

000321

9
2 Ej.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

'99 FEB 15 6 57 11
ACATLÁN

"ANALISIS JURIDICO AL PARRAFO CUARTO DEL
ARTICULO 21 CONSTITUCIONAL EN RELACION
AL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL."

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

AGUSTIN BALLESTEROS SANCHEZ

ASESOR: LIC. JOSE DIBRAY GARCIA CABRERA



UNAM
CAMPUS ACATLÁN

SANTA CRUZ ACATLAN EDO. DE MEXICO FEBRERO DE 1999

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

270893



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS

A DIOS, por permitirme terminar mi carrera profesional con la elaboración de la presente tesis y por darme la oportunidad de vivir este momento.

A MIS PADRES, por su cariño y apoyo moral que desde siempre me brindaron y con el cual he logrado terminar mi carrera profesional que es para mí la mejor de las herencias.

A MIS HERMANOS GABRIELA, GERARDO Y SERGIO, quienes siempre han confiado y creído en mí.

A MI PADRINO REYES ESPINOZA SANDOVAL Y FAMILIA, a quienes quiero y respeto.

A MIS AMIGOS LAURA, JUNIOR Y FAMILIARES, por su sincera amistad y apoyo brindado para la realización de esta tesis, sin la cual no hubiera sido posible alcanzar esta meta.

CON ESPECIAL AFECTO AL DOCTOR PORFIRIO HERNANDEZ ARZATE, por su amistad y sabios consejos que me alentaron durante mi carrera profesional.

A MIS AMIGOS , LUPITA, URBANO, LUIS, FREDY, CARLOS, LUIS MANUEL, JOSE, ALEJANDRO Y LUIS RAMON, por su amistad, sugerencias y apoyo otorgado durante mi carrera profesional, así como para la realización de la presente tesis.

**A MI ASESOR DE TESIS, LICENCIADO
JOSE DIBRAY GARCIA CABRERA, por
el apoyo constante que me brindó en la realiza-
ción de la presente tesis.**

**A LA ENEP CAMPUS ACATLAN, por los
conocimientos adquiridos en mi formación pro-
fesional.**

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO, por darme la oportunidad invaluable de
estudiar en sus aulas mi carrera profesional.**

**A MIS SINODALES, por sus atenciones en la
revisión de la presente tesis y por sus conocimien-
tos de los cuales nutren a las nuevas generaciones
en su formación profesional.**

**A MIS MAESTROS, por sus conocimientos
y experiencia transmitida.**

**AL LICENCIADO FRANCISCO TORRES
NAVARRETE, por impulsarme y haber confia-
do en mí.**

**AL BUFETE GALICIA ALCALA Y
ASOCIADOS S.C., por la oportunidad
que me brindó y experiencia adquirida.**

**DEDICO EL PRESENTE TRABAJO, a todas
y cada una de las personas que de alguna mane-
ra, me alentaron y me apoyaron para continuar
con mis estudios y en su fase final, culminar con
los mismos.**

OBJETIVO	1
INTRODUCCION	2
 CAPITULO I.- EL MINISTERIO PUBLICO EN MEXICO.	
1.1.- Reseña histórica del Ministerio Público	4
1.2.- Principios que rigen al Ministerio Público	13
1.3.- Fundamento jurídico del Ministerio Público	17
1.4.- Atribuciones del Ministerio Público	20
1.5.- La función persecutoria	24
 CAPITULO II.- LA ACCION PENAL	
II.1.- Concepto de acción	26
II.2.- Fundamento constitucional de la acción.	29
II.3.- Concepto de acción penal.	31
II.4.- Caracteres de la acción penal	34
II.5.- Principios de la acción penal	38
II.6.- Titularidad de la acción penal	43
II.7.- Control de la acción penal en México	46
II.8.- Extinción de la acción penal.	50
a).- Muerte del delincuente	50
b).- Amnistía	50
c).- Perdón del ofendido.	51
d).- Prescripción.	53
 CAPITULO III.- LA AVERIGUACION PREVIA	
III.1.- Concepto de averiguación previa.	55
III.2.- Fundamento jurídico de la averiguación previa	57
III.3.- Titular de la averiguación previa	60
III.4.- Requisitos de procedibilidad en la averiguación previa.	61
a).- Denuncia.	61
b).- Querrela.. . . .	63
III.5.- Elementos fundamentales para la integración de la averiguación previa.	69
a).- Elementos del tipo penal.. . . .	69
b).- Probable responsabilidad.. . . .	71
III.6.- Resoluciones en la averiguación previa.	74
a).- Consignación.. . . .	74
b).- Consignación con detenido.	75
c).- Consignación sin detenido.	76
d).- Ejercicio de la acción penal.. . . .	76
e).- No ejercicio de la acción penal.. . . .	78
f).- Reserva.	78

**CAPITULO IV.-LA RESOLUCION DEL MINISTERIO PUBLICO
EN RELACION AL NO EJERCICIO DE LA
ACCION PENAL.**

<i>IV.1.- Concepto de no ejercicio de la acción penal</i>	<i>.80</i>
<i>IV.2.- Supuestos en que se determina el no ejercicio de la acción penal</i>	<i>.81</i>
<i>IV.3.- Análisis jurídico al artículo 21 Constitucional</i>	<i>.101</i>
<i>V.4.- Riesgo del abuso del poder al convertir al juez en part</i>	<i>.110</i>
 <i>CONCLUSIONES</i>	 <i>.116</i>
 <i>BIBLIOGRAFIA</i>	 <i>.118</i>

OBJETIVO: ANALIZAR QUE CON LA ADICION DEL PARRAFO CUARTO AL ARTICULO 21 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS EN RELACION A QUE LA RESOLUCION DEL MINISTERIO PUBLICO SOBRE EL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL PODRA SER IMPUGNADA POR VIA JURISDICCIONAL, DESAPARECE EL MONOPOLIO Y LA FACULTAD DEL MINISTERIO PUBLICO PARA RESOLVER SI SE HAN SATISFECHO CONFORME A LA LEY LAS CONDICIONES DETERMINANTES DEL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.

INTRODUCCION:

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, desde su promulgación ha estado sujeta a múltiples cambios tratando de adecuarla a las realidades políticas, económicas y sociales de México, constantemente se llevan a cabo modificaciones en nuestros ordenamientos jurídicos por los legisladores, intentando adecuar a esas realidades nuestro sistema de justicia, y es precisamente esto, lo que dió origen a la iniciativa de reformas constitucionales propuestas por el Ejecutivo y publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de diciembre de 1994.

El presente trabajo de tesis es para mí muy interesante, en virtud que de dichas reformas constitucionales se adicionó un párrafo cuarto al artículo 21 de la ley suprema, el cual establece que " 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. " Avocandome únicamente en el presente trabajo al análisis jurídico de la mencionada reforma en relación a la resolución del no ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, por considerar que desaparece el monopolio y la facultad de dicho órgano para resolver con autonomía de decisión, si se han satisfecho conforme a la ley, las condiciones determinantes del ejercicio de la acción penal.

El capítulo primero del presente trabajo de tesis, lo iniciare estudiando y analizando los orígenes del Ministerio Público; haciendo una reseña histórica del mismo, con el fin de encontrar figuras a fines a dicha institución y hasta su desarrollo en México, se estudiaran también los principios que lo rigen, toda vez que mediante estos principios guía su actuación, posteriormente estudiaremos su fundamento jurídico, sus atribuciones y la función persecutoria que desarrolla, que es de mucho interés.

En el capítulo segundo se desarrollará el tema de la acción penal, se analizará y estudiara su concepto, fundamento jurídico, titularidad, principios que la rigen, su control en México, formas de extinción, etc. siendo necesario tocar este tema para el desarrollo de los subsecuentes.

En el capítulo tercero, se desarrollara el tema de la averiguación previa, se estudiará y analizará su concepto, fundamento jurídico, los requisitos de procedibilidad en dicha averiguación previa, los elementos fundamentales para su integración, las resoluciones que puede dictar el Ministerio Público en la misma, etc. éste tema es muy importante, también se le denomina período de preparación del ejercicio de la acción penal y es desarrollada por el Ministerio Público con el carácter de autoridad.

Finalmente en el capítulo cuarto, se desarrollará el tema de la resolución del Ministerio Público, en relación al no ejercicio de la acción penal, se

estudiará y analizará el concepto de dicha resolución, los supuestos en que se determina la misma, el artículo 21 Constitucional y para terminar con este capítulo se analizarán los riesgos del abuso del poder al convertir al Juez en parte.

CAPITULO I
EL MINISTERIO PUBLICO EN MEXICO

- 1.1.- Reseña histórica del Ministerio Público.*
- 1.2.- Principios que rigen al Ministerio Público.*
- 1.3.- Fundamento jurídico del Ministerio Público.*
- 1.4.- Atribuciones del Ministerio Público.*
- 1.5.- La función persecutoria.*

1.1.- Reseña Histórica del Ministerio Público.

La institución del Ministerio Público como la conocemos actualmente, es consecuencia y resultado de un largo proceso de evolución, que se inició en los pueblos antiguos y que apenas en los últimos siglos tuvo su asentamiento en los modernos países Europeos y de ahí se proyectó a todo el mundo. Investigar los orígenes del Ministerio Público, es tarea ardua y hasta difícil, aún para aquéllos Juristas especializados en la materia, y lo es más aún cuando se trata de encontrar conexiones en forma retrospectiva de esta moderna institución con el pasado.

En la primera etapa de la evolución social, en las antiguas sociedades primitivas la función represiva se ejercía a través de la "Venganza Privada", son los tiempos de la Ley del Talión, que fue la expresión de una venganza que presenta una limitación mediante la proporción del castigo a la materialidad de la ofensa, su concepto está claramente expresado en el éxodo XXI, 23-25 cuando dice, pagara vida por vida, y en general se pagará ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura. O sea que la justicia se hacía por propia mano de la víctima a la que se le hacía el daño o de sus allegados.

Posteriormente surge la venganza divina, en donde la finalidad práctica de la represión, no fue ya vengar el daño causado al ofendido, sino vengar la ofensa a Dios, la regulación del castigo se realizó con todo el rigor de la superstición religiosa.

En el derecho griego, se tiene como antecedente del Ministerio Público a un "arconte" magistrado que en representación del ofendido y de sus familiares o que por algún motivo tenían alguna imposibilidad de llevar a cabo la actividad persecutoria, la realizaba el arconte en representación de ellos ante el tribunal de los Eliastas, que estaba compuesto por seis mil ciudadanos elegidos anualmente a la suerte, se dividían en diez secciones para distintas clases de causas y tomaban sus decisiones después de haber escuchado los alegatos de las partes y las pruebas que ofrecían, dictaba sentencia ante los ojos del pueblo, cabe hacer mención que la intervención del arconte era en forma supletoria dado que la acción estaba en manos de la víctima.

García Ramírez, cita: "Recuerda Mac Lean Estenós que en Grecia los Tesmoteti eran meros denunciantes; la acción penal podía ser ejercitada por el agraviado. Licurgo creó los Eforos, encargados de que no se produjese la impunidad, cuando el agraviado se abstenia de acusar. Con el tiempo, los éforos fueron censores, acusadores y jueces. A partir de Pericles, el Areópago acusaba de oficio y sostenía las pruebas en caso de que el inculpado hubiese sido injustamente absuelto por los magistrados. Aquí, comenta Mac Lean, el Areópago fungía como el M.P., al ejercer la acción penal ante el tribunal del pueblo para revocar las sentencias contrarias a la ley. Por su parte, el arconte denunciaba cuando la víctima carecía de parientes o éstos no ejercitaban la acción. Finalmente, el ejercicio de ésta quedaba muy a menudo en manos

de los oradores." ¹

En Roma, cualquier ciudadano estaba facultado para promover la acusación, surge la acción popular con pleno apogeo según la cual "quivis de populo" acusa de los delitos de que tenían conocimiento.

Los hombres más insignes de Roma, como Catón y Cicerón, tuvieron a su cargo el ejercicio de la acción penal en representación de los ciudadanos.

Castro Juventino, cita: "La acción popular fracasa, pues como lo hace notar Manduca: "...cuando Roma se hizo la ciudad de infames delatores que, causaban la ruina de íntegros ciudadanos, adquirían honores y riquezas; cuando el Romano se adormeció en una indolencia egoísta y cesó de consagrarse a las acusaciones públicas, la sociedad tuvo necesidad de un medio para defenderse y de aquí nace el procedimiento de oficio, que comprende el primer germen del Ministerio Público en la antigua Roma, representando la más alta conciencia del derecho..." ²

Bajo Tulio Hostilio aparecieron los quaestori, que perseguían los atentados perturbadores del orden público o lesivos para los intereses de los ciudadanos. Del Derecho Romano son también los curiosi stationari o irenarcas, eran autoridades dependientes directamente del pretor, que propiamente desempeñaban servicios policíacos a quienes se encomendó la tarea de perseguir a los criminales. En la época imperial, los prefectos del pretorio reprimían los crímenes y perseguían a los culpables que eran denunciados, administrando justicia a nombre del emperador.

En el Derecho Canónico, se reglamentó en el concilio de tolosa el funcionamiento de la inquisición episcopal, compuesta con un eclesiástico y dos laicos para perseguir y denunciar a los herejes.

El proceso se iniciaba, por acusación, delación o pesquisa, el fiscal y el defensor formaban parte del Tribunal. La acusación era formulada por el Procurador del santo oficio o promotor fiscal considerado como el antecedente del Ministerio Público.

A finales de la edad media, aquéllos que denunciaban hechos de carácter criminal fueron considerados como ministerios de justicia o fiscales, también acusaban y hacían notar los delitos o excesos según los testimonios que fueron aportados.

En el Derecho Italiano se tiene como antecedente del Ministerio

¹ García Ramírez, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa, S.A., Quinta Edición. México 1989. Págs. 252-253.

² Castro Juventino, V. El Ministerio Público en México. Editorial Porrúa, S.A., Novena Edición. México 1996. Pág. 4.

Público a los "Sindici o Ministrales", que colaboraban con los órganos jurisdiccionales en la presentación oficial de denuncias sobre los delitos.

En Francia, es donde nace en forma decisiva la institución del Ministerio Público. Los Procuradores del Rey, son producto de la monarquía Francesa del siglo XIV y se crearon para la defensa de los intereses del Príncipe. Hubó dos funcionarios reales: El Procurador del Rey (que se encargaba de los actos del procedimiento) y el Abogado del Rey (que atendía el litigio de los asuntos en que se interesaba el Monarca o las personas que estaban bajo su protección), quienes obraban de conformidad con las instrucciones que recibían del soberano, e instituyéndose en la ordenanza del 23 de marzo de 1302, emitida por Felipe "El Hermoso" sus atribuciones como una magistratura, encargada de los negocios judiciales de la corona. Durante esta época lo que se considera como antecedente del Ministerio Público no asume la calidad de representante del poder ejecutivo ante el poder judicial en razón de que no existe división de poderes.

Posteriormente con la Revolución Francesa, al transformarse las instituciones monárquicas, se asignan las funciones encomendadas al Procurador y al Abogado del Rey, a comisarios encargados de promover la acción penal y de ejercitar las penas y a los acusadores públicos que debían sostener la acusación en el juicio.

García Ramírez, señala: " Durante la Revolución Francesa, se conservaron los comisarios del rey, a quienes era preciso escuchar sobre la acusación en materia criminal y que requerían en interés de la ley. Pero la iniciativa de la persecución se reservó a funcionarios de la policía judicial: jueces de paz y oficiales de la gendarmería. El acusador público, elegido popularmente, sostenía la acusación. En materia correccional el comisario del rey poseía la iniciativa de la persecución y ejercitaba la acción penal. En la constitución de 3-14 de septiembre de 1791 las atribuciones del Ministerio Público quedaron fraccionadas entre los comisarios del rey, los jueces de paz, las partes y otros ciudadanos y el acusador oficial. Por Decreto de 10-22 de octubre de 1792 (artículo 1º) , la Asamblea Nacional fundió las funciones del comisario y del acusador público en éste último, quien subsistió en la Constitución de 5 Fructidor año III (artículo 216 y 268). La Constitución del 22 Frimario año VIII suprimió al acusador público y transfirió sus poderes al comisario del gobierno." ³

La completa restauración y la forma contemporánea del Ministerio Público ha derivado del Código Napoleónico de Instrucción Criminal de 1810 y la Ley de 20 de abril de 1810, precisándose las características del Ministerio Público, como son, dependencia del poder ejecutivo; se le considera representante directo de la sociedad, en la persecución de los delitos; como parte integrante de la magistratura ya que para su ejercicio se dividió en dos secciones llamadas "parquets", que se entregaban por un procurador y varios auxiliares sustitutos en los tribunales de justicia o sustitutos generales en los tribunales de apelación. Considerando que tuvieron en esta época los franceses un avance jurídico al establecer la división de la acción civil con la acción penal por lo que la figura del Ministerio Público de México actual tiene similitud al derecho

³ García Ramírez, Sergio. Op. cit. págs. 254-255

francés de esa época, pudiendo encontrar las raíces de ésta institución en esa legislación, ya que se asemeja a la figura del Ministerio Público de México.

En España, al respecto Colín Sánchez, dice : "Los lineamientos generales del Ministerio Público Francés, fueron tomados por los autores del Derecho Español Moderno. Desde la época del "Fuero Juzgo," había una magistratura especial, con facultades para actuar ante los tribunales, cuando no hubiera un interesado que acusara al delincuente; éste funcionario, era un mandatario particular del Rey, en cuya actuación representaba al monarca. " 4 A partir del Fuero Juzgo se reglamentaron el tormento, la acusación, el asilo eclesiástico y ciertas restricciones a los abusos de la potestad señorial.

En la Novísima Recopilación de las Leyes de España, Libro V, Título XVII, Leyes 2 y 3, se reglamentaron las funciones del Ministerio Fiscal. En las Ordenanzas de Medina (1489) se menciona a los fiscales; posteriormente, durante el reinado de Felipe II, se establecen dos fiscales, uno para actuar en los juicios civiles y otro en los criminales. En un principio, se encargaban de perseguir a quienes cometían infracciones relacionadas con el pago de contribución fiscal, multas o toda pena de confiscación, más tarde, fueron facultados para defender la jurisdicción y el patrimonio de la Hacienda Real.

Posteriormente, el Procurador Fiscal formó parte de la Real Audiencia, interviniendo, a favor de las causas públicas y en aquellos negocios en los que tenía interés la Corona; defendía la jurisdicción y el patrimonio de la Hacienda Real y también integraba el Tribunal de la Inquisición.

En este tribunal, figuró con el nombre de Promotor Fiscal, llevando la voz acusatoria en los juicios y para algunas funciones específicas del mismo, era el conducto entre éste y el Rey, a quien entrevistaba comunicándole las resoluciones que se dictaban.

En el Derecho Azteca, el poder del Monarca se delegaba en sus distintas atribuciones a funcionarios especiales en materia de justicia al Cihuacoatl, que auxiliaba al Hueytlatoani, era el encargado de vigilar la recaudación de los tributos; presidía el Tribunal de Apelación, siendo también consejero del monarca, representándolo en algunas actividades, como la preservación del orden social y militar.

El Maestro Colín Sánchez, señala: " Otro funcionario, de gran relevancia, fue el Tlatoani, quien representaba a la divinidad y gozaba de libertad para disponer de la vida humana a su arbitrio. Entre sus facultades, reviste importancia: acusar y perseguir a los delincuentes, aunque, generalmente, la delegaba en los jueces, mismos que auxiliados por los alguaciles y otros funcionarios aprehendían a los

4. Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial Pomúa, S.A., Décimo Sexta Edición. México 1997. Págs 105.

delincuentes." 5

Podemos concretar que las funciones del Tlatoani y Cihuacoatl, eran judiciales, ya que la investigación de los delitos estaba en manos de los jueces por delegación del Tlatoani, por lo que no se puede decir que tuvieran similitud al Ministerio Público actual.

Durante la Epoca Colonial, destaca por su importancia la legislación de Indias, en la cual se establecía que en las Audiencias de México hubiera como en España, dos Procuradores o Promotores Fiscales: uno para el ramo civil y otro para el ramo penal. Sus funciones principales eran: Velar por los intereses del Rey y el tesoro público, representar en algunos casos los intereses sociales frente a los tribunales para que no quedaren impunes los delitos por falta de acusadores, defender los intereses de los incapaces, etc. La organización jurídica del Ministerio Fiscal fue fiel reflejo a su correspondiente en España y se prolongó aún después de la Independencia.

En la Constitución de Apatzingan de 1814, se incluyeron a dos fiscales auxiliares de la administración de justicia uno para el ramo civil y otro para el criminal ante el Supremo Tribunal de Justicia, su designación estaría a cargo del poder legislativo a propuesta del Ejecutivo, durando en su encargo cuatro años.

En la Constitución de 1824, en el artículo 124 se incorpora al fiscal en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo mismo hizo el artículo 140 con los promotores fiscales en los Tribunales de Circuito.

En idéntica línea actuó el artículo 2 de la Quinta Ley Constitucional de 1836, al referirse a la composición de la Suprema Corte de Justicia.

En las Bases Orgánicas de 1843, el artículo 116 incluyó a un fiscal en la Suprema Corte y el artículo 194 dispuso el establecimiento de fiscales generales cerca de los tribunales para los negocios de hacienda y los demás que sean de interés público.

En las Bases de Santa Anna de 1853, se dispuso el nombramiento de un Procurador General de la Nación, para que los intereses nacionales sean convenientemente atendidos en los negocios contenciosos que versen sobre ellos, ya estén pendientes o se susciten en adelante, promover cuanto convenga a la hacienda pública y que se proceda en todos los ramos con los conocimientos necesarios en puntos de derecho.

En la Ley del Presidente Comonfort del 23 de noviembre de 1855, se reguló la intervención de los fiscales en materia federal.

García Ramírez, dice: " El proyecto de la Constitución de 1856 previno, en su artículo 27, que a todo procedimiento de orden criminal debía preceder querrela o acusación de la parte ofendida o instancia del Ministerio Público que sostuviese los derechos de la sociedad. Así, se equiparó a ambos en el ejercicio de la acción. En el debate congresional, donde triunfó el criterio adverso al M.P., por una parte estuvo la posición que reprobaba sustraer a los individuos, antidemocráticamente, el derecho de acusar y por otra, el criterio de quienes observaron lo indebido de que el juez fuese parte al mismo tiempo. Finalmente, zozobró el artículo 27." ⁶ También se consideró que el particular ofendido por el delito no debía ser substituido por ninguna institución, ya que ese derecho correspondía a los ciudadanos, además independizar al Ministerio Público de los órganos jurisdiccionales retardaría la acción de la justicia hasta esperar que el Ministerio Público ejercitara acción penal.

La Constitución de 1857, dispuso en el artículo 91, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación comprendía en su composición a un fiscal y a un Procurador General. Por reforma de 1900, el artículo 91 pasó a organizar la Suprema Corte de Justicia exclusivamente con Ministros; se suprimen de ésta al Procurador General y al Fiscal y conforme al nuevo texto del artículo 96, queda a la ley establecer y estructurar el Ministerio Público de la Federación encabezado por el Procurador General de la República, el artículo 96° estableció lo siguiente:

" La Ley establecera y organizara los Tribunales de Circuito, los Juzgados de Distrito y el Ministerio Público de la Federación. Los funcionarios del Ministerio Público y el Procurador General de la República serán nombrados por el Ejecutivo."

Entre la Constitución de 1857 y 1917, surgieron diversos ordenamientos secundarios de gran importancia para la historia del Ministerio Público en México:

En primer término la Ley de Jurados en Materia Criminal para el Distrito Federal, del 15 de julio de 1869, que previno el establecimiento de tres promotores o Procuradores Fiscales, representantes del Ministerio Público, independientes entre sí, y no constituían una organización y cuyas funciones eran acusatorias ante el Jurado, independientes del agraviado, simplemente, acusaban en nombre de la sociedad por el daño causado por el delincuente.

Con la promulgación de los Códigos de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 1880 y 1894, el Ministerio Público adoptó los lineamientos franceses, ya que quedó conceptualizado como una magistratura instituida para pedir y auxiliar la pronta administración de justicia, en nombre de la sociedad y para defender ante los tribunales los intereses de ésta, sin reconocerle el ejercicio privado de la acción penal. El Ministerio Público fue miembro de la policía judicial, de la que el juez era el jefe, así el control de la investigación recaía en este último, al paso que la misión de aquél era fundamentalmente requirente.

6. García Ramírez, Sergio. Op. Cit. pag 257.

En 1903 se expide la primera Ley Orgánica del Ministerio Público inspirándose en la institución Francesa, se independiza del poder judicial y lo establece no como auxiliar del juzgador, sino como parte en el juicio interviniendo en los asuntos en que se afecta el interés público y el de los incapacitados y en el ejercicio de la acción penal de la que es titular. Se establece como institución a cuya cabeza está el Procurador de Justicia. Posteriormente siguió la Ley Orgánica Federal de 1908.

Terminada la revolución, se reúne en la Ciudad de Querétaro el Congreso Constituyente de 1916-1917, donde se discutieron ampliamente los artículos 21 y 102 Constitucionales, que se refieren al Ministerio Público, expidiendo finalmente la Constitución de 1917.

En la Constitución de 1917, se reconoce en el artículo 21 el monopolio de la acción penal por el Estado, encomendando su ejercicio al Ministerio Público; ya que unifica sus facultades haciendo de ésta una institución, como un organismo integral para perseguir el delito con independencia del poder judicial.

El 1º de diciembre de 1916, Don Venustiano Carranza en el mensaje dirigido al Congreso Constituyente de Querétaro dice en relación al artículo 21 y el Ministerio Público lo siguiente:

O. Rabasa, Emilio y Caballero, Gloria citan: "...Pero la reforma no se detiene allí, sino que propone una innovación que de seguro revolucionará completamente el sistema procesal que durante tanto tiempo ha regido en el país, no obstante todas sus imperfecciones y deficiencias. Las leyes vigentes, tanto en el orden federal como en el común, han adoptado la institución del Ministerio Público, pero tal adopción ha sido nominal, porque la función asignada a los representantes de aquél tiene un carácter decorativo para la recta y pronta administración de justicia. Los jueces mexicanos han sido, durante el período corrido desde la consumación de la Independencia hasta hoy, iguales a los jueces de la época colonial: ellos son los encargados de averiguar los delitos y buscar las pruebas, a cuyo efecto siempre se han considerado autorizados para emprender verdaderos asaltos contra los reos, para obligarlos a confesar, lo que, sin duda alguna, desnaturaliza las funciones de la judicatura. La sociedad entera recuerda horrorizada los atentados cometidos por jueces que, ansiosos de renombre, veían con positiva fruición que llegase a sus manos un proceso que les permitiera desplegar un sistema completo de opresión, en muchos casos contra personas inocentes, y en otros contra la tranquilidad y el honor de las familias, no respetando, en sus inquisiciones, ni las barreras mismas que terminantemente establecía la ley. (La misma organización del Ministerio Público, a la vez que evitará ese sistema procesal tan vicioso, restituyendo a los jueces toda la dignidad y toda la respetabilidad de la magistratura, dará al Ministerio Público toda la importancia que le corresponde, dejando exclusivamente a su cargo la persecución de los delitos, la busca de los elementos de convicción, que ya no se hará por procedimientos atentatorios y reprobados, y la aprehensión de los delincuentes.) Por otra parte, el Ministerio Público, con la Policía Judicial represiva a su disposición, quitará a los presidentes municipales y a la policía común, la posibilidad que hasta hoy

han tenido de aprehender a cuantas personas juzgan sospechosas, sin más mérito que su criterio particular. Con la institución del Ministerio Público, tal como se propone, la libertad individual quedará asegurada; porque según el artículo 16, nadie podrá ser detenido sino por orden de la autoridad judicial, la que no podrá expedirse sino en los términos y con los requisitos que el mismo artículo exige.”⁷

Finalmente el artículo 21 Constitucional estableció lo siguiente:

“La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. 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.”

Se institucionaliza y se separan definitivamente las funciones del Ministerio Público y del Órgano Jurisdiccional, cesando el Juez de ejercer funciones de Policía Judicial que las anteriores legislaciones le otorgaban, por lo que dicho artículo atribuye el monopolio de la persecución de los delitos al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo su mando y autoridad.

El artículo 102 Constitucional estableció lo siguiente:

“Estará a cargo del Ministerio Público de la Federación la persecución ante los Tribunales, de todos los delitos del orden federal; y por lo mismo a él corresponderá solicitar las ordenes de aprehensión contra los reos; buscar y presentar las pruebas que acredite la responsabilidad de estos; hacer que los juicios 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 misma ley determinare”.

Este artículo establece como se organizará el Ministerio Público Federal y las bases sobre las que debe actuar, el cual estará presidido por un Procurador General.

En 1919 se expiden Leyes Orgánicas del Ministerio Público Federal y del Distrito y Territorios Federales, primeras que se ajustan a las disposiciones de la Constitución de 1917, que estableció un giro destacado en la institución del Ministerio Público. Si bien dichas leyes establecen al Ministerio Público como el único depositario de la acción penal, en la práctica siguiendo imperando el antiguo sistema con el cual quiso terminar la Constitución de 1917. Sin embargo esto

7. O. Rabasa, Emilio, Et al. Mexicano: ésta es tu Constitución. Editorial Porrúa, S.A., Décimo Primera Edición. México 1997. Págs. 89-90.

último se obtiene con la Ley Orgánica del Distrito Federal de 7 de octubre de 1929, que da mayor importancia a la institución y crea el Departamento de Investigaciones, con agentes adscritos a las delegaciones, los cuales sustituyen a los antiguos comisarios. Al frente de la institución establece como jefe al Procurador de Justicia del Distrito. En lo Federal, ello se ratifica en la Ley Orgánica (o sea reglamentaria del artículo 102 Constitucional) del Ministerio Público Federal, publicada el 31 de agosto de 1934, quedando a la cabeza de la Institución el Procurador General de la República.

En 1996 se aprueban nuevas Leyes Orgánicas de las Procuradurías General de la República y General de Justicia del Distrito Federal.

El artículo 21 constitucional, sitúa definitivamente a cada quien en el lugar que le corresponde, quitándole al Juez la facultad de policía judicial y de acusador, que hacía los cargos para arrancar la confesión de los procesados en su afán de notoriedad, por lo que el objetivo del precepto Constitucional, fue la de otorgar autonomía y una verdadera participación al Ministerio Público en la persecución de los delitos para evitar los abusos de los Jueces Porfirianos.

1.2.- Principios que rigen al Ministerio Público.

En relación con el funcionamiento del Ministerio Público en México, de la doctrina y de la ley se desprenden cinco principios fundamentales que lo caracterizan, siendo los siguientes:

- a).- INDIVISIBLE.
- b).- UNICO O JERARQUICO.
- c).- INDEPENDIENTE.
- d).- IRRECUSABLE.
- e).- IRRESPONSABLE.

a).- INDIVISIBLE: Consiste en que los funcionarios que representan a la institución del Ministerio Público no actúan a nombre propio, sino única y exclusivamente a nombre de la institución, ya que puede separarse a cualesquiera de ellos o ser sustituido sin que por lo mismo se afecte lo actuado conservando su validez jurídica.

b).- UNICO O JERARQUICO: Consiste en que se debe entender que el mando recae en el Procurador General y que los agentes del Ministerio Público tienen facultades derivadas del primero, siendo estos una prolongación del titular, motivo por el cual reciben y acatan las ordenes del Procurador, porque la acción y mando en esta materia es de competencia exclusiva de éste. Y la representación es única, lo que significa que las personas físicas que componen la institución se consideran como miembros de un sólo cuerpo bajo una sola dirección.

c).- INDEPENDIENTE: Colín Sánchez, dice: " La independencia, es en cuanto a la competencia asignada a los integrantes del Poder Judicial, porque si bien es cierto que éstos reciben órdenes del superior jerárquico, no sucederá lo mismo en relación a los jueces. Esto se explica, sin mayores complicaciones, si para ello hago notar la división de poderes existentes en Estados Unidos Mexicanos y sus características, de tal manera que, concretamente, las funciones señaladas por el legislador al personal integrante del Ministerio Público corresponden al Ejecutivo; por ende, no es admisible la injerencia de ninguno de los integrantes de los otros poderes en su actuación." ⁸

En México, el Ministerio Público no tiene independencia ante el Ejecutivo, sino todo lo contrario forma parte de éste, ya que las funciones otorgadas a esta institución provienen directamente del Ejecutivo y éste a fin de poder llevar a cabo tales funciones, creó un órgano que las realizara depositándolas en la representación social.

d).- IRRECUSABLE: Significa que ninguna persona puede impedir que un agente del Ministerio Público deje de investigar, perseguir o ejercitar acción penal ante los tribunales competentes para que lo haga otro agente, porque de no ser así, su acción que es incesante e interesa directamente a la sociedad, podría ser frecuentemente entorpecida si se le concediera el derecho de recusación.

Esto no implica que los agentes del Ministerio Público en lo particular, puedan o deban conocer indiscriminadamente de cualquier asunto que se someta a su consideración, ya que tienen el deber de excusarse del conocimiento de los negocios en que intervengan en los mismos términos que los señalados para los juzgadores.

El fundamento jurídico sobre la irrecusabilidad del agente del Ministerio Público Federal, esta indicada en el artículo 464 del Código Federal de Procedimientos Penales el cual dispone lo siguiente:

“Los jurados, funcionarios del Ministerio Público y defensores de oficio deben excusarse en los asuntos en que intervengan, por cualquiera de las causas de impedimento que señalen las Leyes Orgánicas o Reglamentarias respectivas”.

Al respecto el artículo 60 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece lo siguiente:

“Los Agentes del Ministerio Público de la Federación no son recusables, pero bajo su más estricta responsabilidad deben excusarse del conocimiento de los negocios en que intervengan cuando exista alguna de las causas de impedimento que la ley señala en el caso de Ministros de la Suprema Corte de Justicia, Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito y las demás disposiciones aplicables, haciéndolo del conocimiento por escrito de su superior inmediato.

Si el Agente del Ministerio Público de la Federación, sabedor en que no debe conocer el asunto, aún así lo hiciera, será sancionado conforme a lo que establezca la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y la legislación penal”.

El fundamento jurídico sobre la irrecusabilidad del Agente del Ministerio Público del Fuero Común, esta indicada en el artículo 516 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal al disponer lo siguiente:

"En todo caso de excusa, excepto cuando se trata de jurados, Agentes del Ministerio Público o defensores, se hará saber a las partes".

Al respecto el artículo 54 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal establece lo siguiente:

" Los agentes del Ministerio Público y los oficiales secretarios no son recusables pero deben excusarse del conocimiento de los asuntos en que intervengan cuando exista alguna de las causas de impedimento que la ley señala en los casos de los Magistrados y Jueces del orden común".

e).- IRRESPONSABLE: El Ministerio Público en tanto tal no incurre en responsabilidad, con motivo de su actividad, ya que no puede atribuirsele la comisión de un delito por ser una institución de buena fé.

Franco Villa, señala: "La irresponsabilidad, tiene por objeto proteger al Ministerio Público, contra los individuos que el persigue en juicio, a los cuales no se les concede ningún derecho contra los funcionarios que ejercen la acción penal, aún en el caso de ser absueltos. " ⁹ Pero si pueden caer en responsabilidad dentro de la triple proyección civil, disciplinaria y penal los funcionarios que la encaman.

Otros autores, consideran también como principios característicos del Ministerio Público los siguientes:

a).- IMPRESCINDIBILIDAD.

b).- BUENA FÉ.

c).- OFICIOSIDAD.

d).- LEGALIDAD.

a).- IMPRESCINDIBILIDAD: Consiste en que en ningún Tribunal del ramo penal puede darse la falta de existencia o adscripción de representante del Ministerio Público y en todos y cada uno de los negocios que señala la Ley.

Ningún proceso penal puede ser iniciado y seguirse sin que previamente se le haya dado la intervención que corresponde al Ministerio Público.

El Ministerio Público es parte imprescindible en toda causa del orden criminal, ya que es el representante de la sociedad y la falta de su intervención nulificaría cualquier resolución de la averiguación previa y del proceso penal.

⁹ Franco Villa, José, El Ministerio Público Federal. Primera Edición. Editorial Porrúa, S.A., México 1985. Pág 23

b).- BUENA FÉ: En México, el Ministerio Público nace como una institución de buena fé, con el fin de acabar con los abusos que los jueces ansiosos de renombre cometían en contra de los procesados, ya que desempeñaban la función de averiguar los delitos, buscar las pruebas y juzgar al mismo tiempo y para acabar con todo esto, se establece en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, su independencia del Poder Judicial y como representante del individuo y la sociedad otorgándole la facultad de perseguir los delitos que se cometan y hacer que se respeten los derechos y garantías de los individuos que conforman la sociedad.

Franco Villa, comenta: "El Ministerio Público debe ser una institución de buena fé, pues la sociedad tiene tanto interés en el castigo de los responsables de los delitos, como en el respeto de los derechos y de las garantías de los individuos que componen al conglomerado, de manera que las funciones del Ministerio Público deben mantenerse equilibradamente dentro de esos dos extremos. Consecuentemente, ese ministerio no debe desempeñar el papel del inquisidor, ni constituirse como una amenaza pública o de procesados. " ¹⁰ Y debe conducirse con buena fé hasta agotar todas las diligencias posibles para demostrar al Juez si existe o no delito.

c).- OFICIOSIDAD: Este principio, rige en la actuación del Ministerio Público y consiste en el deber de realizar sus funciones cuando existan los requisitos de ley; así en la materia penal debe procurar la investigación y ejercicio de la acción correspondiente sin esperar el requerimiento de los ofendidos por el delito, en lo que existe únicamente una limitación por lo que respecta a los delitos que se persiguen a petición de parte, pero nada mas en cuanto a la presentación de la querrela y una vez cumplida ésta rige el principio de oficiosidad.

d).- LEGALIDAD: Es otro de los principios que anima al Ministerio Público, pues al realizar sus funciones no lo hace en forma arbitraria sino que debe ajustarse a las disposiciones legales en vigor, por ello se dice que está sujeto al principio de legalidad, al que se llama también de necesidad en contraposición con el de oportunidad o discrecionalidad.

1.3.- Fundamento jurídico del Ministerio Público.

Los artículos 21 párrafo primero segunda parte y 102 apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establecen el fundamento jurídico del Ministerio Público al disponer lo siguiente:

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

Artículo 102. A.- La ley organizará al Ministerio Público de la Federación, cuyos funcionarios serán nombrados y removidos por el Ejecutivo de acuerdo con la ley respectiva. El Ministerio Público de la Federación estará presidido por un Procurador General de la República, designado por el Titular del Ejecutivo Federal con ratificación del Senado, o en sus recesos, de la Comisión Permanente. Para ser Procurador se requiere: ser ciudadano mexicano por nacimiento; tener cuando menos treinta y cinco años cumplidos el día de la designación, contar, con antigüedad mínima de diez años, con título profesional de licenciado en derecho; gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito doloso. El procurador podrá ser removido libremente por el Ejecutivo.

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; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determina.

El Procurador General de la República intervendrá personalmente en las controversias y acciones a que se refiere el artículo 105 de esta Constitución.

En todos los negocios en que la Federación fuese parte; en los casos de los diplomáticos y los cónsules generales y en los demás en que deba intervenir el Ministerio Público de la Federación, el Procurador General lo hará por sí o por medio de sus agentes.

El Procurador General de la República y sus agentes, serán responsables de toda falta, omisión o violación a la ley en que incurran con motivo de sus funciones.

La función de Consejero Jurídico del Gobierno, estará a cargo de la dependencia del Ejecutivo Federal que, para tal efecto, establezca la ley.

Es necesario aclarar que el artículo 102 Constitucional está mal colocado en la Carta Magna, ya que se encuentra dentro del capítulo correspondiente al poder judicial, olvidando la idea de Venustiano Carranza de separar definitivamente al Ministerio Público del Poder Judicial.

El artículo 21 Constitucional párrafo primero, le otorga a la autoridad judicial como función final del proceso y en el caso que así corresponda la imposición de las penas como propia y exclusiva de ella. Al Ministerio Público la titularidad de la acción penal, la investigación y persecución de los delitos auxiliándose con una policía, la que estará bajo su autoridad y mando inmediato, así como también la acusación como exclusiva de él, estableciendo el artículo 102 apartado A párrafo segundo Constitucional, en que consiste la persecución. A la autoridad administrativa, compete la función de la aplicación de las sanciones por infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las cuales consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas y en caso de no pagar la multa impuesta se permutará por el arresto hasta de treinta y seis horas.

El artículo 21 Constitucional, al referirse a la institución del Ministerio Público, lo hace en forma genérica y tomando en cuenta la organización política que nos rige; el artículo 102 Constitucional; el tipo de leyes sustantivas en materia penal y en algunos casos el carácter del sujeto que comete el delito, podemos establecer que en México existen: el Ministerio Público Federal, el Ministerio Público del Fuero Común del Distrito Federal, el Ministerio Público del Fuero Común para cada una de las entidades federativas y el Ministerio Público Militar, todos encabezados por un Procurador General.

Actualmente el artículo 102 apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece las bases de organización y funcionamiento del Ministerio Público Federal. El Artículo 122 apartado D, de la citada ley suprema, regula al Ministerio Público del Distrito Federal.

El Ministerio Público Federal, estará presidido por un Procurador General de la República, quien será designado por el Presidente de la República, (artículo 89 fracción IX Constitucional), con ratificación del Senado, (artículo 76 fracción II Constitucional) y en sus recesos por la Comisión Permanente, (artículos 79 fracción V y 89 fracción XVI Constitucionales).

El Ministerio Público en el Distrito Federal, será presidido por un Procurador General de Justicia, que será nombrado en los términos que señale el Estatuto de Gobierno; este ordenamiento y la ley orgánica respectiva determinarán su organización, competencia y normas de funcionamiento (artículo 122 apartado D Constitucional)

El Maestro Colín Sánchez, dice: " El Ministerio Público, del Fuero Común, en los Estados integrantes de la Federación, está regulado por lo ordenado en el texto del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; precepto o preceptos de las Constituciones Políticas Locales, correspondientes; y, la Ley Orgánica y Reglamento de la Procuraduría General de Justicia, de la Entidad de que se trate; y las circulares que, al respecto, dicten los Procuradores."¹¹

El Ministerio Público Militar, con base en el artículo 13 Constitucional que autoriza el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar cometidos por militares, se refiere al ámbito de validez material de la ley penal en materia militar y en base a dicho precepto constitucional, el Código Mexicano de Justicia Militar organiza al Ministerio Público Militar que pertenece al marco de la Procuraduría de Justicia Militar. y es el encargado de ejercitar la acción penal ante los Tribunales Militares competentes.

Las Leyes Orgánicas de las Procuradurías General de la República, General de Justicia del Distrito Federal y de cada entidad federativa, tienen por objeto organizar a las mismas para el despacho de sus asuntos que al Ministerio Público y a su titular les atribuye la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

11. Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. . pág 165

1.4.- Atribuciones del Ministerio Público

Las atribuciones del Ministerio Público derivan y tienen su fundamento en el artículo 21 párrafo primero segunda parte y 102 apartado A) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponiendo el primero de ellos lo siguiente:

“ La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato ”.

El artículo 102 apartado A) párrafo segundo de nuestra Carta Magna, faculta al Ministerio Público de la Federación en estos términos:

“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 inculpados; 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; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine.”

Facultandose también en los párrafos tercero y cuarto de dicho artículo Constitucional, al Procurador General de la República para que intervenga en las controversias y acciones a que se refiere el artículo 105 Constitucional, así como en todos los negocios en que la Federación fuese parte; en los casos de los diplomáticos y los cónsules generales y en los demás en que deba intervenir el Ministerio Público de la Federación, el Procurador General lo hará por sí o por medio de sus agentes.

Cabe manifestar que la garantía del artículo 21 Constitucional relativa a la investigación y persecución de los delitos es de quien puede convertirse en acusado y en ninguna forma del ofendido; es decir en virtud del artículo señalado solamente el Ministerio Público puede investigar, perseguir (auxiliándose con una policía la que estará bajo su autoridad y mando inmediato) y acusar de los delitos de que tenga conocimiento, impidiendo que el particular sea quien ejercite la acción penal y se precisa una garantía constitucional para todas las personas de que únicamente serán penalmente perseguidas por el Ministerio Público ante los tribunales competentes y no por un Juez o una autoridad administrativa que no sea el Ministerio Público.

De acuerdo con el artículo 21 Constitucional y el ánimo del constituyente de 1916-1917, el Ministerio Público representa a la sociedad ofendida por el delito y también tiene la delicada misión de preservarla del delito.

La esfera de acción del Ministerio Público, va más allá del ámbito del derecho penal, siendo su atribución en esta rama del derecho la de investigar y perseguir los delitos en nombre del individuo y la sociedad, preservarlos de los mismos y

como representante social ejercitar las acciones penales correspondientes.

El artículo 21 Constitucional es el fundamento de la actuación del Ministerio Público en el procedimiento penal, ahora bien el artículo 102 inciso A párrafo segundo Constitucional otorga el Ministerio Público Federal en sentido general la facultad de "intervenir en todos los negocios que la ley determine" y en base a esto puede intervenir y tiene atribuciones en asuntos del orden civil, familiar, mercantil y concursal como representante social para la protección de intereses individuales y sociales en general .

Las Leyes Orgánicas de las Procuradurías, General de la República y General de Justicia del Distrito Federal, señalan las atribuciones que le corresponden al Ministerio Público Federal y al Ministerio Público del Fuero Común respectivamente, ya que no sólo investigan y persiguen los delitos sino que su actuación es más extensa.

En cuanto a las atribuciones del Ministerio Público Federal, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece lo siguiente:

ART. 2.- Corresponde al Ministerio Público de la Federación:

I.- Vigilar la observancia de la constitucionalidad y legalidad en el ámbito de su competencia, sin perjuicio de las atribuciones que legalmente correspondan a otras autoridades jurisdiccionales o administrativas; -

II.- Promover la pronta, expedita y debida procuración e impartición de justicia;

III.- Velar por el respeto de los derechos humanos en la esfera de su competencia;

IV.- Intervenir ante las autoridades judiciales en todos los negocios en que la federación sea parte, cuando se afecten sus intereses patrimoniales o tenga interés jurídico, así como en los casos de los diplomáticos y los cónsules generales;

V.- Perseguir los delitos del orden federal;

VI.- Intervenir en el Sistema Nacional de Planeación Democrática, en lo que hace a las materias de su competencia;

VII.- Participar en el Sistema Nacional de Seguridad Pública de conformidad con lo establecido en la Ley General que establecen las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, este ordenamiento y demás disposiciones aplicables;

VIII.- Dar cumplimiento a las leyes así como a los tratados y

acuerdos internacionales en los que se prevea la intervención del Gobierno Federal en asuntos concernientes a las atribuciones de la institución y con la intervención que, en su caso, corresponda a las dependencias de la Administración Pública Federal;

IX.- Representar al Gobierno Federal en la celebración de convenios de colaboración a que se refiere el artículo 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

X.- Convenir con las autoridades competentes de las entidades federativas sobre materia del ámbito de su competencia; y

XI.- Las demás que las leyes determinen.

En cuanto a las atribuciones del Ministerio Público del Distrito Federal en Materia de Fuero Común, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal establece lo siguiente:

ART. 2.- La Institución del Ministerio Público en el Distrito Federal, estará a cargo del Procurador General de Justicia del Distrito Federal y tendrá las siguientes atribuciones que ejercerá por conducto de su titular o de sus agentes y auxiliares conforme a lo establecido en esta ley y demás disposiciones aplicables:

I.- Perseguir los delitos del orden común cometidos en el Distrito Federal;

II.- Velar por la legalidad y por el respeto de los derechos humanos en la esfera de su competencia, así como promover la pronta, completa y debida impartición de justicia;

III.- Proteger los derechos e intereses de los menores, incapaces, ausentes, ancianos y otros de carácter individual o social, en general, en los términos que determinen las leyes;

IV.- Realizar estudios, formular y ejecutar lineamientos de política criminal y promover reformar que tengan por objeto hacer más eficiente la función de seguridad pública y contribuir al mejoramiento de la procuración e impartición de justicia;

V.- Las que en materia de seguridad pública le confiere la ley de seguridad pública del Distrito Federal;

VI.- Participar en la instancia de coordinación del Distrito Federal en el Sistema Nacional de Seguridad Pública, de acuerdo con la ley y demás normas que regulen la integración, organización y funcionamiento de dicho sistema;

VII.- Realizar estudios y desarrollar programas de prevención del delito en el ámbito de su competencia;

VIII.- Proporcionar atención a las víctimas o los ofendidos por el delito y facilitar su coadyuvancia;

IX.- Promover la participación de la comunidad en los programas de su competencia, en los términos que los mismos señalen;

X.- Auxiliar a otras autoridades en la persecución de los delitos de la competencia de éstas, en los términos de los convenios, bases y demás instrumentos de colaboración celebrados al efecto, y

XI.- Las demás que se señalen en otras disposiciones legales.

Consecuentemente con las normas constitucionales, las Leyes Orgánicas de las Procuradurías General de la República y General de Justicia del Distrito Federal, los demás textos legales y la jurisprudencia, otorgan al Ministerio Público la titularidad de la acción penal.

El artículo 102 apartado A) párrafo segundo se refiere al Ministerio Público de la Federación y no existe en la Constitución un precepto igual para el Ministerio Público del orden común, ni para el Ministerio Público del orden militar, sin embargo haciendo una interpretación de todo el sistema de la Constitución y especialmente del artículo anteriormente indicado en relación al 21 párrafo primero segunda parte y 17 párrafo segundo de la Ley Suprema, llevan a la idea de que las actividades del Ministerio Público del orden común y militar se deban realizar en la misma forma que las del Ministerio Público Federal.

1.5.- La función persecutoria.

La base legal de la función persecutoria, se establece en el artículo 21 Constitucional párrafo primero segunda parte , al establecer lo siguiente:

"La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato."

Rivera Silva, dice: " La función persecutoria, como su nombre lo indica consiste en perseguir los delitos o lo que es lo mismo, en buscar y reunir los elementos necesarios y hacer las gestiones pertinentes para procurar que a los autores de ellos se les apliquen las consecuencias establecidas en la ley." ¹²

Franco Villa, expresa: " La función persecutoria, como su nombre lo indica, estriba en perseguir los delitos lo que es lo mismo, en buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de los inculpados; pidiendo la aplicación de las penas correspondientes. De esta manera, en la función persecutoria se vislumbra un contenido y una finalidad íntimamente entrelazados: El contenido, realizar las actividades necesarias para que el autor de un delito no evada la acción de la justicia; y la finalidad, que se aplique a los delincuentes las consecuencias fijadas en la ley (sanciones)" ¹³

El órgano que está facultado para realizar la función persecutoria como lo establece el artículo 21 Constitucional, es el Ministerio Público.

La función persecutoria impone dos clases de actividades a saber:

A).- ACTIVIDAD INVESTIGADORA Y

B).- EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.

A).- **ACTIVIDAD INVESTIGADORA:** La actividad investigadora entraña una labor de auténtica averiguación; de búsqueda constante de las pruebas que acrediten la existencia de los delitos y la responsabilidad de quienes en ellos participan. Durante esta actividad, el órgano que la realiza trata de proveerse las pruebas necesarias para comprobar la existencia de los delitos y poder estar en aptitud de comparecer ante los tribunales y pedir la aplicación de la ley.

¹² Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa, S.A. Vigésima Quinta Edición. México 1997. Pág. 41.

¹³ Franco Villa, José. Op. Cit. Pág. 85.

La actividad investigadora es una función de mucho interés que corresponde al Ministerio Público y a la policía que estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél. Es presupuesto forzoso y necesario del ejercicio de la acción penal, es decir, del excitar a los tribunales a la aplicación de la ley al caso concreto, pues es obvio que para pedir la aplicación de la ley a una determinada situación, es menester dar a conocer la propia situación y por ende, previamente estar enterado de la misma.

En conclusión la actividad investigadora generalmente recibe el nombre de preparación del ejercicio de la acción penal y constituye lo que las leyes acostumbran denominar averiguación previa, primera etapa del procedimiento penal, que antecede al proceso penal y que es de naturaleza administrativa, desarrollada por el Ministerio Público y el que la debe integrar con el carácter de autoridad.

PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ACTIVIDAD INVESTIGADORA

a).- PRINCIPIO DE INICIACION.

b).- PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD.

c).- PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

a).- PRINCIPIO DE INICIACION: Está regida por lo que bien podría llamarse principio de requisitos de "iniciación" en cuanto no se deja a la iniciativa del órgano investigador el comienzo de la misma investigación, sino que para dicho comienzo se necesita la reunión de requisitos fijados en la ley, los cuales se estudiarán posteriormente.

b).- PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD: Consiste en que para la búsqueda de pruebas, hecha por el órgano encargado de la investigación, no se necesita la solicitud de parte, inclusive en los delitos que se persiguen por querrela necesaria. Iniciada la investigación, el órgano investigador, oficiosamente, lleva a cabo la búsqueda que hemos mencionado.

c).- PRINCIPIO DE LEGALIDAD: Si bien es cierto que el órgano investigador de oficio practica su averiguación, también lo es que no queda a su arbitrio la forma de llevar a cabo la misma investigación, ya que no puede efectuarse fuera de los extremos que la ley marca, quedando sus actividades sujetas a la misma.

B).- EJERCICIO DE LA ACCION PENAL: Es la segunda actividad que abraza la función persecutoria y para entender el ejercicio de la acción penal debe darse una noción previamente de lo que es acción penal, figura jurídica que estudiaremos en el siguiente capítulo, para el buen desarrollo de la presente tesis.

CAPITULO II
LA ACCION PENAL

- II.1.- Concepto de acción.*
- II.2.- Fundamento constitucional de la acción.*
- II.3.- Concepto de acción penal.*
- II.4.- Caracteres de la acción penal.*
- II.5.- Principios de la acción penal.*
- II.6.- Titularidad de la acción penal.*
- II.7.- Control de la acción penal en México.*
- II.8.- Extinción de la acción penal.*
 - a).- Muerte del delincuente.*
 - b).- Amnistía.*
 - c).- Perdón del ofendido.*
 - d).- Prescripción.*

II.1 Concepto de acción.

Franco Villa, dice al respecto: " Acción de agere obrar, en su acepción gramatical, significa toda actividad o movimiento que se encamina a determinado fin. En su sentido jurídico, acción es la manera de poner en marcha el ejercicio de un derecho. Por lo mismo, la acción debe entenderse en un sentido esencialmente dinámico; es el derecho de obrar y está constituido por el acto y conjunto de actos por los cuales se recurre al poder jurídico para obtener que le preste fuerza y autoridad al derecho. " 14

En consecuencia, si por acción entendemos toda actividad o movimiento que encamina ha determinado fin, no podemos estimar que exista si no se ha puesto en marcha, de este modo la acción, la que envuelve y da vida al proceso lo impulsa desde su iniciación y lo lleva hacia su fin.

Franco Villa, dice: "En principio, la acción no es otra cosa más que el derecho o la facultad que nos asiste, de conformidad con el artículo 17 Constitucional, para acudir ante el órgano jurisdiccional y pedirle que intervenga, a efecto de que, dando aplicación a la ley, haga valer o respetar el derecho de orden privado que nos corresponde, en atención a determinada situación de hecho y cuyo derecho nos es desconocido o negado por la parte contraria." 15

El concepto de acción es uno de los temas más complicados de la teoría general del proceso, porque se ha definido de diversas maneras en la doctrina y la definición resulta escabrosa, los procesalistas aún no se han puesto de acuerdo en ese tema tan importante.

La Teoría Clásica o Tradicional, viene desde el derecho romano y por conducto de Celso define a la acción como: " El Derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido." Identifica a la acción con el derecho sustantivo o material, posteriormente con la adición de los glosadores a dicha definición para incluir a los derechos reales quedó de la siguiente manera: " La acción es el derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido o lo que nos pertenece."

Autores como Savigny, también identificaron al derecho material o sustantivo con la acción y estima en su primera acepción, que la acción es un derecho que nace con la violación de otro derecho y en la segunda acepción que la acción es el ejercicio del derecho material mismo que ha sido violado.

Dice Savigny, que toda acción implica un derecho y la violación de este derecho; si el derecho no existe la violación no es posible y si no hay violación el derecho no puede revestir la forma de acción.

14 Franco Villa, José. Op. Cit. Pág. 80

15. Idem.

Posteriormente, surgen las teorías modernas o de autonomía de la acción, en donde ya no es identificada la acción como el derecho material o sustantivo, siendo las siguientes:

a) Teoría de la acción como tutela concreta: Windscheid, dice: " Acción es la pretensión jurídica deducida en juicio."

b) Teoría de la acción como derecho a la jurisdicción: Eduardo J. Couture dice: " La acción como poder jurídico de acudir a la jurisdicción existe siempre con derecho (material) o sin él; con pretensión o sin ella, pues todo individuo tiene ese poder jurídico, aun antes de que nazca su pretensión concreta. El poder de accionar es un poder jurídico de todo individuo en cuanto tal, existe aun cuando no se ejerza efectivamente."

c) Teoría de la acción como derecho potestativo: Chiovenda, dice: "La acción es el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la ley por el órgano jurisdiccional."

d) Teoría de la acción como derecho abstracto de obrar: Alsina, dice: " La acción es dada no sólo a quien tiene razón, sino a cualquiera que se diriga al Juez en demanda de una decisión sobre una pretensión. La acción, por consiguiente puede ser deducida aun por quien esté equivocado y por ello es abstracta del fundamento de la demanda."

Podemos decir que la acción, se encuentra consagrada en la ley con la calidad de derecho; es el derecho procesal el que la contiene, es el instrumento que consagra la pretensión jurídica, es decir, es la expresión para indicar que se puede pretender de otro, sin embargo, hay que precisar que es el medio para poner en actividad una pretensión jurídica ante la jurisdicción, en cuanto que la pretensión se puede hacer valer ante el obligado y ser satisfecha sin necesidad de recurrir a la jurisdicción.

El derecho de acción ejercitado ante los tribunales, va a provocar la actividad jurisdiccional. La acción no cesa hasta que la sentencia haya sido emitida y puede ser deducida aun por quien este equivocado, es única ya que se encuentra consagrada en el artículo 17º constitucional, para todas las ramas del enjuiciamiento, es el elemento fundamental e indispensable en todo procedimiento judicial, sin el previo ejercicio de la acción, ningún Juez nunca y en ninguna circunstancia podrá intervenir, pues carecera de facultades para actuar y de potestad o derecho para resolver, el derecho de acción ejercitado va a dar origen a la actividad jurisdiccional.

Para mejor entender será necesario dar algunos conceptos de acción:

Mancilla Ovando, expresa: "La acción es un derecho abstracto cuyo contenido es una pretensión jurídica, que permite provocar la actividad

jurisdiccional y debatir sobre la validez del derecho que se afirma tener, para que éste se materialice en la sentencia y se haga efectivo al través del imperio público de los Tribunales". 16

Dorantes Tamayo, dice: " Es un derecho abstracto, autónomo que tiene una persona legitimada para con un juzgador, a fin de que éste resuelva un litigio con espíritu de justicia." 17

Franco Villa, cita a Florián, el cual la considera como: " el poder jurídico de excitar y promover el ejercicio de la jurisdicción." 18

Es el derecho subjetivo del que goza toda persona jurídica, para exigir la prestación de la jurisdicción con el objeto de que resuelva su pretensión.

En la sentencia el Juez tendrá que resolver si el derecho de acción es válido; si su contenido que es la pretensión jurídica es un derecho que le pertenece a quien lo reclama; y en este acto de autoridad, la afirmación del derecho se va a materializar en la sentencia cuyos efectos jurídicos van a vincular a las partes y le sujetarán en sus términos una vez que cause ejecutoria.

16. Mancilla Ovando, J. Alberto. *Las Garantías Individuales y su aplicación el Derecho Penal*. Sexta edición. Editorial Porrúa, S.A., México 1995. Pág. 81.

17. Dorantes Tamayo, Luis. *Elementos de Teoría General del Proceso*. Editorial Porrúa, S.A., México 1993. Pág. 64.

18 Franco Villa, José. *Op. Cit.* Pág. 83.

11.2 Fundamento constitucional de la acción.

En virtud de que los gobernados no pueden hacerse justicia por sí mismos, ha sido necesario crear sistemas para permitir la solución a los conflictos, es así como el Estado se ve obligado a impartir justicia mediante la implantación de tribunales y establecer un instrumento adecuado para que los gobernados pusieren en marcha estos mediante el ejercicio de la acción, lo cual se establece en nuestra Ley Suprema como una garantía individual.

Al efecto el artículo 17 Constitucional párrafo primero y segundo dispone lo siguiente:

"Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre Justicia, por tribunales, que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando en consecuencia, prohibidas las costas judiciales."

Del primer párrafo del artículo anteriormente transcrito, se desprende que los gobernados no pueden hacerse justicia por sí mismos o sea se establece la prohibición de la autodefensa y que solamente puede quedar derogado en casos excepcionales, como los de la legítima defensa.

En el segundo párrafo, se establece el fundamento jurídico de la acción para todas las ramas del enjuiciamiento que corresponde no sólo al actor, sino también al demandado, porque los dos pueden legalmente ejercitarla de acuerdo con el artículo transcrito, y se establece como un derecho subjetivo público que tiene como finalidad exigir la prestación de la función jurisdiccional a cargo del Estado (Juez), a efecto de conseguir una decisión o sentencia en que se aplique la ley general y abstracta al caso especial concreto con espíritu de justicia, con la cual se mantiene el orden legal y se logra la paz pública.

En principio, la acción no es otra cosa más que el derecho o la facultad que nos asiste, de conformidad con el artículo 17 Constitucional, para acudir ante el órgano jurisdiccional y pedirle que intervenga, a efecto de que, dando aplicación a la ley, haga valer o respetar el derecho de orden privado que nos corresponde, en atención a determinada situación de hecho y cuyo derecho nos es desconocido o negado por la parte contraria.

La acción puede ser un derecho subjetivo y en todos los casos de naturaleza pública cuando el legitimado tiene la facultad potestativa de ejercitarla o no ejercitarla. Sin embargo, existen otros casos en que el titular de la acción no tiene un derecho subjetivo para su ejercicio, sino que el orden normativo, le impone por su

competencia el deber de iniciar el ejercicio de la acción cuando se dan determinados requisitos. Este es el caso del inicio del ejercicio de la acción penal que corresponde al Ministerio Público en México.

La acción constituye una posición de su titular frente al Estado (Juez) para exigir la función jurisdiccional que entraña el derecho fundamental a la justicia, con la cual se mantiene el orden legal y la paz pública.

El derecho a la justicia sólo se puede hacer efectiva mediante la acción, para exigir del Estado (Juez) la aplicación del derecho material o sustantivo formado por normas generales, abstractas y permanentes a los casos concretos, respetando una participación igualitaria de las partes ante los tribunales, para la solución del litigio o controversia que se plantea.

La acción es un derecho del hombre, lo que significa que por su importancia se ha establecido como una garantía individual.

11.3 Concepto de acción penal.

La acción penal tiene su origen en el artículo 21 Constitucional párrafo primero segunda parte, la Ley Suprema le confiere la calidad de atribución a un órgano del Estado; las facultades que de ahí emanan son exclusivas, de donde resulta la existencia del monopolio de la acción penal.

Osorio y Nieto, dice: " La acción penal es la atribución constitucional exclusiva del Ministerio Público, por el cual pide al órgano jurisdiccional competente aplique la ley penal a un caso concreto." ¹⁹

Colín Sánchez, cita a Eugenio Florian, el cual expresa : "La acción penal, es el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal." ²⁰

Eduardo Pallares, dice que la acción penal: " Es la que ejercita el Ministerio Público en representación del Estado y cuyo objetivo es obtener del órgano jurisdiccional competente, pronuncie una sentencia mediante la cual se declare:

- a) Que determinados hechos constituyen un delito previsto por la ley penal;
- b) Que el delito es imputable al acusado y por lo tanto éste es responsable del mismo y;
- c) Que se le imponga la pena que corresponda incluyendo en ésta el pago del daño causado por el delito. " ²¹

El contenido de la acción penal es la afirmación de la existencia de un delito y el reclamo del castigo para el autor de la conducta; esa es la pretensión jurídica del Ministerio Público al ejercitar la acción penal, pues es la sustentación acusatoria.

La pretensión penal, siempre en la mayoría de los casos es una pretensión punitiva en la que se persigue la aplicación de una pena para el acusado, que en la mayoría de los casos es la privativa de libertad, consecuentemente la pretensión penal se funda en el derecho material penal o en el derecho material sustantivo.

El ejercicio de la acción penal da origen al proceso penal. En la determinación del ejercicio de la acción penal se va a probar la existencia de denuncia o querrela y a relacionar los elementos probatorios que acrediten la existencia del delito

¹⁹ Osorio y Nieto, Cesar Augusto. La Averiguación Previa. Editorial Porrúa S.A., Octava Edición. México 1997. Pág 24.

²⁰ Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. Pág. 304.

²¹ Pallares, Eduardo. Prontuario de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa, S.A. Novena Edición. México. 1984. Pág. 5.

y la probable responsabilidad penal; el Ministerio Público podrá solicitar se gire la orden de aprehensión. Sólo así se satisfacen los requisitos del artículo 16 Constitucional tratándose de las formalidades que deben llenar para que la autoridad judicial dicte su orden de aprehensión. En consecuencia el ejercicio de la acción penal es la facultad exclusiva del Ministerio Público para provocar la actividad jurisdiccional.

En el proceso penal, la acción tendrá que examinarse por el Juez para que en sentencia se determine la validez de la pretensión jurídica del Ministerio Público y se haga la declarativa con base a las pruebas aportadas, si existe delito o no y se determine la responsabilidad penal. Significa que quien tiene la atribución de dictar justicia va a materializar el derecho represivo consignado en la ley penal y decretar pena que le sancione por la conducta delictiva cuya existencia se ha declarado jurídicamente.

La acción penal nace con el delito y se desarrolla a través de tres periodos o fases.

1) La investigación: Tiene por objeto preparar el ejercicio de la acción penal que se fundara en las pruebas obtenidas, para estar el representante social en posibilidad de provocar la actividad jurisdiccional.

2) Persecución: Hay ya ejercicio de la acción ante los tribunales y es lo que constituye la instrucción.

3) Acusación: La exigencia punitiva se concreta y el Ministerio Público puede ya establecer con precisión las penas que serán objeto de análisis judicial y por lo mismo, esta etapa es la que constituye la esencia del juicio.

Al efecto nuestro máximo tribunal de justicia ha establecido el criterio siguiente:

"ACCIÓN PENAL. EJERCICIO DE LA.- El ejercicio de la acción penal se realiza cuando el Ministerio Público ocurre ante el Juez y le solicita que se avoque al conocimiento del caso; y la marcha de esa acción pasa durante el proceso por tres etapas; investigación; persecución y acusación. La primera tiene por objeto preparar el ejercicio de la acción que se fundará en las pruebas obtenidas; en la persecución hay ya ejercicio de la acción ante los Tribunales y es lo que constituye la instrucción y en la tercera, o sea, la acusación, la exigencia punitiva se concreta y el Ministerio Público puede ya establecer con precisión las penas que serán objeto de análisis judicial y, por lo mismo, esta etapa es la que constituye la esencia del juicio, ya que en ella pedirá, en su caso, la aplicación de las sanciones privativas de libertad y pecuniarias, incluyendo en éstas la reparación del daño, sea por concepto de indemnización o de restitución de la cosa obtenida por el delito." 22

Podemos concluir que en virtud de que no existe un concepto único que defina lo que es acción penal entre los tratadistas, es la que ejercita el

²² Ejecutoria visible en el Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época., Segunda Parte, Volúmen XXXIV, Pág. 9. Amparo Directo. 746/60. Luis Castro Malpica. Unanimidad de 4 votos.

Ministerio Público ante el Juez competente, para que se inicie el proceso penal y se resuelva sobre la responsabilidad del inculpado y en su caso aplique la pena o la medida de seguridad que corresponda.

II.4 Caracteres de la acción penal.

Se han considerado como caracteres de la acción penal los siguientes:

- A).- PUBLICA.
- B).- AUTONOMA.
- C).- UNICA.
- D).- INDIVISIBLE.
- E).- DE PENA O CONDENA.
- F).- IRREVOCABLE.
- G).- INTRASCENDENTE.

A).- PUBLICA.- Tomando en cuenta el fin y el objeto de la acción penal la doctrina le atribuye un carácter público, porque se dirige a hacer valer el derecho público del Estado a la aplicación de la pena vía órgano jurisdiccional contra el sujeto a quien se le imputa el delito, aunque el delito cause un daño privado, la sociedad está interesada fundamentalmente en la aplicación de la pena destinada a protegerla y se establece así la acción penal como pública, significa que sirve para la realización de una exigencia que es en otros términos el poder punitivo del Estado. Es pública por el fin que persigue y porque no está regida por criterios de conveniencia o de disposición, ni aún siquiera en los delitos que se persiguen por querrela de parte, en que se concede al directamente ofendido por el delito un margen de disposición, sin que ello modifique el contenido de la acción que sólo queda condicionada a un requisito de procedibilidad, y a que delitos de ésta índole se ponga término al ejercicio de la acción y se extinga por perdón del ofendido.

Al Estado le pertenece el derecho al castigo de los delincuentes, al Ministerio Público le pertenece el ejercicio de la acción penal, incumbiéndole solamente el activarla, deduciéndose que el Ministerio Público no tiene la facultad de disposición de la acción penal, antes o después de ponerla en movimiento.

Castro Juventino, señala: "El Ministerio Público tiene así un 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 en forma alguna. " 23

²³ Castro Juventino, V. Op. Cit. Pág. 85.

B).- AUTONOMA.- La acción penal es independiente tanto del derecho abstracto de castigar que recae en el Estado detentador del jus puniendi, como del derecho concreto a sancionar a un delincuente debidamente particularizado, la acción penal, en consecuencia puede ejercitarse al margen del derecho a castigar a una persona en concreto. Otra cosa es la consecuencia de tal injustificable ejercicio.

C).- UNICA.- La acción penal es única y envuelve en su conjunto a los delitos que se hubiesen cometido, no hay una acción especial para cada delito, se utiliza por igual para toda conducta típica de que se trate, pues su fin y estructura son siempre los mismos.

D).- INDIVISIBLE.- La acción penal es indivisible debido a que produce efectos para todos los que han participado en la comisión del delito.

Esta concepción se funda en un principio de utilidad práctica, con el objeto de evitar que los que hubiesen participado en la comisión del delito se sustraigan a su represión.

La indivisibilidad de la acción penal, se destaca por ejemplo en los delitos perseguibles por querrela de parte como el adulterio. Si el ofendido sólo formula su querrela en contra de uno de los adúlteros, se procederá en contra de los dos y los que aparezcan como codefincuentes.

Al efecto el artículo 274 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal establece lo siguiente:

"No se podrá proceder contra los adúlteros sino a petición del cónyuge ofendido; pero cuando éste formule su querrela contra uno solo de los culpables, se procederá contra los dos y los que aparezcan como codefincuentes.

Esto se entiende en el caso de que los dos adúlteros vivan, estén presentes y se hallen sujetos a la acción de la justicia del país; pero cuando no sea así, se procederá contra el responsable que se encuentre en estas condiciones."

En forma correspondiente el perdón que se produzca con los requisitos exigidos, surtirá el efecto de que se extinga la acción penal favoreciendo a todos los responsables, aún cuando el ofendido sólo lo haya otorgado por lo que respecta a su cónyuge.

Al efecto el artículo 276 del citado Código Penal establece lo siguiente:

"Cuando el ofendido perdone 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."

E).- DE PENA O CONDENA.- Oronoz Santana, señala: " Porque al ejercitarla se pretende que recaiga sobre el sujeto activo del delito una pena, un castigo; claro está que existen casos de que las medidas de seguridad no constituyen propiamente una pena, pero admitiendo que lo que se pretende ejemplificar es el castigo puede ser aceptada." ²⁴

F).- IRREVOCABLE.- Consiste en que una vez que el Ministerio Público ha ejercitado la acción penal ante el órgano jurisdiccional, no puede desistirse de dicha acción, puesto que tiene obligación dicho órgano estatal de continuarla hasta que haya una decisión jurisdiccional que ponga fin al proceso.

El Ministerio Público no puede desistirse de la acción penal porque no le pertenece, como si se tratara de un derecho patrimonial de carácter privado, iniciado el proceso no puede esperarse otra solución que la sentencia.

Martínez Gamelo, cita: " La problemática del desistimiento de la acción una vez iniciado el ejercicio de la acción penal es que el órgano no tiene la facultad para desistirse, iniciado el proceso no tiene más que un fin, la sentencia, Florián al respecto establece ésta consideración y argumenta de manera definitiva que el Ministerio Público no puede, no debe desistirse de la acción, la retirada del Ministerio Público tendrá la significación de una conclusión pero nunca la fuerza de hacer caducar el proceso. " ²⁵

Sólo en los delitos perseguibles por querrela de parte es permitido que el perdonado ponga fin al proceso y aún en ese caso debe existir una decisión jurisdiccional que proclame la terminación del juicio. Pero el Ministerio Público no tiene, ni puede tener tal facultad, ya que una vez que se ha iniciado el proceso la función soberana del órgano jurisdiccional va a decidir sobre la relación procesal que se le ha planteado. El que pueda desistirse de la acción penal el Ministerio Público, poniendo así fin al proceso, significa que está suplantando al Juez en su propia función jurisdiccional, decidiendo sobre la responsabilidad o irresponsabilidad del procesado.

Por otra parte se opone a la revocabilidad del ejercicio de la acción el principio de la obligatoriedad del proceso penal, que 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, ya que el carácter público de la relación procesal penal, obliga a que no se llegue a una decisión final, sino hasta que haya transcurrido todas las etapas del proceso incluyendo las dos instancias y en que una autoridad judicial, previamente establecida, dicte resolución.

También se opone a la revocabilidad del ejercicio de la acción el

²⁴ Oronoz Santana, Carlos M. Manual de Derecho Procesal Penal. Tercera Edición. Editorial Limusa. México 1993. Pág 63.

²⁵ Martínez Gamelo, Jesús. La Investigación Ministerial Previa. Primera Edición. Editorial Porrúa, S.A., Págs 255-256.

principio de inmutabilidad del objeto del proceso, que consiste 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.

G).- INTRASCENDENTE.- La acción penal es intrascendente porque sus efectos solamente se limitan a la persona responsable del delito, por lo que no puede extenderse la acusación a familiares o amigos.

Al efecto el artículo 10 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal establece lo siguiente:

“La responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delincuentes, excepto en los casos especificados por la ley.”

Una excepción la establece el citado Código Penal al principio de intrascendencia y es en el caso de las personas morales.

Al efecto el artículo 11 del citado Código establece lo siguiente:

“Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las instituciones del Estado, comete un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el Juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución cuando lo estime necesario para la seguridad pública.”

II.5 Principios que rigen la acción penal.

Podemos señalar que la acción penal es el principio fundamental del Ministerio Público. Autores como Juventino V. Castro y Jesús Martínez Garnelo, señalan como principios que engloban a la acción penal los siguientes:

- A).- PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.
- B).- PRINCIPIO DE OFICIALIDAD U OFICIOSIDAD.
- C).- PRINCIPIO DE LEGALIDAD.
- D).- PRINCIPIO DE IRREVOCABILIDAD, IRRETRACTABILIDAD O INDISPONIBILIDAD.
- E).- PRINCIPIO DE LA VERDAD REAL, MATERIAL O HISTORICA.
- F).- PRINCIPIO DE LA INEVITABILIDAD.
- G).- PRINCIPIO DE LA PROHIBICION DE LA "REFORMATIO IN PEIUS".
- H).- PRINCIPIO DE LA ORALIDAD, CONTRADICCION, INMEDIATIVIDAD Y CONCENTRACION PROCESALES.

A).- PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.- Tomando en cuenta el fin y el objeto de la acción penal la doctrina le atribuye un carácter público, porque se dirige a hacer valer el derecho público del Estado a la aplicación de la pena vía órgano jurisdiccional contra el sujeto a quien se le imputa el delito, aunque el delito cause un daño privado, la sociedad está interesada fundamentalmente en la aplicación de la pena destinada a protegerla y se establece así la acción penal como pública, significa que sirve para la realización de una exigencia que es en otros términos el poder punitivo del Estado. Es pública por el fin que persigue y porque no está regida por criterios de conveniencia o de disposición, ni aún siquiera en los delitos que se persiguen por querrela de parte, en que se concede al directamente ofendido por el delito un margen de disposición, sin que ello modifique el contenido de la acción que sólo queda condicionada a un requisito de procedibilidad, y a que delitos de ésta índole se ponga término al ejercicio de la acción y se extinga por perdón del ofendido.

Al Estado le pertenece el derecho al castigo de los delincuentes, al Ministerio Público le pertenece el ejercicio de la acción penal, incumbiéndole solamente el activarla, deduciéndose que el Ministerio Público no tiene la facultad de disposición de la acción penal, antes o después de ponerla en movimiento.

Castro Juventino, señala: " El Ministerio Público tiene así un 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 en forma alguna."

B).- PRINCIPIO DE OFICIALIDAD U OFICIOSIDAD.- 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 lesionada. También es llamado principio de la autoritariedad ya que el procedimiento penal debe promoverse por obra de una autoridad pública como es el Ministerio Público.

C).- PRINCIPIO DE LEGALIDAD.- Se refiere a aquél que afirma la obligación que tiene el Ministerio Público en 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 del Ministerio Público.

A este principio se contraponen el de oportunidad o discrecionalidad, 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.

El principio de legalidad en el ejercicio de la acción presupone forzosamente que existe un acusador público permanente. La doctrina, unánimemente se pronuncia en favor del principio de legalidad. El principio de legalidad presupone en el ejercicio de la acción el principio de la oficialidad de la acción penal.

D).- PRINCIPIO DE IRREVOCABILIDAD, IRRETRACTABILIDAD O INDISPONIBILIDAD.- Estas denominaciones manejadas por varios autores, consiste en que una vez que el Ministerio Público ha ejercitado la acción penal 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.

El Ministerio Público no puede desistirse de la acción penal porque no le pertenece, como si se tratara de un derecho patrimonial de carácter privado, iniciado el proceso no puede esperarse otra solución que la sentencia.

La problemática del desistimiento de la acción una vez iniciado el ejercicio de la acción penal es que el órgano no tiene la facultad para desistirse, iniciado el proceso no tiene más que un fin, la sentencia, Florián al respecto establece esta consideración y argumenta de manera definitiva que el Ministerio Público no puede, no debe desistirse de la acción, la retirada del Ministerio Público tendría la significación de una conclusión pero nunca la fuerza de hacer caducar el proceso.

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 terminación del juicio. Pero el Ministerio Público no tiene, ni puede tener tal facultad, ya que una vez que se ha iniciado el proceso la función soberana del órgano jurisdiccional va a decidir sobre la relación procesal que se le ha planteado. El que pueda desistirse de la acción penal el Ministerio Público, poniendo así fin al proceso, significa que está suplantando al Juez en su propia función jurisdiccional, decidiendo sobre la responsabilidad o irresponsabilidad del procesado.

Por otra parte se opone a la revocabilidad del ejercicio de la acción el principio de la obligatoriedad del proceso penal, que 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, ya que el carácter público de la relación procesal penal, obliga a que no se llegue a una decisión final, sino hasta que hayan transcurrido todas las etapas del proceso incluyendo las dos instancias y en que una autoridad judicial, previamente establecida dicte resolución.

También se opone a la revocabilidad del ejercicio de la acción el principio de inmutabilidad del objeto del proceso, que consiste 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.

E).- PRINCIPIO DE LA VERDAD REAL, MATERIAL O HISTORICA.- Martínez Gamelo, expresa: "Este principio busca conformar momento plenamente determinables sobre lo que el Ministerio Público manejó como pedimento; la verdad real se plasma en el momento en que el Ministerio Público lleva a cabo las investigaciones de los hechos acaecidos, el inminente propósito de establecer materialmente una formulación de hechos plasmados a través de sus actuaciones y puestas a los ojos del Juez para que sea éste bajo el principio de su libre convencimiento, bajo el enlace lógico natural de las pruebas que fueron aportadas con aquellas que se manejaron dentro de la instrucción, pueda el juzgador manejar la inocencia o la culpabilidad de un sujeto. Esta verdad real, material o histórica representa los antecedentes de las investigaciones cuidadosas que lleva a cabo el Ministerio Público y que tendrán que manejarse al momento de una ejecutoria definitiva." ²⁶

La aplicación de este principio a la acción penal es que ésta, deberá dirigirse a la búsqueda de la verdad material o real y el Ministerio Público que es quien la ejercita pugna por establecer el derecho punitivo del Estado, buscando la verdad real y efectiva.

F).- PRINCIPIO DE LA INEVITABILIDAD.- Consiste en que no se

²⁶ Martínez Gamelo, Jesús. La Investigación Ministerial Previa. Primera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1996. Pág 256

puede aplicar una 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 afirmativa, una sumisión voluntaria a la pena por parte del particular es inadmisibile.

Es fundamentado este principio dado el carácter público de la acción penal.

G).- PRINCIPIO DE LA PROHIBICION DE LA "REFORMATIO IN PEIUS".- Es aquel que afirma la limitación que tiene el Juez de segunda instancia de reformar la sentencia, dictada por el Juez de primera instancia en perjuicio del acusado como apelante. Es decir, que si un procesado apela contra la sentencia del Juez de primera instancia, que le ha causado agravios, el superior jerárquico o acepta que se le han causado agravios al apelante que deben ser reparados, o bien, deja las cosas en el estado en que las establecio la sentencia de primera instancia, pero no puede haciendo un estudio total del asunto dictar sentencia que agrave la situación del apelante establecida por el Juez de primera instancia.

H).- PRINCIPIO DE LA ORALIDAD, CONTRADICCION, INMEDIATIVIDAD Y CONCENTRACION PROCESALES.- Esta serie de principios si bien no atañen directamente a la acción penal; son indispensables para formarse una idea completa del campo procesal en que funciona el Ministerio Público en el ejercicio de la acción. Estos principios que vamos a examinar están ligados, unos son consecuencia lógica de los otros, siendo necesario por tanto estudiarlos en su conjunto. Además son principios que no son absolutamente aceptados en las legislaciones y solo en determinadas disposiciones se les llega a entrever.

El principio de oralidad consiste en que el proceso debe desarrollarse esencialmente por medio de la palabra hablada, debiéndose basar tan sólo las resoluciones judiciales en el material procesal proferido oralmente, el principio de oralidad se contrapone al escrito. El proceso oral es característico del proceso acusatorio y el escrito del sistema inquisitivo. En nuestro sistema por lo general es el de la oralidad el que se maneja prácticamente en el desahogo de las diligencias por comparecencia ya sea ante el Juez o Ministerio Público.

El juicio oral está dominado por el principio de contradicción ya que tanto la acusación como la defensa se encuentran en el proceso persiguiendo diferentes finalidades: Su libertad personal o una sentencia al mínimo posible el procesado; la estricta aplicación de la ley penal al responsable de un delito manejado por parte del Ministerio Público.

Este principio garantiza un defensor técnico, ya que si el Estado ha creído necesario que no sólo el Juez sino que el acusador tenga una preparación técnica en la disciplina jurídica, debe permitir el que el procesado se valga de un técnico en cuestiones de derecho que pueda enfrentar al Juez y Ministerio Público con posibilidades de éxito.

El principio de la inmediatividad consiste en que el Juez debe recibir directamente el material, las pruebas y todos los elementos procesales de donde ha de sacar su convicción para la sentencia. Garantiza este principio como el de oralidad, el que el juez dicte una sentencia lo más justa dentro de lo posible, por el conocimiento directo de los materiales procesales. Si el juicio es oral y se rige por el principio de la inmediatividad, se corre el peligro de que si se alarga el Juez podrá olvidar los datos que tan sólo conserva en la mente y que por lo tanto es necesario que el proceso se desenvuelva ininterrumpidamente en una o varias sesiones sin solución de continuidad. Este principio es llamado de la concentración procesal, de continuidad o de unidad de acto.

Todos estos principios rigen la función del Ministerio Público, quien debe tenerlos en cuenta en el ejercicio de la acción penal, puesto que provienen de la observación y la experiencia del fenómeno de la relación procesal que se ha sistematizado y jerarquizado universalmente en la doctrina y en la ley.

II.6 Titularidad de la acción penal.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, establece innovaciones en la esfera de competencia de los poderes públicos, disponiendo al efecto actualmente el artículo 21 constitucional párrafo primero lo siguiente:

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

El artículo 21 párrafo primero primera parte de nuestra Carta Magna, en materia penal y tratándose del derecho de acción, excluye al Poder Judicial de su ejercicio; asignándole la facultad exclusiva como función final del proceso y en el caso que así corresponda la imposición de las penas como propia y exclusiva de ella.

La Suprema Corte de Justicia resalta la división de esfera de atribuciones al referirse a la organización judicial en materia penal.

"ORGANIZACION JUDICIAL. Una de las más trascendentales innovaciones que hizo la Constitución de 1917, es la de que los jueces dejan de pertenecer a la policía judicial y sean jueces exclusivamente." ²⁷

El artículo 21 Constitucional párrafo primero segunda parte, ordena que corresponde al Ministerio Público auxiliado con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato, el derecho de la acción penal. Se brinda como atribución a un órgano del Estado dependiente del Poder Ejecutivo y viene a establecer la división de funciones de manera tajante, al disponerse que los jueces dejan de ser parte de la policía judicial con facultades investigatorias, estando impedidos para formular acusaciones y resolver sobre la responsabilidad penal del inculpado, es decir, dejan de ser parte y autoridad en el proceso penal.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido en jurisprudencia lo siguiente:

"ACCION PENAL. Corresponde su ejercicio al Ministerio Público y a la policía judicial, que debe estar bajo la autoridad de mando de aquél.

²⁷ Ejecutoria Visible en el Tomo II. Pág. 83. Bajo el rubro. Amparo Penal en revisión. Hartam, Eduardo y Coacusados. 9 de enero de 1918. Unanimidad de 11 votos.

Una de las más trascendentales innovaciones hechas por la Constitución de 1917, a la organización judicial, es la de que los jueces dejen de pertenecer a la policía judicial, para que no tengan el carácter de jueces y partes encargados, como estaban antes de la vigencia de la Constitución, de decidir sobre la responsabilidad penal y allegar, de oficio, elementos para fundar el cargo." 28

Los intérpretes del artículo 21 Constitucional, desde 1917 hasta los últimos días han considerado que la letra del precepto confiere al Ministerio Público

el ejercicio de la acción penal, en exclusiva, sin intervención de otras autoridades ni del ofendido por el delito. Esta interpretación no unánime se trasladó a la ley, se recogió en la jurisprudencia y predominó en la doctrina. Fué así que prosperó el llamado "monopolio" en el ejercicio de la acción penal, por parte de dicho órgano estatal.

O. Rabasa, Emilio y Caballero Gloria, señalan: " Conviene observar cuáles han sido los elementos constitutivos del "monopolio". 1.- En primer término, éste supone la potestad exclusiva y excluyente de Ministerio Público para investigar los delitos que son denunciados o por los que presenta querrela (u otra expresión de voluntad persecutoria), con el propósito de preparar, en su caso, el ejercicio de la acción. A esto se contrae la denominada averiguación previa penal, que es una etapa administrativa (instrucción administrativa) del procedimiento penal mexicano.

En segundo término, el "monopolio" apareja la potestad del propio Ministerio Público, también exclusiva y excluyente, de valorar al cabo la averiguación previa si se hallan satisfechas las condiciones de fondo para el ejercicio de la acción, es decir, los elementos que requiere, en la especie, el tipo penal (antes de la reforma de 1993, inadecuada es este punto, el cuerpo del delito) y los datos conducentes a establecer la probable responsabilidad del indiciado. Sobre esta base, el Ministerio Público podría resolver, con autonomía de decisión, pero subordinación a la ley (principio de legalidad) , si procedía el ejercicio de la acción o había lugar al no ejercicio, que determinaba al "archivo" de las actuaciones, una forma de "sobreseimiento" administrativo con efectos generalmente definitivos.

Por último, el "monopolio" aparejaba la excluyente y exclusiva facultad del Ministerio Público para sostener la acción en el proceso, como acusador oficial, desde la incoación de éste hasta su conclusión natural en la sentencia ". 29

El artículo 21 Constitucional fue reformado en el año de 1994, adicionándose un párrafo cuarto que textualmente dice lo siguiente:

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

28 Jurisprudencia Visible en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 1917-1975. Segunda Parte. Primera Sala. Tesis 5. Pág. 8.

29. O. Rabasa, Emilio, Et al. Mexicano: ésta es tu Constitución. Editorial Porrúa, S.A., Décimo Primera Edición. México 1997. Pág. 92.

términos que establezca la ley.”

Con la reforma anteriormente transcrita desaparece el segundo elemento del monopolio en el ejercicio de la acción penal que antes mencioné, es decir, la facultad del Ministerio Público para resolver con autonomía de decisión si se han satisfecho conforme a la ley, las condiciones determinantes para el ejercicio de la acción penal, lo cual constituye el objetivo de la presente tesis. La supresión de alguno de estos elementos como efectivamente ocurrió en 1994, suprime automáticamente el monopolio acusador.

En conclusión el titular en forma exclusiva de la acción penal corresponde en México al Ministerio Público, si esta autoridad no ejercita la acción penal, no hay base constitucional que de vátidez al proceso y los actos de autoridad dictados en él, son inconstitucionales por emanar de autoridad sin competencia para iniciar el juicio penal, agotar sus etapas procesales y dictar sentencia con efectos jurídicos lícitos.

Al efecto la Suprema Corte de Justicia ha establecido lo siguiente:

“ACCION PENAL. Su ejercicio corresponde exclusivamente al Ministerio Público; de manera que cuando el no ejerce esa acción, no hay base para el procedimiento; y la sentencia que se dicte sin que tal acción se haya ejercido por el Ministerio Público, importa una violación de las garantías consagradas en el artículo 21 Constitucional.”³⁰

³⁰ Visible en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1975, Segunda Parte, Primera Sala, Tesis VI, Pág. 3.

II.7 Control de la acción penal en México.

En México existe un sistema es de control interno, en sede administrativa que permite al denunciante, querellante y al ofendido, en su caso, formular las observaciones que consideren pertinentes (es decir conformarse o inconformarse, así como para ofrecer pruebas y señalar diligencias no practicadas). Para ello es obligación del Ministerio Público notificar su determinación de no ejercicio de la acción penal (aún en proyecto sin valor conclusivo de la averiguación) a dichos interesados, que a partir de la notificación cuentan con un plazo de quince días para ocurrir ante el Procurador o ante quien, por delegación de este funcionario, conozca el asunto con facultades resolutorias y una vez que estos escuchan el parecer de los agentes auxiliares dictaminadores, resolverán en definitiva si debe o no ejercitarse la acción penal.

Al respecto el artículo 133 del Código Federal de Procedimientos Penales dispone lo siguiente:

"Cuando en vista de la averiguación previa el Agente del Ministerio Público a quien la Ley Reglamentaria del artículo 102 de la Constitución General de la República faculte para hacerlo, determinare que no es de ejercitarse la acción penal por los hechos que se hubieren denunciado como delitos, o por los que se hubiere presentado querrela, el denunciante, el querellante o el ofendido podrán ocurrir al Procurador General de la República dentro del término de quince días contados desde que se les haya hecho saber esa determinación, para que este funcionario, oyendo el parecer de sus Agentes Auxiliares, decida en definitiva si debe o no ejercitarse la acción penal.

Contra la resolución del Procurador no cabe recurso alguno, pero puede ser motivo de responsabilidad. "

Lo anterior se encuentra regulado por los acuerdos A/006/92 de la Procuraduría General de la República y A/005/96 de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Con la reforma de 1994 a la Constitución General de la República específicamente con la adición del párrafo cuarto al artículo 21 Constitucional, que entró en vigor el día 1º de enero de 1995, en relación a que 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, cambió profundamente el sistema anteriormente descrito. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación entendió que el ofendido no podía impugnar la negativa de ejercicio de la acción en la vía de amparo, porque esa negativa no quebrantaba ningún interés jurídico de la víctima, en cuanto ésta carecía del jus puniendi o facultad de exigir el castigo.

El día 5 de noviembre de 1994, el Presidente de la República Doctor Ernesto Zedillo Ponce de León, presentó al Congreso de la Unión a través de la Cámara de Senadores iniciativa de reforma de diversas normas constitucionales, entre ellas al artículo 21 Constitucional a fin de agregar a éste un párrafo cuarto, quinto y sexto, siendo el primero de ellos al tenor siguiente:

"La ley establecerá los casos en que podrán impugnarse las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio de la acción penal."

Sobre esta pretendida reforma en la exposición de motivos en lo conducente se argumentó:

"Se propone sujetar al control de legalidad las resoluciones del no ejercicio de la acción penal del Ministerio Público, dejando al legislador ordinario el definir la vía y autoridad competente para resolver estas cuestiones. Nuestra Constitución encomienda la persecución de los delitos al Ministerio Público y le confiere facultad de ejercitar la acción penal siempre que existan elementos suficientes para confirmar la presunta responsabilidad de una persona y la existencia del delito. Cuando no lo hace, aún existiendo estos elementos, se propicia la impunidad y, con ello, se agravia todavía más a las víctimas o a sus familiares. No debe tolerarse que por el comportamiento negligente y menos aún por actos de corrupción, quede ningún delito sin ser perseguido.

Por esta razón, la iniciativa plantea adicionar un párrafo al artículo 21 Constitucional a fin de disponer que la ley fije los procedimientos para impugnar las resoluciones del Ministerio Público que determine el no ejercicio de la acción penal. De esta manera, la propuesta plantea que el Congreso de la Unión o, en su caso, las legislaturas locales analicen quienes habrán de ser los sujetos legitimados, los términos y condiciones que habrán de regir al procedimiento y la autoridad competente que presente la cuestión para su resolución, que podrá ser jurisdiccional o administrativa, según se estime conveniente. Con lo anterior se pretende zanjar un añejo debate constitucional, que en los hechos impidió que las omisiones del Ministerio Público fueran sujetas a un control de legalidad por un órgano distinto." ³¹

En la deliberación que se realizó en el Pleno de la Cámara de Senadores con motivo del dictamen con proyecto de decreto formulado por las Comisiones Unidas de Justicia, Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, primera sección, sobre la iniciativa del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos para reformar, adicionar y derogar diversos artículos de la Constitución, en materia de justicia y seguridad pública, se plantearon y aprobaron modificaciones diversas a su contenido:

" Al párrafo cuarto del artículo 21, para expresar que las impugnaciones sobre el no ejercicio de la acción penal o el desistimiento de la misma, serán tramitadas por vía jurisdiccional."

³¹ Estrategia Legal. Revista Jurídica. Año 1996. Pág 23

Recibida la propuesta en la Cámara de Diputados, como su revisora, sus Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia dictaminaron en los siguientes términos:

"Estiman estas comisiones unidas que la medida propuesta logrará la paulatina confianza de la ciudadanía en las instituciones de procuración de justicia, al saber que su indagatoria no será archivada o enviada a reserva por un simple acuerdo unilateral de autoridad, como ocurre hasta ahora; la víctima del delito o los ofendidos y los interesados de conformidad con los términos que establezca la ley, podrán impugnar los acuerdos del Ministerio Público en lo referente al no ejercicio de la acción penal o al desistimiento." 32

La reforma del artículo 21 Constitucional quedó aprobada en los siguientes términos:

"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."

Esta reforma se publica en el Diario oficial de la Federación, el día 31 de diciembre de 1994 y entró en vigor el día 1 de enero de 1995.

En efecto, antes de la reforma de 1994, prevaleció el criterio de nuestro máximo Tribunal de Justicia de la siguiente manera:

"ACCION PENAL. IMPROCEDENCIA DEL AMPARO CONTRA EL EJERCICIO DE LA. 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 en la participación de 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 inclusive aún en 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 un 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 al contexto del artículo 21 invocado." 33

" MINISTERIO PUBLICO. AMPARO CONTRA SUS ACTOS. La abstención en el ejercicio de la acción penal, por parte del Ministerio Público, al igual que el desistimiento de ella, comprende violaciones sociales y no de garantías individuales y por lo mismo, no puede quedar sometida al control constitucional del juicio de amparo, seguido ante la Autoridad Judicial Federal,

32 Estrategia Legal. Revista Jurídica. Op. Cit. Pág. 23-24

33 Tesis visible al Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Segunda Parte. Pág. 579.

fundamentalmente, por prohibirlo el artículo 21 de la Constitución Federal, que restringe el alcance de la regla general contenida en el artículo 14 de ese mismo ordenamiento, para los casos en que se afecta a una persona en sus intereses patrimoniales, pues interpretar nuestra Carta Magna en otro sentido, equivaldría a nulificar los propósitos que tuvo el Congreso Constituyente de 1917 para aprobar la reforma del artículo 21 de la Constitución Federal de 1857, ya que, por medio de una indebida y arbitraria interpretación del precepto que actualmente nos rige, continuaría el Ministerio Público con el carácter de elemento puramente decorativo, los jueces mexicanos serían los encargados de averiguar los delitos y el ejercicio de la acción penal ya no estaría encomendada exclusivamente al Ministerio Público y a la policía judicial, sino que ambos lo compartirían con la autoridad judicial, quien tendría bajo su autoridad y mando inmediato al Ministerio Público y a la policía judicial, a través del juicio de amparo y de las severas sanciones establecidas para toda autoridad que no cumple debidamente las ejecutorias de esta Suprema Corte, todo lo cual retrotraería nuestro sistema procesal a la época anterior a la Constitución Federal de 1917. La anterior interpretación del Artículo 21 Constitucional. Única que respeta el equilibrio de poderes en que descansa nuestro régimen político, no queda desvirtuada por el hecho de que la indebida abstención en el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público pueda causar daños patrimoniales a los particulares ofendidos en los delitos denunciados, pues partiendo de la base indiscutible de que a esos particulares no pueden reconocérles ningún derecho desde el punto de vista de la represión de los delitos, sino sólo en cuanto a la reparación del daño, debe considerarse que la correcta interpretación del artículo 21 Constitucional solo cambia la vía Judicial mediante la cual los afectados pueden entablar su acción, pues cuando el Ministerio Público se abstiene de ejercitar la acción penal tiene a su alcance la vía civil para demandar el pago de daños y perjuicios derivados de un hecho ilícito en el aspecto civil, concepto que no se equipara en derecho al de lo ilícito penal, integrante de un delito." 34

* MINISTERIO PUBLICO. Cuando ejercita la acción penal en un proceso, tiene el carácter de parte y no de autoridad y por lo mismo, contra sus actos, en tales casos, es improcedente el juicio de garantías, y por la misma razón, cuando se niega a ejercer la acción penal. Las facultades del Ministerio Público no son discrecionales, puesto que debe obrar de modo justificado y no arbitrario, y el sistema legal que garantice a la sociedad el recto ejercicio de las funciones de la institución, puede consistir en la organización de la misma, y en los medios de exigirle la responsabilidad consiguiente, y si los vacíos de la legislación lo impiden, esto no es motivo para que se viole lo mandado por el artículo 21 constitucional." 35

34 Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1998, segunda parte, sentencias y tesis comunes, págs 1880-1881.

35 Jurisprudencia visible en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1988. Quinta Época. Segunda Parte. Pág 1877

11.8 Extinción de la acción penal.

- a).- *Muerte del delincuente.*
- b).- *Amnistía.*
- c).- *Perdón del ofendido.*
- d).- *Prescripción.*

Bajo el rubro de " Extinción de la Responsabilidad Penal" el Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal contiene causas extintivas de la acción penal, esto en circunstancias que inhiben legalmente al Ministerio Público para que ejercite la citada acción, siendo las siguientes:

a).- *Muerte del delincuente.*- El artículo 91 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal dispone lo siguiente:

" 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 los instrumentos con que se cometió el delito y de las cosas que sean efecto u objeto de él."

Osorio y Nieto, dice: " Tal precepto establece una situación obvia y necesaria, pues al morir el sujeto activo del delito no existe persona a la cual aplicar la sanción penal, pues está conforme a disposición constitucional (artículo 22 Constitucional), no puede ser trascendental, solo puede ser sujeto de una acción penal el autor de una conducta delictiva." ³⁶

b).- *Amnistía.* - El artículo 92 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, extingue la acción penal, ya que dicho precepto ordena lo siguiente:

"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 con relación a todos los responsables del delito."

AMNISTIA. i. (Del griego amnesia, alvido) Acto del poder legislativo que ordena el olvido oficial de una o varias categorías de delitos, aboliendo bien los procesos comenzados o que han de comerzarse, bien las condenas pronunciadas. "

37

³⁶ Osorio y Nieto, Cesar Augusto. Op. Cit. Pág 30.

³⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa, S.A Octava Edición. México 1995. Págs 151-152

Osorio y Nieto, señala: " 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. 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 se va a aplicarse dicha ley."³⁸

c).- Perdón del ofendido.- El artículo 93 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal extingue la acción penal al establecer lo siguiente:

" El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo extingue la acción penal respecto de los delitos que se persiguen por querrela, siempre que se conceda ante el Ministerio Público si éste no ha ejercitado la misma o ante el órgano jurisdiccional antes de dictarse sentencia de segunda instancia. Una vez otorgado el perdón, éste no podrá revocarse.

Lo dispuesto en el párrafo anterior es igualmente aplicable a los delitos que sólo pueden ser perseguidos por declaratoria de perjuicio o por algún otro acto equivalente a la querrela, siendo suficiente para la extinción de la acción penal la manifestación de quien está autorizado para ello que el interés afectado ha sido satisfecho.

Cuando sean varios los ofendidos y cada uno pueda ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del delito y al encubridor, el perdón sólo surtirá efectos por lo que hace a quien lo otorga.

El perdón sólo beneficia al inculpado en cuyo favor se otorga, a menos que el ofendido o el legitimado para otorgarlo, hubiese obtenido la satisfacción de sus intereses o derechos, caso en el cual beneficiará a todos los inculpados y al encubridor.

El perdón del ofendido y del legitimado para otorgarlo en delitos de los mencionados en los dos párrafos anteriores, también extingue la ejecución de la pena, siempre y cuando se otorgue en forma indubitable ante la autoridad ejecutora."

Osorio y Nieto, señala: " El perdón es una manifestación de voluntad expresada por persona normativamente facultada para hacerla, en virtud de la cual se extingue la acción penal o en su caso hacer cesar los efectos de la sentencia dictada." ³⁹

El maestro Colín Sánchez, expresa: " El perdón es el acto a través del cual el ofendido por el hecho delictuoso, manifiesta ante la autoridad correspondiente que no desea se persiga a quien lo cometió." ⁴⁰

³⁸ Osorio y Nieto, Cesar Augusto. Op Cit. Pág 30

³⁹ Idem

⁴⁰ Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. Pág 329.

Para estos fines, bastará que así lo manifiesten, sin que sea necesaria, la explicación del por qué de su determinación. En la práctica, cuando esto ocurre, generalmente, los ofendidos manifiestan que se desisten de la querrela: "por convenir así a sus intereses".

Arilla Bas, dice: " Para que el perdón extinga la acción penal, deben concurrir los siguientes requisitos, exigidos por el invocado artículo 93 del Código Penal: 1o. Que el delito no se pueda perseguir sin previa querrela, por declaratoria de perjuicio o por algún otro acto equivalente, a la querrela; 2o. Que el perdón se conceda ante el Ministerio Público si éste no ha ejercitado acción penal o ante el órgano jurisdiccional (reforma del 10 de enero de 1994) antes de la sentencia de segunda instancia; 3o. Que se otorgue por el ofendido o por la persona legitimada para otorgarlo; 4o. Que el perdonado no se oponga; 5o. Que el interés afectado haya sido satisfecho. "

41

El perdón lo pueden otorgar el ofendido o el legitimado para hacerlo respecto de los delitos que se persiguen por querrela durante la averiguación previa, el proceso y en ejecución de sentencia siempre y cuando se otorgue en forma indubitable ante la autoridad ejecutora.

Una vez otorgado el perdón, no puede validamente revocarse, cualquiera que sea la razón que se invoque para ello, en razón de que la legislación establece el perdón como causa extintiva de la responsabilidad penal y la revocación del perdón no puede invocarse como motivo válido para que nazca una responsabilidad extinta.

El perdón ha de ser absoluto, pues el condicional solamente sería una promesa de perdón que no surtiría efecto si ésta no se cumpliera. Sin embargo, el artículo 338 del Código Penal establece una excepción a dicha regla general. Para que el perdón concedido por el cónyuge ofendido por el delito de abandono de familia, pueda producir la libertad del acusado, deberá éste pagar todas las cantidades que hubiese dejado de ministrar por concepto de alimentos y dar fianza u otra caución de que en lo sucesivo pagará lo que le corresponda.

El perdón es divisible y al respecto el artículo 93 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, señala que cuando exista 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 y agrega el citado artículo, que el perdón sólo beneficia al inculcado en cuyo favor se otorga, excepto que el ofendido hubiese obtenido la satisfacción de sus intereses o derechos, supuesto en el cual el perdón beneficiará a todos los inculcados y al encubridor.

Se establece en el artículo 276 del Código Penal para el Distrito Federal, un caso concreto de indivisibilidad del perdón y constituye una excepción a la

divisibilidad que es la regla, al disponer lo siguiente:

"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."

d).- Prescripción.- De conformidad con los artículos 100 al 115 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal se desprende lo siguiente:

La prescripción extingue la acción penal y las sanciones, es personal y para ella bastará el simple transcurso del tiempo señalado por la ley, los plazos de la prescripción respecto de quienes se encuentran fuera del territorio nacional se duplicarán, producirá su efecto aunque no la alegue como excepción el acusado, los jueces la suplirán de oficio en todo caso, tan luego como tengan conocimiento de ella, sea cual fuere el estado del proceso.

Los plazos para la prescripción de la acción penal serán continuos en ellos se considerará el delito con sus modalidades y se contarán:

I. A partir del momento en que se consumó el delito, si fuere instantáneo;

II. A partir del día en que se realizó el último acto de ejecución o se omitió la conducta debida, si el delito fuere en grado de tentativa;

III.- Desde el día en que se realizó la última conducta, tratándose de delito continuado; y

IV.- Desde la cesación de la consumación en el delito permanente.

a).- La acción penal prescribe en un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de libertad.

b).- En un año, si el delito sólo mereciere multa.

c).- Si además de multa, mereciere pena privativa de libertad o alternativa o alguna otra sanción accesoria, se atenderá a la prescripción de la acción para perseguir la pena privativa de libertad.

d).- En dos años, si el delito sólo mereciere destitución, suspensión, privación de derecho o inhabilitación, salvo lo previsto en otras normas.

e).- Tratándose de concurso de delitos, las acciones penales que de ellos resulten, prescribirán cuando prescriba la del delito que merezca pena mayor.

f).- En un año cuando la acción penal nazca del delito que se persiga por querrela, contado desde el día en que quienes puedan formular la querrela tengan conocimiento del delito y del delincuente y en tres fuera de esta circunstancia. Y una vez llenado el requisito de procedibilidad dentro del plazo antes mencionado, la prescripción seguirá corriendo según las reglas para los delitos perseguibles de oficio.

La prescripción de las acciones se interrumpe por las actuaciones que se practiquen en averiguación del delito y de los delincuentes, aunque por ignorarse quiénes sean éstos no se practiquen las diligencias contra persona determinada, si se dejare de actuar la prescripción empezará a correr de nuevo desde el día siguiente al de la última diligencia. Por el requerimiento de auxilio en la investigación del delito o del delincuente (las anteriores prevenciones no operan cuando las actuaciones se practiquen después de que haya transcurrido la mitad del lapso necesario para la prescripción, se exceptúa de la regla anterior el plazo para que se satisfaga la querrela u otro requisito equivalente). Por las diligencias que se practiquen para obtener la extradición internacional y por el requerimiento de entrega del inculpado que formalmente haga el Ministerio Público de una entidad federativa al de otra donde aquél se refugia, se localice o se encuentre detenido por el mismo o por otro delito. En el segundo caso también causarán la interrupción las actuaciones que practique la autoridad requerida y en el tercero subsistirá la interrupción hasta en tanto la autoridad requerida niegue la entrega o en tanto desaparezca la situación legal del detenido, que dé motivo al aplazamiento de su entrega.

La interrupción de la prescripción de la acción penal, sólo podrá ampliar hasta una mitad los plazos señalados anteriormente.

Hay que mencionar que el plazo de prescripción con respecto a delitos cometidos por servidores públicos, durante el tiempo de su encargo, nunca puede ser inferior a tres años (artículo 114 Constitucional) y la acción penal en los delitos fiscales perseguibles por querrela de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, prescribirá en tres años, contados a partir del día en que dicha Secretaría tenga conocimiento del delito y del delincuente; y si no tiene conocimiento, en cinco años que se computarán a partir de la fecha de la comisión del delito. En los demás casos se estará a las reglas del Código Penal aplicable en materia federal. (artículo 100 del Código Fiscal de la Federación)

CAPITULO III
LA AVERIGUACION PREVIA

III.1.- Concepto de averiguación previa.

III.2.- Fundamento jurídico de la averiguación previa

III.3.- Titular de la averiguación previa.

III.4.- Requisitos de procedibilidad en la averiguación previa

a).- Denuncia.

b).- Querrela.

III.5.- Elementos fundamentales para la integración de la averiguación previa.

a).- Elementos del tipo penal.

b).- Probable responsabilidad

III.6.- Resoluciones en la averiguación previa.

a).- Consignación.

b).- Consignación con detenido.

c).- Consignación sin detenido.

d).- Ejercicio de la acción penal.

e).- No ejercicio de la acción penal.

f).- Reserva.

III.1 Concepto de Averiguación Previa.

La averiguación previa es la primera etapa del procedimiento penal que antecede al proceso penal, de naturaleza administrativa, desarrollada por el Ministerio Público, el que la debe integrar con el carácter de autoridad y durante la cual práctica las diligencias legalmente necesarias para comprobar la existencia de los delitos y la responsabilidad de quien o quienes participan en ellos, a fin de proceder, en su caso, al ejercicio de la acción penal ante los tribunales competentes.

El Ministerio Público realiza las diligencias que tienden a la preparación del ejercicio de la acción penal y a su desarrollo en el proceso. La actividad investigadora es una función de mucho interés que corresponde al Ministerio Público y a la Policía, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél. La investigación previa, antecede al ejercicio de la acción penal y su producto es el fundamento en el que el Ministerio Público se apoya para solicitar la apertura del proceso. El procedimiento penal es de orden público y el titular de la acción debe obrar siempre de buena fé.

Algunos autores la definen de la siguiente manera:

Osorio y Nieto, expresa: " Como fase del procedimiento penal puede definirse la averiguación previa como la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquéllas 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 " 42

Para Juan José González Bustamante citado por Jesús Martínez Gamelo, define a la averiguación previa como: " fase pre-procesal, en la que tiene por objeto investigar el delito y recoger las pruebas indispensables para que el Ministerio Público se encuentre en condiciones de resolver si ejercita o no la acción penal " 43

El Maestro Colín Sánchez, expresa: " La preparación del ejercicio de la acción penal, se realiza en la averiguación previa, etapa procedimental en la que el Estado por conducto del Procurador y de los Agentes del Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de Policía Judicial, práctica las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar, en su caso, la acción penal, para cuyos fines, deben estar acreditados los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad. " 44

La averiguación previa, en nuestro derecho procesal penal puede entenderse, como el conjunto de actividades que desempeña el Ministerio Público para reunir los presupuestos y requisitos necesarios para ejercitar, en su caso, la acción penal. Es una etapa procedimental que antecede a la consignación a los tribunales, llamada también fase preprocesal que tiene por objeto investigar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad penal, para que el Ministerio

42 Osorio y Nieto, Cesar Augusto. Op. Cit. Pág 4

43 Martínez Gamelo, Jesús. op. cit. pag. 261

44 Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. Pág 311

Público se encuentre en condiciones de resolver si ejercita, en su caso, la acción penal. Puede ser considerada también como un procedimiento que se desarrolla antes del proceso penal, con la finalidad de preparar el ejercicio de la acción penal. No podrá reclamar el Ministerio Público la apertura del proceso, si para el ejercicio de la acción, los presupuestos no se encuentran satisfechos.

En esta etapa, el Ministerio Público, recibe las denuncias o querellas de los particulares o de cualquier otra autoridad, sobre hechos que estén determinados en la ley como delitos, práctica las primeras diligencias, asegura los objetos e instrumentos del delito, las huellas o vestigios que haya dejado su perpetración y busca la posible responsabilidad penal de quienes hubiesen intervenido en su comisión.

La fase de averiguación previa, comprende desde la denuncia o la querrella (que pone en marcha la investigación), hasta el ejercicio de la acción penal, con la consignación, o en su caso la determinación de archivo con la conclusión de la misma, o la reserva que solamente suspende la averiguación.

Podemos decir que la averiguación previa, tiene como finalidad que el Ministerio Público practique todas las diligencias necesarias para reunir los requisitos exigidos por el artículo 16 Constitucional párrafo segundo y estar en aptitud, en su caso, de ejercitar la acción penal, en definitiva se trata de una preparación para el ejercicio de la acción penal.

* La averiguación comporta, por consiguiente, todas las actuaciones necesarias para el descubrimiento de la verdad material, de la verdad histórica. "45

III.2 Fundamento jurídico de la averiguación previa

La averiguación previa esta regulada por lo dispuesto en el artículo 16 párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; artículos 1 fracción I, 2 y 113 del Código Federal de Procedimientos Penales y 3 fracción I, 94 y siguientes y 262 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

El artículo 16 Constitucional párrafo segundo dispone lo siguiente:

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

Es cierto que el párrafo transcrito se refiere a la orden de aprehensión y a la autoridad judicial, sin embargo es elemental afirmar que cuando el Ministerio Público inicie el ejercicio de la acción penal, debe consignar un expediente al Juez, donde estén integrados los requisitos que señala el artículo 16 en la parte que se ha transcrito de no existir esos requisitos la autoridad judicial debe negar la orden de aprehensión o comparecencia, consecuentemente el párrafo transcrito constituye el fundamento jurídico de la averiguación previa.

El citado artículo 16 párrafo segundo de nuestra Carta Magna, señala los requisitos que se deben reunir para que el Ministerio Público esté en posibilidades de iniciar la averiguación previa y en su caso ejercitar la acción penal a saber:

- a).- La existencia de un hecho determinado que la ley señale como delito;
- b).- Que lo haya realizado alguna persona física;
- c).- Que se haya presentado denuncia o querrela en los casos que la ley así lo determine;
- d).- Que existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado; y
- e) Que no este pendiente algún requisito prejudicial para iniciar el ejercicio de la acción penal, así como también que no este demostrada en favor del indiciado alguna causa de exclusión del delito y tampoco se encuentre extinguida la acción penal.

El Maestro Colín Sánchez, dice: " Atento a lo dispuesto en el precepto transcrito, para la válida promoción de la acción penal, deberán darse los siguientes requisitos: La comisión u omisión de un hecho, reputado por la ley como delito; que tal hecho lo haya realizado una persona física; que se haya dado consentimiento del ofendido o su legítimo representante, si el delito se persigue a petición de parte agraviada; y en términos anteriores a la reforma constitucional de 3 de septiembre de 1993, que lo dicho por el denunciante o querellante, este apoyado por declaración de persona digna de fé y de crédito o por otros elementos de prueba que hagan presumir la responsabilidad del inculpado." ⁴⁶

El Código Federal de Procedimientos Penales, dispone respecto de la averiguación previa lo siguiente:

Artículo 1º. El presente Código comprende los siguientes procedimientos:

I El de averiguación previa a la consignación a los tribunales, que establece las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción penal.

Artículo 2. 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 querellas 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 penal y a la demostración de la probable responsabilidad del inculpado, 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 o 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;

⁴⁶ Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. Pág 314

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

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

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

XI Las demás que señalen las leyes.

Artículo 113. El Ministerio Público y sus auxiliares, de acuerdo con las órdenes que reciban de aquéllos, están obligados a proceder de oficio a la investigación de los delitos de que tengan noticia. La averiguación previa no podrá iniciarse de oficio en los casos siguientes:

I Cuando se trate de delitos en los que solamente se pueda proceder por querrela necesaria, si ésta no se ha presentado;

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

Si el que inicia una investigación no tiene a su cargo la función de proseguirla, dará inmediata cuenta al que corresponda legalmente practicarla.

Cuando para la persecución de un delito se requiera querrela u otro acto equivalente, a título de requisito de procedibilidad, el Ministerio Público Federal, actuará según lo previsto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, para conocer si la autoridad formula querrela o satisface el requisito de procedibilidad equivalente.

III.3 Titular de la Averiguación Previa

El período de preparación del ejercicio de la acción penal, que las leyes de procedimiento acostumbra denominar de averiguación previa, tienen por objeto, como su mismo nombre lo indica, reunir los requisitos exigidos por el artículo 16 de la Constitución General de la República, para el ejercicio de la acción penal. El desarrollo de este período compete al Ministerio Público.

El artículo 21 Constitucional párrafo primero segunda parte, conforme hemos visto, establece que la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato, por lo que el legislador procesal penal entendió que al propio tiempo que la norma constitucional establecía en favor del Ministerio Público la titularidad de la acción penal, también le otorgaba la titularidad del manejo de la averiguación previa.

El artículo 1 del Código Federal de Procedimientos Penales, establece los distintos períodos del procedimiento penal, señala en su fracción I el de averiguación previa, que comprende las diligencias necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción penal.

La averiguación previa, en nuestro derecho procesal penal puede entenderse, como el conjunto de actividades que desempeña el Ministerio Público para reunir los presupuestos y requisitos necesarios para ejercitar, en su caso, la acción penal. Es una etapa procedimental que antecede a la consignación a los tribunales, llamada también fase preprocesal que tiene por objeto investigar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad penal, para que el Ministerio Público se encuentre en condiciones de resolver si ejercita, en su caso, la acción penal. Puede ser considerada también como un procedimiento que se desarrolla antes del proceso penal, con la finalidad de preparar el ejercicio de la acción penal. No podrá reclamar la apertura del proceso, si para el ejercicio de la acción, los presupuestos no se encuentran satisfechos.

III.4 Requisitos de procedibilidad en la averiguación previa.

Los requisitos de procedibilidad son las condiciones legales que deben cumplirse para la iniciación de la averiguación previa y en su caso, ejercitar la acción penal contra el responsable de la conducta típica. Nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos alude en su artículo 16 como requisitos de procedibilidad, la denuncia, la acusación y la quejrela.

a).- Denuncia.

"Denuncia. Del verbo denunciar, que proviene del latín denuntiare, el cual significa "hacer saber", remitir un mensaje." 47

Guillermo Colín Sánchez, dice al respecto: " La palabra denuncia o el verbo denunciar, desde el punto de vista gramatical, significa: Aviso, poner en conocimiento de la autoridad competente, verbalmente o por escrito, lo que se sabe respecto a la comisión de hechos que son o pueden ser delictivos." 48

Osorio y Nieto, nos dice que la denuncia: " Es la comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público de la posible comisión de un delito perseguible de oficio. " 49

Manuel Rivera Silva, dice : " Es la relación de actos, que se suponen delictuosos, hecha ante la autoridad investigadora con el fin de que ésta tenga conocimiento de ellos. La denuncia, definida en la forma que antecede, entrega los siguientes elementos:

- a) Relación de actos que se estiman delictuosos;
- b) Hecha ante el órgano investigador, y
- c) Hecha por cualquier persona. " 50

a).- La denuncia contiene como primer elemento, la relación de actos que se estiman delictuosos. Consiste en exponer en forma sencilla los hechos supuestamente delictivos, sin calificarlos jurídicamente y pueden formularse verbalmente o por escrito y sin que exista en el ánimo de quien los narra el deseo de que se persiga al autor de esos actos.

47 Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Editorial Porrúa, S.A. México 1995. Pág. 899.

48 Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. Pág. 315.

49 Osorio y Nieto, Cesar Augusto. Op. Cit. Pág. 9.

50 Rivera Silva, Manuel. El procedimiento Penal. Editorial Porrúa, S.A. Vigésima Quinta Edición. México 1987. Pág. 98-99.

b).- La relación de actos debe ser hecha ante el órgano investigador. En efecto tiene por objeto la denuncia, que el representante social se entere del quebranto sufrido por la sociedad o que el interés social resulte afectado con los actos que al parecer involucren la comisión de un delito (que se persigue de oficio), para que actúe, y en virtud de que al Ministerio Público se le encomendó en exclusiva la investigación de los mismos.

Pero no sólo el órgano investigador puede recibir las denuncias, sino también la policía judicial, en ejercicio de sus facultades deben recibir las denuncias sobre hechos que pueden constituir delito, sólo cuando debido a las circunstancias del caso aquéllas no puedan ser formuladas directamente ante el Ministerio Público, único facultado para la investigación de los delitos, al que la policía judicial informará de inmediato de las mismas y de las diligencias practicadas a fin de preparar el ejercicio de la acción penal, tomando en cuenta que la policía judicial depende y está bajo el mando inmediato del Ministerio Público.

c).- Hecha por cualquier persona. Consiste en que la exposición de los hechos que se estiman delictuosos puede ser hecha por cualquier individuo testigo o no de los hechos, en donde se presenta un problema práctico, que en el ejercicio cotidiano se subsana al exigirle algún elemento de convicción que haga creíble su dicho.

Podemos concluir que la denuncia, es la relación de hechos que se estiman delictuosos, los cuales se ponen en conocimiento del Ministerio Público, que actúa como autoridad "por cualquier persona" con la finalidad de que inicie e integre la averiguación previa, se comprueben los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado y se inicie, en su caso, el ejercicio de la acción penal ante el Juez correspondiente.

En el artículo 116 del Código Federal de Procedimientos Penales, se establece la obligación de presentar denuncia para toda persona que tenga conocimiento de la comisión de un delito que deba perseguirse de oficio ante el Ministerio Público y en caso de urgencia ante cualquier funcionario o agente de policía.

En el artículo 117 del mismo Código, se establece la obligación de toda persona que en ejercicio de sus funciones públicas tenga conocimiento de la probable existencia de un delito que deba perseguirse de oficio está obligada 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.

Sin embargo, no existe en los Códigos de Procedimientos Penales, en materia Federal y del Distrito sanción alguna para el incumplimiento de la presentación de las denuncias, por lo que resulta una facultad potestativa y no un deber jurídico. Sin embargo algunos autores consideran que existe obligación de presentar la denuncia para algunos casos, como los que señala el artículo 400 fracciones IV, V, del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la

República en materia de Fuero Federal, que se refiere al delito de encubrimiento, al establecer lo siguiente:

" Se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa, al que:

IV.Requerido por las autoridades, no dé auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes;y

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

También, el artículo 400 del Código Penal para el Distrito Federal que se refiere al encubrimiento, fija la sanción para quien no procure por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, y para el requerido por las autoridades, no de auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes, se concluye que únicamente en estos tres casos (de delitos que se van a cometer, se están cometiendo o cuando se es requerido por las autoridades), existe obligación jurídica de presentar denuncia.

Los efectos de la denuncia, son: obligar al órgano investigador a que de oficio proceda a la investigación de los hechos y una vez iniciada la labor investigadora se regira por el principio de legalidad lo que significa que no queda a su arbitrio la forma de llevar a cabo la misma investigación, ya que no puede efectuarse fuera de los extremos que la ley marca, quedando sus actividades sujetas a la misma.

b) Querrela.

Se ha establecido por la doctrina y por la ley, que hay determinados delitos que no deben ser perseguidos sino a instancia o querrela del ofendido por el delito, bien porque lesionan sobre todo intereses privados sin llevar un grave golpe al orden público, o bien, para que la persecución no turbe el reposo o el honor de la víctima o de su familia. En estos delitos, no puede el Ministerio Público ejercitar la acción penal sino se ha presentado previamente una querrela, de lo cual se desprende que es un requisito de procedibilidad para ejercitar la acción penal.

Arilla Bas, manifiesta: "Es la relación de hechos constitutivos de delito, formulada ante el Ministerio Público por el ofendido o por su representante, pero expresando la voluntad de que se persiga." ⁵¹

Osorio y Nieto, dice: " La querrela puede definirse como una manifestación de voluntad, de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o el

⁵¹ Arilla Bas, Fernando. Op. Cit. Pág 65

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." 52

El Maestro Rivera Silva, expresa que la querrela: " Es una relación de hechos expuesta por el ofendido ante el órgano investigador, con el deseo manifiesto de que se persiga al autor del delito. El análisis de la definición arroja los siguientes elementos:

- 1) Una relación de hechos;
- 2) Que esta relación sea hecha por la parte ofendida, y
- 3) Que se manifieste el deseo de que se persiga al autor del delito". 53

1) La querrela contiene como primer elemento una relación de actos delictuosos, hecha ante el Ministerio Público en forma verbal o escrita. La querrela no solo es acusar a una persona determinada que ha cometido un delito y pedir que se castigue, sino que, en cuanto medio para hacer del conocimiento de la autoridad la existencia del delito, exige una exposición de los hechos que vienen a integrar el acto u omisión sancionado por la ley penal.

2) Que esta relación de actos delictuosos sea hecha por la persona ofendida, su representante legal o apoderado, en virtud de que el legislador ha considerado que existen una serie de delitos en donde la publicidad de los mismos pueden causar daño mayor al ofendido que la ocultación de los mismos, por lo que se le concede la oportunidad de que los haga o no según su criterio, del conocimiento del Ministerio Público.

La personalidad del querelante en materia Federal se regula por los artículos 114, 115 y 120 del Código Federal de Procedimientos Penales, los cuales disponen respectivamente lo siguiente:

* Es necesario la querrela del ofendido, solamente en los casos que así lo determinen el Código Penal u otra ley."

* Cuando el ofendido sea menor de edad, pero mayor de dieciseis, podrá querrellarse 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."

* No se admitirá intervención de apoderado jurídico para la

52 Osorio y Nieto, Cesar Augusto. Op. Cit. Pág. 9

53 Rivera Silva Manuel. Op. Cit. Pág 102

presentación de denuncias, salvo en el caso de personas morales, que podrán actuar por conducto de apoderado general para pleitos y cobranzas. 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 querella, sin que sean necesarios 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 mandante."

Por su parte el artículo 264 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece lo siguiente:

" Cuando para la persecución de los delitos sea necesaria la querella de la parte ofendida bastará que esta, 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. Se reputará parte ofendida para tener por satisfecho el requisito de la querella 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 los que representen a aquellos legalmente, cuando la víctima por cualquier motivo no se pueda expresar, el legitimado para presentar la querella serán las personas previstas por el artículo 30 bis del Código Penal.

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 acuerdo previo o ratificación del Consejo de Administración o de la Asamblea de Socios o Accionistas ni poder especial para el caso concreto.

Para las querellas presentadas por personas físicas, será suficiente un poder semejante, salvo en los casos de rapto, estupro o adulterio, en los que sólo se tendrá por formulada directamente por alguna de las personas a que se refiere la parte final del párrafo primero de este artículo."

El artículo 30 del Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, establece de manera supletoria, a las personas que pueden formular la querella en forma supletoria y en el caso son las siguientes:

- a) El cónyuge supérstite.
- b) El concubinario o concubina.
- c) Los hijos.
- d) Los descendientes y ascendientes que dependen económicamente de la víctima del delito.

3) Que se manifieste el deseo del ofendido para que se persiga al autor del delito.

Podemos concluir que la querrela es la relación de hechos que se estiman delictuosos, que se ponen en conocimiento del Ministerio Público que actúa como autoridad, " por el ofendido o su representante legal o apoderado" con la finalidad de que se inicie e integre la averiguación previa se comprueben los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del inculcado y se inicie en su caso, el ejercicio de la acción penal ante el Juez correspondiente.

La querrela debe presentarse ante el Ministerio Público y ratificarse ante la presencia del titular de esa institución, sus efectos jurídicos serán: el de dar satisfacción al requisito de procedibilidad y autorizar la prosecución de los delitos. Si no hay querrela de parte, el Ministerio Público está impedido para integrar averiguación previa, ejercitar acción penal y reclamar en juicio el castigo del responsable.

La formulación de querrela, no necesita cumplir requisitos solemnes para que tenga validez como acto procesal; basta que el ofendido, por sí, por conducto de su representante legal, o apoderado comparezcan ante la autoridad investigadora y puntualice los hechos delictivos de que han sido objeto; con ello se tiene por satisfecha la formalidad.

Los delitos perseguibles por querrela son, según el Código Penal para el Distrito Federal, los siguientes: daño en propiedad ajena, cuyo monto no sea mayor al equivalente a 100 veces el salario mínimo y lesiones ocasionadas con motivo del tránsito de vehículos sin importar el monto (art. 62), violación de correspondencia (art 173), peligro de contagio entre cónyuges, concubinarios o concubina (art 199 bis), ejercicio indebido del propio derecho (art 226), hostigamiento sexual (art 259 bis), estupro (art.262 y 263), violación de la esposa o concubina (art. 265 bis), adulterio (art 274), amenazas (art.282), lesiones (art 289), abandono de cónyuge (art 337), violencia familiar (art. 343 bis), injuria, difamación y calumnia (art 360), privación de libertad con propósitos sexuales (rapto) (art 365 bis). Así como los delitos previstos en el título XXII del Código Penal: delitos en contra de las personas en su patrimonio, cuando sean cometido por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado; concubina o concubinario; adoptante o adoptado y parientes por afinidad, asimismo hasta el segundo grado o terceros que hubiesen incurrido en la ejecución del delito con los sujetos antes mencionados, robo de uso artículo 380 y despojo, excepto en las hipótesis previstas en los dos últimos párrafos del artículo 395 del Código Penal, defraudación fiscal (art 108 del Código Fiscal de la Federación).

En consecuencia la denuncia como la querrela, son los primeros requisitos que debe contener la averiguación previa, ya que son las condiciones legales que deben cumplirse para iniciarla y en su caso, ejercitar la acción penal contra el responsable de la conducta típica y son los medios para poner en conocimiento de la autoridad competente la comisión de los hechos delictuosos, los cuales tienen las siguientes diferencias:

La primera diferencia fundamental es que la querrela solo puede ser presentada por el ofendido o su representante legal o apoderado, debiendo contener el deseo manifiesto de que se persiga al autor del delito, en tanto que la denuncia puede ser presentada por cualquier persona; la segunda diferencia es que los delitos que se persiguen por querrela, pueden ser suspendidos por el perdón y con éste puede terminar la averiguación previa como el proceso penal, en tanto que en los delitos que se persiguen por denuncia no sucede lo mismo y como tercera diferencia es que en la denuncia, el denunciante que ha rendido su declaración o en su caso aportado pruebas en la averiguación previa, pierde todo poder para seguir en la relación con el proceso, en cambio el querellante tiene tal importancia todavía en el proceso, pues de él depende que se llegue a la sentencia o se otorgue antes el perdón.

La querrela, se extingue: por perdón, por consentimiento, por muerte del agraviado, por muerte del responsable y por prescripción.

1.- Perdón: Es el acto a través del cual el ofendido por el hecho delictuoso, manifiesta ante la autoridad correspondiente que no desea que se persiga a quien lo cometió.

2.- Consentimiento: Cuando lo registraba la ley, no moría la acción penal, debido a que ésta ni siquiera había nacido, pues el consentimiento se debe entender como previo al nacimiento de la intervención del Ministerio Público, el órgano investigador inicia su actividad con la querrela y si ésta no existe por el consentimiento no puede aparecer la acción penal ni la fase preparatoria de la misma.

3.- Muerte del agraviado: La muerte de éste extingue el derecho para querrellarse, siempre y cuando no se haya ejercitado, pues si se ejercitó y la muerte del ofendido ocurre durante la averiguación previa o en la instrucción del proceso, surtirá sus efectos para la realización de los fines del proceso, porque ya satisfecho el requisito de procedibilidad, no existe obstáculo para que el agente del Ministerio Público cumpla sus funciones.

En el caso de que fallezca el representante del particular o de una persona moral, con facultades para querrellarse, el derecho no se extingue, porque la titularidad del derecho corresponde al ofendido y no al representante, en quien sólo se han delegado facultades para hacerlo valer.

4.- Por muerte del ofensor: La muerte del ofensor también extingue la querrela, por falta de objeto y finalidad y puede darse durante la averiguación previa, en la instrucción o aun , en ejecución de la sentencia.

5.- Prescripción: Es otra de las formas de extinción de la querrela. " 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, contado desde el día en que quienes puedan formular la querrela o el acto equivalente, tengan conocimiento del delito y del delincuente y en tres, fuera de esta circunstancia. " (art 107 del Código penal para el distrito Federal)

Se citan por algunos autores como requisitos de procedibilidad la excitativa y la autorización:

Colín Sánchez, expresa que la excitativa: "Es la petición que hace un estado extranjero, por conducto de su representante, acreditado ante los Estados Unidos Mexicanos, para que se proceda penalmente, en su caso, en contra de la persona que haya proferido injurias al estado extranjero peticionario, o a sus agentes diplomáticos o consulares. (art, 360 fracción II del Código penal para el Distrito Federal) " 54

Rivera Silva, dice que la autorización: " Es el permiso concedido 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 de orden común." 55

El Código Federal de Procedimientos Penales y Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, reglamentan sólo la denuncia y la querrela, en virtud de que tiene que entenderse que la palabra "acusación" es un concepto que contiene la denuncia o la querrela, por lo que puede definirse que la acusación, es la imputación directa que se hace a persona determinada de la posible comisión de un delito, ya sea perseguible de oficio o a instancia de parte.

" La acusación como concepto general implica el señalamiento ante la autoridad respectiva de que una persona ha realizado una conducta que se considera delictuosa, a fin de que se siga en su contra el proceso judicial respectivo y en su caso, se le aplique la sanción correspondiente." 56

54 Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. Pág. 336.

55 Rivera Silva, Manuel. Op. Cit. Pág. 120.

56 Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Editorial Porrúa.S.A., México 1995. Pág 99.

III.5.- Elementos Fundamentales para la integración de la averiguación previa.

a) Elementos del tipo penal.

La averiguación previa conduce a la integración de los elementos del tipo penal.

El antiguo y derogado " cuerpo del delito" es un concepto procesal, cuyo contenido es similar al actual y vigente concepto de " elementos del tipo penal ", que se incorpora por reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 3 de septiembre de 1993 y por reforma al Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 168 y Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 122, publicada el día 10 de enero de 1994.

El artículo 16 párrafo segundo y 19 párrafo primero primera parte establecen respectivamente lo siguiente:

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

" Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste."

El artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales original establecía respecto del cuerpo del delito lo siguiente:

" El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando esten justificados la existencia de los elementos materiales que constituye el hecho delictuoso que determine la ley penal."

El artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, fue reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 27 de diciembre de 1983 y el 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, fue reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 4 de enero de 1984, quedando de la siguiente manera:

" El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determine la Ley penal. Se atenderá para ello; en su caso a las reglas especiales que para dicho efecto previene este Código. "

La reforma consistió, en que anteriormente la comprobación del cuerpo del delito requería que se acreditaran los elementos "materiales" de la descripción típica que del hecho delictivo hace la ley penal, se suprime la palabra "materiales" manteniendo el vocablo "elementos", para de esta manera exigir en la comprobación de cuerpo del delito, que se demuestren los elementos que forman parte del tipo objetivo que comprenden los elementos exteriores o externos del tipo penal, los elementos normativos que requieren de una valoración especial jurídica o cultural y los elementos que integran el tipo subjetivo que comprenden los elementos internos del hecho prohibido que describe la ley penal. Es decir, el cuerpo del delito se tiene por comprobado cuando un hecho humano de la vida real social encuadra o queda comprendida en la definición que del delito hace la ley penal, mediante el tipo penal correspondiente, o sea, ese hecho de la vida real social tiene que tener como características encuadrar en el tipo penal.

Arilla Bas, dice: " El cuerpo del delito esta constituido, a nuestro juicio, por la realización histórica espacial y temporal de los elementos contenidos en la figura que describe el delito. Las normas penales singulares describen figuras de delito, las cuales tienen únicamente un valor hipotético, ya que para que nazca el delito propiamente dicho es necesario que una persona física realice una conducta subsumible en alguna de ellas. Al realizarse en el mundo exterior una de dichas conductas, se ha integrado, tanto en el tiempo como en el espacio, históricamente la hipótesis y se ha corporizado la definición legal. Es decir, ha surgido el cuerpo del delito, actualmente denominado tipo penal." 57

De acuerdo con lo anterior, se puede definir el cuerpo del delito, "como el hecho ejecutado por acción u omisión que se subsume, encuadra o queda comprendido en la descripción típica que del delito hace la ley penal. "

Ahora bien, los elementos del tipo penal según el artículo 168 y 122 respectivamente del Código Federal de Procedimientos Penales y Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, son los siguientes:

" 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;

57 Arilla Bas, Fernando, Op. Cit. Pág 97.

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 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 sino 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.

Osorio y Nieto, nos dice: " Por elementos del tipo penal del delito entenderemos el conjunto de componentes que constituyen la conducta considerada por la norma penal como delictiva y que en ausencia de cualquiera de ellas no se integra el ilícito penal." 58

b) Probable responsabilidad.

La probable responsabilidad, es otro de los requisitos de fondo, señalados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para que proceda el ejercicio de la acción penal, la orden de aprehensión y el auto de formal prisión (artículos 16 párrafo II y 19 párrafo I primera parte)

Osorio y Nieto, nos dice: "Por probable responsabilidad se entiende la posibilidad razonable de que una persona determinada haya cometido un delito y existirá cuando del cuadro procedimental se deriven elementos fundados para considerar que un individuo es probable sujeto activo de alguna forma de autoría; concepción preparación o ejecución o inducir o compeler a otro a ejecutarlos. Se requiere, para la existencia de la probable responsabilidad, indicios de responsabilidad, no la prueba plena de ella, pues, tal certeza es materia de la sentencia." 59

Colín Sánchez, expresa: "Existe probable responsabilidad, cuando hay elementos suficientes para suponer que una persona pudo haber tomado parte, de alguna manera en la concepción, preparación o ejecución de un acto típico, antijurídico y culpable." 60

El artículo 13 del Código penal para el Distrito Federal establece

58 Osorio y Nieto, Cesar Augusto. Op. Cit. Pág. 25.

59 Osorio y Nieto, Cesar Augusto. Op. Cit. Pág. 26.

60 Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. Pág. 386.

lo siguiente:

* Son autores o partícipes del delito:

- I.- Los que acuerden o preparen su realización;
- II.- Los que lo realicen por sí;
- III.- Los que lo realicen conjuntamente;
- IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo,
- VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
- VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y
- VIII.- Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.

Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 bis de este Código."

El Código Federal de Procedimientos Penales y Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en sus artículos 168 y 122 respectivamente se dispone, que es base para el ejercicio de la acción penal el que este acreditada la probable responsabilidad del inculpado y a su vez, la autoridad judicial examinará si este requisito esta acreditado en autos. Y para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá, constatar sino existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad, finalmente establecen, la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley.

La determinación de la probable responsabilidad corresponde al Ministerio Público y al Juez. Durante la averiguación previa, para estar en posibilidad de resolver si procede la consignación o la libertad del sujeto, el Ministerio Público debe hacer una valoración de los hechos y de todas las pruebas recabadas, porque, aún integrados los elementos del tipo penal, si no existe probable responsabilidad, no se podrá ejercitar la acción penal.

El Juez por imperativo legal, también deberá establecer si existe esa probable responsabilidad para poder decretar orden de aprehensión o auto de formal prisión.

El Juez para decretar la orden de aprehensión y en su caso el auto de formal prisión, debe hacer un análisis lógico razonado y motivado juiciosamente de todos y cada uno de los hechos consignados en autos; no debe en forma arbitraria tener por demostrada la probable responsabilidad de ninguna persona sin el previo

análisis valorativo de los elementos de cargo y pruebas de descargo, cuando estas se hayan aportado. La probable responsabilidad puede destruirse si durante el término constitucional se practican diligencias suficientes y bastantes para desvirtuar el material probatorio que como carga presentó el Ministerio Público.

En la práctica bastan indicios para considerar por demostrada la probable responsabilidad y generalmente se acredita con los mismos medios de prueba con que se acreditaron los elementos del tipo penal.

III.6.- Resoluciones en la averiguación previa.

a) Consignación.

Para Osorio y Nieto: " La consignación es el acto del Ministerio Público de realización normalmente ordinaria, que se afectúa una vez integrada la averiguación y en virtud del cual se inicia del ejercicio de la acción penal, poniendo a disposición del Juez todo lo actuado en la mencionada averiguación, así como las personas o cosas relacionadas con la averiguación previa, en su caso." 61

El maestro Colín Sánchez, nos dice: " La consignación, es el acto procesal, a través del cual el Estado por conducto del agente del Ministerio Público ejercita la acción penal. Para estos fines, remite al Juez el acta de Policia Judicial y al indiciado, o en su caso, únicamente las diligencias, iniciándose con esto el proceso." 62

Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, consideran a la consignación como: "Acto procesal mediante el cual el Ministerio Público inicia el ejercicio de la acción penal y pone al inculpado a disposición de la autoridad judicial para que lo juzgue." 63

" La consignación en materia penal, es la instancia a través de la cual el Ministerio Público ejercita la acción punitiva, por considerar que durante la averiguación previa se han comprobado la existencia del delito, y la presunta responsabilidad del inculpado." 64

Es decir, la consignación es el acto procedimental a través del cual Ministerio Público ejercita la acción penal, es decir, sino hay consignación no existe tal ejercicio, por lo que resulta ser el primer acto de esta actividad.

Cuando el propio Ministerio Público presenta el escrito de consignación ante el Juez Penal competente, solicita del tribunal la iniciación del procedimiento judicial; las ordenes de aprehensión y las de comparecencia que procedan; el aseguramiento precautorio de bienes para los efectos de la reparación del daño y en su caso, las sanciones respectivas; pero al mismo tiempo debe ofrecer las pruebas de la existencia de los delitos y de la responsabilidad de los inculpados.

La consignación esta regulada por los artículos 16 párrafo segundo y 21 párrafo primero segunda parte de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el artículo 16 respecto a los requisitos para el ejercicio de la

61 Osorio y Nieto, Cesar Augusto. Op. Cit. Pág. 26-27.

62 Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. Pág. 353.

63 De Pina Rafael. Et al. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa, S.A., Vigésima Tercera Edición. México 1996. Pág. 184.

64 Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Editorial Porrúa, S.A., México 1995. Pág. 652.

penal y el artículo 21 por lo que se refiere a la atribución del Ministerio Público de ejercitar la acción penal.

Para que proceda la consignación, es indispensable que en la averiguación previa se hayan practicado todas y cada una de las diligencias necesarias para integrar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, ya sea a nivel de agencia investigadora o de mesa investigadora, esto es, que en la averiguación, en cada tipo específico se agote la indagatoria de manera que existan los suficientes elementos y probanzas que sitúen al Ministerio Público en aptitud de integrar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, para que este en posibilidad de ejercitar la acción penal.

Para su realización, la consignación no reviste ninguna formalidad en especial, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto en diversas ejecutorias que: " Basta con la consignación que del reo haga el Ministerio Público, para que se entienda que este funcionario ha ejercitado la acción penal, pues justamente es la consignación lo que caracteriza el ejercicio de dicha acción, a reserva de que y como parte dentro de la controversia penal, el Ministerio Público promueva y pida todo lo que a su representación corresponda".

Podemos concluir que la ley procedimental no exige ninguna formalidad, por tanto los únicos requisitos que deberán preceder a la consignación son los establecidos en el artículo 16 párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

b) Consignación con detenido.

Cuando el Ministerio Público tiene conocimiento de un hecho presumiblemente delictuoso y le es presentado él o los sujetos mencionados por el denunciante o querellante, como el autor o autores de la posible conducta delictuosa o de cualquier otra forma se desprende que éstos son probables responsables, el órgano investigador se avoca al conocimiento de los hechos con todas las diligencias que arroje la averiguación previa y, si considera que se encuentran reunidos los requisitos que establece el artículo 16 párrafo segundo de la Carta Magna, ejercerá la acción penal ante el órgano jurisdiccional que corresponda, remitiéndole el expediente y dejando a su disposición en el lugar (Reclusorio o Centro de Salud correspondiente), a él o los inculpados, siempre y cuando el hecho considerado como delito tenga señalada como sanción pena privativa de libertad y hayan sido detenidos en algunas de las situaciones de flagrancia o casos urgentes.

c) Consignación sin detenido.

Puede ocurrir que el órgano investigador (Ministerio Público) , del resultado de su investigación, encuentre que están reunidos los requisitos constitucionales para proceder en contra de una persona que no se encuentre detenida, éste consignará los hechos al órgano jurisdiccional que corresponda, solicitándole se sirva acordar el libramiento de la orden de aprehensión (cuando se traten de delitos que se sancionen con pena privativa de libertad), o la orden de comparecencia (si el delito es de los que se sancionan con pena alternativa).

En consecuencia, cuando sea pena privativa de libertad, el Ministerio Público solicita al realizar la consignación se libre orden de aprehensión, asimismo cuando se trate de pena alternativa dicho órgano solicitará se libre orden de comparecencia.

d) Ejercicio de la acción Penal.

El ejercicio de la acción penal tiene su principio mediante el acto de consignación, éste acto es el arranque, el punto en el cual el Ministerio Público ocurre ante el órgano jurisdiccional y provoca la función correspondiente, de esto se deduce que la consignación es el primer acto del ejercicio de la acción penal, pero para esto se debe haber cumplido con determinados requisitos constitucionales (art 16 párrafo segundo constitucional), como son la acreditación de los elementos del tipo penal y de la probable responsabilidad del indiciado.

Osorio y Nieto, nos dice: " El Ministerio Público investigador, propondrá el ejercicio de la acción penal a las unidades de consignaciones cuando una vez realizadas todas las diligencias pertinentes se integran los elementos del tipo penal y se determina la probable responsabilidad." ⁶⁵

Franco Sodi, expone que el ejercicio de la acción penal : " Es una actividad del Ministerio Público encaminada, a cumplir su función y a poner en aptitud al órgano jurisdiccional para realizar la suya, mediante el acto material, que se denomina consignación." ⁶⁶

El ejercicio de la acción penal se inspira en dos principios:

- a) El principio oficial, si se promueve por el Estado y;
- b) El principio dispositivo, si se ejercita por los particulares.

⁶⁵ Osorio y Nieto, Cesar Augusto. Op. Cit. Pág 22.

⁶⁶ Franco Sodi, Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S.A., Segunda Edición. México 1995. Pág 201.

Arilla Bas, señala: " En México, el ejercicio de la acción penal se rige por el principio oficial, en cuanto sólo la ejercita el Ministerio Público, que es un órgano estatal, sin que esto signifique que la ley desconozca el principio dispositivo, si bien con carácter subsidiario, en cuanto dicho órgano no puede ejercitar la acción sin que medie denuncia o querrela." 67

De lo anteriormente citado, podemos decir que el Ministerio Público como representante de la sociedad no puede esperar para el ejercicio de la acción penal la iniciativa privada pues si así fuera torpemente se pospondrían los intereses sociales a los particulares.

Es por eso que en México se respeta de manera absoluta el principio oficial y el ejercicio de la acción penal se práctica de oficio.

El ejercicio de la acción penal no nace con el delito; nace con la actividad que el Ministerio Público realiza ante el órgano jurisdiccional para que éste aplique la ley al caso concreto, el delito estimado como tal por el Ministerio Público motiva de manera inmediata el ejercicio de la acción penal.

Podemos decir en otros términos, que el Ministerio Público, al ejercitar la acción penal, es decir, al consignar los hechos al órgano jurisdiccional deja de ser investigador para convertirse en parte del proceso y pretende mediante su actuar que el juez resuelva conforme a derecho, ya sea imponiendo una pena en la respectiva sentencia condenatoria, o bien absolviendo al procesado si así corresponde.

Arilla Bas, nos dice: " También el ejercicio de la acción penal se inspira, además, en el derecho comparado en otros dos principios:

a) El de la legalidad, que se basa en la necesidad del ejercicio de la acción, nacida en la subordinación del órgano titular de ella en la ley. Según este principio, el ejercicio de la acción, es obligatorio tan pronto se hayan satisfecho los presupuestos generales de la misma y

b) El de oportunidad, que se funda en la conveniencia del ejercicio de la acción. De acuerdo a este principio, el ejercicio de la acción penal es potestativo y aun cuando se encuentren satisfechos sus presupuestos generales podrá omitirse por razones de interés público. " 68

En nuestra legislación se ha reconocido el principio de la legalidad, pues el Ministerio Público deberá ejercitar acción penal una vez que se hayan reunido los requisitos del artículo 16 párrafo segundo de la Constitución, no quedando por ende el ejercicio de la acción penal a capricho de nadie, invocando las normas que

67 Arilla Bas, Fernando. Op. Cit. Pág 28

68 Idem

reglamenten el no ejercicio de la acción penal y que en el capítulo siguiente de la presente tesis estudiaremos.

e) No ejercicio de la acción penal.

El Ministerio Público es un cuerpo organizado jerárquicamente, representante de la sociedad y tiene como misión obrar de buena fé, su interés es el de promover en principios de justicia, el castigo del culpable, o la declaración de su inocencia, es por ello que una vez practicadas las diligencias y reunidos los requisitos legales hará la consignación ante los tribunales competentes, pero si agotadas éstas diligencias, el agente del Ministerio Público estima que no se encuentran acreditados los elementos del tipo penal de ningún hecho tipificado como delito y por tanto, no hay probable responsable o bien, que ha operado alguna de las causas extintivas de la acción penal, el Ministerio Público no ejercerá la acción penal enviando la averiguación previa al archivo, determinación que ha sido objetada debido a que el órgano investigador no tiene facultades jurisdiccionales para declarar prácticamente la inexistencia del delito, pero se ajusta a preceptos constitucionales en el sentido de que los datos que arroje la averiguación previa deben ser bastantes para acreditar los elementos del tipo penal y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

Para un mejor entendimiento de la resolución del Ministerio Público sobre el no ejercicio de la acción penal será estudiada en el capítulo siguiente de la presente tesis.

f) Reserva.

La reserva de actuaciones tiene lugar cuando existe imposibilidad del Ministerio Público de cualquier naturaleza para proseguir la averiguación previa y practicar más diligencias y no se han integrado los elementos del tipo penal y por ende la probable responsabilidad, o bien, cuando hubiese integrado los elementos del tipo penal no es posible atribuir la probable responsabilidad a persona determinada.

Esta determinación, no significa que se niegue el ejercicio de la acción penal, sino que únicamente queda en suspenso en tanto no desaparezca la imposibilidad para llevar a cabo nuevas diligencias y desahogadas las mismas y reunidos los requisitos del artículo 16 párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se puede llegar a la consignación, siempre y cuando no prescriba la acción penal.

El Código Federal de Procedimientos Penales respecto de la reserva establece en el artículo 131 lo siguiente:

" Si de las diligencias practicadas no resultan elementos bastantes para hacer la consignación a los tribunales y no aparece que se puedan practicar otras, pero con posterioridad pudieran allegarse datos para proseguir la averiguación, se reservará el expediente hasta que aparezcan esos datos y entre tanto se ordenará a la policía que haga investigaciones tendientes a lograr el esclarecimiento de los hechos. "

Por su parte el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, expide el acuerdo A/004/90, por el cual 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, el cual establece lo siguiente:

"...PRIMERO.- En la averiguación previa, el Agente del Ministerio Público formulará la ponencia de reserva en los casos siguientes:

a) Cuando el probable responsable o indiciado no este 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..."

Cabe hacer notar, que el Ministerio Público tiene la obligación de notificar su resolución de reserva al querellante o denunciante para que éste se encuentre en posibilidad de aportar elementos tendientes a la integración de los elementos del tipo penal y de la probable responsabilidad del indiciado.

Como podemos ver, esta resolución es el punto medio entre el ejercicio y el no ejercicio de la acción penal, ya que no se resuelve el ejercicio de la acción penal, por falta de elementos, pero tampoco se resuelve el no ejercicio de la acción penal, toda vez que se considera que con posterioridad se podrán obtener dichos elementos faltantes. En consecuencia puede señalarse que ésta resolución tiene efectos provisionales.

**ESTA
SALIR
DE LA
BIBLIOTECA
NO DEBE**

CAPITULO IV

LA RESOLUCION DEL MINISTERIO PUBLICO EN RELACION AL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.

IV.1.- Concepto de no ejercicio de la acción penal.

IV.2.- Supuestos en que se determina el no ejercicio de la acción penal.

IV.3.- Análisis jurídico al artículo 21 Constitucional.

V.4.- Riesgo del abuso del poder al convertir al juez en parte.

IV. 1 Concepto de no ejercicio de la acción penal.

El Ministerio Público es el órgano del Estado encargado del ejercicio de la acción penal y por lo consiguiente puede decidir cuando no ejercitarla y dichas determinaciones no se dejan a su capricho, sino que en base a un mandato legal, siempre debe de agotar todas las diligencias necesarias para así ejercitar la acción penal, o en su caso, no ejercitar acción penal alguna.

Por lo tanto, el no ejercicio de la acción penal no es un derecho potestativo, ni una facultad discrecional del Ministerio Público, ya que debe obrar justificadamente y no a su arbitrio y por el contrario si constituye un deber para esta representación social cuando cumpla todos los requisitos para su ejercicio.

La sociedad esta interesada en que se castigue al responsable del delito, como en que no se aplique sanción alguna a quien no lo merece. El Ministerio Público, como representante de la sociedad, recoge el interés de ella y por ende, en los casos que procede y exclusivamente en ellos no ejercita acción penal.

El no ejercicio de la acción penal, es aquella resolución que se le da a una averiguación previa, cuando agotadas las diligencias que fueron practicadas en su totalidad se concluye que no se encuentran acreditados los elementos del tipo penal y por lo tanto, no hay probable responsabilidad en contra de algún indiciado de ninguna figura tipificada como delito, o bien, que ha operado alguna de las causas extintivas de la acción penal.

Rivera Silva, señala: " cuando practicadas todas las diligencias, no se comprueba el delito, se determina el no ejercicio de la acción penal. Esta resolución, llamada vulgarmente de "archivo", ha sido criticada manifestándose que el Ministerio Público se abroga facultades jurisdiccionales al declarar que un hecho no es delictuoso." ⁶⁹

Osorio y Nieto, expresa: " El no ejercicio de la acción penal se consulta en el caso de que agotadas las diligencias de la averiguación se determina que no existen elementos del tipo penal de ninguna figura típica y por supuesto no hay probable responsable; o bien, que ha operado alguna de las causas extintivas de la acción penal. " ⁷⁰

Colín Sánchez, dice: "El no ejercicio de la acción penal, es un acto unilateral en el que el Agente investigador del Ministerio Público, en su carácter de representante del Estado, determina que por no estar satisfechos los requisitos exigidos en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no ha lugar al ejercicio de la acción penal" ⁷¹

⁶⁹ Rivera Silva, Manuel. Op. Cit. Pág 133

⁷⁰ Osorio y Nieto, Cesar Augusto. Op. Cit. Pág 23

⁷¹ Colín Sanchez, Guillermo. Op. Cit. Pág 347.

IV.2. Supuestos en que se determina el no ejercicio de la acción penal.

El artículo 137 del Código Federal de Procedimientos Penales, establece cinco supuestos por los cuales el Ministerio Público, no ejercerá la acción penal, siendo los siguientes:

* El Ministerio Público no ejercerá la acción penal:

I.- Cuando la conducta o los hechos de que conozca no sean constitutivos de delito, conforme a la descripción típica contenida en la Ley Penal;

II.- Cuando se acredite plenamente que el inculpado no tuvo participación en la conducta o en los hechos punibles, y sólo por lo que respecta a aquél;

III.- Cuando, aún pudiendo ser defectivos la conducta o los hechos de que se trate resulte imposible la prueba de su existencia por obstáculo material insuperable;

IV.- Cuando la responsabilidad penal se halla extinguida legalmente, en los términos del Código Penal, y

V.- Cuando de las diligencias practicadas se desprenda plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal."

Por su parte el artículo 3 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, respecto al no ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público establece lo siguiente:

"En las averiguaciones previas en que se demuestre plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal, previo acuerdo del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, el Ministerio Público lo pondrá en libertad y no ejercerá acción penal."

Ahora bien, analizaremos en particular cada una de las fracciones del artículo 137 del Código Federal de Procedimientos Penales:

I.- CUANDO LA CONDUCTA O LOS HECHOS DE QUE CONOZCA NO SEAN CONSTITUTIVOS DE DELITO, CONFORME A LA DESCRIPCIÓN TÍPICA CONTENIDA EN LA LEY PENAL.

Indudablemente que esta fracción se refiere a los elementos que conforman el tipo penal, o sea, al conjunto de elementos objetivos, normativos y subjetivos.

El tipo en la ley penal describe el hecho prohibido constituido por una acción o por una omisión, al que se asocia la punibilidad cuando el hecho es ejecutado.

Martínez Garnelo, nos dice que el Tipo Penal: "Es la descripción legal cuyo objeto es la regulación de la conducta humana. Descripción legal de una conducta estimada como delito, que lesiona o hace peligrar bienes jurídicos protegidos por la norma penal." 72

Castellanos Tena, define al Tipo Penal de la siguiente manera: "Es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales." 73

Los elementos objetivos del tipo penal, son estados o procesos externos, perceptibles por los sentidos y susceptibles de ser determinados o conocidos espacial y temporalmente por ejemplo: cosa, apoderamiento. Los elementos normativos del tipo, son aquellos que para ser entendidos necesitan ser materia de una valoración que puede ser jurídica o cultural por ejemplo: título oneroso, derecho, arriendo, hipoteca, enajenar, erótico sexual, documento público, etc. Los elementos subjetivos corresponden a estados y procesos anímicos del sujeto que el legislador describe en el tipo por ejemplo: al que priva ilegalmente a otro de su libertad con el propósito de realizar un acto sexual, para obtener rescate, etc .

Si la ley emplea palabras con un significado apreciable por los sentidos, dichos vocablos se podrían considerar como elementos objetivos del tipo, cuando las frases utilizadas en la ley tienen un significado tal, que requieren ser valorados cultural o jurídicamente, constituyen elementos normativos del tipo y cuando la descripción legal contiene conceptos cuyo significado se resuelve en un estado anímico del sujeto, se está en presencia de los elementos subjetivos del tipo.

Respecto de los elementos objetivos, consideramos los siguientes: La conducta, el resultado, el nexo causal, el objeto de la acción, el bien jurídico tutelado, especiales medios o formas de realización, modalidades del lugar, de tiempo, modo o de ocasión y en lo tocante a los sujetos el número y la calidad de los mismos, por lo que hace a los elementos subjetivos el dolo y los elementos subjetivos específicos.

Por lo tanto los elementos del tipo penal se tendrán por comprobados, cuando se acredite la existencia de los elementos objetivos, normativos y subjetivos a que hemos estado haciendo referencia y que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso según lo determina la ley penal, ya que si no se acreditan plenamente dichos elementos del tipo penal en su totalidad, el Ministerio Público no debe ejercitar la acción penal.

72 Martínez Garnelo, Jesús. Op Cit. Pág 59

73 Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa, S.A. Vigésima Novena Edición. México 1991. Pág 167

II.- CUANDO SE ACREDITE PLENAMENTE QUE EL INculpADO NO TUVO PARTICIPACION EN LA CONDUCTA O EN LOS HECHOS PUNIBLES Y SOLO POR LO QUE RESPECTA A AQUEL.

Esta fracción se refiere a la probable responsabilidad del indiciado y constituye un requisito de fondo que señala la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para que proceda el ejercicio de la acción penal.

Algunos autores definen la probable responsabilidad, de la siguiente manera:

Osorio y Nieto, nos dice: "Por probable responsabilidad se entiende la posibilidad razonable de que una persona determinada haya cometido un delito y existirá cuando del cuadro procedimental se deriven elementos fundados para considerar que un individuo es probable sujeto activo de alguna forma de autoría; concepción preparación o ejecución o inducir o compelar a otro a ejecutarlos. Se requiere, para la existencia de la probable responsabilidad, indicios de responsabilidad, no la prueba plena de ella, pues, tal certeza es materia de la sentencia."

Colin Sánchez, expresa: "Existe probable responsabilidad cuando hay elementos suficientes para suponer que una persona pudo haber tomado parte de alguna manera en la concepción, preparación o ejecución de un acto típico, antijurídico y culpable."

El artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal establece lo siguiente:

*Son autores o partícipes del delito:

I.- Los que acuerden o preparen su realización;

II.- Los que lo realicen por sí;

III.- Los que lo realicen conjuntamente;

IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;

V. - Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;

VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;

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

VIII.- Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su

comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.

Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 bis de este Código.*

La probable responsabilidad existe cuando se presentan determinadas pruebas por las cuales se pueda suponer la responsabilidad de un sujeto. En consecuencia no existe probable responsabilidad cuando no existan elementos suficientes para suponer que una persona ha intervenido en la comisión de un delito, en alguna de las formas previstas en el artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal, por lo que ante tal circunstancia, el Ministerio Público debe abstenerse de ejercitar la acción penal.

III.- CUANDO AUN PUDIENDO SER DELICTIVOS LA CONDUCTA O LOS HECHOS DE QUE SE TRATE, RESULTE IMPOSIBLE LA PRUEBA DE SU EXISTENCIA POR OBSTACULO MATERIAL INSUPERABLE.

Esta fracción se refiere a la prueba, es decir, de no existir la prueba por obstáculo material insuperable, por la cual se acrediten los elementos del tipo penal o la probable responsabilidad del indiciado, el Ministerio Público no debe ejercitar la acción penal, porque resulta imposible la pretensión punitiva.

IV.- CUANDO LA RESPONSABILIDAD PENAL SE HALLA EXTINGUIDA LEGALMENTE, EN LOS TERMINOS DEL CODIGO PENAL, Y.

Esta fracción se refiere a las causas de extinción de responsabilidad penal señaladas en el Código Penal para el Distrito Federal, en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, esto en circunstancias que inhiben legalmente al Ministerio Público, para que ejercite la acción penal; siendo las siguientes:

- a) Muerte del delincuente;
- b) Amnistía;
- c) Perdón del ofendido o legitimado para otorgarlo;
- d) Prescripción.

Estas circunstancias que extinguen la acción penal, se estudiaron en el capítulo segundo de la presente tesis.

V.- CUANDO DE LAS DILIGENCIAS PRACTICADAS SE DESPRENDA PLENAMENTE QUE EL INculpADO ACTUO EN CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN LA RESPONSABILIDAD PENAL.

El capítulo cuarto del título primero del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero común y para toda la República en materia de Fuero Federal, se refiere a las llamadas circunstancias que excluyen la responsabilidad penal, actualmente denominadas, "causas de exclusión del delito" y al artículo 137 párrafo V del Código Federal de Procedimientos Penales, aún no se le ha hecho la mencionada modificación. Los preceptos contenidos en el artículo 15 del Código Penal citado, se establecen con el fin de reconocer a favor de los individuos involucrados en hechos relevantes por el derecho penal posibilidades de defensa, para demostrar que en un caso concreto no son responsables y por lo tanto el Estado no debe aplicarles una sanción penal.

El artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, establece lo siguiente:

" El delito se excluye cuando:

I.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;

II.- Falte algunos de los elementos del tipo penal del delito de que se trate;

III.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

a) Que el bien jurídico sea disponible;

b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y

c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permiten fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo;

IV.- Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

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

V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

VI.- La acción o la omisión se realicen en, cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho y que este último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro;

VII.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto por el artículo 69- Bis de este Código.

VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

A) Sobre algunos de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que esta justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código;

IX.- Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; o

X.- El resultado típico se produce por caso fortuito. *

Las causas de exclusión del delito, encierran factores que integran la parte negativa del delito, al suprimir alguno o varios elementos de este; la conducta, la tipicidad, la antijuricidad, la imputabilidad, la culpabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad en su caso y finalmente la punibilidad, estos elementos del delito corresponden a su aspecto positivo.

Dependiendo del elemento que excluya será calificado de ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, causas de inculpabilidad, falta de condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolutorias, todas estas pertenecientes a los elementos del delito en su aspecto negativo.

Por tanto, el efecto de cada una de estas circunstancias es la exclusión de algún elemento del delito, ya que al eliminarlo hace que no se de algún presupuesto de la punibilidad.

Hay que dejar claro que en la ausencia de algún elemento del delito radica la razón excluyente de la responsabilidad. Será necesario comprender los aspectos negativos del delito aludidos, para poder distinguir que causas excluyen la responsabilidad y que tienen por efecto la exclusión de algún elemento del delito en su aspecto positivo.

Castellanos Tena, expresa: "La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado aún propósito."⁷⁴

Si existe ausencia de conducta evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias. Es, pues, la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos o mejor dicho, impositivos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana positiva o negativa, la base indispensable del delito como todo problema jurídico, artículo 15 fracción I.

Los casos en que la conducta queda excluida son: la fuerza física exterior irresistible, la fuerza psicológica irresistible o vis compulsiva, los movimientos reflejos, el sueño, el sonambulismo, la hipnosis.

Martínez Gamelo, dice que la tipicidad: " Es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la Ley, la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto."⁷⁵

Martínez Gamelo, expresa que la atipicidad: " Supone una conducta que no llega a ser típica por falta de alguno o algunos de los elementos descriptivos del tipo, ya con referencia a calidades en los sujetos, de referencias temporales o espaciales, de elementos subjetivos, etc. "⁷⁶

⁷⁴ Castellanos Tena, Fernando, Pág 149

⁷⁵ Martínez Gamelo, Jesús. Op Cit. Pág 15

⁷⁶ Martínez Gamelo, Jesús. Op Cit. Pág 16

Habrá atipicidad cuando una conducta no se adecúe a la descripción legal, existe tipo pero no encuadramiento de la conducta al marco legal constituido por el tipo penal.

Tradicionalmente se ha concebido la antijuricidad lo contrario a derecho.

Martínez Gamelo, dice respecto de la antijuricidad: "Es la contradicción de la conducta con el orden jurídico." ⁷⁷

Una conducta es antijurídica, cuando no esta amparada por una causa de justificación que son los aspectos negativos de la antijuricidad.

Las causas de justificación o preceptos permisivos, son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuricidad de una conducta típica cuando se cumplen los requisitos del precepto permisivo, autorizan la conducta realizada al encontrarse permitida por el derecho, en tales condiciones, la conducta realizada a pesar de su apariencia resulta conforme a derecho, ya que no viola ninguna norma penal ni choca con el orden jurídico, siendo dichas causas de justificación o licitud las siguientes:

- 1) Legítima Defensa. artículo 15 fracción IV párrafo I
- 2) Estado de Necesidad. artículo 15 fracción V (cuando el bien que se lesiona es de menor valor que el que se salvaguarda)
- 3) Cumplimiento de un deber. artículo 15 fracción VI
- 4) Ejercicio de un derecho. artículo 15 fracción VI.

La inimputabilidad, constituye el aspecto negativo de la imputabilidad que es soporte básico de la culpabilidad, sin aquella no existe ésta y sin culpabilidad no puede configurarse el delito.

Martínez Gamelo, respecto de la inimputabilidad nos dice: "Es la capacidad de entender y querer, considerando dentro del ámbito del derecho penal:

Tiene dos elementos: intelectual y volitivo.

Intelectual, se refiere a la composición del alcance de los actos que uno realiza.

Volitivo, es el querer y desear un resultado. " ⁷⁸

⁷⁷ Martínez Gamelo, Jesús. Op Cit. Pág 20

⁷⁸ Martínez Gamelo, Jesús. Op. Cit. Pág 40

Respecto de la inimputabilidad, Martínez Garnelo, expresa: " Es la incapacidad del sujeto para entender y querer un resultado en materia penal, o sea para ser culpable, para saber lo que hace y conocerlo como contrario a derecho y dirigir sus acciones de acuerdo con ese conocimiento." ⁷⁹

Las causas de imputabilidad las establece el artículo 15 fracción VII del Código Penal para el Distrito Federal.

Existen dos casos de inimputabilidad que son los siguientes: 1) Tener incapacidad de comprender el carácter ilícito del hecho típico. 2) Tener incapacidad de conducirse de acuerdo con esa comprensión, o sea, falta de capacidad de autodeterminación.

Los requisitos que establece el artículo 15 fracción VII del citado código, para estos dos casos de inimputabilidad son: 1) Padecer el agente al momento de realizar el hecho típico trastorno mental transitorio o permanente. 2) Padecer el agente al momento de realizar el hecho típico desarrollo intelectual retardado.

Estos requisitos que establece el artículo 15 fracción VII del Código Penal para el Distrito Federal, se resume que la falta de capacidad de comprensión del carácter ilícito del hecho típico y la falta de capacidad de conducirse de acuerdo con esa comprensión, tiene que tener como fundamento, o sea, obedecer aún estado mental patológico del autor, o sea, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado.

La inimputabilidad de acuerdo al artículo 15 fracción VII del Código Penal para el Distrito Federal, tiene como requisito no haber sido provocado por el Agente el trastorno mental, dolosa o culposamente, en caso de haber sido provocado dolosa o culposamente, entonces el agente no se considera inimputable sino imputable, en virtud de que esa imputabilidad que se provoca obedece a una acción libre en su causa.

En cuanto a los menores inimputables, cuya particular situación es reconocida debido a su inmadurez mental, ha quedado definitivamente al margen de las normas penales, consecuentemente, están sometidos a la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores.

Martínez Garnelo, dice que la culpabilidad: " Es el reproche que se formula al autor de un injusto porque no se motivó en la norma cuando le era exigible hacerlo, tomando en cuenta las concretas circunstancias en que actuó." ⁸⁰

Como causas de inculpabilidad tenemos la inimputabilidad, la cual se analizó con anterioridad o los casos en que se excluye la conciencia potencial de la antijuricidad como el error.

⁷⁹ Martínez Garnelo, Jesús. Op Cit. Pág 30.
⁸⁰ Idem

El error consiste, en la falta de coincidencia entre lo que el autor piensa y el comportamiento corporal que realiza en su mundo externo.

Existe error de tipo, cuando el comportamiento corporal del autor, realiza todos los elementos del tipo objetivo, pero desconoce alguno de tales elementos y consecuentemente no lo puede querer y aceptar por lo que queda excluido el dolo. (Artículo 15 fracción VIII inciso A)

El error de prohibición invencible, es aquél cuando el autor no puede superar su error y consecuentemente no puede salir de la equivocación en que se encuentra, por lo que su acción u omisión típica, antijurídica, no es culpable. (Artículo 15 fracción VIII)

El error de prohibición consiste, en el desconocimiento que el autor tiene de la antijuricidad del hecho que ejecuta creyendo que es lícito, por las circunstancias en que ese autor realiza el hecho mencionado.

El error de prohibición directo consiste, cuando el autor cree equivocadamente que el hecho no está prohibido por la ley. (Artículo 15 fracción VIII inciso B)

El error de prohibición indirecto, es aquél que consiste en que el autor que conoce y quiere realizar los elementos del hecho típico, cree equivocadamente que su acción esta amparada por una causa de justificación. (Artículo 15 fracción VIII inciso B)

El error de prohibición vencible, es aquél cuando el autor si puede superar su error y consecuentemente si puede salir de la equivocación en que se encuentra, mediante reflexión que no lleva a cabo o mayor información que no tiene (Artículo 15 fracción VIII)

Es causa de inculpabilidad, la no reprochabilidad, por no exigibilidad de otra conducta como en el caso del estado de necesidad disculpante, artículo 15 fracción V (cuando el bien que se lesiona es de igual valor que el bien que se salvaguarda), artículo 15 fracción IX y el caso fortuito, artículo 15 fracción X.

El hecho típico, antijurídico y culpable, debe tener: como complemento la amenaza de una pena, o sea, debe ser punible y sancionado con una pena el comportamiento delictuoso.

Castellanos Tena, dice: "La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta."⁸¹

El aspecto negativo de la punibilidad, son las excusas absolutorias y al respecto Castellanos Tena, expresa: " Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de

⁸¹ Castellanos Tena, Fernando. Op Cit. Pág 275.

la pena." 82

Los aspectos negativos de la punibilidad, se refieren a casos excepcionales señalados expresamente en la ley y posiblemente en atención a razón de política criminal se considera conveniente no aplicar en el caso concreto pena alguna al sujeto activo del delito, como en los casos de algunos artículos del Código Penal para el Distrito Federal. Artículo 151, en relación a la excusa en favor de ciertos familiares del sujeto activo por colaborar en la evasión de éste, sin utilizar violencia en las personas o fuerza en las cosas; artículo 333 que se refiere a excusas en aborto imprudencial o cuando el embarazo sea resultado de una violación y artículo 375 cuando el valor de lo robado no exceda de diez veces el salario, que son excusas absolutorias en razón de mínima temibilidad, etc.

La Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, establece en el artículo 8 fracción I, inciso j, que corresponde al Ministerio Público de la Federación, en la averiguación previa, determinar el no ejercicio de la acción penal, cuando:

- 1.- Los hechos de que conozca no sean constitutivos de delito;
- 2.- Una vez agotadas todas las diligencias y los medios de prueba correspondientes, no se acredite la probable responsabilidad del indiciado;
- 3.- La acción penal se hubiese extinguido en los términos de las normas aplicables;
- 4.- De las diligencias practicadas se desprenda plenamente la existencia de una causa de exclusión del delito, en los términos que establecen las normas aplicables;
- 5.- Resulte imposible la prueba de la existencia de los hechos constitutivos de delito, por obstáculo material insuperable; y
- 6.- En los demás casos que determinen las normas aplicables.

Cuando el Agente del Ministerio Público, determina no ejercitar la acción penal se debe seguir un procedimiento interno para confirmar o revocar dicha determinación, ya que mediante un acuerdo que expide el Procurador, se establecen los lineamientos y procedimiento a seguir relativos a la autorización del no ejercicio de la acción penal.

El acuerdo número A/006/92, del Procurador General de la República, determina el actuar de los Agentes del Ministerio Público Federal en relación a los casos en que se resuelva el no ejercicio de la acción penal, en las averiguaciones

82 Castellanos Tena, Fernando. Op Cit. Pág 278.

previas a su cargo. Cuando el Agente del Ministerio Público Federal determine en una averiguación previa dentro de sus facultades constitucionales 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 que dará 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 se expidió el acuerdo anteriormente indicado y el cual establece lo 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 Federal 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 obstáculo material insuperable;

e) Que la responsabilidad penal se halla extinguida legalmente, en los términos del Código Penal;

f) Que de las diligencias practicadas, se desprenda de manera indubitante 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 al 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 procediese, del No Ejercicio 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 en 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.

SEXTO.- 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 Federal, 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.

NOVENA.- 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 indiciado o a quien resulte probable responsable de los hechos investigados y éste proceda en los términos de ley.

DECIMA.- 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 o se considere necesaria la práctica de otras diligencias para 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 y supervisores en la Delegación Estatal que corresponda, devolverán la averiguación previa al representante social consultante haciendo las observaciones que estime convenientes..."

El artículo 5 del Reglamento de la Ley Orgánica de la procuraduría General de la República, establece que el Procurador o el Servidor Público que al efecto designe, aprobará en definitiva los dictámenes del no ejercicio de la acción penal conforme lo establezca el acuerdo correspondiente.

Por otra parte, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, establece en su artículo 3 fracción X que una de las atribuciones que confiere al Ministerio Público, en la averiguación previa, es determinar el no ejercicio de la acción penal, en determinados casos, siendo los mismos que en materia Federal.

En el acuerdo número A/005/96, del Procurador General de Justicia del Distrito Federal se establecen las reglas del procedimiento para autorizar el no ejercicio de la acción penal. En virtud de que el Ministerio Público, con estricto apego a los principios de legalidad y certeza jurídica, debe abstenerse de ejercitar la acción penal en los supuestos en que no se satisfagan los requisitos que señalan la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las disposiciones legales aplicables. Que en los casos en que el Ministerio Público proponga el no ejercicio de la acción penal, debe dar oportunidad al denunciante o querellante legitimados en la

averiguación previa para que oporten mayores elementos de prueba y, en su caso, se desahoguen las diligencias necesarias y que a fin de garantizar que el procedimiento para autorizar el no ejercicio de la acción penal salvaguarde los intereses de quienes intervienen en la averiguación previa y de la sociedad en general, se expidió el acuerdo anteriormente indicado y el cual establece lo siguiente:

ACUERDO

*...PRIMERO.- Corresponde a los Subprocuradores "A" "B" y "C" de Procedimientos Penales, la resolución de las averiguaciones previas en las que se proponga el no ejercicio de la acción penal, en los términos de lo dispuesto en el presente Acuerdo.

SEGUNDO.- El expediente de averiguación previa en el que se consulte el no ejercicio de la acción penal, deberá estar debidamente integrado, cumplir con las formalidades legales y se hará constar en él, que se dio el destino legal correspondiente a los objetos y documentos involucrados.

TERCERO.- Los Subprocuradores "A" "B" y "C" de Procedimientos Penales resolverán en definitiva sobre el no ejercicio de la acción penal, de conformidad con las reglas siguientes:

I.- El Subprocurador "A" de procedimientos Penales, cuando se trate de:

a) Averiguaciones previas resueltas por las siguientes unidades administrativas:

- Dirección General de Asuntos Especiales y Relevantes del Procedimiento Penal.

- Dirección General de Investigación de Delitos contra la Seguridad de las Personas, las Instituciones y la Administración de Justicia;

- Dirección General de Asuntos de Menores e Incapaces, y

- Dirección General del Ministerio Público en lo Familiar.

b) Averiguaciones previas resueltas por los siguientes Delegaciones:

- Benito Juárez;

- Coyoacán;

- Cuauhtémoc;
- Gustavo A. Madero;
- Iztapalapa, y
- Venustiano Carranza.

trate de:

administrativas:

Violentos;

- Dirección General de Investigación de delitos Patrimoniales No

Delincuencia Organizada;

Prestadores de Servicios, y

- Dirección General de Investigación de Robo a Transporte.

Delegaciones:

- Azcapotzalco;
- Magdalena Contreras;
- Miguel Hidalgo;
- Milpa Alta, y
- Xochimilco.

se trate de:

III.- El Subprocurador "C" de Procedimientos Penales, cuando

administrativas: a) Averiguaciones previas resueltas por las siguientes unidades

- Coordinación de Investigación de Robo de vehículos;
- Dirección General de Investigación de Delitos contra el Honor, Responsabilidad Profesional y Relacionados con Servidores Públicos;
- Dirección General de Investigación de Delitos Patrimoniales No Violentos Relacionados con Instituciones del Sistema Financiero, y
- Dirección General de Investigación de Delitos Sexuales.

Delegaciones: b) Averiguaciones previas resueltas por las siguientes

- Alvaro Obregón;
- Cuajimalpa;
- Iztacalco;
- Tláhuac; y
- Tlalpan.

CUARTO.- Los agentes del Ministerio Público propondrán el no ejercicio de la acción penal en los casos siguientes:

I.- Cuando no exista querrela del ofendido o sus representantes legales o no exista legitimación para presentarla y el delito se persiga a petición del ofendido;

II.- Cuando no se encuentren comprobados los elementos del tipo penal del delito;

III.- Cuando estando comprobados los elementos del tipo penal, no esté demostrada la probable responsabilidad del indiciado;

IV.- Cuando pudiendo ser delictiva la acción o la omisión, exista imposibilidad material para acreditar los elementos del tipo penal o la probable responsabilidad del indiciado;

V.- Cuando esté acreditada alguna causa de exclusión del delito;

VI.- Cuando se ha extinguido la acción penal;

VII.- Cuando el hecho atribuido al indiciado hubiere sido materia de dictamen de no ejercicio de la acción penal, aprobado por el Subprocurador correspondiente;

VIII.- Cuando el hecho atribuido al indiciado hubiere sido materia de una sentencia o sobreseimiento judicial, que hayan causado ejecutoria;

IX.- Cuando se expida una ley que quite al hecho investigado, el carácter de delito y la averiguación previa esté en trámite, y

X.- En los demás casos que señale las leyes.

QUINTO.- El agente del Ministerio Público propondrá el no ejercicio de la acción penal, el cual deberá estar fundado y motivado, siempre que, una vez practicadas las diligencias necesarias para la debida integración de la averiguación previa, se actualice alguno de los supuestos a que se refiere el artículo Cuarto de este Acuerdo.

SEXTO.- En el acuerdo del Ministerio Público por el que se proponga el no ejercicio de la acción penal, se establecerá que el denunciante o querrellante contará con un plazo de quince días naturales, contados a partir del día siguiente a aquél en que se hubiere efectuado la notificación para que, en su caso, manifieste su inconformidad al respecto, así como para ofrecer pruebas y señalar diligencias no practicadas, salvo que renuncie expresamente a manifestar su inconformidad, lo que deberá hacerse constar.

SEPTIMO.- El acuerdo del Ministerio Público por el que se proponga el no ejercicio de la acción penal, deberá notificarse al denunciante o querrellante por correo certificado con acuse de recibo, debiendo agregarse éste, en su oportunidad, a la averiguación previa.

En caso que se ignore el domicilio del denunciante o querrellante, o que éste hubiere sido cambiado sin comunicarlo a la Procuraduría, la notificación se hará por cédula que se fijará en los tableros de la unidad investigadora o delegación correspondiente, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 82 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

OCTAVO.- Durante los quince días siguientes a la fecha de notificación a que se refiere el artículo Sexto, el expediente de la averiguación previa, podrá ser consultado por el denunciante o querrellante.

NOVENO.- Transcurrido el plazo a que se refiere el artículo Sexto de este Acuerdo, sin que el denunciante o querrellante hubiere manifestado su inconformidad, el agente del Ministerio Público remitirá inmediatamente la averiguación

previa, el acuerdo por el que proponga el no ejercicio de la acción penal y la constancia de notificación, a la Coordinación de Agentes del Ministerio Público Auxiliares del Procurador, para efectos de su revisión y dictámen.

Los escritos de inconformidad que se presenten fuera del plazo a que se refiere el artículo Sexto de este Acuerdo, se desecharán de plano, por el Ministerio Público.

DECIMO.- Si el denunciante o querellante manifiesta su inconformidad respecto del acuerdo por el que se proponga el no ejercicio de la acción penal, el agente del Ministerio Público remitirá la averiguación previa, el acuerdo respectivo, la constancia de notificación y el escrito de inconformidad, al Coordinador, Director General o Delegado de la unidad administrativa de su adscripción, según corresponda.

Si la inconformidad del denunciante o querellante fuere procedente, el Coordinador, Director General o Delegado correspondiente, revocará el acuerdo del agente del Ministerio Público por el que haya propuesto el no ejercicio de la acción penal, y ordenará el desahogo de las pruebas, la práctica de las diligencias precedentes o, en su caso, la propuesta de ejercicio o del no ejercicio de la acción penal.

Practicadas las nuevas diligencias, y agotadas éstas, si el Ministerio Público estima procedente el no ejercicio de la acción penal, deberá notificar nuevamente su propuesta al denunciante o querellante, observando para tales efectos las formalidades que establecen los artículos Sexto y Séptimo de este Acuerdo.

DECIMO PRIMERO.- En los casos en que el querellante otorgue perdón al inculpado o a quien resulte responsable, el agente del Ministerio Público se abstendrá de realizar la notificación a que se refieren los artículos Sexto y Séptimo de este Acuerdo.

DECIMO SEGUNDO.- Si el Coordinador, Director General o Delegado confirma al acuerdo del agente del Ministerio Público por el que proponga el no ejercicio de la acción penal, remitirá la averiguación previa, los acuerdos respectivos, la constancia de notificación y el escrito de inconformidad del denunciante o querellante a la Coordinación de Agentes del Ministerio Público Auxiliares del Procurador, para efectos de su revisión y dictámen.

DECIMO TERCERO.- Si la Coordinación de Agentes del Ministerio Público Auxiliares del Procurador, considera que no se encuentra debidamente integrada la averiguación previa, devolverá el expediente a la Coordinación, Dirección General o Delegación, según sea el caso, y ordenará el desahogo de las pruebas y la práctica de las diligencias pertinentes, a efecto de que en su oportunidad se resuelva lo procedente.

DECIMO CUARTO.- Si la Coordinación de Agentes del Ministerio Público Auxiliares del Procurador confirma la propuesta del Coordinador, Director General, Delegado o agente del Ministerio Público, según sea el caso, por el que proponga el no ejercicio de la acción penal, emitirá el dictamen respectivo, y enviará el expediente al Subprocurador que corresponda, en términos de lo dispuesto por el artículo Tercero de este Acuerdo.

El dictamen de la Coordinación de Agentes del Ministerio Público Auxiliares del Procurador deberá ser firmado por el Agente del Ministerio Público Auxiliar del Procurador, el Director de Area, el Director General, y contará con la aprobación del Coordinador.

DECIMO QUINTO.- Cuando la Coordinación de Agentes del Ministerio Público Auxiliares del Procurador considere que en la averiguación previa en la que se hubiere propuesto el no ejercicio de la acción penal, se encuentren integrados los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, deberá dictaminar el ejercicio de la acción penal y el Subprocurador que corresponda resolverá lo procedente.

DECIMO SEXTO.- En caso de que el Subprocurador correspondiente no autorice el no ejercicio de la acción penal, dejará sin efectos el dictamen de la Coordinación de Agentes del Ministerio Público Auxiliares del Procurador y ordenará el desahogo de las pruebas o la práctica de las diligencias necesarias para la debida integración de la averiguación previa.

DECIMO SEPTIMO.- Las averiguaciones previas en las que se haya acordado el no ejercicio de la acción penal por el Subprocurador correspondiente, no podrán abrirse nuevamente sino por orden del Procurador..."

El artículo 8 fracción II del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, establece que será atribución delegable del Procurador el resolver, en los casos en que proceda el no ejercicio de la acción penal y el artículo 9 fracción VIII, dispone que una de las atribuciones de los Subprocuradores es el resolver en el ámbito de su competencia sobre los casos en que se considere el no ejercicio de la acción penal y las diferencias de criterio que, en la materia surgan entre las autoridades que les estén adscritas, así como las propuestas de reserva de la averiguación previa.

IV.3.- Análisis jurídico al artículo 21 Constitucional.

El artículo 21 Constitucional establece lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

El párrafo primero del artículo anteriormente transcrito, comprende tres disposiciones diversas:

La primera se refiere a la exclusiva facultad judicial para imponer penas.

La segunda regula las funciones del Ministerio Público.

La tercera señala la competencia de las autoridades administrativas, en materia de sanciones.

En este precepto descubrimos garantías específicas de seguridad jurídica.

1.- Se establece que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. Tal precepto proviene, casi sin modificaciones de la Constitución de 1857, y el cual establecía los siguientes:

" La aplicación de las penas propiamente tales, es exclusiva de la autoridad judicial. La política o administrativa sólo podría imponer, como corrección, hasta quinientos pesos de multa o hasta un mes de reclusión, en los casos y modos que expresamente determine la ley."

Actualmente esta disposición, asegura al individuo el derecho subjetivo en el sentido de que ninguna autoridad estatal, que no sea la judicial puede imponerte pena alguna, como función final del proceso y en el caso que así corresponda.

El Maestro Ignacio Burgoa, señala: " La imposición de las penas, o sea, de las sanciones que como tales están reputadas en el artículo 24 del Código Penal para el Distrito Federal, así como en los distintos cuerpos de leyes imperantes en las diferentes entidades federativas sobre esa materia jurídica, es pues, una función que está reservada a las autoridades judiciales con exclusión de todo órgano de cualquier otra índole." ⁸³

Además de que el acto impositivo de una determinada pena debe emanar de una autoridad judicial, aquellas que lo son desde el punto de vista formal, esto es, reputada legal o constitucionalmente como integrante del Poder Judicial de la Federación de acuerdo a la Ley Suprema y la Ley Orgánica respectiva o de los poderes judiciales locales de acuerdo a las leyes orgánicas correspondientes, debe ser la consecuencia del ejercicio de la función jurisdiccional desplegada por dichos órganos, es decir, las autoridades judiciales deben imponer las penas una vez resuelta la controversia jurídica previa planteada ante ellas y aplicado, como consecuencia de dicha resolución, la norma que contenga la sanción penal. El desarrollo de la función jurisdiccional por las autoridades judiciales, que culmina con la imposición de una pena o con la absolución del procesado, debe desplegarse conforme a las exigencias de las garantías jurídicas contenidas en el artículo 14 Constitucional. En resumen, la imposición de las penas debe ser llevada a cabo por la autoridad judicial y que sea la consecuencia del ejercicio de la función jurisdiccional desplegada por dicha autoridad y traducido en decir el derecho o aplicar la ley al caso concreto de que se trate, mediante la resolución de una controversia previa provocada por el hecho delictivo.

2.- La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y

⁸³ Burgoa Orihuela, Ignacio. Las Garantías Individuales. Editorial Porrúa, S.A. Vigésima Octava Edición. 1996. Pág 648.

mando inmediato, se definen las atribuciones principales del Ministerio Público.

Este es el aspecto de mayor trascendencia del artículo 21 Constitucional, puesto que fue introducido por el Constituyente de Querétaro, después de un extenso debate y mereció una explicación muy amplia en la exposición de motivos del proyecto presentado por Don Venustiano Carranza, en el cual se insistió en la necesidad de otorgarle autonomía al Ministerio Público.

En el se establece una garantía de seguridad jurídica la cual le otorga al Ministerio Público la titularidad de la acción penal, es decir, en virtud de dicho artículo constitucional sólo el Ministerio Público puede investigar, perseguir los delitos (auxiliándose con la policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato) y acusar de los mismos, llevando la acusación adelante en el proceso, impidiendo que el particular u otras autoridades ejerciten la acción penal, consecuentemente con esta garantía queda eliminado el proceder oficioso inquisitivo del juez, quien no puede actuar; en el esclarecimiento de los delitos y en la determinación de la responsabilidad penal de sus autores, sin previa acusación del Ministerio Público. Asimismo, según tal garantía el ofendido por un delito debe ocurrir a la institución del Ministerio Público Federal o local en sus respectivos casos, para que se le haga justicia, esto es, para que se le imponga al autor del hecho delictivo la pena correspondiente y se le condene a la reparación del daño causado.

Las reformas al artículo 21 párrafo primero segunda parte de la Ley Suprema en el año de 1996, fueron puramente terminológicas. En efecto, el texto anterior mencionaba que " la persecución de los delitos corresponde al Ministerio Público y a la Policía Judicial la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél." En la actualidad no se alude solamente a la persecución sino también a la investigación de los delitos, sin embargo es ampliamente sabido y no hay duda alguna en la legislación, jurisprudencia y la doctrina que aquélla abarca a ésta, la investigación es la primera fase de la persecución. Por otra parte se retiró la calificación de "judicial" a la policía dependiente del Ministerio Público, aduciendo que dicha policía no depende del poder judicial, sino de aquél órgano administrativo y que designarla como judicial fue una supervivencia inerte de antiguas instituciones procesales, que debió superar en su momento el Constituyente de 1917, ya que la policía investigadora que estaba tradicionalmente a las ordenes de los jueces, se le llamó policía judicial, es decir, del juez.

3.- Se refiere a la imposición de sanciones por la autoridad administrativa, solo es procedente cuando de trata de infracciones a los reglamentos gubernativos o de policía, pues aunque las sanciones puedan ser arresto o multas, éstas nunca se compararan a las sanciones que imponga la autoridad judicial, ya que éstas se aplican a las conductas consideradas delictuosas y las otras a las infracciones a los reglamentos gubernativos o de policía, que como única sanción imponen multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagará la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

El artículo 21 Constitucional, fue reformado en el año de 1994, en lo que atañe al ejercicio de la acción penal y al sistema de seguridad pública, formando parte de un cambio muy extenso en preceptos constitucionales relativos al poder judicial y en general, a la procuración y administración de justicia.

La primera parte de la reforma de 1994, al artículo 21 de la Ley Suprema, se localiza en el párrafo cuarto de este precepto, que establece lo siguiente:

"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."

Desde la Constitución de 1917, se estableció en el artículo 21 que corresponde al Ministerio Público y a la policía judicial ésta en calidad de auxiliar de aquél, la persecución de los delitos, mientras corresponde al juzgador la imposición de las penas. Ahora bien, para que el tribunal despliegue su jurisdicción sobre un hecho supuestamente delictivo y en relación con el probable responsable de ese hecho, es necesario que el Ministerio Público ejercite la acción penal.

Los intérpretes del artículo 21 de nuestra Carta Magna, desde 1917 hasta los últimos días han considerado que la letra del precepto confiere al Ministerio Público el ejercicio de la acción en exclusiva, sin intervención de otras autoridades, ni del ofendido por el delito. Esta interpretación no unánime se trasladó a la ley, se recogió en la Jurisprudencia y predominó en la doctrina. Fue así que prosperó el llamado "monopolio" en el ejercicio de la acción penal por parte de dicho órgano estatal, suprimido en la reforma constitucional de 1994.

" Conviene observar cuáles han sido los elementos constitutivos del "monopolio". En primer término, éste supone la potestad exclusiva y excluyente del Ministerio Público para investigar los delitos que son denunciados o por los que se presenta querrela (u otra expresión de voluntad persecutoria), con el propósito de preparar, en su caso, el ejercicio de la acción. A esto se contrae la denominada averiguación previa penal, que es una etapa administrativa (instrucción administrativa) del procedimiento penal mexicano.

En segundo término, el "monopolio" apareja la potestad del propio Ministerio Público también exclusiva y excluyente, de valorar al cabo la averiguación previa si se hallan satisfechas las condiciones de fondo para el ejercicio de la acción, es decir, los elementos que requiere, en la especie el tipo penal (antes de la reforma de 1993, inadecuada en este punto, el cuerpo del delito) y los datos conducentes a establecer la probable responsabilidad del indiciado. Sobre esta base, el Ministerio Público podría resolver, con autonomía de decisión, pero subordinación a la ley, (principio de legalidad),si procedía el ejercicio de la acción o había lugar al no ejercicio, que determinaba al "archivo" de las actuaciones, una forma de "sobresimiento" administrativo con efectos generalmente definitivos.

Por último, "el monopolio" aparejaba la excluyente y exclusiva facultad del Ministerio Público para sostener la acción en el proceso, como acusador oficial, desde la incoación de éste hasta su conclusión natural en la sentencia."

La reforma de 1994 del párrafo cuarto al artículo 21 Constitucional, suprimió el segundo elemento del monopolio en el ejercicio de la acción penal que antes mencione, es decir, la facultad del Ministerio Público para resolver con autonomía de decisión si se han satisfecho conforme a la ley, las condiciones determinantes para el ejercicio de la acción penal, lo cual constituye el objetivo de la presente tesis. La supresión de alguno de estos elementos como efectivamente ocurrió en 1994, suprime automáticamente el monopolio acusador.

La reforma constitucional mencionada no indicó ante que autoridad jurisdiccional ni manifiesta quien esta legitimado para impugnar el no ejercicio de la acción penal o el desistimiento de ésta, el procedimiento respectivo, ni aclara que efectos va a tener la resolución que dicte el juzgador, finalmente la reforma dejó la puerta abierta para que pueda haber heterogeneidad en la regulación secundaria de la materia.

" Jurisdicción. I. Se afirma que su raigambre latina proviene de *jurisdictio-onis*, poder o autoridad que se tiene para gobernar o poner en ejecución las leyes, o para aplicarlas en juicio. (Becerra Bauñista). O bien, si se atiende a las voces latinas *ius, derecho, recto y dicere*, proclamar, declarar, decir, significa proclamar el derecho." 85

Sergio García Ramírez, señala que la jurisdicción: " Es un poder del Estado de aplicar la ley al caso concreto, resolviendo un conflicto de intereses." 86

Impugnar (Lat. *impugnare*). Combatir, atacar.

"Medios de Impugnación. I. Configuran los instrumentos jurídicos consagrados por las leyes procesales para corregir, modificar o anular los actos y las resoluciones judiciales, cuando adolecen de deficiencias, errores, ilegalidad o injusticia." 87

Por otra parte el desistimiento de la acción penal se opone a los principios procesales, contradice el principio de irrevocabilidad de la acción penal, de la obligatoriedad del proceso y choca contra el principio de la inmutabilidad del objeto del proceso.

Algunas personas promovieron el juicio de amparo en contra de la resolución de no ejercicio de la acción penal, sobre este punto se dividieron las posiciones de los juzgadores federales, hay quienes entendieron que procede el amparo y

85 Instituto de Investigaciones Jurídicas. Op. Cit Pág 1884.

86 García Ramírez, Sergio. Op. Cit. Pág 119.

87 Instituto de Investigaciones Jurídicas. Op. Cit. Pág . 2105.

hay quienes estimaron que este no es el medio idóneo para controlar el no ejercicio de la acción penal y que por ende era preciso aguardar el régimen que sobre el particular aporte el ordenamiento que lleguen a expedir los legisladores federal o estatal, según el caso. Será interesante observar los criterios diferentes y divergentes de nuestro máximo tribunal de justicia respecto a esta cuestión producto del vacío legal que prevalecía.

"DETERMINACION MINISTERIAL DE NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL, RESULTA IMPROCEDENTE LA DEMANDA DE GARANTIAS EN CONTRA DE UNA. Si la quejosa reclama en su demanda de garantías una determinación ministerial de no ejercicio de la acción penal, es incuestionable que de admitir la demanda en comento y en su momento conceder el amparo, éste tendría los efectos de obligar al Ministerio Público a quien ha encargado la Constitución de ejercer la acción penal, a ejercerla y su obligación desplazaría al órgano de acusación de su ejercicio persecutorio, para entregarlo a la autoridad judicial, cosa que, a la luz del artículo 21 constitucional es inadmisibles, en la medida que la autoridad judicial sólo tiene una función juzgadora." ⁸⁷

"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 desistirse 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 por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley "; porque si bien prevee 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." ⁸⁸

"ACCION PENAL, DETERMINACION DEL MINISTERIO PUBLICO DE NO EJERCITAR LA. ESTA SUJETA AL CONTROL DE

⁸⁷ Jurisprudencia Visible al Semanario Judicial de la Federación. Novena Época. Segunda Parte. Pág 308.

⁸⁸ Tesis visible al Semanario Judicial de la Federación. Novena Época. Segunda Parte. Pág 448.

LEGALIDAD. La determinación del Ministerio Público de no ejercitar acción penal, en la actualidad no es legal por sí sola, pues a la fecha se adicionó un párrafo al artículo 21 constitucional en el que se dispone que la ley establecerá los casos en que podrán impugnarse las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio de la acción penal, y acatándose ese párrafo constitucional, el legislador del Estado de Baja California, por Decreto número 202 reformó el artículo 262 del Código de Procedimientos Penales, publicado en el Periódico Oficial número 52 del veinte de octubre de mil novecientos noventa y cinco, para quedar como sigue: "RESOLUCION DE NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.- Cuando en vista de las pruebas recabadas durante la averiguación previa, el Ministerio Público determine que no debe ejercitarse la acción penal por los hechos que fueron materia de acusación, el denunciante o querrelante ofendido podrá interponer el recurso de revisión ante el juez penal competente, en los diez días siguientes a la fecha en que se le haya hecho saber personalmente al interesado tal determinación mientras no se notifique dicha resolución, no correrá el término para interponer el recurso, pero sí la prescripción de la pretensión punitiva." Luego, como el precepto de referencia sujeta al control de legalidad las resoluciones de no ejercicio de la acción penal del Ministerio Público, éstas podrán ser reclamadas en el amparo indirecto que se promueva contra la sentencia en que el juez que conoció del recurso de revisión haya considerado legal dicha determinación. "89

* ACCION PENAL. REFORMAS AL ARTICULO 21 CONSTITUCIONAL. NO EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE LA, POR EL MINISTERIO PUBLICO ESTA SUJETO AL CONTROL DE LEGALIDAD Y EL AMPARO QUE AL RESPECTO SE PROMUEVA, AL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD.- Si bien es verdad que con motivo de las reformas que sufrió el artículo 21 constitucional a partir del treinta de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, el monopolio del ejercicio de la acción penal ya no es irrestricto sino que está sujeto al control de legalidad; también lo es que para que los particulares afectados con el no ejercicio o desistimiento de la acción penal por parte del Ministerio Público tengan acceso al juicio de garantías, es menester que cumplan previamente con el diverso principio de definitividad que los obliga a agotar los recursos ordinarios consignados en la ley correspondiente; de suerte que si el Congreso del Estado de Tamaulipas no ha legislado al respecto, la conducta del fiscal incide en la esfera de su responsabilidad y su control, por ahora, se rige por la vía política y no por la jurisdiccional." 90

89 Tesis Visible al Semanario Judicial de la Federación. Novena Epoca. Segunda Parte. Pág. 578.

90 Tesis XIX. 1o 2P. Visible al Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Epoca. Tomo IV. septiembre de 1996. Pág 588.

Actualmente, nuestro máximo Tribunal de Justicia ha resuelto la contradicción de tesis número 9/96, aprobando el 11 de noviembre de mil novecientos noventa y siete, la tesis jurisprudencial, 91/1997, llenando el vacío legal existente en el párrafo cuarto del artículo 21 Constitucional y que textualmente dice lo siguiente:

***ACCION PENAL, RESOLUCION DE NO EJERCICIO EMANADA DE UNA AUTORIDAD DEPENDIENTE DE LA PROCURADURIA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, ES UN ACTO MATERIALMENTE PENAL Y DEL JUICIO DE AMPARO QUE SE PROMUEVA EN SU CONTRA DEBE CONOCER UN JUEZ DE DISTRITO EN MATERIA PENAL.** El artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en su fracción I, dispone, entre otros supuestos, que los Jueces de Distrito de amparo en materia penal conocerán de los juicios de garantías que se promuevan "...contra actos de cualquier autoridad que afecten la libertad personal ". Ahora bien, como donde existe la misma razón debe existir la misma disposición, es válido interpretar en forma extensiva la fracción de mérito y sostener que la competencia también se surte cuando la sentencia que se dicte en el amparo pueda producir la consecuencia de afectar la libertad personal del tercero perjudicado que el caso de un juicio promovido en contra de una resolución de no ejercicio de la acción penal, lo sería por supuesto, el indiciado o inculpado. Aún cuando no todos los delitos se sancionan con la privación de la libertad, la afectación debe entenderse en sentido amplio, pues aún tratándose de delitos que se sancionan con pena alternativa o con pena no privativa de la libertad, la orden de comparecer a juicio y en su caso, el auto de sujeción a proceso que pudiera dictarse en el supuesto de que se ejerciera la acción penal por tales delitos con motivo de un juicio de amparo, de conformidad con el artículo 304 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, afectan la libertad de la persona, pues se le obliga a comparecer ante la autoridad que la requiere, aún cuando la restricción tenga el límite precario indispensable para el desahogo de las diligencias respectivas, tales como la declaración preparatoria, la identificación administrativa, entre otras. Por otro lado, interpretando en forma sistemática las fracciones del artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, con los artículos 19, 20, 21, primer párrafo, constitucionales; 94 a 108; 111 a 114; 118 a 121, 122, 124, 135, 136, 139, 140, 141, 144, 147, 152, 189, 191, 262, 268 bis y 273 entre otros, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; 13 y 15 del Código Penal para el Distrito Federal, se obtiene que si en el propio precepto 51 se contemplan las atribuciones de los Jueces de Distrito en los juicios de amparo para conocer de actos materialmente penales, la competencia de que se trata, no sólo se actualiza con fundamento en la fracción I antes examinada, sino en dicho numeral. En estas condiciones, si bien la naturaleza de la resolución de no ejercicio de la acción penal es por el órgano que la realiza, formalmente administrativa, por su naturaleza intrínseca es materialmente penal, por lo que la competencia para el conocimiento del juicio de amparo en su contra le corresponde a un Juez de Distrito en dicha materia, no sólo por la circunstancia de que la sentencia que llegara a dictarse pudiera afectar la libertad del tercero perjudicado, sino también

porque al tratarse de una resolución materialmente penal, la competencia se ubica en el propio numeral interpretando sus fracciones sistemáticamente. La interpretación de mérito respeta el principio de especialización que justifica la creación de tribunales especializados; y, por ende, el artículo 17 constitucional, en cuanto garantiza la expeditez en el fallo.

Contradicción de tesis 9/96.- Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito.- 26 de agosto de 1997.- Unanimidad de once votos.- Ponente: Genaro David Góngora Pimentel.- Secretaria: María Guadalupe Saucedo Zavala."

Los párrafos quinto y sexto del artículo 21 Constitucional son una reforma introducida en 1994. El primero de ellos dispone la seguridad pública y hace referencia a los principios que debieran normar la actividad de las instituciones policiales. Y en el párrafo sexto se propone erigir un sistema nacional de seguridad pública, considerado la necesaria coordinación entre las autoridades Federales, Estatales, Municipales y del Distrito Federal y se establece que esa coordinación quede regulada por una Ley.

V.4 Riesgo del abuso del poder al convertir al juez en parte.

Concepto de juez.l. "(Del latín iudex, juez). Es la persona designada por el Estado para administrar justicia, dotada de jurisdicción para decidir litigios. En nuestro medio la palabra juez puede tener dos significados: el primero de ellos y más general (en consecuencia diremos lato sensu) es aquél que lo referimos a todo funcionario titular de jurisdicción; juez, se dice, es el que juzga. Por otro lado y de manera más particular y precisa (por lo que diremos estricto sensu), juez es el titular de un juzgado, tribunal de primera instancia unipersonal." 91

Juez. " Funcionario del poder judicial en quien se delega el ejercicio de la potestad jurisdiccional del Estado. Es el encargado de la función pública de administrar justicia, quien mediante proceso y con imperium resuelve a través de sentencias que adquieren la calidad de cosa juzgada, los conflictos sometidos a su decisión. Es el principal promotor de la justicia, por lo cual se le debe reconocer su alta dignidad."92

El Mestro Sergio García Ramírez, cita a Alcalá Zamora el cual dice que las partes son: " los sujetos que reclaman una decisión jurisdiccional respecto a la pretensión que en el proceso se debate, en tanto que el juez es el órgano encargado de pronunciarse a favor de quien tenga razón, acerca de la demanda de protección jurídica que aquellas le hayan dirigido." 93

Igacio Burgoa, dice que parte: " Es toda persona a quien la ley da facultad para deducir una acción, oponer una defensa en general o imponer cualquier recurso o a cuyo favor o contra quien va a operarse la actuación concreta de la Ley, se reputa "parte", sea en un juico principal sea en un incidente. "94

En el proceso inquisitivo, la investigación unilateral de la verdad se antepone ante todo. El órgano jurisdiccional tiene tal preponderancia que en él se concentran las funciones de acusar, juzgar y defender, que caracterizan el proceso.

Cipriano Gómez Lara, manifiesta: " El proceso inquisitorial, es característico de los regimenes absolutistas anteriores a la revolución francesa. Aquí, el Juez ejerce el poder que le ha sido transmitido o delegado por el soberano, sin ninguna limitación; además de ser el juzgador, es también un investigador con amplios poderes e inclusive un acusador. Todo esto nos hace pensar que se rompe la triangularidad, característica esencial del proceso y, por ello, se cree que en el llamado proceso inquisitorial en rigor no hay tal proceso, ni mucho menos habría desempeño, por parte del Estado, de una genuina función jurisdiccional. En materia penal, este tipo de

91 Instituto de Investigaciones Jurídicas. Op. Cit. Pág 1843

92 Díaz de León, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa, S.A. Primera Edición, México 1986. Pág 1001

93 García Ramírez, Sergio. Op. Cit. Pág 115

94 Burgoa Orihuela, Ignacio. El Juicio de Amparo. Editorial Porrúa, S.A. Vigésima Novena Edición. México 1992. Pág. 329.

procesos, presume la culpabilidad y no la inocencia. Es decir, el acusado, debe de probar que es inocente, y no, por el contrario, debe probarse la acusación. En general, el proceso inquisitorial entraña un amplísimo poder de los órganos del Estado y muy limitadas posibilidades de actividad de los particulares frente al orden estatal. " 95

Características del sistema Inquisitorio:

" I.- En relación con la acusación:

a) El acusador se identifica con el Juez. Los actos de acusación y de decisión, residen en el juzgador, para quien no existen limitaciones respecto a las medidas conducentes y a las investigaciones que le permiten una amplísima información sobre los hechos.

b) La acusación es oficiosa. El Juez procede de oficio u oficialmente, por denuncia secreta.

c) La prueba está tasada en su valor, en otros términos, en la valoración de la prueba rige el sistema legal positivo; la confesión del reo es llamada la reina de las pruebas: a nadie se le podía condenar si no se había obtenido una completa confesión y para lograrla se usaban toda clase de medios, incluso el tormento.

II.- En relación con la defensa:

a) La defensa se encuentra entregada al juez. El Juez tiene un poder absoluto de impulsación e investigación, es el director único del proceso, mientras el acusado sufre refinadas torturas y carece total o parcialmente del derecho de defensa.

b) El acusado no puede ser patrocinado por un defensor y.

c) La defensa es limitada.

III.- En relación con la decisión.

a) La acusación, la defensa y la decisión se concentran en el Juez. El juez es un técnico, un funcionario nombrado por la autoridad pública. Representa al Estado y es superior a las partes. El juez no es elegido por el sufragio,

⁹⁵ Gómez Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso. Editorial Harla. Octava Edición. México 1990. Págs 76-77.

surge de la suerte, es nombrado por el Estado en razón de su capacidad técnica. El proceso es una encuesta técnica que tiende a descubrir la verdad sustancial, por lo cual, aunque el ofendido o el acusador se desista, el juicio debe continuar hasta su término; ni el desistimiento del Ministerio Público cuando éste organismo se incorpore al sistema suspende el juicio.

b) El Juez tiene una amplia discreción dentro de las pruebas que señala la Ley. El juez no es un espectador inerte y pasivo, como en el proceso acusatorio. Tiene iniciativa propia y poderes discrecionales para investigar.

c) No hay conflicto entre partes, por lo mismo que el proceso es una investigación técnica del juez, y por ello su fallo es susceptible de recurso de apelación.

En lo que atañe a las formas de expresión, prevalece lo escrito sobre lo oral y la instrucción y el juicio son secretos." ⁹⁶

Rivera Silva, manifiesta: " En el sistema inquisitivo predomina el interés social sobre el interés particular. No espera la iniciativa privada para poner en marcha la maquinaria judicial. Oficiosamente principia y continúa todas las indagaciones necesarias. Es de señalarse como dato importante el fuerte vigor que adquiere la teoría general de la prueba la cual engendra el tormento. En efecto, en tanto que el valor probatorio esta rigurosamente tasado, se busca sin desmayo una prueba plena(por ejemplo, la confesión utilizándose para ello el tormento). ⁹⁷

En el proceso inquisitivo, existe la libre investigación judicial, en consecuencia, el juez esta facultado para iniciarlo de oficio y para allegarse todos los medios de prueba que estime convenientes o necesarios.

En el proceso inquisitivo se reúnen en un sólo organismo, el juez y acusador y el Ministerio Público fue instituido para subsanar este inconveniente.

En México, con el artículo 21 de la Constitución de 1917, se quiso terminar con el sistema inquisitivo que imperaba.

En efecto de acuerdo a la legislación expedida bajo la Constitución de 1857, la función de Policía Judicial, no existía como organismo independiente y era ejercida por los Jueces quienes se convertían en verdaderos acusadores en perjuicio de los procesados.

Los jueces tenían la facultad no sólo de imponer las penas previstas para los delitos, sino de investigar y acusar de los mismos. Así, el juez de instrucción también realizaba funciones de jefe de la Policía Judicial, pues intervenía directamente en la investigación de los hechos delictuosos.

⁹⁶ Enciclopedia Jurídica Orbea. Tomo XXIII. Editorial Bibliográfica Argentina 1967. Pag 265

⁹⁷ Rivera Silva, Manuel. Op. Cit. Pág 183

En esa época se podían presentar las denuncias directamente al Juez, quien estaba facultado para actuar de inmediato, sin que el Ministerio Público le hiciera petición alguna. En tales condiciones, el Juez tenía en sus manos la facultad de investigar, acusar, acumular pruebas, y juzgar a los procesados, tenían un poder ilimitado.

El Constituyente de 1916-1917, consideró que la reestructuración y funcionamiento del Ministerio Público era primordial para nuestro sistema penal, por los antecedentes y excesos de poder de los jueces de esos tiempos. Contra este injusto sistema se alzó entre todas las voces la de Venustiano Carranza, el cual conciente de la trascendencia de la novedad que proponía, asentó en la exposición de motivos del proyecto que presentó a la Asamblea del Congreso Constituyente que expidió la Constitución de 1917, las siguientes palabras: "...pero la reforma no se detiene allí, sino que propone una innovación que de seguro revolucionará completamente el sistema procesal que durante tanto tiempo ha regido en el país, no obstante todas sus imperfecciones y deficiencias. Las leyes vigentes, tanto en el orden federal como en el común, han adoptado la Institución del Ministerio Público, pero tal adopción ha sido nominal, porque la función asignada a los representantes de aquél tiene un carácter decorativo para la recta y pronta administración de justicia. Los jueces mexicanos han sido, durante el período corrido desde la consumación de la Independencia hasta hoy, iguales a los jueces de la época colonial: ellos son los encargados de averiguar los delitos y buscar las pruebas, a cuyo efecto siempre se han considerado autorizados para emprender verdaderos asaltos contra los reos, para obligarlos a confesar, lo que, sin duda alguna, desnaturaliza las funciones de la judicatura. La sociedad entera recuerda horrorizada los atentados cometidos por jueces que, ansiosos de renombre, veían con positiva fruición que llegase a sus manos un proceso que les permitiera desplegar un sistema completo de opresión, en muchos casos contra personas inocentes, y en otros contra la tranquilidad y el honor de las familias, no respetando, en sus inquisiciones, ni las barreras mismas que terminantemente establecía la ley. La misma organización del Ministerio Público, a la vez que evitará ese sistema procesal tan vicioso, restituyendo a los jueces toda la dignidad y toda la respetabilidad de la magistratura, dará al Ministerio Público toda la importancia que le corresponde, dejando exclusivamente a su cargo la persecución de los delitos, la busca de los elementos de convicción, que ya no se hará por procedimientos atentatorios y reprobados, y la aprehensión de los delincuentes. Por otra parte, el Ministerio Público, con la Policía Judicial represiva a su disposición, quitará a los presidentes municipales y a la policía común, la posibilidad que hasta hoy han tenido de aprehender a cuantas personas juzgan sospechosas, sin más mérito que su criterio particular. Con la institución del Ministerio Público, tal como se propone, la libertad individual quedará asegurada; porque según el artículo 16, nadie podrá ser detenido sino por orden de la autoridad judicial, la que no podrá expedirse sino en los términos y con los requisitos que el mismo artículo exige."

Castro Juventino, nos dice: " En el informe a la Asamblea del C. Primer Jefe, Venustiano Carranza al tratar este punto, explica cómo la investigación de

los delitos por parte de los jueces había creado la llamada confesión con cargos, estableciendo una situación insostenible, ya que estos funcionarios judiciales en su afán de notoriedad ejercían verdaderas arbitrariedades y en cambio el Ministerio Público era una figura decorativa que no ejercía la función para la que fue creado y pugnaba por situar a cada quien en el lugar que le correspondía, quitándole al Juez la facultad de policía judicial y de acusador que hacía los cargos para arrancar la confesión a los reos." 98

Castro Juventino, también señala: "Expresamente don Venustiano Carranza, en su proyecto de Constitución, indica que los órganos jurisdiccionales deben dejar de actuar como juez y parte; fortalece y automatiza al Ministerio Público, y adscribe a nuestro sistema penal al principio que se rige bajo el sistema acusatorio, es decir que se diferencian totalmente el órgano investigador-acusador, del órgano sentenciador. De ahí el sentido actual del artículo 21 Constitucional." 99 Situando a cada quien en el lugar que le corresponde.

El Maestro Ignacio Burgoa, señala: "Así se expresaba Don Venustiano Carranza en el proyecto de Reformas Constitucionales que presentó al Congreso de Querétaro. Sin duda alguna, las razones para convertir al Ministerio Público en institución constitucional son evidentes e inobjetables, toda vez que tendieron a colocar a la Judicatura en la situación de imparcialidad y dignidad funcionales que le corresponde, pues mientras al Ministerio Público no se le consideró como titular exclusivo de la acción penal, previa la facultad investigatoria de los delitos, aquélla estaba en manos de particulares, como acaecía en Roma, teniendo los Jueces funciones inquisitivas, circunstancias que desvirtuaban considerablemente su noble y elevada misión de Juzgar constituyéndose a la vez en acusadores y sentenciadores de los inculpadados, pudiendo hasta iniciar un procedimiento penal sin que previamente se hubiese formulado la acusación correspondiente." 100

* Los debates del Congreso Constituyente durante los días 2 a 13 de enero de 1917, se centraron en las funciones persecutorias del Ministerio Público y en la creación de la policía Judicial, como organismo de investigación bajo el mando inmediato del primero, tomándose como modelo según la extensa explicación de José Natividad Macías el 5 de enero de 1917, a la organización del Ministerio Público Federal (attorney general), de los Estados Unidos y a la policía bajo su mando directo, por lo que el objetivo del precepto constitucional consistía en otorgar una verdadera participación al Ministerio Público en la investigación de los delitos y en el ejercicio de la acción penal, para evitar los abusos de los jueces porfirianos, constituidos en acusadores al ejercer funciones de policía judicial, como se denunciaba en la exposición de motivos. * 101

Se señala así en el artículo 21 Constitucional, un determinado

98 Castro Juventino, V. Op. Cit. Pág 12

99 Castro Juventino, V. Op. Cit. Pág 49

100 Burgoa Orihuela, Ignacio. Op. Cit. Pág 660

101 Instituto de Investigaciones Jurídicas. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada. UNAM. Primera Edición, México 1985. Pág 55

campo funcional penal al Ministerio Público, que no va poder ser llenado por el particular, ni por el juez, ya que la preocupación de los Constituyentes de 1917, en este punto inspirada por las ideas de Venustiano Carranza, fue evitar que los jueces al mismo tiempo que ejerzan sus funciones soberanas propias, persigan los delitos, lo cual los convertía así en Juez y parte, establecía una situación insostenible, ya que estos funcionarios judiciales en su afán de notoriedad ejercían verdaderas arbitrariedades, y en cambio el Ministerio Público era una figura decorativa que no ejercía la función para la que fue creado.

Fue así como cambio radicalmente el sistema que hasta entonces había imperado, estableciéndose una garantía de seguridad jurídica la cual le otorga al Ministerio Público la titularidad de la acción penal, es decir, en virtud de dicho artículo constitucional, sólo el Ministerio Público puede investigar, perseguir los delitos (auxiliándose con la policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato) y acusar de los mismos, llevando la acusación adelante en el proceso, impidiendo que el particular u otras autoridades ejerciten la acción penal, consecuentemente con esta garantía queda eliminado el proceder oficioso inquisitivo del juez, quien no puede actuar; en el esclarecimiento de los delitos y en la determinación de la responsabilidad penal de sus autores, sin previa acusación del Ministerio Público. Asimismo, según tal garantía el ofendido por un delito debe ocurrir a la institución del Ministerio Público Federal o Local en sus respectivos casos, para que se le haga justicia, esto es, para que se le imponga al autor del hecho delictivo la pena correspondiente y se le condene a la reparación del daño causado.

Nuestro máximo Tribunal de Justicia, estableció el siguiente criterio jurisprudencial:

"ACCION PENAL. Corresponde su ejercicio al Ministerio Público y a la policía judicial, que debe estar bajo la autoridad de mando de aquél. Una de las más trascendentales innovaciones hechas por la Constitución de 1917, a la organización judicial, es la de que los jueces dejen de pertenecer a la policía judicial, para que no tenga el carácter de jueces y partes encargados, como estaban antes de la vigencia de la Constitución, de decidir sobre la responsabilidad penal y allegar, de oficio, elementos para fundar el cargo."

La reforma de 1994, al artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, específicamente la adición del párrafo cuarto, en relación a que las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley, nulifica los propositos que tuvo el congreso constituyente de 1917, en virtud de que ha desaparecido el monopolio y la facultad del Ministerio Público para resolver con autonomía, si se han satisfecho, conforme a la ley, las condiciones determinantes del ejercicio de la acción penal.

CONCLUSIONES:

1.- En Francia, es donde nace en forma decisiva la institución del Ministerio Público y se precisan algunas de sus características, como son dependencia del poder Ejecutivo y se considera representante directo de la sociedad en la persecución de los delitos.

2.- En México, los Jueces Porfirianos no solo tenían la facultad de juzgar e imponer las penas previstas para los delitos, sino de perseguir éstos que los convertía así en juez y parte, rompiendo con la trílogía procesal, estableciéndose así una situación insostenible en virtud de que tenían un poder ilimitado y el Ministerio Público era una figura decorativa que no ejercía la función para la que fue creado.

3.- En la Constitución de 1917, se reconoce en el artículo 21 el monopolio de la acción penal por el Estado, encomendando su ejercicio al Ministerio Público, por lo que el objetivo del precepto constitucional fue la de otorgar autonomía y una verdadera participación a dicha institución en la investigación y en el ejercicio de la acción penal, es decir, en la función persecutoria con la finalidad de evitar que los jueces al mismo tiempo que ejerzan sus funciones soberanas propias, continuarán persiguiendo los delitos, con su proceder oficioso inquisitivo y para que ya no pudiesen actuar en el esclarecimiento de los mismos, así como en la determinación de la responsabilidad penal, sin previa acusación del Ministerio Público.

4.- El artículo 21 Constitucional, establece como atribución principal del Ministerio Público la investigación y persecución de los delitos, consecuentemente se le confiere el ejercicio de la acción penal en exclusiva sin intervención de otras autoridades, ni del ofendido por el delito, estableciéndose así una garantía específica de seguridad jurídica.

5.- Con la adición del párrafo cuarto al artículo 21 Constitucional, en relación a que las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley, desaparece el monopolio y la facultad de dicha institución, para resolver con autonomía de decisión si se han satisfecho, conforme a la ley, las condiciones determinantes del ejercicio de la acción penal.

6.- El párrafo cuarto del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es contrario al espíritu del mismo artículo, en virtud de que al impugnarse las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio de la acción penal, a través del juicio de amparo y en su caso admitirlo y en su momento concederse éste, tendrá los efectos de obligar al Ministerio Público a quien ha

encargado la Constitución de ejercer la acción penal a ejercerla y su obligación desplazaría al órgano de acusación de su ejercicio persecutorio, para entregarlo a la autoridad judicial, lo que a la luz del artículo referido es inadmisibles, en la medida de que la autoridad judicial tiene una función juzgadora, nulificando con esto los propósitos que tuvo el Congreso Constituyente de 1917, ya que el Ministerio Público continuaría con el carácter puramente decorativo en la administración de justicia, por lo que el ejercicio de la acción penal ya no estaría encomendada exclusivamente a él.

7.- Es apremiante que los legisladores reformen el párrafo cuarto del artículo 21 Constitucional y lo modifiquen en el sentido de que no sea la vía jurisdiccional, sino la vía administrativa a través de la cual se impugnen las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio de la acción penal y se instituya un órgano especial colegiado que actúe como autoridad, que dependa de la Administración Pública y no de las Procuradurías, integrado con personal honesto y muy capacitado y ante el cual el denunciante, querellante u ofendido pueda impugnar a través de un recurso de revisión, la resolución del Ministerio Público sobre el no ejercicio de la acción penal en un plazo de diez días contados a partir del día siguiente de que le sea notificada personalmente la misma y el cual se resolverá en un término prudente, teniendo como efectos, la revocación de la resolución del no ejercicio de la acción penal si considera que se encuentran integrados los requisitos fundamentales para el ejercicio de la acción penal, ordenando al Ministerio Público que la ejercite, o bien, si considera que en la averiguación previa existen diligencias pendientes por practicar, ordenar al Ministerio Público que las realice o confirmar la resolución de no ejercicio de la acción penal. Esto es con la finalidad de erradicar de nuestro sistema de justicia la impunidad, la corrupción, así como también para garantizar mayor legalidad, transparencia e imparcialidad en la resolución de no ejercicio de la acción penal y evitar la invasión de funciones de los poderes públicos del Estado.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Arilla Bas, Fernando.- El Procedimiento Penal en México, Editorial Porrúa, S.A. décima sexta edición, México 1996.
- 2.- Burgoa Orihuela, Ignacio.- Las Garantías Individuales, Editorial Porrúa, S.A. vigésima séptima edición, México 1995.
- 3.- Carrancá y Trujillo, Raúl.- Derecho Penal Mexicano, Parte General, Editorial Porrúa, S.A. tercera edición, México 1996.
- 4.- Castellanos Fernando.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, Editorial Porrúa, S.A. trigésima quinta edición, México 1994.
- 5.- Castro Juventino V.- El Ministerio Público en México Funciones y Disposiciones, Editorial Porrúa, S.A. octava edición, México 1994.
- 6.- Colín Sánchez, Guillermo.- Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa, S.A., décimo quinta edición México 1995.
- 7.- Franco Sodi, Carlos.- El Procedimiento Penal Mexicano, Editorial Porrúa, S.A. segunda edición. México 1995.
- 8.- García Ramírez, Sergio.- Curso de Derecho Procesal Penal, Editorial Porrúa, S.A. México 1989.
- 9.- García Ramírez Sergio.- El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano, la reforma de 1993-1994, segunda edición, México 1995.
- 10.- García Ramírez, Sergio.- Derecho Procesal Penal, Editorial Porrúa, S.A., tercera edición, México 1980.
- 11.- García Ramírez, Sergio y Adato de Ibarra Victoria.- Prontuario del Proceso Penal Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., séptima edición, México 1993.
- 12.- Gómez Lara, Cipriano.- Teoría General del Proceso, Colección Textos Jurídicos Universitarios, octava edición, México 1990.
- 13.- González Bustamante, Juan José.- Principios de Derecho Procesal Penal, Editorial Porrúa, S.A., novena edición, México 1988.
- 14.- Oronoz Santana, Carlos M.- Manuel de Derecho Procesal Penal, tercera edición, Editorial Limusa, S.A. DE C.V., México, 1993.
- 15.- Osorio y Nieto, César Augusto.- La Averiguación Previa, Editorial Porrúa, S.A. séptima edición, México 1994.

16- Rivera Silva, Manuel.- El Procedimiento Penal, Editorial Porrúa, S.A., vigésima tercera edición, México, 1994.

17- Mancilla Ovando, Jorge Alberto.- Las Garantías Individuales y su aplicación en el Proceso Penal, Editorial Porrúa, S.A., sexta edición, México 1996.

18- Pallares Eduardo.- Prontuario de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa, S.A., décima segunda edición, México 1991.

DICCIONARIOS

1.- Instituto de Investigaciones Jurídicas.- Diccionario Jurídico Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., Octava Edición, México 1995.

2.- De Pina Rafael.- Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, S.A., Décima Segunda Edición, México 1996.

3.- Díaz de León, Marco A.- Diccionario de Derecho Procesal Penal, Editorial Porrúa, S.A., Segunda Edición, México 1989.

LEYES Y CODIGOS

1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

2.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., México 1985.

3.- Emilio O. Rabasa, Gloria Caballero.- Mexicanos: ésta es tu Constitución. Grupo Editorial Miguel Angel Porrúa. Texto vigente 1996, México 1996.

4.- Código Federal de Procedimientos Penales.

5.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

6.- Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

7.- Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia para el Distrito Federal.