativa y la autoridad judicial siendo competencia de la primera la incumbencia de la persecución de los delitos y a la segunda de ellas la imposición de las penas; exclusividad de la cual no goza el Ministerio Público toda vez que el propio precepto constitucional en comento ha eliminado ese término y únicamente ha dejado el de "incumbe"; por ello, si el acto del juez es sometido a control con mayor razón debe ser sometido el acto del representante de la sociedad a un control constitucional, para que sea a través de esta instancia en la que se determine si efectivamente las diligencias y cada uno de los actos incluyendo su última determinación de la autoridad administrativa se llevó sobre todo con total apego a los presupuestos de legalidad, y asimismo que hayan sido cumplidos en su integridad.

Con la afirmación que hace la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de la procedencia del juicio constitucional encontramos que acepta el carácter de autoridad que tiene el Ministerio Público durante la integración de la averiguación previa; delinea la actividad que el propio artículo 21 Constitucional prevé para el Juez a quien le compete la imposición de las penas y la que le corresponde al Ministerio Público al que únicamente le incumbe la persecución de los delitos con la consecuente obligación de ejercer la acción penal cuando existan suficientes elementos del tipo penal para consignar ante los tribunales competentes; pero además acepta la existencia de probables violaciones a garantías individuales cuando indebidamente se determine el no ejercicio de la acción penal, requisitos todos ellos indispensables para la procedencia del juicio de amparo que apoyamos para impugnar esa determinación.

A mayor abundamiento, y para favorecer la procedencia que venimos defendiendo, podemos decir que en la Ley Orgánica del Ministerio Público del Distrito Federal de 1919, se contemplaba la procedencia del juicio de amparo, mismo ordenamiento que en su Capítulo II titulado, Atribuciones y deberes del Procurador de Justicia y de los Agentes del Ministerio Público del Distrito y Territorios al que pertenece el artículo 26 dice: "Cuando un agente del Ministerio Público no presentare acusación por los hechos que un particular hubiere denunciado como delitos, el quejosos podrá ocurrir al Procurador General de Justicia, quien, oyendo el parecer de los agentes auxiliares, decidirá en definitiva si debe o no presentarse acusación. Contra esa resolución no cabe otro recurso que el extraordinario de amparo y Responsabilidad".⁸²

A).- CONCEPTO DE MEDIO DE IMPUGNACION.

⁸² LEY ORGANICA DEL MINISTERIO PUBLICO DEL DISTRITO FEDERAL DE 1919.- Colección de Códigos, Leyes Federales, Códigos de Procedimientos Penales.- Edit. Herrero Hermanos Sucesores.- México, D.F. 1924.

A través de los diversos medios de impugnación, cuya finalidad es evitar la marcha del proceso por cauces indebidos, o bien, que éste llegue a facilitar una resolución injusta, para ello el Tribunal que dictó esa resolución, u otro de mayor rango jerárquico, previo examen de proveído impugnado enmendarán la ilegal o improcedente resolución, a través de una nueva que elimine a la anterior, anulando por consiguiente cualquier vicio en los actos del procedimiento o en el acto mismo.

Por lo que al proceder el juicio e amparo como medio de impugnación en contra de la abstención del Ministerio Público, el Tribunal de mayor jerarquía como lo puede ser un Juez de Distrito examinará los vicios y falta de diligencias practicadas, o bien el propio acuerdo de no ejercicio de acción penal en el caso concreto, siempre que se percate de que existen en el los suficientes elementos y que se hayan omitido indebidamente.

"La palabra recurso viene de la voz latina "ricorsi", cuyo significado es: "volver al camino andado". En el derecho de procedimientos penales, la revisión de la actuación o diligencia con la que el afectado se inconforma requiere de una dinámica especial, traducida en el procedimiento a seguir para el logro del fin propuesto. El recurso es un ente jurídico que, en razón del principio de legalidad característico en nuestro sistema de enjuiciamiento, concluye un presupuesto indispensable para, conceder siguiendo las formas legales necesarias, obtener el resultado procedente".⁸³

Cabe señalar que los medios de impugnación son el género y los recursos son la especie, los que se ventilan a través de procedimiento o juicio, cuya finalidad es la impugnación del acto. De donde se deduce que los recursos son medios establecidos por la ley para impugnar las resoluciones que por alguna causa se consideren injustos, y que garantizan el buen ejercicio de la función de toda autoridad.

En el caso que nos ocupa el Ministerio Público antes de remitir a la Dirección Técnico Jurídica la averiguación previa por considerar que se han concluido las diligencias necesarias para esclarecer los hechos que se presumen delictuosos, notificará al denunciante o querellante el acuerdo en que emite su opinión, otorgándosele el término de 15 días naturales para que exprese por escrito lo que a su derecho convenga, y en su caso se pueda acordar el ejercicio de la acción penal o no.

⁸³ COLIN SANCHEZ GUILLERMO.- "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales: la Prueba, el Juicio, el Procedimiento de Impugnación y los Incidentes.- Edit. Impreso en Bay Gráficas y Ediciones, S. de R. L.- México 1967.- p 215.

En la fase de control interno el procedimiento para la decisión de no ejercitar la acción penal solo debemos entenderla como la propuesta que somete el inferior jerárquico Ministerio Público a consideración de su superior que es el Procurador, y a su vez será estudiado a través de su Dirección General Técnica Jurídica Auxiliar (Ministerios Públicos auxiliares del Procurador) quienes determinarán conforme a sus atribuciones lo conducente, para que con posterioridad se remitan esas actuaciones del expediente al Subprocurador que corresponda a efecto de que éste resuelva en definitiva por delegación del Procurador lo que a derecho convenga; sin embargo todo ello no se puede considerar un verdadero recurso para impugnar la determinación que inicialmente el Ministerio Público de Agencia o de Mesa en turno emitió.

De aquí que afirmamos que el sistema de control interno que se lleva a cabo a través del cuerpo de Ministerio Auxiliares del Procurador y la facultad concedida al interesado, en caso de que el Agente del Ministerio Público que conoce de la averiguación previa se niegue a ejercitar acción penal, y siendo el caso que puede ocurrir en queja ante el superior jerárquico de dicho funcionario con el objeto de que se revise el acto, en nuestra opinión no es un verdadero recurso, porque es la misma instancia y porque generalmente lo que sucede es que se confirma ese acuerdo, en donde el denunciante o querellante resulta agraviado por ese acto de autoridad, pero sin que cuente con un medio legal para impugnar esa negativa.

Así, por el hecho de que el Estado es quien tiene el monopolio de la acción penal esta, conferida al Ministerio Público, si éste se niega en determinado caso a ejercitarla no obstante la presencia de los presupuestos generales de la acción penal y que se hayan satisfecho las condiciones de procedibilidad se considera como un acto de autoridad conforme a derecho, pero no lo es, puesto que es evidente la violación a garantías concedidas por la Constitución a todo gobernado.

El control interno no permite que el particular aporte elementos de convicción al Procurador, únicamente da causa a la revisión al cuerpo de auxiliares con las mismas diligencias practicadas que se le presenta en el expediente de la averiguación previa, para que con esa revisión se decida en definitiva sobre el ejercicio o abstención de la acción penal, dejando al Procurador la decisión final permitiéndosele la omnipotencia aún por encima de la ley, por esta razón proponemos un medio diferente al interno para impugnar la determinación propuesta por el Ministerio Público, que no puede ser otro que la acción de amparo.

B).- LA ACCION DE AMPARO.

En un sentido amplio, se revela por un lado como un conjunto de actos procesales o proceso que culmina con su resolución judicial o sentencia que constituye su causa final común; por otro como un derecho, como una potestad que tiene la

persona de mover el servicio público jurisdiccional para que se repare en su favor cualquier violación o controversia.

En un sentido estricto, el amparo presenta 2 aspectos conceptuales: como juicio o conjunto de actos procesales realizados por diversas partes y por el órgano judicial tendientes todos ellos, directamente a la consecución de una sentencia, o como acción o derecho del agraviado, en cualquiera de sus hipótesis del artículo 103 Constitucional, consistente en excitar la función jurisdiccional para que ésta declare en su favor la reparación de las contravenciones constitucionales cometidas en su contra.

Entonces, el juicio de amparo es por una parte un proceso, por otra es un derecho de pedir o "jus petendi" del agraviado; la potestad de acudir a las autoridades a pedir su intervención en su favor para hacer cumplir la ley mismo que se traduce en un Derecho Subjetivo y a la que los órganos estatales deben prestar atención. Los fundamentos de la acción son los artículos 8 y 17 Constitucionales que se traducen en lo siguiente: En un extremo tenemos al Estado quien tiene la obligación de Impartir Justicia y en el otro se encuentra el Agraviado quien tiene el derecho de Petición.

El maestro Burgoa en su concepto de Acción de Amparo dice: Es el Derecho Público Subjetivo (característica general) que incumbe al gobernado, víctima de cualquier contravención a alguna garantía individual cometida por cualquier autoridad estatal mediante una ley o un acto (estricto sensu) o aquel en cuyo perjuicio tanto la autoridad federal como la local, por conducto de un acto concreto o la expedición de una ley hayan infringido su respectiva competencia (sujeto activo o actor), derecho que se ejercita en contra de cualquier autoridad de la federación o de las autoridades locales, en sus respectivos casos (sujeto pasivo o demandado), y con el fin de obtener la restitución del goce de las garantías violadas o la anulación concreta del acto (lato sensu) contraventor del régimen de competencia federal o local por conducto de los órganos jurisdiccionales federales)⁸⁴

La situación concreta de derecho en que se encuentra el sujeto titular de la acción de amparo, es de índole constitucional, puesto que se traduce en la referencia particular que se hace a una persona, en su carácter de gobernado, acerca de sus dos estados de derechos constitucionales. Por tal motivo la acción de amparo es el medio de salvaguardar esa situación jurídico constitucional sin que se limite a una sola garantía violada, como sucede en este caso, que es transgredida la Constitución en más de un precepto; los cuales en nuestro criterio son los siguientes artículos: 8º, 14, 16, 17, 21 y 29, y si el objeto de la acción de amparo es restituir al agraviado en el goce de la garantía violada y nulificar la ley o acto en que se hubiere traducido la infracción al régimen de competencia federal o local,

⁸⁴ Ob. Cit. p. 323.

mediante la intervención del Poder Judicial Federal, es perfectamente procedente la acción de amparo.

C).- PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DE LA RESOLUCION DE NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.

El juicio de amparo como es sabido procede contra actos de autoridad, por esta razón primero reiteramos el concepto de "Autoridad", jurídicamente hablando, Autoridad es aquél órgano estatal investido de facultades de decisión o ejecución, cuyo desempeño, conjunta o separadamente, produce la creación, modificación o la extinción de situaciones generales o especiales, jurídicas o fácticas dadas dentro del Estado, o su alteración o afectación, todo ello en forma imperativa, unilateral y coercitiva".

a) Acto de Autoridad.- Como el concepto anterior está íntimamente ligado al concepto de "Acto de Autoridad", si aquél se entiende como todo órgano del Estado que realice tal acto, bien en forma decisoria o de manera ejecutiva; éste debe reunir los atributos esenciales de unilateralidad porque no necesita de la existencia y eficacia jurídica del concurso de la voluntad del particular frente a quien se ejercite; imperatividad porque esa voluntad del particular se encuentra necesariamente supeditada a la voluntad del Estado externada a través del propio acto, de modo que el gobernado frente a quien se desempeñe este, tiene la obligación de acatarlo sin perjuicio de que contra él se entablen los recursos legales procedentes; y por último la coercitividad que implica la capacidad que tiene todo acto de autoridad del Estado para hacerse respetar y ejecutar coactivamente por diferentes medios y al través de distintos aspectos, aún en contra de la voluntad del gobernado, sin necesidad de que se recurra a la jurisdicción para que el propio acto se realice cabalmente por el propio órgano estatal a quien se impute: De tal manera que cuando el no ejercicio de la acción penal es un acto de autoridad que no reúne fehacientemente esos requisitos no se pueden considerar como válido, y por ende existe procedencia del juicio constitucional.

Todo lo anterior en condiciones normales, es cierto, el problema a retomar es cuando el acto de autoridad no cubre todos estos elementos esenciales para ser legal, y entonces esto es lo que constituye el acto reclamado en el juicio de amparo.

El acto reclamado en el juicio de amparo es cualquier hecho voluntario e intencional, negativo o positivo, imputable a un órgano del Estado, consistente en una decisión o en una ejecución o en ambas conjuntamente, que produzca una afectación en situaciones jurídicas o fácticas dadas, y que además se pretenda imponer imperativa, unilateral y coercitivamente; engendrando la contravención

desde un punto de vista jurídico a todas aquellas situaciones conocidas bajo la connotación de garantías individuales en una relación de supra a subordinación.

Si el acto reclamado es inconstitucional, o cuando menos bajo este aspecto le es considerado por el quejoso sólo puede serlo aquél que ya se ha cometido o se está cometiendo por las autoridades y aquellos que pueden cometerse en el futuro, basta con ello la suspensión en el juicio de amparo, e impedir la ejecución del acto reclamado que necesariamente debe ser futuro, puesto que no se ha realizado es lo único que puede lógicamente y realmente suspenderse, así lo prevé el artículo 11 de la Ley de Amparo, al disponer que es autoridad responsable, no sólo aquella que dicta, ordena o ejecuta, el acto reclamado, sino que trate de ejecutarlo.

En lo anterior encontramos que verdaderamente el acto de autoridad que emite el Ministerio Público absteniéndose de ejercitar acción penal puede en un momento determinado ser legal, el problema y perjuicio lo encontramos cuando ese acto no es conforme a derecho, por ende nosotros opinamos que la víctima u ofendido debe encontrarse bajo el amparo de la procedencia del juicio constitucional, en la hipótesis de que esa determinación no se dictó conforme a derecho: porque vamos a encontrarlos ante una exacta violación a las garantías individuales del gobernado, mismas que fueron quebrantadas por ese acto de autoridad que tiene en su carácter legal el Ministerio Público en la fase de averiguación previa.

Si encontramos que existe la procedencia del amparo en contra de la abstención del Ministerio Público para ejercitar la acción penal, por ser este acto emanado de una ley que se considera (ley Heteroaplicativa) a través del acto aplicativo concreto, el agraviado contará con un plazo ordinario de 15 días a partir de la ratificación de la mencionada decisión, conforme lo prevé el propio artículo 21 de la Ley de Amparo.

b) Partes o Sujetos en el Juicio de Amparo.- Los sujetos que intervienen en el derecho de acción del juicio de amparo son condiciones de su existencia misma, sin ellos la acción no sería concebible y para la procedencia del amparo.

Al intentar una acción, y una vez que el órgano jurisdiccional respectivo ha dictado un acuerdo admitiéndola y emplazando al sujeto pasivo de la misma contestándola para que se defienda, se excepción o se aliane a ella, surge automáticamente una relación jurídica procesal, autónoma e independiente de la situación jurídica sustantiva, existente entre actor y demandado dando origen al juicio.

Por reconocimiento de la ley adjetiva que otorga facultades a las personas que intervienen en el juicio para deducir una acción, oponer una defensa en general o interponer cualquier recurso, o a cuyo favor o contra quien va a oponerse la

actuación concreta de la ley, se reputa "parte" sea en un juicio principal o en un incidente.

La Ley de Amparo en su artículo 5 clasifica a los sujetos que son parte en el juicio de amparo como son: el quejoso, la autoridad responsable, el tercero perjudicado y el ministerio público federal.

a) **Sujeto activo o quejoso.**- Al cual le corresponde el poder de obrar, dice la fracción I del artículo 103 Constitucional "Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por leyes o actos de cualquier autoridad que violen garantías individuales, el titular de la acción de amparo es el gobernado (elemento personal) contra quien cualquier autoridad estatal (elemento autoridad) realiza un acto (lato sensu) violatorio de cualquier garantía individual que la Constitución otorga a aquél (elemento objetivo legal de la contravención), ocasionándole un agravio personal y directo.

En esta expresión "agravio personal y directo" encontramos otra manifestación de que es procedente el juicio de amparo en función de que esa violación es directa a un gobernado en específico, y no como pretende interpretar la Jurisprudencia, que ese agravio es directo para la sociedad, quien en última instancia sería secundariamente agraviada, porque quien reciente el agravio en su persona es la víctima y un poco indirectamente el ofendido en algún tipo de delito.

Pero aún en el supuesto de que se aceptara como un hecho que el agravio lo recibiera la sociedad, el Ministerio Público con su acto de autoridad, no sólo estaría incumpliendo con su finalidad como representante social, sino que además, violaría esas garantías individuales consagradas por la Constitución, acto que no se puede dejar al arbitrio de esta autoridad administrativa, sin la revisión necesaria de un órgano jurisdiccional.

b) **Sujeto pasivo o autoridad responsable.**- La autoridad es el órgano estatal, de facto o de jure, investido con facultades o poderes de decisión o ejecución, cuyo ejercicio crea, modifica o extingue situaciones generales o concretas, de hecho o jurídicas, con trascendencia particular y determinada, de una manera imperativa, todo ello mediante la infracción de garantías individuales que constituye la forma como cualquier autoridad, mediante una decisión, o una ejecución, realizadas conjunta o separadamente produce la creación, extinción o alteración en una situación general y que tenga repercusión particular.

Otra vez, encontramos que el agravio se considera general pero la repercusión es particular y directa, es decir que el agravio que produce a través de su acto de autoridad el órgano estatal es única y exclusivamente para el particular que reciente en su persona, en su patrimonio, en su familia etc., ese menoscabo que produce el acto de autoridad en caso de ser arbitrario e ilegal.

El artículo 11 de la Ley de Amparo dice: "Es autoridad responsable la que dicta y ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o acto reclamado". Además dicho artículo contiene las siguientes prevenciones:

Que cuanto el acto reclamado consistente única y exclusivamente en el dictado o en una orden (decisión) debe ser necesariamente presente, actual o pretérito. Por el contrario cuando el acto de autoridad que se reclama consiste en una ejecución, material o jurídica, la realización respectiva puede ser pretérita, presente o futura inminentemente.

Cuando el acto de ejecución (presente, pasado o futuro) obedezca a una orden o decisión anteriores el amparo debe dirigirse contra los 2 hechos (o sea ejecución y decisión) porque al ser el primero una mera realización del segundo, si sólo se entabla la acción de amparo contra él, se corre el peligro de que el juicio de garantías se sobresea por haber consentimiento de parte del quejoso, revelado en la aceptación tácita del acto decisorio y de sus consecuencias, al no haberlo impugnado. Lo correcto es el ejercicio de la acción de amparo en este caso, es que se señale como autoridades responsables tanto a la que ordena como a la que decide el acto reclamado como a la que ejecuta o trata de ejecutar.⁸⁵

c) El tercero perjudicado.- El tercero perjudicado es el sujeto que tiene interés jurídico en la subsistencia del acto reclamado y que se revela en que no se conceda al quejoso la protección federal o en que se sobresea el juicio de amparo respectivo que debe entenderse como cualquier derecho subjetivo que derive de los actos de autoridad que se combatan o que estos hayan reconocido, declarado o constituido.

En la impugnación a través del juicio de amparo en contra del No ejercicio de la acción el tercero perjudicado sería en todo caso el presunto responsable de la comisión de un delito, toda vez que si la sentencia en el juicio de amparo resultare favorable al quejoso, éste sería el que quedaría sujeto a investigación a cargo del Ministerio Público.

Por ello es que la posición que el tercero perjudicado ocupa como parte en el proceso de amparo es similar al de la autoridad responsable, puesto que ambos sujetos persiguen las mismas finalidades y persiguen las pretensiones idénticas que consisten en la negativa de la protección federal o en el sobreseimiento del juicio por alguna causa de improcedencia. Su calidad de parte tiene todos los derechos y obligaciones procesales que incumben al agraviado y a la autoridad responsable, y puede rendir pruebas, formular alegatos o interponer recursos.

A propósito del Tercero Perjudicado y en relación a las jurisprudencias anteriormente comentadas, en las que se dijo que el denunciante o querellante que tuviese derecho a la reparación del daño, conforme al artículo 10 de la Ley de

⁸⁵ *Ibidem*, p. 338.

Amparo, únicamente con el carácter de tercero perjudicado puede acudir al medio impugnativo del juicio de amparo, en los casos que el mismo artículo señala; a este respecto el artículo 5º fracción III de la Ley de Amparo señala "Son partes en el juicio de amparo... El tercero o terceros perjudicados, pudiendo intervenir con ese carácter"

La contraparte del agraviado cuando el acto reclamado emana de un juicio de controversia que (no sea del orden penal), o cualquiera de las partes en el mismo juicio cuando el amparo sea promovido por persona extraña al procedimiento;

El ofendido o las personas que conforme a la ley tengan derecho a la reparación del daño o a exigir la responsabilidad civil, proveniente de la comisión de un delito, en su caso, en los juicios de amparo promovidos contra actos judiciales del orden penal, siempre que estos afecten dicha reparación o responsabilidad.

La persona o personas que hayan gestionado en su favor el acto contra el que se pide amparo, cuando se trate de providencias dictadas por autoridades distintas de la judicial o del trabajo; y que sin haberlo gestionado, tenga interés directo en la substanciación del acto reclamado.

De las diferentes hipótesis y con relación a la materia penal especialmente en la fase de averiguación previa, distinguimos 2 cuestiones: Una cuando el procesado es el quejoso, el ofendido queda como tercero perjudicado en su carácter de parte en el juicio de amparo; forzosamente la Ley de Amparo deberá prever lo que debe aplicarse cuando el ofendido tenga el mismo derecho de interponer el juicio de amparo como quejoso, pues de no hacerlo lo coloca en un estado completo de indefensión en relación con el juicio de garantías que contra las determinaciones del Ministerio Público se interpongan por el agraviado como quejoso.

Aún más grave es cuando dentro de la etapa de averiguación previa deja a la víctima sin ese derecho de acudir a los Tribunales Federales a interponer una demanda de amparo con la finalidad de obtener su protección. Si no se permite al ofendido o a la víctima interponer dicha impugnación en la etapa de juicio, menos aún en el procedimiento durante la averiguación previa.

En ambos casos, es decir tanto tratándose de la víctima como del ofendido al dejarlos sin el derecho a la reparación del daño directamente en etapa de averiguación previa y por causas derivadas de la misma procedimiento, sin que para ello tenga que acudir al proceso civil, se traduce en una indudable violación de garantías individuales.

d) El Ministerio Público Federal.- Las funciones y objetivos específicos que prevé la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República para el Ministerio Público Federal en los juicios de amparo se basa precisamente en que debe velar por la observancia del orden constitucional y específicamente, vigilar y propugnar

por la observancia del orden constitucional y legal que consagran las garantías individuales y que establecen el régimen de competencia entre federación y estado.

El Ministerio Público Federal es parte equilibradora de las pretensiones desde el punto de vista constitucional y legal, tanto del quejoso como de la autoridad responsable y del tercero perjudicado, en las materias civil y administrativa. En el juicio de amparo en cuanto a la materia penal, a los Ministerios Públicos Federales deben tener todos los derechos procesales en su calidad de parte y por eso tiene la facultad procesal de ejercitar todos los actos e interpone todos los recursos que la ley concede.

Siguiendo al artículo 107 constitucional precepto que establece: "Todas las contravenciones de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley de acuerdo con las bases siguientes:...XV.- El Procurador General de la República o Agente del Ministerio Público Federal que al efecto designare será parte en todos los juicios de amparo, pero podrán abstenerse de intervenir en dichos juicios cuando el caso de que se trata carezca, a su juicio de interés público.

A su vez el artículo 5º fracción IV de la Ley de Amparo dispone: que es parte en todo juicio de garantías "El Ministerio Público Federal, quien podrá abstenerse de intervenir cuando el caso de que se trate carezca a su juicio de interés público".

Para que el Ministerio Público Federal ejercite esa facultad discrecional, el órgano de control, llámese Juez de Distrito, Tribunal Colegiado de Circuito o Suprema Corte debe necesariamente "darle vista" con la demanda de amparo correspondiente, a efecto de que analizando la indole del acto reclamado, la materia en que este se hubiere realizado o pretenda realizar, la naturaleza de las violaciones constitucionales alegadas por el quejoso entre otras para que a su vez éste determine si opta o no por comparecer a título de parte en el juicio correspondiente. Y por otra parte si el Ministerio Público Federal es parte en el juicio de amparo puede interponer los recursos que proceda (revisión, queja o reclamación) a efecto de que las resoluciones contrarias o desfavorables a su pretensión que afecten los intereses de la sociedad, sean debidamente ponderadas en el tribunal de alzada o en su caso se revoquen.

Con el bosquejo anterior solo queremos resaltar que la acción de amparo la puede intentar todo agraviado que ha sufrido violaciones a sus garantías individuales por un acto de autoridad que es arbitrario e ilegal, así como las partes que intervienen en dicho juicio. De donde nos queda señalar aspectos como los siguientes:

Como ha quedado señalado, el juicio de amparo tiene como finalidad esencial la protección de las garantías del gobernado y el régimen competencial existente

entre las autoridades federales así como las de los estados, extendiéndose su tutela a toda la Constitución a través de la garantía de legalidad que contiene el artículo 16, tutela que se imparte siempre en función del interés particular del gobernado, ya que al existir la afectación de éste por un acto de autoridad el amparo es totalmente precedente.

Al preservar dicho interés, mantiene y hace respetar el orden constitucional. De ahí que el control de la Constitución y la protección del gobernado frente al poder público, sean los dos objetivos lógicos y jurídicamente inseparables que integran la esencialidad del juicio de amparo.

Por ende, se ostenta como medio jurídico de que dispone cualquier gobernado para obtener en su beneficio, la observancia de la Ley Fundamental contra todo acto de cualquier órgano del Estado en donde queda incluido el Ministerio Público, por cometer una verdadera violación de garantías individuales contenidas en dicho ordenamiento legal con su abstención; con ello se destaca el carácter de orden público del amparo como juicio de control o tutela de la Constitución, ya que el interés específico del gobernado se protege con vista o con referencia siempre a un interés superior, el cual consiste en el respeto a la Ley Suprema. Por consiguiente, al ejercer el control de legalidad mediante el conocimiento jurisdiccional tal y como lo prevé el artículo 21 en la reforma que se comenta no es sino a través del juicio de amparo como se salvaguardan las garantías individuales que pueda violentar la institución que tiene a su cargo la persecución de los delitos.

Además, así como protege las garantías que contiene la Ley fundamental frente a las autoridades en general; también dicho medio de control tutela todo ordenamiento legal como lo son los Códigos de Procedimientos Penales en donde se ordena el procedimiento a seguir por el Ministerio Público, tanto para la integración de la averiguación previa como para llegar a una determinación de ejercicio de la acción penal o en su caso por falta de elementos del tipo penal la abstención; por ello es que al juicio de amparo no sólo se le considera como un recurso (lato sensu) sino un recurso extraordinario de legalidad porque protege tanto a la Constitución como a los ordenamientos legales sustantivos o adjetivos que de ella emanen.

Por su doble finalidad el amparo es una institución jurídica de índole individual y social al mismo tiempo, es decir, de orden privado porque tutela los derechos constitucionales del gobernado y de orden público debido a que tiende a hacer efectivo el imperio de la Constitución y de la ley frente a cualquier órgano estatal toda vez que sin su observancia y respeto a las disposiciones en ellas contenidas se destruiría el régimen de derecho dentro del que deben funcionar todas las autoridades del Estado.

Las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite y por esta razón entre otras condiciones debe obrar de acuerdo con una ley que fundamente su proceder, en el caso concreto hacia el cual va encomendada su actuación y de esta manera el juicio de amparo tiene como finalidad proteger toda la legislación mexicana, cuando la autoridad sea cual fuere la naturaleza y categoría, tiene la obligación como consecuencia directa y necesaria el principio de legalidad.

No es ocioso reiterar que el cumplimiento de las ejecutorias de amparo consisten en invalidar los actos reclamados cuando sean de carácter positivo, y en restituir al agraviado en el pleno uso y goce de la garantía que se haya estimado violada, restableciendo las cosas al estado en que se encontraban antes de dicho acto, en este caso, es decir, si mediante ellos la autoridad se rehusó a cumplir alguna obligación legal en beneficio del gobernado, el cumplimiento de la ejecutoria respectiva consiste en constreñirla a realizar lo que dejó de efectuar.

Por último, como sabemos las violaciones pueden ser formales, en el procedimiento o materiales, pero en este caso las que resaltamos son las que se cometen en el procedimiento que son aquellas que se registran durante la secuela del procedimiento, ya sea judicial o administrativo que se siga en forma de juicio. Se manifiesta en la privación de algún derecho procesal al quejoso que trascienda a la decisión con que culmine definitivamente el procedimiento respectivo. El efecto al concederse el amparo consiste en reponer el procedimiento desde la primera violación que se haya considerado en dicha ejecutoria, anulando la decisión reclamada y todas las consecuencias y efectos para observar lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley de Amparo. En virtud de tal reposición, la autoridad responsable debe dictar una nueva resolución independientemente de que su sentido sea igual o distinto de la reclamada.

D.- LA INEXISTENCIA DE LA IMPROCEDENCIA LEGAL DEL JUICIO DE AMPARO.

En lo referente a la improcedencia del juicio de amparo, tema que nos corresponde en este subcapítulo, de antemano afirmamos que no existe legalmente la improcedencia del juicio de amparo en contra de la abstención del Ministerio Público para ejercer acción penal, porque en ninguna de las fracciones que contiene el artículo 73 de la Ley de Amparo se prevé la improcedencia para este acto.

La improcedencia puede ser de tres tipos:

a) La improcedencia general o específica.- Que es un derecho público adjetivo del gobernado, la primera de ellas sólo es posible en la teoría pero jamás en la práctica jurídica; y la específica si se manifiesta con la invalidación del acto, de

sus efectos y consecuencias así como en el restablecimiento, en favor del agraviado o quejosos, de la situación particular afectada al estado en que encontraba inmediatamente antes del mismo acto. Una vez que el Juzgador examine la cuestión fundamental planteada por el quejoso, a fin de decidir si el acto de autoridad reclamado es o no inconstitucional, si es fundada la decisión que se emita será en sentido positivo, y la acción de amparo consigue su objetivo, contrario sensu, si la pretensión es infundada la decisión será en sentido negativo. Siempre, para llegar a cualquiera de estos resultados el órgano de control tiene que dirimir la cuestión fundamental sobre si el acto impugnado se opone o no a la Ley Suprema en los supuestos que prevé el invocado precepto.

Cuando la causa de improcedencia no es notoria, indudable o manifiesta, sino que surge con posterioridad o se demuestra durante el procedimiento, no concluye en una decisión negativa sino con el Sobreseimiento; por el contrario, cuando adolece de los mencionados caracteres, es decir, si aflora de los mismos términos en que esta concebida la demanda de garantías esta se rechaza de plano sin que se inicie el juicio de donde se declara Improcedente.

b) La improcedencia Constitucional.- Prevista en el artículo 103 de la Ley Suprema (que no concretamos en este tema por no tener relación con el mismo).

c) La improcedencia legal de la Acción de Amparo.- Este tipo de improcedencia tiene sus impedimentos para que el órgano de control estudie y decida sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos reclamados, se prevén en la Ley de Amparo, artículo 73 en sus diversas fracciones.

En las causas de improcedencia previstas por el artículo antes mencionado hay causas relativas o contingentes que pueden concurrir o no en casos particulares, semejantes en relación con un mismo acto de autoridad, sin embargo en su mayoría son absolutas y necesarias como es el caso de la fracción I que considera improcedente la acción del juicio de amparo en contra de la Suprema Corte, igualmente encontramos las fracciones VII y VIII del mismo ordenamiento legal que corroboran la improcedencia de la propia acción o juicio en materia política.

Lo más importante en esto, es que el Sistema de Señalamiento de la Improcedencia Legal de la Acción de Amparo prevista en el artículo 73 de la Ley de Amparo, ES LIMITATIVA, esto es, que únicamente los casos y circunstancias consignadas por el precepto pueden constituir el motivo generador de la improcedencia, por lo que, por exclusión, fuera de las hipótesis legalmente enumeradas, no debe aducirse otra causa al respecto. Así lo ha establecido la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al afirmar que " La Corte ha estimado que no existen más causas de improcedencia en el amparo que las expresamente señaladas por la Ley". De donde nosotros concluimos que

no existe razón para considerar legalmente la improcedencia del juicio de garantías en contra del No Ejercicio de la Acción Penal.

Por lo tanto, nosotros rechazamos sin lugar a duda el carácter limitativo del Sistema implantado por la Ley de Amparo en cuanto a la fijación de las causas de improcedencia se refiere, porque no pueden existir causas de improcedencia para otros casos concretos distintas de las expresamente mencionadas en el artículo 73 de la Ley de amparo.

A este respecto, aún cuando el artículo 73 dispone "El juicio de amparo es improcedente... fracción XIII.- En los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de la ley." en principio no puede interpretarse que se refiere a la Ley de Amparo puesto que el propio precepto establece las únicas causas que existen para la improcedencia legal de la acción de amparo, y si la fracción en comento implicara a cualquier otro ordenamiento de la naturaleza y categorías que esta, mismas que pudieran consagrar la improcedencia del juicio de amparo, con una mera declaración sobre el caso en particular, entonces, la fracción XVIII del artículo 73 de la Ley de Amparo sería nugatorio del sistema respectivo, al permitir a toda actividad legislativa que declare en cualquier ordenamiento normativo diferente de la Ley de Amparo la improcedencia de la acción de amparo sin limitación o condición alguna.

En consecuencia es necesario que realicemos un breve análisis de las fracciones del artículo 73 de la Ley de Amparo que dice: "El juicio de amparo es improcedente...

I.- (Excluida por haber sido comentada anteriormente).

II. "Contra resoluciones dictadas en los juicios de amparo o en ejecutorias de las mismas".- La propia Ley de Amparo ha creado los recursos para impugnar dichas resoluciones, que son según el caso, el de Revisión (art. 83), el de Queja (art. 95) y el de Reclamación (art. 103), después de lo que en estos recursos se resuelva es ya inobjetable.

III.- "Contra leyes o actos que sean materia de otro juicio de amparo que se encuentre pendiente de resolución, ya sea en primera o única instancia, o en revisión, promovido por el mismo quejoso y contra las mismas autoridades y por el propio acto reclamado, aunque las violaciones constitucionales sean diversas".- Esta fracción plantea un caso de litispendencia. En materia procesal común la litispendencia generalmente provoca la acumulación de los juicios respectivos para que sean fallados en una sola sentencia. Por lo contrario, en materia de amparo dicho fenómeno, no genera la acumulación, sino la improcedencia del juicio posteriormente promovido, y por ende su sobreseimiento, atendiendo a razones obvias de economía procesal.

IV.- "Contra leyes o actos que hayan sido materia de otra ejecutoria en otro juicio de amparo, en los términos de la fracción anterior".- Cuando los quejosos, las autoridades responsables y los actos realizados son los mismos, la diferencia entre la fracción anterior y esta, es que mientras que en aquella el juicio similar está en trámite, en esta ya fue fallado con sentencia ejecutoria. Es decir, ya hay cosa juzgada puesto que la ejecutoriedad de dicho fallo hace a éste inobjetable por todos conceptos y lo convierte en la verdad legal, que no podría ser sometida a nuevo juicio.

Respecto a nuestro tema el acuerdo de No Ejercicio de la Acción Penal ¿Es cosa juzgada? Por supuesto que no se puede considerar cosa juzgada, obviamente es sólo un acuerdo pero no cosa juzgada, pues no fue dictada por un juez como sentencia, sino por el Ministerio Público como un acuerdo de la autoridad administrativa.

V.- "Contra actos que no afecten los intereses jurídicos del quejoso".- El concepto de "interés jurídico" está íntimamente ligado al de agravio que si el acto de autoridad no lo causa, no puede existir aquél para intentar válidamente la acción de amparo contra dicho acto. Hay interés jurídico cuando se cuenta con un derecho, derivado de alguna disposición legal, a exigir de la autoridad determinada conducta.

Por el contrario en el No Ejercicio de la Acción Penal si existe un interés jurídico, derivado de la propia Ley Suprema y Ley Secundaria, por lo que se concluye que si es procedente el juicio de amparo en contra de este acto.

Ese interés jurídico reconocido por la Ley, no es sino lo que la doctrina jurídica reconoce con en nombre de "derecho subjetivo", es decir, como la facultad o potestad de exigencia cuya institución está consignada en la norma objetiva de derecho. En otras palabras el derecho subjetivo supone la conjunción de dos elementos inseparable, una facultad de exigir y una obligación correlativa traducida en el deber jurídico de cumplir dicha exigencia; desde el punto de vista de la clasificación de los derechos subjetivos en privados cuando el derecho y obligación sea de un particular; y en públicos en caso de que el mencionado derecho y obligación se impute a cualquier órgano del Estado.

En cuanto a que la afectación al mencionado interés jurídico debe comprobarse para que prospere la acción de amparo, deben ser apreciables objetivamente como lo previene el artículo 149 de la Ley de Amparo.

VI.- "Contra leyes, tratados y reglamentos que por su sola vigencia no causen perjuicio al quejoso, sino que se necesite un acto posterior de aplicación para que se origine tal perjuicio".- Esta fracción se sustenta en el mismo principio en que se sustenta la anterior la falta de "agravio", pero además comprende el tipo de ley que en este caso es hetero aplicativa, en donde puede acontecer que se trate de

normas que delinear o estructuran simples abstracciones, hipótesis o supuestos en los que por el momento no encaja nadie, o cuando menos el quejoso, aunque es factible que este quede comprendido en ellos posteriormente.

VII.

VIII. (Excluidas por haber sido comentadas anteriormente).

IX.- "Contra actos consumados de un modo irreparable".- Al respecto el artículo 80 de la Ley de Amparo dispone: "La sentencia que conceda el amparo tendrá el objeto de restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando el acto reclamado sea de carácter positivo, y cuando sea de carácter negativo, el efecto del amparo será obligar a la autoridad respectiva a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y a cumplir por su parte, lo que la misma garantía exija.

Pero si el acto que se reclama es ejecutado y físicamente resulta irreparable de manera que sea imposible volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la realización de dicho acto, el juicio de amparo carece de objeto y no tiene por lo mismo razón de ser, siempre y cuando esta irreparabilidad sea absoluta.

En esta hipótesis tampoco cabe el acto materia de nuestro tema.

X.- "Contra actos emanados de un procedimiento judicial, o de un administrativo seguido en forma de juicio, cuando por virtud de cambio de situación jurídica en el mismo deban considerarse consumados irreparablemente las violaciones reclamadas en el procedimiento respectivo, por no poder decidirse en tal procedimiento sin afectar la nueva situación jurídica".- Esta fracción contempla la irreparabilidad del acto reclamado pero no es irreparabilidad física, sino irreparabilidad jurídica que hace imposible la restauración de las cosas al estado en que se encontraban con anterioridad a las consecuencias del acto reclamado.

Si no estuviese prevista por el artículo 73 de la Ley de Amparo, esta causal de improcedencia, el juzgador constitucional estaría en aptitud de entrar al fondo del caso concreto sin una extralimitación de las sentencias de amparo.

A manera de ejemplo, si el acto reclamado está constituido por una orden de aprehensión librada por autoridad judicial y se impugna por considerar el quejoso que es infractora del artículo 16 constitucional, porque no existen datos que hagan probable su responsabilidad en el delito que se le imputa y las que se invocan en dicha orden son insuficientes y puede ser que lo aducido por el quejoso es exacto, pero si antes de que el Juez de Distrito resuelva, el juez responsable decreta la formal prisión por considerar que esta plenamente comprobado el cuerpo del delito con los datos que arroja la averiguación previa y por estimar que las

constancias que obran en autos, hace probable la responsabilidad del acusado quejoso con los que se satisfacen las exigencias del artículo 19 constitucional, en este caso ya cambio su situación jurídica, ya que a la existente en el momento en que se promovió el juicio de garantías la orden de aprehensión, cuya legalidad estaba por decidirse a la luz del imperativo del artículo 16 constitucional ha seguido otra que es la derivada de la formal prisión prevista en el artículo 19 constitucional, su situación ha pasado de indiciado a procesado.

En el estudio al tema del No Ejercicio de la Acción Penal encontramos que no existe cambio de situación jurídica cuando el Ministerio Público opta por la abstención para ninguno de los sujetos en la averiguación previa, es decir, al sujeto activo del delito o presunto y al pasivo sea denunciante o querellante por lo que esta causal de improcedencia del juicio de amparo no es aplicable al caso.

XI.- "Contra actos consentidos expresamente o por manifestaciones de voluntad que entrañen ese consentimiento".- Según la Ley de Amparo existe consentimiento tácito cuando la impugnación del acto autoritario se realiza extemporáneamente. En el consentimiento expreso del acto reclamado otorgado por escrito, verbalmente o por signos inequívocos, lo mismo que la existencia de las manifestaciones de voluntad que entrañen ese consentimiento, esto debe estar probado de manera tal que resulte indudable, ya que determinarían la improcedencia del juicio de amparo y, como consecuencia su sobreseimiento.

Se hace la observación que no siempre se puede considerar que existe consentimiento, si no existe certeza plena, de que el quejoso está conforme con el acto reclamado, como ocurre cuando lo acata por propia determinación voluntariamente, sin presión de las autoridades, caso diferente cuando el acto reclamado es una multa, no puede tenerse como consentido porque el multado haya hecho la entrega de la cantidad que importa la multa, por virtud del aprehio y amenazas que le hagan las autoridades.

El hecho de que la víctima o en su caso el ofendido, se den por notificados de la determinación del Ministerio Público en sentido negativo, no significa que sea aceptado ni tácita y expresamente, siendo así tampoco es procedente la causal prevista en esta fracción, y tampoco se puede considerar que por el hecho de que se haya sometido la determinación a la decisión del Procurador sea una aceptación del acto, por ende igualmente se puede interponer el juicio de amparo cuando la abstención no sea conforme a derecho y cause un perjuicio al denunciante.

XII.- " Contra actos consentidos tácitamente, entendiéndose por tales, aquellos contra los que no se promueva el juicio de amparo dentro de los términos que se señalan en los artículos 21, 22 y 218".- Como podemos ver los términos a que alude esta fracción son los siguientes: 15 días como regla general, de 30 días para reclamar una ley autoaplicativa, de 90 cuando se trate de impugnar

sentencias definitivas, laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, si el quejoso no fue citado legalmente para que concurriera a él, y residiera fuera del lugar en que se hubiere seguido el juicio, pero dentro de la República; y de 180 días si residiera fuera de ésta. Cuando existe una ley autoaplicativa y ésta no se combate, con la oportunidad señalada, (antes de su aplicación); el agraviado tiene con dicha ley una segunda oportunidad para combatirla, que es la que se le presenta una vez que le ha sido aplicada, dentro de los 15 días siguientes a su aplicación.

Esta causal propiamente equivale a la pérdida de la acción de amparo por expiración del plazo legal dentro del cual se debió haber intentado, o en términos procesalistas, equivale a la preclusión del amparo. Sin embargo esta fracción es inoperante cuando los actos reclamados consisten en el peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal, deportación, destierro o cualquiera de los prohibidos por el artículo 22 constitucional; ya que no esta sujeta a plazo fijo (según el artículo 22 fracción II de la ley en comento).

Por lo anterior hacemos el señalamiento de que tampoco es aplicable a nuestro caso concreto, si el agraviado por el acto de autoridad realizado por el Ministerio Público, en el entero conocimiento de los términos legales que fija la propia Ley de Amparo, y que se sujete a ellos como en todo procedimiento.

XIII.- "Contra las resoluciones judiciales o de Tribunales Administrativos o del Trabajo, respecto de las cuales conceda la ley algún recurso o medio de defensa, dentro del procedimiento, por virtud del cual puedan ser modificadas, revocadas o nulificadas, aún cuando la parte agraviada no lo hubiese hecho valer oportunamente, salvo lo que la fracción VII, del artículo 107 constitucional, dispone para los terceros extraños.

Se exceptúan de la disposición anterior los casos en que el acto reclamado importe peligro de privación de la vida, deportación o destierro, o cualquiera de los actos prohibidos por el artículo 22 de la Constitución".

XIV.- "Cuando se esté tramitando ante los Tribunales Ordinarios algún recurso o defensa legal propuesta por el quejoso, que pueda tener por efecto modificar, revocar o nulificar el acto reclamado".

XV.- " Contra actos de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, que deban ser revisados de oficio, conforme a las leyes que los rijan, o proceda contra ellos algún recurso, juicio o medio de defensa legal por virtud del cual puedan ser modificados, revocados o nulificados, siempre que conforme a las mismas leyes se suspendan los efectos de dichos actos mediante la interposición del recurso o medio de defensa legal que haga valer el agraviado, sin exigir mayores requisitos que los que la presente ley consigna para conceder la suspensión definitiva, independientemente de que el acto en sí mismo considerado sea o no susceptible de ser suspendido de acuerdo con esta ley".

Las tres fracciones arriba transcritas se basan en el principio de definitividad que rige el juicio constitucional; respectivamente en cuando a la materia jurisdiccional, a la materia administrativa en la fracción XIII y XV; por otra parte, en la fracción XIV se manifiesta de manera diferente, tal causa se provoca por la existencia y promoción de recurso o medio ordinario simultáneamente. Precisamente en esto estriba la falta de definitividad del acto reclamado. Tal como ocurre cuando el afectado con un auto de formal prisión está en apatitud legal de combatirlo mediante el juicio de amparo sin tener que impugnarlo previamente con una apelación, sin embargo, interpone este recurso, y antes de que sea resuelto en apelación, interpone en contra del auto de formal prisión el juicio constitucional.

De las tres anteriores fracciones y una vez que se ha hecho la aclaración pertinente, cabe decir, que en relación al acuerdo de No Ejercicio de la Acción Penal, no podemos de ninguna manera considerarlo como una sentencia definitiva para estar en la hipótesis de estas causales de improcedencia del juicio de amparo, toda vez que como se ha reiterado en el transcurso de este trabajo, la determinación emitida por el Ministerio Público y aún confirmada por el superior jerárquico, no tiene tal carácter, sólo es un previo requisito ante una instancia administrativa para proseguir con el proceso penal propiamente dicho, pero nunca una sentencia definitiva que se equipare a cosa juzgada, porque el propio término lo dice, este debe provenir de un órgano jurisdiccional.

XVI.- " Cuando hayan cesado los efectos del acto reclamado".- Es obvio que el juicio de amparo no tiene razón de ser cuando ha perdido su objeto, que es el de volver las cosas al estado que tenían antes del surgimiento del acto reclamado. Sin embargo es necesario determinar que en realidad se ha producido la cesación de todos los efectos del acto combatido, pues la subsistencia de uno sólo de ellos bastaría para que la improcedencia no se presente respecto de la totalidad del referido juicio o que la cesación de los efectos en cuestión sea aparente, engañosa, que no resiste una valoración legal, como podría suceder en el caso de que la autoridad respectiva revocara el acto reclamado, no obstante que le estuviere vedado realizar tal revocación.

En el caso que nos ocupa el Procurador no tiene la facultad de revocar el acto de la determinación en sentido negativo, una vez que lo ha confirmado, por ende no podemos entender la cesación de los efectos de este acto reclamado.

XVII.- "Cuando, subsistiendo el acto reclamado, no pudiera surtir efecto legal o material alguno por haber dejado de existir el objeto o la materia del mismo"

Igualmente en esta fracción ha desaparecido el objeto del juicio, y por consiguiente, carece de finalidad; se hace la aclaración de que el acto reclamado sigue existiendo, pero ya no puede surtir efecto alguno porque la materia del mismo ha dejado de existir. Si en un caso concreto de delito de fraude, el Ministerio Público no ejerció acción penal en contra del presunto responsable,

ilegalmente, pero si el querellante logra por algún medio recuperar el menoscabo que se le había causado en su patrimonio, el acto reclamado sigue persistiendo, pero la finalidad se extingue en el momento que ya no existe el objeto del juicio constitucional.

Deducimos que la improcedencia prevista en esta fracción difícilmente podría existir tratándose de materia penal, ya que si el representante social no hace todo lo posible por restablecer el orden jurídico, difícilmente podría restablecerse por los particulares, y mucho menos si nos encontramos ante la presencia de delitos graves.

Para concluir con este rubro, afirmamos que de las causales de improcedencia legal previstas en las XVIII fracciones del artículo 73 de la Ley de Amparo, ninguna de las hipótesis encuadra para el acto de autoridad cometido por el Ministerio Público en cuanto a su abstención; por ello afirmamos que debe proceder el juicio constitucional contra esa determinación de no ejercitar acción penal en contra del presunto responsable de un hecho delictuoso.

PROPUESTA

Si el eje de nuestro Sistema Jurídico Penal Mexicano se encuentra en el artículo 21 Constitucional en correlación estrecha con el artículo 102 de la misma y sus 29 primeros artículos que contienen las garantías individuales o derechos del hombre y el ciudadano, todos ellos protegidos por el Juicio de Amparo o de Garantías figura jurídica nacional instituida por los artículos 103 y 107 constitucionales.

No cabe duda que para combatir la impunidad y deje de ser un incentivo y estímulo para la comisión del delito, se proponga que el Representante Social cumpla cabalmente con sus funciones de integrar la averiguación previa lo más pronto posible, siempre con la observancia y respeto de las garantías individuales y sustentada en las diligencias legales que tendrán la consecuencia lógica de ejercer siempre que existan elementos suficientes la acción penal, sin que bajo ningún motivo ilegal o indebido se abstenga de esta obligación.

Para ello queda sujeto a cumplir irrestrictamente lo establecido por el artículo 133 del Código Federal de Procedimientos Penales en el que establece que el denunciante, el querellante o el ofendido pueden ocurrir al Procurador General de la República dentro de los quince días, contados desde que se les haya hecho saber esa determinación de no Ejercicio de la Acción Penal, para que el funcionario oyendo el parecer de sus agentes auxiliares y decida en definitiva si debe o no ejercitarse la acción penal.

Pero entonces, si contra la Resolución del Procurador no cabe recurso alguno que no sea el de responsabilidad, sin que este recurso resuelve el fondo de dicha determinación, es por lo que queda en manos de los legisladores que mediante el procedimiento de elaboración de leyes aprueben lo más pronto posible un artículo o artículos en leyes secundarias que establezcan la procedencia del medio extraordinario de impugnación como lo es el Juicio de Amparo para combatir esa determinación de No Ejercicio de la Acción Penal ilegal e indebida que puede llegar a realizar el Ministerio Público en ejercicio de sus funciones.

PROPONEMOS: Que la reforma sea en el artículo 10 de la Ley de Amparo y en él exclusivamente se determine la procedencia del juicio de amparo en contra de la determinación de No Ejercicio de la Acción Penal; en él además se especifique que los sujetos legitimados serán el denunciante, querellante u ofendido los que puedan acudir a los Tribunales Federales (Juez de Distrito) por no tratarse de una sentencia definitiva sino simplemente de una determinación intermedia dentro del procedimiento penal. Bajo la condición de que para poder acudir a esta instancia deba agotar previamente el procedimiento de revisión interno que señalan los acuerdos respectivos y que el término para interponer el amparo sea de 15 días como lo es para la interposición de todo juicio de amparo en otras materias y por otros motivos.

Además, en la ley ordinaria deberán establecerse formas prácticas y sencillas para que todos los ofendidos por la comisión de delitos tengan acceso en forma inmediata a este recurso, que deberá resolverse en la vía jurisdiccional. Esta Reforma debe dejar satisfechos los derechos de las víctimas y revestir nuevas características del Ministerio Público con una actitud racional y justa.

La anterior propuesta de reforma es con apoyo en las reformas que recientemente se han hecho al artículo 21 Constitucional que han abierto las puertas a este medio al decir que "Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por la vía jurisdiccional en los términos que la ley establezca", porque la reforma significa un verdadero avance en la protección de los derechos del agraviado y al mismo tiempo un medio de abatir la impunidad a través del control externo jurisdiccional que se impone como una exigencia social y jurídica irremplazable.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Una vez realizada la investigación, lectura, análisis y síntesis de nuestro trabajo en el propio concepto de averiguación previa como lo establecen los artículos 1o. fracción I del Código Federal de Procedimientos Penales y 2o. del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal contamos que su objeto es culminar con la determinación del Ministerio Público en el sentido de ejercitar acción penal en contra del presunto responsable de un delito, esto es, cuando existen los suficientes elementos del tipo penal; pero también puede determinar el no ejercitar la acción penal, cuando no existen elementos del tipo penal suficientes; sin embargo, el motivo por el que nos avocamos a realizar un estudio respecto de esta última determinación es porque en ocasiones aún cuando existen suficientes elementos del tipo penal y presunta responsabilidad se hace indebidamente y además confirmada por el Procurador respectivo a través sus auxiliares.

SEGUNDA.- La averiguación previa es la fase preparatoria del proceso penal y nuestro Sistema Procesal Mexicano es acorde con el Sistema Acusatorio, porque existe un interés del particular del ofendido o la víctima, por la participación del Estado, porque tiene un debate público y oral, por el principio de legalidad, en total diferencia del Sistema Inquisitorio. Incluso el Sistema Clásico Liberal retoma las bases del acusatorio y no así del inquisitorio, entonces, como esta instancia no se inicia de oficio, sino por denuncia, acusación o querrela, (caso urgente y flagrancia entre otros) el Ministerio Público no puede iniciarla sin estos requisitos de procedibilidad.

TERCERA.- El tiempo en que debe llevarse a cabo la averiguación previa no se encuentra establecido en precepto alguno, únicamente se encuentra previsto someramente en la Constitución Política en sus artículos 16 y 19, en el Código Federal de Procedimientos Penales en sus artículos 135, 161 y 133 bis, en el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal en su artículo 172. Pero ninguno de estos artículos prevé con exactitud el tiempo con el que cuenta el Ministerio Público para llegar a determinar; por lo que sintetizando decimos que lo ideal sería: conforme al artículo 16 Constitucional, para el caso flagrante 24 horas a partir de que se encuentra detenido el presunto responsable en la Agencia, aún cuando el mismo precepto constitucional otorga el término de 48 horas mismo que se puede duplicar por autorización. Las 72 horas que prevé el artículo 19 de la misma Constitución, se debe entender que no es para el Ministerio Público, sino para el Juez al dictar auto de formal prisión o sujeción a proceso. Por otra parte los artículos que señalamos del Código Federal de Procedimientos Penales y del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal tampoco incluyen ningún término para que el Ministerio Público consigne; creemos que habiendo denuncia o querrela y con detenido podrían ser 72

horas en Agencia y para delitos graves duplicarse ese término. En Mesa de Trámite 30 días como máximo a partir de que se tiene conocimiento del hecho delictuoso y se radica la averiguación previa.

CUARTA.- Los requisitos de procedibilidad como son: la denuncia, la acusación, la querrela en rigor, así como el caso urgente y la flagrancia entre otros con todas y cada una de sus características son las primeras circunstancias y condiciones a que debe sujetarse toda actividad estatal emanada de una autoridad para que pueda afectar válidamente la esfera del gobernado, integrada por el sumum de sus derechos subjetivos que no son sino una consecuencia directa del principio de legalidad.

QUINTA.- El artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales indica como se integran los elementos del tipo y la probable responsabilidad del inculpaado a través de las diligencias en una averiguación previa, es decir como encuadrar un hecho delictuoso con un tipo penal, como base del ejercicio de la acción una vez que quedan acreditados en autos estos elementos: La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido; la forma de intervención de los sujetos activos y la realización dolosa o culposa de la acción u omisión:

Igualmente si el tipo lo requiere el Ministerio Público debe tomar en cuenta las calidades del sujeto activo y del pasivo, el resultado y su atribubilidad a la acción u omisión, el objeto material, los medios utilizados, las circunstancias del lugar, tiempo, modo y ocasión, así como los elementos normativos y subjetivos o demás circunstancias a través de cualquier medio probatorio que señale la ley. La responsabilidad se equipara con la culpa y la omisión o abstención que hayan tenido los sujetos.

Precisamente conforme al artículo 118 del Código Federal de Procedimientos Penales, el Ministerio Público solo puede describir los hechos supuestamente delictivos sin calificarlos jurídicamente por lo que se entiende que el Juez es quien los califica y aplica la pena, entonces el representante social tiene exclusivamente la persecución de los delitos.

SEXTA.- En la fundamentación constitucional, en sus artículos 14, 16, 19, 21 y 102 encuentra el Ministerio Público la base para integrar la averiguación previa, así como en la fundamentación práctica que agrandes rasgos podemos señalar, en el Código Federal de Procedimientos Penales los artículos 168, 181, y 183 básicamente y para determinados delitos en los artículos 169, 170, 171, 172, 173, 176, 179, 184, 185, 186 y 187; en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en los artículos

94, 97, 100, 102, 103 y para determinados delitos en los artículos 114, 119, 192, 193, 194, 211, 212, y 269. Al integrar dicha indagatoria se deberá dar respuesta a las siguientes interrogantes ¿Qué?, ¿Quién?, ¿Cuándo?, ¿Dónde?, ¿Cómo?, ¿Con qué? y ¿Por qué?

Cabe mencionar que en los respectivos Códigos de Procedimientos Penales, el Federal tiene mayor reglamentación con orden y organización que el del Distrito Federal, pero en uno y otro ámbito, el Ministerio Público tiene la especialización suficiente para cumplir con una buena integración de la averiguación, todo depende de la persona del funcionario que represente dicha institución para que se conduzca con apego a las leyes.

SEPTIMA.- En el desarrollo de la integración de la averiguación previa como documento por ser este el expediente en donde se harán constar todos y cada uno de sus actos, el Ministerio Público no debe olvidar las normas legales de forma pero aún con mayor apego las de fondo para que esta sea considerada conforme a derecho, siguiendo una estructura sistemática y coherente con una secuencia cronológica, precisa y ordenada, observando además de los requisitos de procedibilidad; así en cada indagatoria no olvidar las disposiciones legales que les correspondan a cada caso concreto y no generalizar, es decir no dejar de practicar las diligencias que el caso requiera, porque si practica únicamente las de rigor o costumbre no está cumpliendo con su función debidamente.

Para que una averiguación previa se haga lo más apegada a la verdad jurídica en un tiempo considerable y lo mas certera y confiable, es indispensable la disposición y entrega de todas y cada una de las personas que colaboran con el Ministerio Público, como lo son: los secretarios mecanógrafos, la policía judicial, peritos en diversas materias, médicos, psicólogos, trabajadores sociales, y contar con las aportaciones que tenga del denunciante o querellante y hasta los testigos, y no olvidando dar el valor que merecen las del propio presunto; nunca permitir que quede sin realizar la más mínima práctica, mucho depende desde una declaración bien realizada hasta estudios científicos como los que realizan los peritos den las diversas materias y el trabajo de investigación que realiza la policía judicial.

Porque en un momento dado si por economía de trabajo no realiza la declaración adecuada, del presunto, del denunciante o de un número de testigos a quienes saben y les consta los hechos dejando a uno de ellos o a mas sin declarar eso puede causar que la determinación se desvirtúe. Hablando de dictámenes, no hay duda alguna que son definitivos como punto central para la determinar del ejercicio de la acción penal o su abstención, por lo que si este no se realiza con eficiencia también puede ser que antes que el Ministerio Público determine sea éste dictamen incorrecto o falso el que

da otro sentido para la determinación. Aún cuando parece redundante y que todo lo anterior es bien sabido por todos, no podemos negar que puede suceder y sucede a diario.

OCTAVA.- La pretensión es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y la aspiración concreta de que esta se haga efectiva. En tanto que la acción es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho para acudir a los órganos jurisdiccionales a reclamar la solución de sus interés como un derecho subjetivo, por ello la acción es un poder que le corresponde única y exclusivamente al ciudadano en quien se produce el efecto jurídico de la actuación de la ley.

Merece una llamada de atención el aspecto de la Autonomía de la Acción como relación de sujetos pasivos y activos a la vez. El sujeto activo titular del derecho de acción que es el individuo o gobernado, el sujeto pasivo obligado a ejercitar la acción penal en representación del titular del derecho que es el Ministerio Público y en todo el procedimiento penal está otro sujeto pasivo que tiene la obligación de prestar jurisdicción como lo es el juez. En esta autonomía el gobernado puede sufrir violaciones a sus derechos consagrados por la Constitución cuando el Ministerio público al investigar y el juez al sentenciar en ocasiones sobrepasan sus facultades y dejan de cumplir sus obligaciones, lo que por ser ilegal no puede quedar sin un medio de defensa.

NOVENA.- Entonces la Norma Estatutaria que para nosotros es la Interdisciplina de normas jurídicas que nace con la pretensión de buscar la tutela jurídica como derecho sustantivo y de la acción como un derecho procesal de acudir a los órganos jurisdiccionales deben ser en su naturaleza jurídica un Derecho Fundamental por la relación entre particular y estado; que se manifiesta a través de un derecho objetivo o instrumental, formando en conjunto la norma impero atributiva, que quiere decir que además de otorgar facultades e imponer deberes al Ministerio Público y al Juez concede derechos al accionante.

Con todo esto no se pretende de forma alguna admitir que el ofendido tenga ese poder deber de ejercer acción puesto que es encomendada como mandato jurídico previsto por la Constitución al Ministerio Público, pero sí aceptar que el individuo o gobernado es a quien le pertenezca esa titularidad del derecho, sobre todo en el sistema acusatorio como lo es el sistema penal mexicano, por todas las razones anteriormente enunciadas.

Reconociendo que el carácter público del procedimiento penal no permite transacciones o componendas de las partes después de ejercitada la acción, es por

ello que el Ministerio Público no puede abstenerse o desistirse de la acción porque no le pertenece, ni se trata de un derecho de su patrimonio. (la única excepción a la regla es el perdón del ofendido, quien puede desistirse en cualquier momento del procedimiento, pero nunca al Ministerio Público).

DECIMA.- La trayectoria del ejercicio de la acción penal comprende desde que se inicia con la consignación hasta que culmina con la apatitud legal que tiene el Ministerio Público para desistirse o formular acusación precisa, por lo que no se puede considerar que esté al arbitrio total de éste. En la fase de averiguación previa por el principio de legalidad y de irretroactividad o irrevocabilidad no le es permitido declinar, y durante el proceso sólo debería esperar hasta que el juez sentencie o absuelva.

Y para realizar la consignación el Ministerio Público adscrito a Agencia o Mesa de Trámite en auxilio del Ministerio Público adscrito al juzgado tiene que incluir, aspectos como: la valoración de los delitos que permitan concluir si son delitos dolosos o culposos dependiendo de como haya actuado el sujeto activo si fue en forma imprudente, negligente o carente de atención; la tentativa, la pluralidad de sujetos, las agravantes (premeditación alevosía y ventaja) o atenuantes en su caso; todo ello de gran importancia en la integración de los elementos del tipo penal pero sobre todo para resolver, si ejercita o no la acción penal o bien si envía a reserva.

DECIMA PRIMERA.- El acuerdo A/010/89 que dictó el Procurador de Justicia en el Distrito Federal por el que se establecen lineamientos relativos a la autorización de no ejercicio de la acción penal en la averiguación previa, en sus considerandos el propio Procurador admite que delega a las unidades administrativas (Coordinación de auxiliares) el cumplimiento irrestricto de los principios de legalidad y seguridad jurídica lo que garantiza que no sea vulnerada injustificadamente la esfera jurídica de los gobernados como la víctima, el ofendido o el inculpaado todos ellos involucrados en hechos presumiblemente delictivos. Que entre otros aspectos ya antes comentados, con tal afirmación queda claro que el Ministerio Público por ningún motivo diferente de lo que establece en su artículo tercero pueda determinar su abstención.

DECIMA SEGUNDA - El acuerdo A/006/92 del Procurador General de la República que determina el actuar de los agentes del Ministerio Público Federal en relación a los casos en que se resuelve el no ejercicio de la acción penal en las averiguaciones previas, delega en la Coordinación Jurídica en Sector Central y a los supervisores dependientes de esta en las Delegaciones Estatales o Delegaciones Metropolitanas. Sin que esta representación social por ningún motivo diverso del artículo segundo de su acuerdo puede determinar su abstención.

En ambos acuerdos se le conceden al denunciante o querellante un término de 15 días a partir de su ratificación para que realice su inconformidad ante el superior jerárquico, quien a través de sus auxiliares confirma o devuelve ese acuerdo no ejercicio de la acción penal. Pero es obvio que al tratarse de la misma instancia no es creíble que pueda ser una revisión certera y confiable, por lo que forzosamente debe ser una revisión ante un órgano jurisdiccional, aún cuando en leyes secundarias se establezca que debe el interesado agotar ese procedimiento previo que se encuentra determinado en dichos acuerdos emitidos por los Procuradores respectivos.

Porque queda claro que si en un acuerdo de no ejercicio de la acción penal le es notificado al denunciante o querellante esa determinación para inconformarse también lo es que sólo a él le corresponda el derecho de acudir a la instancia del Tribunal Federal para solicitar la protección y amparo de la Justicia Federal a través del juicio de amparo que con base en uno de los principios que lo rige este medio de impugnación extraordinario dice que solo es por "iniciativa de parte agraviada". lo que se traduce en que por una abstención del Ministerio Público para ejercitar acción penal, es el denunciante o querellante y nadie más quien tenga el derecho de buscar la protección y amparo de la justicia federal.

DECIMA TERCERA .- El acuerdo A/04/90 emitido por el Procurador de Justicia del Distrito Federal, así como en el acuerdo A/007/92 del Procurador General de la República en los que respectivamente dan instrucciones a los agentes del Ministerio Público en relación a los casos en que se resuelva el archivo por reserva en las averiguaciones previas, aceptan que a esa determinación se llega en reiteradas ocasiones por negligencia e ineptitud, dolo e incapacidad del personal que actúa en la investigación y para ello en algunos de los artículos contenidos en los mismos facultan a los agentes del Ministerio Público para exigir tanto a la policía judicial como a peritos el cumplimiento de las ordenes giradas y que no hayan cumplido antes de llegar a esa determinación.

Lo que si no es aceptable es que dejan en manos del denunciante o querellante la aportación de mayor información o que propongan nuevas pruebas por desahogar, cuando esto no es deber de él sino del propio Ministerio Público que conoce de la indagatoria, así como de la policía judicial y peritos.

En relación a la Reserva como determinación del Ministerio Público como consecuencia de la indagatoria en los dos acuerdos, es decir, en el A/04/90 para el Distrito Federal como en el A/07/92 Federal, unifican criterios en cuanto a los motivos por los cuales se envía a reserva el expediente y ellos son: a) Que el probable responsable o indiciado no esté plenamente identificado, y b) Que resulte imposible desahogar algún medio de prueba y los ya existentes sean insuficientes para

determinar el ejercicio o no de la acción penal. Sin embargo como ya se dijo estos motivos son bastante discutibles toda vez que son varias las causas por lo que no se cumple con las diligencias que se requieren para la integración completa que permita contar con los suficientes elementos del tipo y la presunta responsabilidad, pero so pretexto de lo que ordenan estos acuerdos se envían a reserva la mayoría de expedientes.

La consulta de reserva encuentra un verdadero obstáculo, y este es que en la en la mayoría de los casos el presunto responsable de un delito no es detenido y a veces ni identificado o localizado, lo que no permite contar con elementos suficientes que permitan continuar con la indagatoria, y se queda en espera de que sean aportados mayores elementos o que en su caso se localice al presunto.

El artículo sexto en el acuerdo del Distrito Federal y el artículo séptimo en el acuerdo federal encontramos la figura de la "Prescripción" de los hechos investigados que debe también queda dentro de las facultades del Ministerio Público, dependiendo esa prescripción de si el delito es continuado, en grado de tentativa, consumado o permanente conforme al artículo 102 del Código Penal. O bien si la pena aplicable al delito consiste en multa, o pena privativa de la libertad, que según el término medio aritmético y aún cuando la penalidad sea menor de 5 años, su prescripción será en cinco años; y puede duplicarse si se encuentran reincidencias del mismo presunto, quedando al criterio del propio Ministerio Público la depuración de los expedientes que se fueron a archivo por reserva, lo que finalmente es otro expediente más enviado a archivo definitivo fatalmente.

DECIMA CUARTA.- El Ministerio Público como autoridad responsable en el artículo 5 de la Ley de Amparo lo contempla como parte en el juicio de amparo; en su artículo 11 de la misma ley señala que autoridad responsable es la que dicta, promulga, publica, ordena o ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado, en ambos preceptos el Ministerio Público encuadra perfectamente como autoridad responsable.

Como quedo ya puntualizado el Ministerio Público no tiene en forma "exclusiva la persecución de los delitos sino que éste lo debe considerar como una función obligación en su calidad de autoridad que tiene dentro de la fase de averiguación previa porque sólo será considerado parte dentro del proceso y sin que por el hecho de que se acepte la procedencia del juicio de amparo se afirme que se deja en manos del particular o en su defecto en las del Tribunal Federal el ejercitar la acción penal, como tampoco hay una invasión de competencias.

Por supuesto que es una autoridad en la fase de averiguación previa, el al agraviado por ese acto de autoridad que viola garantías individuales contar con el derecho de acudir al Tribunal Federal será para el efecto de que se revise la actuación de esa autoridad y que se considera violatorio de garantías individuales como sucede con otros actos de otras autoridades que vulneran la esfera jurídica del gobernado, por lo tanto, tampoco se invaden competencias por parte de la autoridad judicial en la administrativa.

DECIMO QUINTA.- De no observarse el ejercicio de la acción penal aún cuando existen los elementos del tipo penal incurre en una violación de la ley Suprema cuyo medio de protección lo constituye sólo el juicio de amparo, ya que de acuerdo al régimen de derecho organizado la autoridad administrativa cuando es autoridad, es susceptible de control constitucional sin que exista acto de esta institución que pueda evitar ese control, sobre todo porque su negativa no da lugar a la existencia del proceso y deja en estado de indefensión al gobernado.

Recordando que entre el sujeto activo con derecho al goce de las garantías individuales o gobernado y el sujeto pasivo el Estado a través de sus autoridades, hay una relación jurídica esto se traduce para el particular una "potestad" para exigir al Estado que cumpla positivamente con sus facultades o en su caso con el efecto negativo que determine al respecto la garantía individual al verificar la actuación demandada por el súbdito estatal, cuando no se cumple las garantías individuales que se violan con la abstención del ejercicio de la acción penal son: la contenidas en los artículos constitucionales 14 que contiene la garantía de audiencia; 16 que contiene la garantía de legalidad y el 21 con la garantía de seguridad jurídica

Estas garantías como relaciones jurídicas que se establecen entre gobernado por un lado de modo directo e inmediato y la autoridad del estado de manera indirecta o mediata obliga al Estado a través de cualquiera de sus autoridades a tener la autolimitación en su ejercicio con el objeto de no lesionar la esfera jurídica de cualquier persona, así se trate de autoridad administrativa como la judicial ante quienes se lleva el procedimiento penal, son las formalidades procesales esenciales y tiene como finalidad otorgar la oportunidad de defensa para que la víctima por un acto de privación externe sus pretensiones.

La garantía de audiencia que viola el Ministerio Público o "el juicio previo que se siga ante tribunales previamente establecidos", estriba en la realización de un acto jurisdiccional por excelencia que es la única que puede establecerse en una resolución o sentencia de DICCION DEL DERECHO.

Artículo 16 con la garantía de legalidad consagrada en su primera parte del mismo es que a ninguna persona o ningún gobernado sin distinción se le puede causar actos que produzcan una merma o menoscabo en la esfera jurídica de la persona, sin estar debidamente fundados y motivados en una ley, de donde se desprende que si el Ministerio Público resuelve en el sentido negativo con una abstención del ejercicio de la acción penal aún cuando existen los suficientes elementos del tipo penal y que haya la presunta responsabilidad viola esta garantía de legalidad, que en todo caso ni cumple con la debida motivación de su acto, porque no hace esa adecuación de un hecho a una norma jurídica sustantiva o reglamentaria, quizá por esa facultad discrecional que tiene la autoridad para determinar en el caso concreto. Cuando existe esa violación de ambos requisitos de fundamentación y motivación de un acto de toda autoridad es un acto arbitrario en el sentido jurídico.

La garantía de seguridad jurídica que está contenida en el artículo 21 constitucional es considerada como el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el sumum de sus derechos subjetivos.

Si se acepta la recíproca de que al Ministerio Público le corresponde la persecución de los delitos y así también la abstención, esto implica el dejar de perseguir en cualquiera de sus aspectos los delitos y en su caso de la acción penal en todas sus formas por lo que en ese momento está invadiendo la función decisoria del Juez.

DECIMA SEXTA.- La S.C.J.N. en sus criterios jurisprudenciales, se manifiesta como defensora de la omnipotencia del Ministerio Público en todos y cada uno de sus actos, al no aceptar la procedencia del juicio de amparo en contra de la resolución de no ejercicio de la acción penal, por lo siguiente:

1) Al expresar que existe preclusión figura que no es aplicable al n.e.a.p. porque únicamente precluye los plazos para dar contestación a una demanda, para ofrecer pruebas en el proceso, o para impugnar pero no se puede aplicar aún a esta resolución porque ni siquiera se ha previsto el medio por el cual se puede impugnar.

2) Dice que se invaden funciones del Ministerio Público con la intervención de los Tribunales Federales, pero lo único que se busca es la revisión de los actos de autoridad por un órgano diferente y de mayor jerarquía, como sucede en todo acto que vulnera las garantías consagradas por la Constitución, objetivamente lo que se busca a través del juicio de amparo es la protección del gobernado, contra cualquier acto que infrinja la Constitución así como de cualquier ordenamiento secundario.

3) Tampoco se deja al arbitrio de los particulares ni se obliga al Ministerio Público a ejercitar la acción penal, cuando el Tribunal Federal dicte su sentencia amparando y protegiendo al quejoso, lo único es que va a hacer del conocimiento de la autoridad administrativa la falta de cumplimiento de actuaciones o las que haya realizado incorrectamente, para que ésta realice lo dejó de realizar incluyendo desde diligencias hasta el ejercicio de la acción pero nunca la autoridad jurisdiccional tomaría como sus facultades tal ejercicio.

4) El artículo 10 de la Ley de Amparo sólo prevé un caso específico que es cuando procede la Reparación del daño y con sus respectivos requisitos, pero no para todo delito en los que se establezca otro tipo de pena.

5) El juicio de responsabilidad que dice la S.C.J.N que es el medio para revisar tal actuación no resuelve el problema de fondo ante un inejercicio, lo hace es sancionar al funcionario responsable que no haya cumplido con sus funciones y esa sanción no va más haya de sanciones administrativas como son desde un apercibimiento hasta su destitución conforme al artículo 53 de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

6) Por último llega a hacer aseveraciones tan falsas como decir que es improcedente el juicio de garantías ya que en la abstención de este ejercicio, "aún en el supuesto de ser indebido" no afecta la esfera jurídica del ofendido, por lo que no puede quedar sometido al control constitucional, aún cuando es evidente que si afecta la esfera jurídica con la violación a diversas garantías individuales. Lo más grave es que acepta lo indebido del acto de autoridad, cuando también quedo claro que todo acto de autoridad debe sujetarse a las formalidades y requisitos que las leyes les impongan para que ese acto no sea ilícito.

DECIMA SEPTIMA. - Por lo tanto, opinamos que no existe otro medio de impugnación en contra de la resolución del Ministerio Público en el sentido de abstenerse de ella, que no sea el juicio de amparo por ser el único medio extraordinario que resguarda la Constitución en contra de actos de autoridades que violen las garantías individuales. La procedencia del juicio de amparo radica en que los actos del Ministerio Público son funciones con imperio y decisión, pero acto que no le es exclusivo, sino únicamente de su incumbencia y por lo tanto debe estar sujeto a revisión o control constitucional que permita apreciar si se realizó con apego a los presupuestos de legalidad o si se extralimitó de las órbitas que le otorga el artículo 21 constitucional, para que no viole la garantía de audiencia y deje en estado de indefensión a la víctima u ofendido por el delito.

La procedencia de la acción de amparo la encontramos fundamentada en la Constitución en los artículo 8 y 17 que ubican en un extremo agraviado que tiene el derecho de petición y en el otro al Estado que tiene la obligación de impartir justicia.

Entre los sujetos que son parte en el amparo en primer lugar está el quejoso o agraviado que en este supuesto quedaría colocada la víctima u ofendido a quien se le negó el ejercicio de la acción penal sin una causa verdaderamente legal; la autoridad responsable que es el Ministerio Público en este caso; el tercero perjudicado que sería el presunto responsable y por último el Ministerio Público Federal que en turno corresponda.

DECIMA OCTAVA.- Por último y en relación a que no existe improcedencia real del juicio de amparo, que legalmente proceda a la abstención del ejercicio penal, porque ninguna de las XVIII fracción del artículo 73 de la Ley de Amparo la prevé y todo lo que la propia ley no observe se entienda como inexistente. De donde deducimos que la improcedencia legal prevista en las fracciones del artículo antes mencionado, toda vez que ninguna de sus hipótesis encuadra para el acto de autoridad cometido por el Ministerio Público en relación a su abstención y por tanto afirmamos que debe proceder el juicio constitucional en contra de esta determinación indebida.

DECIMO NOVENA.- Como conclusión y en relación a la aportación aportación en la presente tesis podemos afirmar que por reforma publicada el día 3 de julio de 1996 en el Diario Oficial de la Federación el artículo 21 Constitucional en su segundo párrafo establece: "la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a una policía ...), Asimismo por reforma publicada el día 30 de diciembre de 1994 el mismo precepto establece: "Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley". Con ello se puede intentar dar una propuesta que quizá llegue a ser válida como lo es la que prevea en la ley secundaria como lo sería la Ley de Amparo en donde se indique la procedencia del juicio de amparo como medio extraordinario de impugnación para combatir el no ejercicio de la acción penal.

Reiterando además que como antecedente a esta procedencia del juicio de amparo que venimos defendiendo esta la que en la Ley Orgánica del Ministerio Público del Distrito Federal de 1919, en donde se contemplaba la procedencia del juicio de amparo en su Capítulo II titulado, Atribuciones y deberes del Procurador de Justicia y de los Agentes del Ministerio Público del Distrito y Territorios en el que se encontraba inmerso el artículo 26 que a la letra dice: "Cuando un agente del Ministerio Público no presentare acusación por los hechos que un particular hubiere denunciado como

delitos, el quejoso podrá ocurrir al Procurador General de Justicia, quien, oyendo el parecer de los agentes auxiliares, decidirá en definitiva si debe o no presentarse acusación. Contra esa resolución no cabe otro recurso que el extraordinario de amparo y Responsabilidad.

BIBLIOGRAFIA.

ACERO JULIO.- "Nuestro Procedimiento Penal Ensayo, Doctrina y Comentarios sobre las Ultimas Leyes del Ramo del Distrito Federal y del Estado de Jalisco".- Edic. Tercera.- Edit. Imprenta Font.-Guadalajara, Jal. 1939.

ACOSTA ROMERO MIGUEL.- "Teoría General del Derecho Administrativo".- Edic. Décima.- Edit. Porrúa, S. A.- México 1991.

ARILLA BAS FERNANDO.- "El Procedimiento Penal en México" Edic. Octava.- Edit. Kratos.- México 1981.

BARRITA LOPEZ FERNANDO.- "Averiguación Previa".- Enfoque Interdisciplinario.- Edic. Segunda.- Edit. Porrúa S.A.- México 1993.

BRISEÑO SIERRA HUMBERTO.- "El Enjuiciamiento Penal Mexicano",.- Edit. Trillas.- México 1976.

BURGOA ORIGUELA IGNACIO.- "El Juicio de Amparo".- Edic. Decima Novena.- Edit. Porrúa, S. A. - México 1994

BURGOA ORIGUELA IGNACIO.- "Las Garantías Individuales".- Edic. Vigésimo Cuarta.- Edit. Porrúa.- S. A.- México 1992.

CASTELLANOS TENA FERNANDO.- "Lineamientos Elementales de Derecho Penal" (Parte General).- Edic. Décima Tercera.- Edit. Porrúa S.A.- México 1992.

COLIN SANCHEZ GUILLERMO.- "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales".- Edic. Décimo Cuarta.- Edit. Porrúa, S. A.- México 1977.

COLIN SANCHEZ GUILLERMO.- "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales: La Prueba: El Juicio; el Procedimiento de Impugnación y los Incidentes".- Edit.- Impreso en Bay Graficas y Ediciones S de R. L.- México 1967.

DIAZ DE LEON MARCO ANTONIO.- "Teoría de la Acción Penal".- Ensayo Sobre una Teoría General de la Acción.- Edit.-Manuel Porrúa, S. A.- México, 1949.

FRANCO SODI CARLOS.- "El Procedimiento Penal Mexicano".- Edic. Tercera.- Edit. Porrúa, S.A.- México 1966.

FRANCO VILLA JOSE.- "El Ministerio Público Federal".- Edic. Primera.- Edit. Porrúa, S. A.- México 1985.

- GARCIA MAYNEZ EDUARDO.- "Introducción al Estudio del Derecho".- Edic. Cuadragésimo primera.- Edit. Porrúa, S. A.- México. 1990.**
- GARCIA RAMIREZ SERGIO.- "El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano".- La Reforma de 1993-1994.- Edit. Porrúa S.A.- México, 1994.**
- GOMEZ LARA CIPRIANO.- "Teoría General del Proceso".- Edit. Textos Universitarios.- México 1979.**
- HERNANDEZ LOPEZ AARON.- "El Procedimiento Penal Federal Comentado.- Edic. Tercera.- Edit. Porrúa S.A.- México 1994.**
- MARTINEZ GARZA VALDEMAR.- "La autoridad Responsable en el Juicio de Amparo en México.- Edit. Porrúa, S.A.- México 1994.**
- OSORIO Y NIETO CESAR AUGUSTO.- "La Averiguación Previa".- Edic. Séptima.- Edit. Porrúa, S. A.- México 1994.**
- RIVERA SILVA MANUEL.- "El Procedimiento Penal".- Edic. Decimotercera.- Edit. Porrúa, S.A.- México 1983.**
- RUBIANES CARLOS J.- "Manual de Derecho Procesal Penal".- Tomo I.-Teoría General de los Procesos Penal y Civil.- Edic. Sexta.- Edit. Depalma, Buenos Aires 1985.**
- SILVA SILVA JORBE ALBERTO.- "El Procedimiento Penal.- Edit. Harla.- México 1990.**
- V. CASTRO JUVENTINO.- "El Ministerio Público en México, Funciones y Disfunciones".- Edic. Séptima.- Edit. Porrúa, S. A.- México 1990.**
- ZAMORA PIERCE JESUS.- "Garantías y Proceso Penal".- Edic. Sexta.- Edit. Porrúa, S.A.- México. 1993.**
- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.- Edic. 110a.- Edit. Porrúa, S.A.- México 1995.**
- LEY DE AMPARO.- "Reglamentaria de los artículos 103 y 107 Constitucionales y su Jurisprudencia".- Edic. Cuarta.- Edit. Porrúa, S.A.- México 1993.**
- CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.- Edic. 49a.- Edit. Porrúa, S. A.- México 1994.**
- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.- Edic. 48a.- Edit. Porrúa, S. A.- México 1994.**

REVISTA DEL MINISTERIO PUBLICO ESPECIALIZADO.- "Instrumento de Modernización en la Procuración de Justicia".- Edic. Primera.- INAP-PGJDF.- México 1993.

JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.

ACUERDO A/010/94.- Del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, por el que se establecen lineamientos relativos a la autorización del No Ejercicio de la Acción Penal en la Averiguación Previa.

ACUERDO A/006/92.- Del Procurador General de la República, que determina el actuar de los Agentes del Ministerio Público Federal en relación a los casos en que se resuelve el No Ejercicio de la Acción Penal, en las Averiguaciones Previas a su cargo.

ACUERDO A/04/ 90.- Del Procurador General de Justicia del Distrito Federal por el que se dan instrucciones a los Agentes del Ministerio Público en relación a los casos en que se resuelva el Archivo por Reserva en las Averiguaciones Previas a su cargo.

ACUERDO A/007/92.- Del Procurador General de la República, que determina el actuar de los Agentes del Ministerio Público Federal, respecto a los asuntos en que consulten la Reserva de las Averiguaciones Previas a su cargo.

REFORMAS EN:

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION.- Del día 31 de diciembre de 1994. En el que se reforma el artículo 21 Constitucional.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION.- Del día 3 de julio de 1996.- En el que se reforma el artículo 21 Constitucional.