

00721
14 A



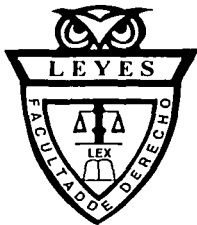
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

"EFECTOS DEL NO EJERCICIO DE LA ACCION
PENAL EN EL DISTRITO FEDERAL"

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
VICTOR AGUIRRE REVELES

ASESOR: DR. JUAN ANDRES HERNANDEZ ISLAS



MEXICO, D.F.

2003



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

B

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/210/SP/09/03
ASUNTO: APROBACION DE TESIS



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

El alumno AGUIRRE REVELES VICTOR, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del DR. JUAN ANDRES HERNANDEZ ISLAS, la tesis profesional intitulada "EFECTOS DEL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL EN EL DISTRITO FEDERAL" que presentará como trabajo recepcional para obtener el titulo de Licenciado en Derecho.

El profesor DR. JUAN ANDRES HERNANDEZ ISLAS, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "EFECTOS DEL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL EN EL DISTRITO FEDERAL" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno AGUIRRE REVELES VICTOR.

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

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

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 24 de septiembre de 2003.

LIC. JOSE PABLO PATINO Y SOUZA.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO PENAL

C

**A LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNAM:**

por haber tenido la oportunidad de formar parte de esta importante institución, en la que adquirí los conocimientos y la educación que me lleven a ser un buen profesionista y una mejor persona.

D

**AL MAESTRO JUAN ANDRÉS
HERNÁNDEZ ISLAS:**

gracias por su paciencia, sus consejos y su
atinada asesoría, sin lo cual no habría
conseguido culminar el presente trabajo.

**A MIS PADRES, TERESA REVELES
Y JESÚS AGUIRRE:**

porque gracias a su esfuerzo y a la formación que me dieron logré uno de los objetivos más importantes de mi vida y que sé esperaban con impaciencia, el llegar a ser un profesionalista.

7

A MIS HERMANAS Y HERMANOS:
deseando que siempre permanezcamos
unidos a pesar de las adversidades, y que
cumplan sus objetivos personales y
profesionales.

G

A UNA PERSONA MUY ESPECIAL:
por el cariño que me has demostrado a lo
largo de todo este tiempo, por tu paciencia y
tu importante apoyo durante la elaboración
de este trabajo, gracias *ROSS*.

11

EFFECTOS DEL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL EN EL DISTRITO FEDERAL

INTRODUCCION..... 1

CAPITULO I

NOCIONES GENERALES DE LA ACCION PENAL

1.1 Concepto de Acción	4
1.2 Concepto de Acción Penal.....	5
1.3 Diferencia entre Acción Penal y Pretensión Punitiva.....	8
1.4 Titularidad de la Acción Penal.....	11
1.5 Caracteres de la Acción Penal.....	12
1.6 Presupuestos de la Acción Penal	20
1.7 La Averiguación Previa	20
1.7.1 Concepto	20
1.7.2 Cuerpo del Delito	24
1.7.2.1 Elementos Objetivos	25
1.7.2.2 Elementos Normativos	30
1.7.2.3 Elementos Subjetivos.....	31
1.7.3 Probable Responsabilidad Penal	32
1.7.3.1 Culpabilidad	33
1.7.4 Conclusión de la Averiguación Previa.....	36
1.7.4.1 Ejercicio de la Acción Penal	36
1.7.4.2 No Ejercicio de la Acción Penal.....	37
1.7.4.3 Incompetencia.....	40

CAPITULO II

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA ACCION PENAL

2.1 La Venganza Privada 41

2.2 Derecho Romano 42

2.3 Derecho Italo-Canónico 46

2.4 La Acción Penal en Francia 46

2.5 El Sistema Inglés 48

2.6 Derecho Español 49

2.7 La Acción Penal en México..... 50

CAPITULO III

REGULACION JURIDICA DE LA ACCION PENAL EN EL DISTRITO FEDERAL

3.1 Fundamentos Constitucionales para Investigar y Perseguir los Delitos.. 60

3.2 Estatuto de Gobierno del Distrito Federal y Ley Orgánica de la
 Administración Pública del Distrito Federal..... 70

3.3 Regulación Jurídica de la Averiguación Previa 72

3.4 Determinación de la Averiguación Previa 77

 3.4.1 Ejercicio de la Acción Penal 78

 3.4.1.1 Ejercicio de la Acción Penal Sin Detenido 79

 3.4.1.2 Ejercicio de la Acción Penal Con Detenido 81

 3.4.1.3 Declaración Preparatoria 82

 3.4.1.4 Auto de Plazo Constitucional 83

 3.4.2 No Ejercicio de la Acción Penal 91

 3.4.2.1 No Ejercicio de la Acción Penal Temporal 95

 3.4.2.2 No Ejercicio de la Acción Penal Definitivo 96

 3.4.3 Incompetencia..... 107

J

CAPITULO IV

EFFECTOS DEL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL Y MEDIOS PARA IMPUGNARLO

4.1 Efectos del No Ejercicio de la Acción Penal en la Procuración de Justicia	110
4.2 Efectos Sobre el Procedimiento Penal	115
4.3 Recurso Administrativo de Inconformidad	118
4.4 Impugnación Mediante el Juicio de Amparo	122
CONCLUSIONES	149
PROPUESTA	154
BIBLIOGRAFIA	158

INTRODUCCION

El tema del no ejercicio de la acción penal ha sido ampliamente tratado y debatido; se ha abordado su estudio principalmente desde el ámbito de facultades del Ministerio Público, su historia y evolución de esta institución, mucho se ha dicho acerca de que el ejercicio de la acción penal es un poder-deber del Ministerio Público, es decir, una obligación cuando se encuentran reunidos los elementos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado.

Sin embargo, las modificaciones sufridas por el artículo 21 de la Constitución que entraron en vigor el 1° de enero de 1995, por las que se estableció la posibilidad de impugnar por vía jurisdiccional las determinaciones de no ejercicio de la acción penal, dieron lugar a un nuevo debate acerca de cuál es la vía idónea para llevar a cabo esa impugnación.

Después de haber transcurrido varios años sin que se estableciera en la legislación del Distrito Federal, al igual que en la mayoría de las entidades federativas alguna reglamentación de esa disposición constitucional, y al cabo de que fueron promovidos diversos juicios de amparo reclamando ese tipo de determinaciones, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció criterios en los que se define que la vía constitucional de amparo es la idónea para impugnar esas resoluciones, mientras no se estableciera en la ley, la reglamentación respectiva.

Derivado de estos criterios y de la falta de regulación por parte del legislador ordinario, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 9 de junio de 2000, el cual entró en vigor al día siguiente, el Congreso de la

Unión decidió establecer expresamente en la Ley de Amparo la procedencia del juicio bi-instancial, para impugnar las decisiones de no ejercicio de la acción penal.

Con la nueva disposición legal aparentemente quedó superado el problema, pues no se ha cuestionado la eficacia de tan prestigiada institución jurídica para revisar la legalidad de las determinaciones que toma el Ministerio Público; empero, desde hace aproximadamente tres años en que han estado vigentes estas disposiciones, los tribunales de la Federación, incluido el Máximo Tribunal del país, han establecido diversos criterios que si bien resultan acordes con la técnica y los principios que rigen el Juicio de Garantías, motivan dudas sobre los alcances y la eficacia de las sentencias de amparo, para controlar la legalidad de aquellos actos.

Nuestra intención a través del presente trabajo, es la de establecer los principios que rigen el ejercicio y las razones que motivan el no ejercicio de la acción penal, para determinar si el juicio de amparo es en realidad la vía adecuada para controlar las decisiones del Ministerio Público de no ejercicio de la acción penal.

Por esa razón, no nos detenemos en debates que actualmente se encuentran superados, como el decidir si el ejercicio de la acción penal es una obligación o una facultad discrecional del Ministerio Público, o si sus determinaciones de no ejercicio deben sujetarse al control de la legalidad mediante alguna autoridad judicial, sino que nuestro principal interés radica en determinar cuál es el mecanismo más adecuado para lograr ésta última finalidad.

En ese sentido, la presente investigación se encuentra dividida en cuatro capítulos, en el primero se analizan los conceptos fundamentales que tienen relación con la acción penal. En el segundo capítulo se aborda la historia de esta figura de primordial importancia para el derecho penal.

El capítulo tercero proporciona un marco legal de la acción penal y su no ejercicio, y en el capítulo cuatro se analizan las consecuencias que origina el no ejercer de la acción penal en el campo de la procuración de justicia, así como los medios para impugnarlo a través del recurso administrativo de inconformidad y el juicio de amparo, para finalmente culminar la obra con una propuesta derivada de la observación de este fenómeno jurídico.

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES DE LA ACCIÓN PENAL

1.1 CONCEPTO DE ACCIÓN.

Al referirse a este concepto, el diccionario jurídico señala: "Si bien dicho vocablo posee varias acepciones jurídicas, la más importante y que le otorga un sentido propio es la que se refiere a su carácter procesal. Dicha acción procesal puede concebirse como el poder jurídico de provocar la actividad de juzgamiento de un órgano que decida los litigios de intereses jurídicos."¹

De acuerdo con el procesalista mexicano José Ovalle Favela, la acción se define como "el derecho subjetivo procesal que se confiere a las personas para promover un juicio ante el órgano jurisdiccional, obtener una sentencia sobre una pretensión litigiosa y, lograr, en su caso, la ejecución forzosa de dicha resolución."

"Este derecho para promover un juicio comprende tanto el acto de iniciación del proceso (acusación o consignación en el derecho procesal penal, o la demanda en las demás disciplinas procesales), los actos que correspondan a la parte actora para probar los hechos y demostrar el fundamento jurídico de su pretensión, así como para impulsar el proceso hasta obtener la sentencia y eventualmente su ejecución. Este derecho también incluye los actos de impugnación de las actuaciones o las resoluciones adversas a los intereses del actor."²

¹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo I. Editorial Porrúa-UNAM. México, 1998. p. 36.
² OVALLE FAVELA José, Teoría General del Proceso. 5ª ed. Editorial Oxford University Press. México, 2001. pp. 159 y 160.

La anterior definición es válida para cualquier rama del derecho, pues la acción como concepto fundamental del derecho procesal, actualmente se considera autónoma al derecho material o sustantivo que se pretende hacer valer a través del proceso.

Como puede advertirse, el derecho de acción comprende todos los actos llevados a cabo por la parte que promueve la actuación de la jurisdicción tendientes a obtener una sentencia, y en su caso, su ejecución.

Dada la amplitud del término a que hemos aludido, es conveniente precisar que, de acuerdo con el tema que es objeto de estudio en el presente trabajo, nos referiremos a la acción penal entendida como el primer acto con el que se ejerce ese derecho por parte del Ministerio Público en el proceso penal, es decir, a la consignación de la averiguación previa ante el juez penal.

1.2 CONCEPTO DE ACCIÓN PENAL.

El Instituto de Investigaciones Jurídicas define la acción penal como "la que ejercita el Ministerio Público ante el juez competente para que se inicie el proceso penal y se resuelva sobre la responsabilidad del inculcado, y en su caso se aplique la pena o la medida de seguridad que corresponda. La doctrina procesal mayoritaria ha establecido que la acción procesal es única ya que está consagrada por el artículo 17 de la Constitución para todas las ramas del enjuiciamiento, por lo que, cuando se habla de acción penal en realidad se pretende significar que dicha acción tiene como contenido pretensiones de carácter punitivo."³

Para el jurista italiano Eugenio Florián, acción penal se define como "el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una

³ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *op. cit.*, pp. 47 y 48.

determinada relación de derecho penal. Paralelamente la acción penal consiste en la actividad que se despliega con tal fin. La acción penal domina y da carácter a todo el proceso: lo inicia y lo hace avanzar hasta su meta (la sentencia)."⁴

Sostiene además Florian que "el fin de la acción penal no es hacer que se llegue a una condena, sino el hacer que se determine la verdad a propósito de un delito que se dice cometido y que se inculpa a una determinada persona."⁵

En tanto el tratadista también italiano, Giovanni Leone, expone que "Por su particular función y sus particulares aspectos, la acción penal se presenta a una primera visión empírica como la actividad de un órgano del Estado encaminada a obtener una decisión del juez penal en relación a un hecho que constituye delito y que se supone cometido por alguien."⁶

Concluye este autor diciendo que "*la acción penal debe definirse como el requerimiento por parte del Ministerio Público de una decisión del juez sobre una notitia criminis, que tiene como contenido un hecho determinado correspondiente a una hipótesis penal.*"⁷

Manzini citado por el mismo Leone, define: "la acción penal es la actividad procesal del Ministerio Público dirigida a obtener del juez una decisión en mérito a la pretensión punitiva del Estado, proveniente de un delito."⁸

Garraud, al ser aludido por el penalista Sergio García Ramírez, señala a la acción penal como "el recurso ante la autoridad judicial ejercitado en nombre y en

⁴ FLORIÁN Eugenio, Elementos de Derecho Procesal Penal, trad. L. Prieto Castro. 2ª ed. Editorial Bosch. España, 1931. p. 173.

⁵ *Idem*.

⁶ LEONE: Giovanni, Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I. Doctrinas Generales, trad. Santiago Senís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Argentina, 1961. pp. 118 y 119.

⁷ *Ibidem*, pp. 129 y 130.

⁸ *Ibidem*, p. 122.

interés de la sociedad para llegar a la comprobación del hecho punible, de la culpabilidad del delincuente y la aplicación de las penas establecidas por la ley."⁹

En tanto que el jurista Walter Guerrero Vivanco, nos dice que la acción penal es "la institución del orden público y procesal establecida por el Estado, a través de la cual el Ministerio Público... puede llevar a conocimiento de la función jurisdiccional competente, el cometimiento de un ilícito, a fin de que el órgano competente inicie el proceso en contra del supuesto infractor."¹⁰

Refiere el maestro Carlos Franco Sodi que la acción penal "consiste en el conjunto de actos regulados legalmente y que debe ejecutar el órgano de la acción en uso del poder jurídico en que ésta consiste, con el propósito de obtener de los tribunales, en cada caso concreto, la aplicación de la ley penal."¹¹

A su vez Eduardo Pallares apunta que "la acción penal es una acción pública ejercitada en representación del Estado por el Ministerio Público, y cuyo objeto es obtener la aplicación de la ley penal."¹²

De igual manera, el penalista Hernández Acero, que cita en su obra el Licenciado Carlos Barragán Salvatierra, señala que la acción penal es "el derecho-obligación que tiene el Ministerio Público en exclusiva para, mediante el pliego de consignación, plantearle al órgano jurisdiccional penal una situación de derecho penal concreta, con la finalidad de que la conozca y jurídicamente la resuelva."¹³

Por su parte, Leopoldo de la Cruz Agüero estima que la acción penal es "el derecho que incumbe al Ministerio Público en sus funciones como representante

⁹ GARCÍA RAMÍREZ Sergio, Curso de Derecho Procesal Penal. 5ª ed. Editorial Porrúa S.A. México, 1989. p. 200.

¹⁰ GUERRERO V. Walter, Derecho Procesal Penal, Tomo II, La Acción Penal. Editorial Universitaria. Ecuador, 1978. p. 106.

¹¹ FRANCO SODI Carlos, El Procedimiento Penal Mexicano. 3ª ed. Editorial Porrúa S.A. México, 1946. p. 23.

¹² PALLARES Eduardo, Prontuario de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa, México, 1961. p. 9.

¹³ BARRAGÁN SALVATIERRA Carlos, Derecho Procesal Penal. Editorial McGraw-Hill. México, 1999. p. 49.

de la sociedad, el cual ejercita ante los órganos jurisdiccionales, en la primera fase del Procedimiento Penal, solicitando la radicación de la causa en contra de un presunto responsable, se decreta el auto de formal prisión, en caso de estar detenido, o la correspondiente orden de aprehensión si está fuera de la acción de la justicia, así como la reparación del daño en caso de que se hayan causado a consecuencia de la comisión del ilícito.”¹⁴

Otro tratadista mexicano, Fernando Arilla Bas, la define como “el poder jurídico del propio Estado de provocar la actividad jurisdiccional con objeto de obtener del órgano de ésta una decisión que actualice la punibilidad formulada en la norma respecto de un sujeto ejecutor de conducta descrita en ella...”¹⁵

Las anteriores definiciones nos permiten concluir que, la acción penal es el acto procesal que lleva a cabo el Ministerio Público invocando el derecho punitivo, al poner en conocimiento del juez penal los hechos denunciados mediante la consignación del expediente de investigación, para que se pronuncie sobre el fundamento de su pretensión.

1.3 DIFERENCIA ENTRE ACCIÓN PENAL Y PRETENSIÓN PUNITIVA.

La acción penal tal como la hemos definido, constituye un derecho procesal autónomo e independiente del derecho sustantivo o material que se invoca mediante su ejercicio. Ese derecho sustantivo invocado, constituye la pretensión punitiva, es decir, la afirmación por parte del titular de la acción penal (Ministerio Público), de que en el caso concreto se ha cometido un delito y que por tanto, procede imponerle al responsable la pena correspondiente.

¹⁴ CRUZ AGÜERO Leopoldo de la, Procedimiento Penal Mexicano. 3ª ed. Editorial Porrúa. México, 1998. p. 87.

¹⁵ ARILLA BAS Fernando, El Procedimiento Penal en México. 19ª ed. Editorial Porrúa. México, 1999. p. 26.

Citando nuevamente al jurista mexicano Eduardo Pallares, señala que "La acción penal se funda en el derecho que tiene el Estado de castigar a quienes han cometido un delito. Este derecho tiene el nombre técnico de 'pretensión punitiva'."¹⁶

El actual ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Juventino V. Castro, en su libro "El Ministerio Público en México. Funciones y Disfunciones" indica, con base en lo que sostiene Eduardo Massari, que "la pretensión punitiva es el derecho del Estado al castigo del reo, previo un juicio de responsabilidad en que se constate el fundamento de la acusación y se declare la consiguiente obligación del imputado a soportar la pena. En cambio, la acción penal es la invocación al juez a fin de que declare que la acusación está fundada, y aplique en consecuencia la pena."¹⁷

Continúa diciendo el autor, que la pretensión punitiva "es la expresión subjetiva de la norma penal, es el derecho subjetivo a la aplicación de la sanción cuando se ha verificado la violación del precepto, y como tal pertenece al derecho penal sustancial o material. En cambio, la acción es una actividad procesal, que no lleva más fin que el llegar a establecer si el derecho punitivo nació para el Estado en un caso concreto que se plantea."¹⁸

Por su parte, el maestro Carlos Barragán Salvatierra, señala como diferencias entre acción penal y pretensión punitiva, las siguientes: "la pretensión punitiva nace con el delito, vive en el ámbito del derecho sustantivo, puede tener y tiene una vida extraprocesal y es, además, susceptible de extinguirse. La acción, en cambio, vive dentro del proceso, es anterior al delito y no se extingue."¹⁹

¹⁶ PALLARES Eduardo, *op. cit.*, p. 9.

¹⁷ CASTRO Juventino V., El Ministerio Público en México. Funciones y Disfunciones. 10ª ed. Editorial Porrúa. México, 1998. pp. 35 y 36.

¹⁸ *Ibidem*, p. 36.

¹⁹ BARRAGÁN SALVATIERRA Carlos, *op. cit.*, p. 62.

Al respecto, el penalista Sergio García Ramírez nos dice: "Suelen hablar nuestras leyes de extinción de la acción y de las sanciones penales. Hay en la primera parte de este enunciado un evidente error. En efecto, no es la acción penal, sino la pretensión punitiva, lo que se extingue. Cabe distinguir aquí, para orientar nuestro punto de vista, entre *ius puniendi*, pretensión punitiva y acción penal. El *ius puniendi* o facultad de castigar, que hoy sería, más bien, potestad de readaptar, es atribución general del Estado para perseguir a los delincuentes, someterlos a juicio, sentenciarlos y proveer, por medio de la pena o de la medida, a su reincorporación social. Esta potestad general y abstracta de sancionar se concreta, frente a un individuo particular, al través de la llamada pretensión punitiva. Finalmente, la acción constituye solamente, como hemos visto, un derecho formal para poner en movimiento a la autoridad jurisdiccional, recabando de esta el ejercicio de sus atribuciones de 'decir el Derecho'. En esta virtud, lo que realmente se extingue es la pretensión punitiva que por conducto de la acción penal se hace valer. En cambio, la pérdida del derecho a ejercitar la acción se identifica con el fenómeno de la preclusión."²⁰

Como se puede apreciar, acción penal y pretensión punitiva son dos conceptos distintos que pertenecen a diversos ámbitos del derecho, el primero, al derecho procesal o instrumental y el segundo, al derecho material o sustantivo.

En este orden de ideas resulta oportuno señalar que, al igual que el anterior Código Sustantivo Penal, el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal establece en el Título Quinto del Libro Primero, diversas instituciones jurídicas que en la práctica se conocen como causas de extinción de la acción penal, como son: la muerte del inculcado, perdón del ofendido en los delitos que se persiguen por querrela, amnistía, prescripción, supresión del tipo penal y existencia de una sentencia anterior dictada en proceso seguido por los mismos hechos; sin embargo, resulta incorrecto decir que extinguen la acción penal, pues como se ha visto, lo que se extingue realmente es la pretensión punitiva, ya que dichas

²⁰ GARCÍA RAMÍREZ Sergio, *op. cit.*, p. 223.

instituciones constituyen un obstáculo jurídico para que el Estado pueda sancionar el delito, y por ende, al perderse ese derecho estatal no tiene sentido llevar a cabo un proceso para que se dicte sentencia.

En consecuencia, nos referiremos durante el presente trabajo, a causas de extinción de la pretensión punitiva y no a causas de extinción de la acción penal.

1.4 TITULARIDAD DE LA ACCIÓN PENAL.

En México, por disposición del artículo 21 constitucional, el único titular de la acción penal es el Ministerio Público, pues a él le corresponde investigar y perseguir los delitos, comprendiendo tales funciones: recibir la denuncia o querrela de los hechos que pueden ser constitutivos de algún delito, recabar las pruebas que acrediten los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad de la persona a quien se le atribuye su comisión a través del procedimiento denominado averiguación previa, ejercer la acción penal ante el órgano jurisdiccional competente para lograr que se siga el proceso, realizar todos los actos procesales tendientes a obtener una sentencia en la que se imponga la pena correspondiente, así como pedir la ejecución de esa condena.

En congruencia con esta disposición constitucional, el artículo 2 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece que al Ministerio Público le corresponde el ejercicio exclusivo de la acción penal.

La razón por la que se encomienda a un órgano del Estado la persecución de los delitos y por ende, el ejercicio de la acción penal, tiene que ver con la evolución misma del derecho penal, pues inicialmente los delitos eran considerados como infracciones a la ley que perjudicaban sólo a la persona que resentía sus consecuencias, y por tanto, a ella le pertenecía el derecho de pedir el castigo para el responsable. Sin embargo, esta percepción fue cambiando debido

a que presentaba diversos inconvenientes, de manera que se considera actualmente que todos los delitos afectan de algún modo a la Sociedad en general, por lo que el Estado comprendió que su persecución es una función social de gran importancia que debe ser ejercida por él y no por los particulares, pues dejar que estos persigan los delitos con la finalidad de castigar al responsable, motiva las venganzas personales y llevaría en ocasiones a graves injusticias cuando decidan no ejercer acción penal, ya que el delito quedaría impune.

Con relación a este aspecto, el maestro Julio Antonio Hernández Pliego refiere: "la persecución de los delitos deviene una función de vital importancia para la conservación del orden social, que debe prestar el Estado, para evitar el regreso a épocas bárbaras de la humanidad, como la venganza privada o el Talión."²¹

Este es a grandes rasgos, el motivo por el que se creó la figura del Ministerio Público como órgano del Estado encargado de la investigación y persecución de los delitos.

1.5 CARACTERES DE LA ACCIÓN PENAL.

Diversos tratadistas del tema como Eugenio Florián, Juventino V. Castro, Miguel Ángel Castillo Soberanes y Guillermo Colín Sánchez, señalan como características especiales de la acción penal, que la diferencian de la acción en otras ramas del derecho, las siguientes:

1.- ES PÚBLICA.

El derecho de acción en general es público porque pertenece al derecho procesal, el cual es eminentemente público, ya que a través de él se ejerce la

²¹ HERNÁNDEZ PLIEGO Julio Antonio, El Proceso Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México, 2002. p. 105.

jurisdicción, que es una de las funciones fundamentales del Estado, no obstante, se dice además que la acción penal es pública porque está encaminada a hacer valer un derecho público como es la aplicación de la ley penal, y porque su ejercicio está a cargo del Ministerio Público en su carácter de Representante Social, el cual como ya vimos, es el órgano del Estado encargado de provocar la intervención del Juez para que en su momento resuelva la situación jurídica planteada.

2.- ES INDIVISIBLE.

Porque la acción penal comprende a todas las personas que intervienen en la comisión de un hecho delictuoso; sin embargo, esto no significa que dicha acción necesariamente se ejerza de manera simultánea contra todos los sujetos que intervinieron en la ejecución del delito, pues puede ocurrir que primero se determine la probable responsabilidad de uno y posteriormente de los demás, en cuyo caso resulta perfectamente válido y legal que la acción penal se ejerza separadamente contra cada uno de los presuntos responsables.

En relación a este tema, consideramos que la indivisibilidad de la acción penal debe relacionarse no solamente con todos los sujetos responsables del delito, sino que en el caso de que se esté en presencia de diversos delitos derivados de un mismo hecho (concurso de delitos), el Ministerio Público debe, en la medida de lo posible, comprender todos los ilícitos al momento de ejercer la acción penal, respetando claro está, el sistema de competencias de los órganos jurisdiccionales, pues cuando se trata de delitos federales y del fuero común, o incluso tratándose de delitos del orden militar, no es posible respetar esa unidad de la acción, sin embargo, el artículo 10 del Código Federal de Procedimientos Penales prevé la posibilidad de que el Ministerio Público Federal, y por tanto los jueces penales federales, conozcan de delitos del fuero común cuando éstos se encuentren relacionados con algún delito del orden federal.

3.- ES INTRASCENDENTE.

Dado que sus efectos se limitan a la persona que cometió el delito y nunca a sus familiares o a terceros. Al respecto consideramos acertada la apreciación de Miguel Ángel Castillo Soberanes, quien señala que el carácter intrascendente a que se refiere la doctrina no es de la acción, sino de la sanción, toda vez que el artículo 22 constitucional prohíbe la imposición de penas trascendentales, que son aquellas cuyos efectos recaen no sólo en el delincuente sino además en sus familiares.

4.- ES OBLIGATORIA.

El ejercicio de la acción penal es obligatorio para el Ministerio Público, siempre que se encuentren reunidos los requisitos que para tal efecto señala el artículo 16 de la Constitución Federal, es decir, que exista denuncia o querrela de un hecho que la ley tipifique como delito, que se acredite el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado. Una vez satisfechos éstos requisitos, no puede quedar a criterio del Ministerio Público la decisión de ejercer o no la acción penal, puesto que tal facultad se le confiere al Representante Social no para la tutela de un derecho propio sino de uno que corresponde a la colectividad, a la sociedad en general, es decir, para que mediante su ejercicio haga posible la aplicación del derecho penal, el cual es eminentemente público, para que en sustitución de los particulares persiga los delitos cometidos y haga posible la imposición de las penas correspondientes. Esto obedece a que sólo se puede disponer libremente del derecho de acción, cuando es disponible el derecho material que se controvierte a través de su ejercicio, y si en el caso de la acción penal el derecho material o sustantivo controvertido es el derecho a imponer las penas, que corresponde exclusivamente al Estado a través del órgano jurisdiccional, consecuentemente la autoridad ministerial no puede abstenerse arbitraria o caprichosamente de ejercer la acción como si se tratara de un derecho propio.

El maestro José Ovalle Favela refiere que "el poder de disponer del proceso deriva, precisamente, de la disponibilidad que las partes tienen sobre el derecho

material controvertido. El primero es consecuencia de la segunda. Por esta razón, Fix-Zamudio sostiene que el principio dispositivo no es sino la expresión, en el campo procesal del principio de la *libertad de estipulaciones* o de la 'autonomía de la voluntad' que predomina en el derecho privado.²²

Asimismo, en relación con esta característica de la acción penal, el jurista Juventino V. Castro apunta: "perteneciéndole al Estado el derecho al castigo de los delincuentes, al Ministerio Público solo se le ha delegado el ejercicio de la acción penal, que en modo alguno le pertenece, *incumbiéndole* solamente el activarla. De esto se deduce que el Ministerio Público no tiene la facultad de disposición de la acción penal, sea antes de haberla intentado, sea después de haberla puesto en movimiento."²³

Por otra parte, aun cuando algunos autores como Leopoldo de la Cruz Agüero, Fernando Arilla Bas y Carlos Oronoz Santana, consideran todavía que el ejercicio de la acción penal no es una obligación sino una facultad discrecional del Ministerio Público, estimamos que esa polémica ha sido por mucho superada, y prueba de ello es que actualmente existe en las leyes orgánicas que rigen su actuar, el recurso administrativo de inconformidad contra las determinaciones de no ejercicio de la acción penal, y más recientemente en junio de 2000, la Ley de Amparo fue reformada para establecer la procedencia del juicio de garantías ante el Juez de Distrito contra las resoluciones de aquél recurso en las que se confirme la determinación del no ejercicio, constituyendo ambos, medios de impugnación para verificar la legalidad de la determinación tomada por la institución ministerial.

5.- ES IRREVOCABLE.

Esta característica tiene una relación directa con la obligatoriedad que acabamos de analizar, puesto que si el Ministerio Público no tiene la facultad de disponer de la acción penal y por tanto, está obligado a su ejercicio siempre que

²² OVALLE FAVELA José, *op. cit.*, p. 54.

²³ *Ibidem*, p. 84.

se reúnan los requisitos que marca la ley, lógicamente tampoco puede desistirse de ella, ya que una vez ejercitada no puede quedar al arbitrio del Ministerio Público la continuación del proceso como si se tratara de un derecho propio, sino que debe tener como finalidad llegar a una sentencia.

En ese sentido, resulta ilustrativa la posición que asume el Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Juventino V. Castro cuando señala: "El Ministerio Público no puede desistirse de la acción porque no le pertenece, como si se tratara de un derecho patrimonial de carácter privado. Solo en los delitos perseguibles por querrela de parte es permitido que el perdón del ofendido ponga fin al proceso, y aun 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..."²⁴

De igual manera, consideramos importante citar al maestro José Ovalle Favela por la exactitud de su razonamiento, quien al referirse a los medios de solución de los litigios afirma: "...el desistimiento de la acción tiene como presupuesto indispensable el carácter *renunciable* o *disponible* de los derechos sustanciales o materiales en los que intente fundarse. Por esta razón, este medio autocompositivo opera válidamente en los litigios civiles, mercantiles y, en general, en todos aquellos en los que las partes tienen facultades para disponer de, o renunciar a sus derechos materiales controvertidos. En cambio, en aquellos conflictos que versen sobre derechos indisponibles o irrenunciables, no tendrá o no deberá tener eficacia el desistimiento. Por este motivo, en el proceso penal no procede, normalmente, el desistimiento de la acción penal por parte del Ministerio Público, pues éste carece de facultades para disponer del *ius puniendi* (derecho de castigar). El Ministerio Público tiene el deber de ejercer la acción penal en aquellos casos en que, como resultado de la averiguación previa, hayan quedado

²⁴ CASTRO Juventino V., *op. cit.*, p. 100.

demostrados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado; y una vez ejercida la acción penal ante los tribunales, deberá sostenerla hasta que estos emitan su decisión sobre la existencia del delito y de la responsabilidad del procesado. Por ello se afirma que una de las características de la acción penal es que es *irrevocable*... El Ministerio Público es sólo el titular de la acción penal, pero no es el 'propietario' de ella... esta titularidad no le da, en modo alguno, una facultad para disponer de la acción penal..."²⁵

De todo lo anterior se deduce que si la acción penal tiene carácter irrevocable, no es legítimo que se permita su desistimiento bajo ninguna circunstancia, por lo que resulta desafortunada la reforma al artículo 21 constitucional en la que se señala la posibilidad de que las determinaciones del Ministerio Público por las que se desiste de la acción penal, puedan ser impugnadas por vía jurisdiccional, ya que tal disposición según parece autoriza el desistimiento de la acción penal. Además, debe recordarse que una vez que se ejerce acción penal el Ministerio Público deja de ser autoridad y adquiere la calidad de parte en el proceso, por lo que sus peticiones como lo sería el desistimiento, en todo caso quedarán sujetas a lo que el juez resuelva, y únicamente estas determinaciones de la autoridad jurisdiccional son susceptibles de impugnación mediante los recursos que la ley prevé.

Un mecanismo que a decir de algunos estudiosos constituye una forma de facto de desistimiento, es la presentación de conclusiones no acusatorias por parte del Ministerio Público, las cuales vinculan al juzgador obligándolo a dictar auto de sobreseimiento, ello obedece principalmente a la tradicional concepción que se tiene de que la Representación Social acusa o no acusa hasta el momento en que presenta conclusiones, y siendo nuestro sistema penal de tipo acusatorio, no puede dictarse sentencia si no existe de por medio la acusación del órgano facultado para presentarla.

²⁵ OVALLE FAVELA José, *op. cit.*, pp. 16 y 17.

Sin embargo, consideramos errónea esa apreciación, ya que en realidad el Ministerio Público formula acusación desde el momento en que ejerce acción penal ante el órgano jurisdiccional, pues en ese momento afirma que se encuentra acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, y la finalidad del proceso será precisamente determinar si dicha pretensión fue fundada, por lo que al formular sus conclusiones solamente está perfeccionando la acusación en función de las pruebas desahogadas durante el proceso.

Al respecto nos dice Ovalle Favela, "...resulta completamente inexacto que el Ministerio Público acusa o no acusa hasta el momento en que formula sus conclusiones; es decir, en el acto con el que pone término a su intervención en el proceso penal, en su primera instancia. Si la *acusación* consiste, como expresa Fix-Zamudio, en 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', es evidente que dicha acusación se formula desde el principio del proceso penal, con la consignación, que es el acto con el que el Ministerio Público inicia el ejercicio de la acción penal, y no con las conclusiones finales, como tradicionalmente se ha sostenido. En rigor, en las conclusiones el Ministerio Público ya no tiene la opción de acusar o no acusar, pues lo que ha venido haciendo desde el principio del proceso es precisamente acusar. Si se le otorga esa opción, en realidad se le está facultando para que desista de la acusación que hizo desde el principio. Las conclusiones finales del Ministerio Público normalmente deben sostener la culpabilidad del procesado, como consecuencia de las pruebas aportadas. Serán conclusiones de 'culpabilidad', pero no de 'acusación' o 'acusatorias'. Solo en casos verdaderamente excepcionales se debería permitir al Ministerio Público concluir que, pese a la acusación formulada al inicio del proceso y a las pruebas aportadas, el procesado no es culpable, en su opinión. Pero como se trata de la opinión de una de las partes expresada al terminar su intervención en el proceso, en el cual obviamente ya hubo acusación y cuyo tema por decidir quedó señalado desde el auto de formal prisión o de

sujeción a proceso, la determinación de si es o no fundada esa opinión, al igual que la de la defensa, debe quedar exclusivamente a cargo del juzgador, como órgano imparcial y *supra partes*. Estas conclusiones no vinculantes del Ministerio Público se podrían denominar de *inculpabilidad* y no de *no acusación*. No obstante, en algunas leyes procesales penales mexicanas se suele autorizar tanto el desistimiento de la acción penal como la formulación de conclusiones de 'no acusación' o 'inacusatorias', en ambos casos con efectos vinculantes para el juzgador; de tal manera que una vez presentados el desistimiento o dichas conclusiones, aquél debe dictar una resolución de sobreseimiento, con efectos de absolución definitiva para el inculpado. A través de éstos actos de disposición de la acción penal el Ministerio Público usurpa la función de decidir la controversia, que debe corresponder exclusivamente al juzgador."²⁶

No obstante lo anterior, no debe perderse de vista que el Ministerio Público es una institución que debe actuar de buena fe, y que la finalidad última del proceso es conocer la verdad histórica de los hechos, por lo que resulta válido y legal que el Representante Social pueda solicitar la libertad del procesado cuando está convencido de su inocencia, pero el desistimiento no es el medio idóneo para hacerlo, porque sería una medida arbitraria y discrecional, en tanto que existen mecanismos plenamente justificados por la ley y la doctrina para poner fin a un proceso penal antes de que se dicte sentencia, como son las causas de exclusión del delito y de extinción de la acción penal (o pretensión punitiva como se denominan en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal), las cuales son instituciones de orden público que pueden hacerse valer en cualquier estado del proceso y decretarse de oficio o a petición de parte, y que tienen como consecuencia el sobreseimiento. Por ende, cuando se actualice alguna de esas causas también debe permitirse al Ministerio Público presentar conclusiones de inculpabilidad (o de no responsabilidad si se prefiere), las que en todo caso quedarían sujetas a la decisión del juzgador.

²⁶ *Ibidem*, pp. 17 y 18.

1.6 PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN PENAL.

Para que el Ministerio Público pueda ejercer acción penal, es necesario que se acrediten los siguientes requisitos:

- 1.- La realización de una conducta que se tipifique en la ley como delito.
- 2.- Que el Ministerio Público tenga conocimiento de esa conducta a través de una denuncia o una querrela.
- 3.- Que el Ministerio Público reúna pruebas suficientes para acreditar los elementos que integran el cuerpo del delito.
- 4.- Que se acredite la probable responsabilidad del indiciado, en la comisión del delito.
- 5.- Que no exista en favor del indiciado alguna causa de extinción de la pretensión punitiva.

El procedimiento mediante el cual el Ministerio Público recibe una denuncia o querrela y recaba las pruebas para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, recibe el nombre de averiguación previa.

1.7 LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

1.7.1 CONCEPTO.

El diccionario del Instituto de Investigaciones Jurídicas define el término averiguación, como la "Acción y efecto de averiguar... Indagar la verdad hasta conseguir descubrirla. El vocablo es utilizado, en su forma más general y ordinaria, en referencia a la esfera procesal penal."²⁷

De acuerdo con el maestro Guillermo Colín Sánchez, la averiguación previa es la "etapa procedimental en la que el Estado por conducto del Procurador y de

²⁷ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *op. cit.*, p. 352.

los agente del Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de Policía Judicial, practica 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."²⁸

Para el jurista Leopoldo de la Cruz Agüero, la averiguación previa es "la fase fundamental de la acción penal que incumbe al Ministerio Público, la cual debe desarrollarse mediante un proceso administrativo en el que dicha autoridad, ejerciendo también sus funciones de policía, procede a la investigación de la comisión de los delitos y la persecución de los autores, aportando los elementos que comprueben el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, para concluir con el ejercicio de la acción penal ante los tribunales judiciales competentes."²⁹

Por su parte, el maestro José Hernández Acero, citado por el Licenciado Carlos Barragán Salvatierra, sostiene que "la averiguación previa se inicia por el Ministerio Público, en cuanto tiene el conocimiento de una conducta delictiva, mediante la denuncia o la querrela, termina en cuanto el propio Ministerio Público comprueba los elementos del cuerpo del delito determinado y logra saber quién o quienes cometieron un delito, para ejercitar la acción penal ante el Juez de la causa o mediante el no ejercicio de la acción penal cuando no se reúnen los requisitos del artículo 16 constitucional."³⁰

Las anteriores definiciones coinciden en señalar que la averiguación previa es la primera etapa del procedimiento penal, inicia con la denuncia o querrela y tiene por objeto que el Ministerio Público realice las diligencias necesarias para acreditar los elementos que integran el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal del indiciado, esta etapa culmina con el ejercicio de la acción mediante la consignación del expediente ante el juez competente, o en su

²⁸ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 17ª ed. Editorial Porrúa. México, 1998. p. 311.

²⁹ CRUZ AGÜERO Leopoldo de la, *op. cit.*, p. 88.

³⁰ BARRAGÁN SALVATIERRA Carlos, *op. cit.*, p. 286.

caso, con el acuerdo de no ejercicio de la acción penal. Esta facultad para investigar los delitos tiene su fundamento en el artículo 21 de la Constitución, el cual señala que la investigación y persecución de los delitos corresponde al Ministerio Público.

La averiguación previa puede iniciarse sin detenido o con detenido. El artículo 16 constitucional señala los casos en que una persona puede ser detenida como probable responsable de la comisión de un delito, los cuales a saber son:

- 1.- En cumplimiento de una Orden de Aprehesión;
- 2.- En caso de Delito Flagrante;
- 3.- En Caso Urgente.

La orden de aprehensión sólo puede girarla la autoridad judicial una vez que el Ministerio Público ejerce acción penal después de haber concluido la averiguación previa, siempre que exista denuncia o querrela, que el delito se sancione con pena privativa de libertad y que existan datos que acrediten el cuerpo del delito que se le impute al indiciado así como su probable responsabilidad.

Cuando se trata de delito flagrante cualquier persona puede detener al probable responsable y ponerlo inmediatamente a disposición del Ministerio Público.

En caso urgente, la detención sólo puede ser ordenada por el Ministerio Público y ejecutada por la policía judicial.

DELITO FLAGRANTE.

En virtud de que el artículo 16 de la Constitución no define ni especifica qué debe entenderse por flagrancia, es necesario acudir a las leyes secundarias, así tenemos que el artículo 267 párrafo primero del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece que existe delito flagrante cuando la

persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, o cuando el inculpado es perseguido material e inmediatamente después de ejecutado el delito.

En el párrafo segundo del propio artículo 267 del Código de Procedimientos Penales, se contempla la figura de la FLAGRANCIA EQUIPARADA, la cual se actualiza si se reúnen los siguientes requisitos:

- Que se haya iniciado la averiguación previa correspondiente.
- Que no se haya interrumpido la persecución del delito.
- Que se trate de un delito considerado como grave.
- Que la detención del indiciado se lleve a cabo dentro de las setenta y dos horas posteriores a la comisión del delito.
- Que el indiciado sea señalado como responsable por la víctima, algún testigo o persona que hubiera intervenido en la comisión del mismo delito; que sea encontrado en posesión del objeto, instrumento o producto del delito; o que se cuente con indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito.

CASO URGENTE.

Se encuentra regulado por el artículo 268 del Código Adjetivo Penal, y para su configuración deben reunirse los requisitos siguientes:

- Que se trate de un delito grave.
- Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia.
- Que el Ministerio Público no pueda acudir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otra circunstancia, para solicitar la orden de aprehensión.

En los tres casos anteriores en que una persona puede ser detenida, como indiciado o probable responsable de la comisión de un ilícito, la autoridad ministerial contará con un plazo de 48 horas para acreditar el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado en su comisión, plazo que puede duplicarse a 96 horas cuando se trate de delincuencia organizada.

El artículo 254 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, reformado por decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 15 de mayo de 2003, precisa que se entiende por delincuencia organizada, la organización de tres o más personas para cometer en forma permanente o reiterada cualquiera de los siguientes delitos: ataques a la paz pública, secuestro, tráfico de menores, sustracción o retención de menores e incapaces, corrupción de menores e incapaces, pornografía infantil, lenocinio, robo de vehículo automotriz o partes de éste, o extorsión.

Si dentro de los plazos anteriores el Ministerio Público reúne los elementos suficientes para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, deberá ejercitar acción penal con detenido ante el Juez competente, y en caso contrario estará obligado a dejar al inculpado en libertad para continuar la investigación de los hechos sin detenido, debiendo ejercer posteriormente acción penal, si fuera procedente, para solicitar se libre orden de aprehensión.

1.7.2 CUERPO DEL DELITO.

Como quedó precisado, durante la averiguación previa el Ministerio Público realiza las diligencias necesarias para reunir las pruebas suficientes que acrediten los elementos del cuerpo del delito de que se trate, al respecto es necesario señalar que en algunos casos se presenta la problemática al momento de integrar esa investigación acerca de cuál es el delito que realmente se actualiza, por lo que se deberá atender a los elementos de prueba que en esta etapa se hayan recabado para determinar con precisión el ilícito por el que se ejercerá acción penal.

El artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal prevé lo siguiente: "El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la

materialidad del hecho que la ley señale como delito. En los casos en que la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o normativo, como elemento constitutivo esencial, será necesaria la acreditación del mismo para la comprobación del cuerpo del delito."

De la descripción anterior se desprenden tres tipos de elementos que pueden requerirse para acreditar el cuerpo del delito: los elementos objetivos, los normativos y los subjetivos.

1.7.2.1 ELEMENTOS OBJETIVOS.

1.- CONDUCTA.

El maestro Fernando Castellanos Tena la define como "el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito."³¹

Al referirse esa definición al comportamiento humano positivo o negativo, se hace alusión a la conducta de acción o de omisión.

La acción implica un hacer, es decir, movimientos corporales por parte del sujeto activo; en tanto que existe omisión cuando se deja de hacer algo y con ello se comete el delito, implica una conducta pasiva o de abstención.

A su vez, la omisión puede ser propia o impropia, también llamada ésta última de comisión por omisión. La primera implica únicamente una abstención por parte del sujeto activo, el dejar de hacer algo, con lo cual se contradice la norma penal que le impone una obligación de actuar, mientras que en la omisión impropia o comisión por omisión, el sujeto viola dos deberes jurídicos, uno de hacer y otro de abstenerse, ocasionando con su conducta un resultado material.

³¹ CASTELLANOS TENA Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 30ª ed. Editorial Porrúa. México, 1991. p. 149.

Ejemplo de un delito de omisión propia o simple, lo constituye el de abandono de familiares equiparado previsto en el párrafo segundo del artículo 193 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, pues para que se configure basta con que el sujeto activo deje de pagar las cantidades que tiene obligación de aportar por concepto de alimentos. Ejemplo de un delito de comisión por omisión, lo es el de lesiones que se causan a un paciente debido a la negligencia del médico que lo atiende.

2.- RESULTADO.

Este puede ser formal o material; existe resultado formal cuando se actualiza el tipo penal sin que haya una mutación en el mundo exterior, se produce con la sola conducta de acción o de omisión del agente; por ejemplo, el delito de falsedad de declaraciones; en tanto que hay resultado material en la comisión de un ilícito cuando se produce una mutación física en el mundo exterior; ejemplo, homicidio, lesiones, robo, etcétera.

3.- RELACION DE CAUSALIDAD.

El jurista Celestino Porte Petit a quien se refiere Fernando Castellanos Tena en su obra, afirma que la relación de causalidad es "el nexo que existe entre un elemento del hecho (conducta) y una consecuencia de la misma conducta: resultado."³²

Es pertinente puntualizar que sólo es posible demostrar ese nexo causal, en los delitos de resultado material, sin embargo, en los de resultado formal se dice que es objetivamente imputable al sujeto activo la lesión del bien jurídicamente tutelado por la norma.

4.- SUJETO ACTIVO.

Es la persona física que realiza la conducta típica de acción o de omisión, considerada en la ley como delito (también se le llama agente del delito), recibe

³² *Ibidem*, p. 157.

diferente denominación dependiendo de la etapa procedimental: imputado o indiciado durante la averiguación previa, probable responsable o procesado una vez que se dicta auto de formal procesamiento, sentenciado después de que se dicta sentencia o condenado cuando esta ha sido condenatoria, reo después de que la sentencia condenatoria ha causado ejecutoria.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 27, 32, 68 y 69 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se considera que las personas morales o entes jurídicos colectivos no pueden ser penalmente responsables, sin embargo, cuando un integrante de éstas cometa un delito valiéndose de los medios que la misma le proporciona, de tal manera que el delito resulte cometido a nombre, bajo el amparo o en beneficio de la persona moral, el juez podrá imponerle como sanción, disolución definitiva de la persona moral, suspensión temporal de actividades, prohibición hasta por cinco años para realizar determinadas actividades, remoción de funcionarios e intervención de los órganos de representación. No obstante, hasta la fecha no se ha establecido en la ley el procedimiento a seguir para imponer estas sanciones.

5.- SUJETO PASIVO.

Actualmente nos encontramos en la práctica y en la legislación diversas denominaciones para referirse a la persona que resiente la conducta delictiva, observando que se utilizan de manera indistinta los términos sujeto pasivo, víctima y ofendido; por ello resulta importante diferenciar estos conceptos.

El maestro Fernando Castellanos Tena nos dice: "El sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma. El ofendido es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal. Generalmente hay coincidencia entre el sujeto pasivo y el ofendido, pero a veces se trata de personas diferentes; tal ocurre en el delito de homicidio en donde el sujeto pasivo

o víctima es el individuo a quien se ha privado de la vida, mientras los ofendidos son los familiares del occiso."³³

Por lo que hace al concepto de víctima, es una denominación que cuenta con una acepción más amplia, pues de acuerdo a la Organización de las Naciones Unidas se considera como tal "a las personas naturales o jurídicas que, individualmente o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso del poder."³⁴

De acuerdo con esta definición, la víctima comprende tanto al sujeto pasivo o titular del bien jurídico como al ofendido, de manera que ambos pueden estimarse como víctimas del delito.

Para el maestro Carlos Barragán Salvatierra la víctima "es la persona física o moral que sufre de violencia a través de una conducta de un delincuente que transgrede las leyes... la víctima está íntimamente ligada a las consecuencias producidas por un delito."³⁵

Por nuestra parte consideramos que la víctima es la persona que resiente de manera directa o inmediata el actuar del sujeto activo del delito.

Para tratar de dejar claros estos conceptos, citamos el siguiente ejemplo: en un robo de vehículo automotriz ocurrido con violencia en la vía pública, en el que la persona que desapoderan del vehículo no es la propietaria, el sujeto pasivo y ofendido es el propietario del vehículo, mientras que la víctima es la persona que lo conducía, por haber sufrido ésta la violencia empleada por el delincuente.

³³ *Ibidem*, pp. 151 y 152.

³⁴ BARRAGÁN SALVATIERRA Carlos, *op. cit.*, p. 93.

³⁵ *Idem*.

6.- BIEN JURÍDICO TUTELADO POR LA LEY.

Es la institución o figura jurídica que el legislador protege mediante la norma prohibitiva abstracta considerada como tipo penal. Por ejemplo, en el delito de homicidio el bien jurídico tutelado es la vida de las personas, en el de lesiones la salud o integridad física, el patrimonio en el robo, fraude, etcétera.

En torno a esta figura del bien jurídico, el legislador determina cuáles conductas deben ser consideradas como delitos.

El jurista Raúl González-Salas Campos, sostiene: "no basta que un bien posea suficiente importancia social para que se considere justificada su protección jurídico-penal, pues no se puede justificar la necesidad de su protección atendiendo exclusivamente a su entidad o a su utilidad, sino además es preciso determinar que no haya otros medios suficientes de tutela jurídica que sean menos lesivos; así como también que la forma de ataque sea de las consideradas merecedoras de la intervención penal, tanto por ser especialmente peligrosa como desagradable a los ojos de la sociedad."³⁶

Por su parte, el destacado jurista alemán Claus Roxin, precisa que "deben preferirse a las penas todas aquellas medidas que puedan evitar una alteración de la vida en común y que tengan para el afectado consecuencias menos negativas. Esta idea suele expresarse con la fórmula de que el Derecho Penal ha de ser la *ultima ratio* de la política social. El Derecho Penal es *subsidiario* respecto de las demás posibilidades de regulación de los conflictos, es decir, sólo se debe recurrir a él cuando todos los demás instrumentos extrapenales fracasan."³⁷

Además de los anteriores elementos que se requieren acreditar como parte del cuerpo del delito, en algunos casos el tipo penal exige también que se

³⁶ GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS Raúl, La Teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal. Pereznieto Editores, México, 1995. p. 133.

³⁷ ROXIN Claus, *et al.*, Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal, trad. Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer. Editorial Ariel S.A. España, 1989. p. 23.

acrediten como elementos objetivos, el medio comisivo y las circunstancias de tiempo, modo o lugar, elementos que acto seguido se ejemplifican:

El medio comisivo, en el delito de fraude genérico es el engaño sobre el sujeto pasivo.

Un tipo penal que exija circunstancias de tiempo, es el delito electoral previsto en el artículo 353 fracción III, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, el cual para que se acredite requiere que se cometa durante una jornada electoral, es decir, únicamente puede darse en las fechas en que se lleven a cabo elecciones.

Un ilícito que requiere circunstancias de modo, lo es el delito de violencia familiar equiparada previsto en el artículo 343-Ter del Código Penal vigente hasta el 11 de noviembre de 2002, en el cual se exigía que los sujetos activo y pasivo convivieran o hubiesen convivido en la misma casa.

Por último, ejemplo de los delitos que requieren circunstancias de lugar, lo constituye el delito de adulterio cuya descripción la contemplaba el Código Penal para el Distrito Federal antes de la reforma del 17 de septiembre de 1999, para el cual una de las hipótesis exigía que éste ocurriera en el domicilio conyugal.

1.7.2.2 ELEMENTOS NORMATIVOS.

Los elementos normativos son aquellos que encontrándose contemplados en la descripción legal de la conducta establecida como delito, requieren de una valoración de tipo jurídica o cultural.

DE VALORACIÓN JURÍDICA.

Son elementos de valoración jurídica aquellos que estando previstos en el tipo penal, tienen una descripción prevista en la misma ley o en alguna otra legislación, y a la cual se debe de atender para su acreditación. Ejemplo: el artículo 174 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, señala respecto al delito de violación, que comete éste ilícito quien mediante la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo; y en el propio artículo 174 se precisa en el párrafo segundo, que se entiende por cópula la introducción del pene en el cuerpo humano por vía vaginal, anal o bucal; constituyendo ésta descripción legal de cópula, el elemento normativo de valoración jurídica.

DE VALORACIÓN CULTURAL.

Son aquellos que tienen que ver directamente con la cultura e ideología del sujeto. Ejemplo de ello, en el artículo 231 fracción VII, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se equipara al fraude el hecho de explotar las preocupaciones, superstición o ignorancia de las personas, mediante la supuesta evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones.

1.7.2.3 ELEMENTOS SUBJETIVOS.

Con relación a los elementos subjetivos, es necesario precisar la diferencia entre el elemento subjetivo interno en el sujeto activo del delito, consistente en el dolo o la culpa con que actúa el agente al momento de cometer el delito, y los elementos subjetivos específicos, los cuales únicamente pueden existir en los delitos dolosos, pero que constituyen elementos diversos a ese dolo con que se lleva a cabo la conducta, siendo éstos elementos subjetivos específicos a los que se refiere el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

A esos elementos subjetivos específicos la doctrina los denomina como ultraintenciones, ya que si el dolo constituye la intención del agente de llevar a

cabo la conducta, el elemento subjetivo específico es el ánimo o intención concreta que requieren algunos delitos para que se acrediten. Ejemplo: en el delito de robo el sujeto activo actúa con dolo cuando se apodera de una cosa ajena mueble sin derecho y sin consentimiento, pero se requiere además que el agente tenga un ánimo de apropiación o de dominio sobre ese mueble. Igualmente en el delito de abuso sexual, se requiere un ánimo de lascivia o lujuria para que se configure.

1.7.3 PROBABLE RESPONSABILIDAD PENAL.

El artículo 122 del Código de Procedimientos Penales prevé que "La probable responsabilidad del indiciado, se tendrá por acreditada cuando de los medios probatorios existentes se deduzca su obrar doloso o culposo en el delito que se le imputa, y no exista acreditada en su favor alguna causa de exclusión del delito."

La citada concepción del Código Procesal respecto de lo que constituye la probable responsabilidad, resulta por demás limitada, ya que para afirmar que un indiciado actuó dolosa o culposamente, primero es necesario demostrar que era imputable, es decir, que tenía conciencia de lo antijurídico de su conducta y que le era exigible un comportamiento adecuado a la norma prohibitiva; y una vez hecho lo anterior, se puede entrar al análisis de la forma dolosa o culposa de realización de la conducta. Todos estos presupuestos constituyen la culpabilidad, que a su vez es necesaria para determinar la responsabilidad.

El autor Fernando Castellanos Tena, entiende la responsabilidad penal como "la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado... Por otra parte se usa el término *responsabilidad* para significar la situación jurídica en que se coloca al autor de un acto típicamente contrario a Derecho, si obró culpablemente;... La responsabilidad

resulta, entonces, una relación entre el sujeto y el Estado, según la cual éste declara que aquél obró culpablemente y se hizo acreedor a las consecuencias señaladas por la Ley a su conducta."³⁸

1.7.3.1 CULPABILIDAD.

Castellanos Tena citando a Jiménez de Asúa nos dice que la culpabilidad es "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica."³⁹

Dichos presupuesto a que se refiere el maestro Jiménez de Asúa son los siguientes:

1.- IMPUTABILIDAD.

Diversos tratadistas han emitido su opinión respecto al tema de la imputabilidad, las cuales nos permiten entender por esta la capacidad mental o psíquica que debe tener el sujeto activo del delito al momento de realizar la conducta, para querer llevarla a cabo y entender lo que hace, es decir, que debe encontrarse en pleno uso de sus facultades mentales.

Señala el jurista Sergio García Ramírez que la imputabilidad "resulta ser una *capacidad, suficiente para los fines de la defensa social, de entender el carácter ilícito (antijurídico) de la conducta, y de obrar con normal autonomía.*"⁴⁰

Es pertinente precisar la diferencia entre imputabilidad entendida como capacidad psíquica, y la imputabilidad referida a la edad necesaria para que al sujeto activo se le puedan aplicar las leyes penales. El artículo 12 del Nuevo

³⁸ CASTELLANOS TENA Fernando, *op. cit.*, p. 229.

³⁹ *Ibidem*, p. 233.

⁴⁰ GARCÍA RAMÍREZ Sergio, La Imputabilidad en el Derecho Penal Mexicano. 2ª ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1981. p. 17.

Código Penal para el Distrito Federal señala expresamente que las disposiciones de ese ordenamiento se aplicarán "a todas las personas a partir de los dieciocho años de edad."

Para efectos de la responsabilidad penal que estudiamos, la imputabilidad entendida como capacidad psíquica es la que nos interesa, ya que los menores de 18 años se encuentran sujetos al régimen de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores.

2.- CONCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD.

Una persona tiene conciencia de que su conducta es antijurídica, cuando al momento de realizarla no se encuentra bajo ningún error de tipo o de prohibición, es decir, cuando tiene pleno conocimiento de que su actuar es contrario a la ley.

3.- EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA.

Una vez que se acredita que el agente del delito es una persona imputable y que tiene conocimiento de que está actuando ilícitamente, se debe demostrar además, que en las condiciones en que llevó a cabo la conducta antijurídica, tenía la alternativa de conducirse de forma contraria a la trasgresión de la norma penal, es decir, que podía actuar con apego a la ley, que no se vio obligado a violentarla.

4.- DOLO.

El dolo no es otra cosa que la intención consciente y deliberada del sujeto activo, para cometer el delito.

Eugenio Cuello Calón citado por Castellanos Tena, refiere que el dolo "consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso."⁴¹

⁴¹ CASTELLANOS TENA Fernando, *op. cit.*, p. 239.

El párrafo primero del artículo 18 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, señala que obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización.

De la anterior descripción se advierte que el dolo puede ser de dos tipos: directo y eventual. Habrá dolo directo cuando el resultado de la conducta coincide con la intención del agente. El dolo eventual se presenta cuando el sujeto activo tiene la intención de realizar un delito y prevé la posibilidad de que se produzcan otros resultados típicos, pero los menosprecia y lleva a cabo su conducta.

5.- CULPA.

Para el maestro Castellanos Tena "existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por imprudencia o negligencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas."⁴²

En términos del artículo 18 párrafo tercero, del Nuevo Código Penal, obra culposamente el que realiza el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiado en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.

La conducta culposa puede ser también de dos tipos: sin representación o con representación. Hay culpa sin representación cuando se produce el resultado típico que no se previó, siendo este previsible. La culpa será con representación, cuando se prevé el resultado típico y este se produce confiado en que no ocurriría.

Debe distinguirse entre la culpa consciente o con representación, del dolo eventual, pues en éste último existe la deliberada intención del sujeto activo de delinquir, pero no obstante que prevé la posibilidad de que su conducta produzca

⁴² *Ibidem*, p. 246.

un resultado mayor al que se propone, la lleva a cabo al menospreciar sus consecuencias; mientras que en la culpa con representación, el agente carece de intención de cometer el delito, pero aun cuando prevé que puede ocurrir ese resultado, lleva a cabo la conducta.

Por otra parte, debemos anotar que los delitos por regla general son dolosos, y sólo algunos admiten legalmente la forma de realización culposa, por lo que únicamente se sancionarán los delitos culposos en los casos que expresamente determina la ley; el artículo 76 del Nuevo Código Penal establece cuáles son los únicos delitos que pueden sancionarse como culposos.

1.7.4 CONCLUSIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

Hemos dicho que la averiguación previa es el procedimiento mediante el cual el Ministerio Público investiga los hechos que se hacen de su conocimiento para determinar si constituyen o no un delito, es decir, que recaba pruebas para verificar si se encuentra acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal del indiciado; cuando esa investigación se agota o se llega a un punto en que resulta imposible su continuación, entonces la autoridad ministerial está obligada a tomar una determinación con base en los datos obtenidos, ya sea ejerciendo la acción penal ante el juez competente, o bien, con un acuerdo en el que se determina no ejercerla.

Actualmente, por disposición del artículo 10 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, las averiguaciones previas solamente pueden determinarse como ejercicio de la acción penal, no ejercicio de la acción penal e incompetencia.

1.7.4.1 EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.

Tal como ya lo señalamos, la averiguación previa concluirá con el ejercicio de la acción penal cuando con las pruebas obtenidas se acredite el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

En este caso, el Ministerio Público deberá realizar la clasificación del delito con base en esas pruebas y elaborar el pliego de consignación con el que remite la indagatoria al juez.

Consideramos que se puede hablar indistintamente de consignación como sinónimo del ejercicio de la acción penal, toda vez que la palabra consignación se entiende como entregar en depósito, destinar el sitio en donde se ha de colocar o enviar algo. En consecuencia, cuando hablamos de consignación nos referimos al acto por el cual el órgano investigador entrega la averiguación previa al juez penal competente, que no es sino ejercitar la acción penal correspondiente por estimar que se encuentran acreditados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal del indiciado.

1.7.4.2 NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.

Si para el ejercicio de la acción penal se requiere que exista denuncia o querrela sobre un hecho que la ley tipifique como delito, así como elementos de prueba con los que se acredite el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, resulta lógico que cuando no se reúnen esos elementos deba ordenarse el no ejercicio de la acción penal. Sin embargo, existen otros casos que dan lugar al no ejercicio y que representan una problemática más compleja pues obedecen a diversas causas.

En primer lugar, debemos decir que quienes desempeñen el cargo de agentes del Ministerio Público deben tener un amplio conocimiento sobre el catálogo de delitos que se contemplan en el Código Penal y demás leyes, pues

una vez que se le informa de hechos que se presumen delictuosos, debe verificar de inmediato si tales hechos pueden ser constitutivos de delito o solamente constituyen un ilícito de naturaleza diversa a la penal, como puede ser administrativa cuando se cometen faltas a los reglamentos gubernativos y de policía, por citar solo un ejemplo.

Por ello, el Representante Social debe buscar desde la denuncia de hechos, que se precise con toda claridad la conducta que se le atribuye al indiciado. Por otra parte, cuando no es posible determinar desde el inicio de la averiguación previa si los hechos denunciados constituyen un ilícito penal, el Representante Social deberá realizar las investigaciones pertinentes para esclarecerlos y poder estar en aptitud de tomar la determinación que corresponda.

En otras ocasiones, resulta materialmente imposible desahogar las pruebas necesarias para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, o bien, se presentan circunstancias que desvirtúan el delito o que constituyen un impedimento legal para perseguirlo. En todos estos casos el órgano investigador deberá resolver no ejercer acción penal.

De esta manera, los artículos 3 fracción X de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y 13 del Reglamento de dicha ley, establecen en qué casos se ordenará el no ejercicio de la acción penal, los cuales a saber son:

- 1.- Cuando falte el requisito de procedibilidad que la ley exija como condición para perseguir el delito.
- 2.- Cuando los hechos materia de la averiguación no sean constitutivos de delito.
- 3.- Cuando de las pruebas desahogadas no sea posible determinar la identidad del probable responsable, a pesar de haberse realizado todas las diligencias necesarias para tal efecto.

4.- Cuando las pruebas desahogadas sean insuficientes para acreditar el cuerpo del delito o la probable responsabilidad, y resulte materialmente imposible desahogar otras para tal efecto.

5.- Cuando se acredite plenamente alguna causa de exclusión del delito.

6.- Cuando se acredite alguna causa de extinción de la acción penal (de la pretensión punitiva conforme al Nuevo Código Penal).

7.- Cuando exista resolución judicial de sobreseimiento que haya causado ejecutoria, respecto de los hechos atribuidos al indiciado en la averiguación.

8.- En los demás casos que señalen las leyes.

De las hipótesis señaladas, las que se refieren a la falta del requisito de procedibilidad y a la insuficiencia de pruebas, para identificar al probable responsable, para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado (supuestos 1, 3 y 4), anteriormente daban lugar a que se determinara la reserva de la averiguación, la cual consistía en la suspensión temporal de las investigaciones, resolución que ya no les está permitido acordar al agente del Ministerio Público pues como ya señalamos, actualmente la averiguación previa sólo puede resolverse como ejercicio de la acción penal, no ejercicio de la acción penal e incompetencia, y si bien es cierto, el no ejercicio de la acción penal puede tener el carácter de temporal o definitivo, como más adelante veremos, la diferencia entre la reserva y el no ejercicio temporal estriba en que ésta última resolución debe tomarse de manera corresponsable entre el agente del Ministerio Público que conoce de la indagatoria y sus superiores jerárquicos, además de que es posible impugnarla mediante el recurso de inconformidad y, en su caso, mediante el juicio de amparo indirecto, en tanto que las determinaciones de reserva se tomaban únicamente por el responsable de la investigación sin que esa resolución pudiera ser impugnada; por lo que consideramos adecuado que las averiguaciones previas necesariamente deban resolverse con el ejercicio o no ejercicio de la acción penal.

Vale la pena señalar que en materia federal y en muchas entidades federativas, aún se acostumbra determinar la reserva de la averiguación cuando existe imposibilidad material para continuar desahogando las pruebas que la indagatoria exige para acreditar el cuerpo del delito o la probable responsabilidad penal del inculpado y por ende, la investigación permanecerá estática hasta que desaparezca esa situación que origina su reserva, sin que las mismas puedan ser impugnadas mediante recurso o juicio alguno.

1.7.4.3 INCOMPETENCIA.

Además de las formas indicadas en las que puede determinarse una averiguación previa, existe otro caso en el que no obstante que no haya concluido propiamente la indagatoria, el Ministerio Público se declara incompetente para seguir conociendo de la misma, cuando los hechos puestos en su conocimiento, son competencia ya sea del Ministerio Público de otra entidad federativa, del Ministerio Público Federal, del Ministerio Público Militar o bien, cuando se trate de infracciones competencia del Consejo de Menores.

En estos casos, el agente del Ministerio Público ante el cual se denunciaron los hechos probablemente delictuosos, actúa como auxiliar de las referidas autoridades y deberá remitir las actuaciones practicadas, así como al probable responsable en el caso de que se encuentre detenido, ante la autoridad que resulte competente, por ejemplo, cuando se trate de delitos contra la salud, deberá remitir al Ministerio Público Federal la averiguación previa, así como al o los inculcados y los objetos o instrumentos del delito.

CAPÍTULO II

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA ACCIÓN PENAL

La acción penal con las características que la conocemos actualmente, nació durante la Revolución Francesa, al dar por terminada la Ordenanza de 1670, con lo que terminó el sistema inquisitivo que prevalecía, sin embargo, es conveniente referirnos someramente a la evolución de lo que consideramos como el procedimiento penal y consecuentemente de la acción penal.

2.1 LA VENGANZA PRIVADA.

Durante este periodo no podemos referirnos estrictamente a un procedimiento penal, pero sin duda alguna es el antecedente más remoto de lo que posteriormente se convertiría en este procedimiento. En esta época, cuando ocurría algún acto lesivo, el afectado o sus familiares cobraban la ofensa haciendo justicia por su propia mano.

EL TALIÓN.

En esta etapa el individuo que resentía el daño ejercitaba la acción penal. Para frenar las conductas antisociales, surgió la necesidad de crear un sistema de justicia en el que se aplicara la fuerza, de tal modo que la llamada ley del talión consistía en imponer al infractor un castigo de igual magnitud al daño causado, de este sistema se derivaron las reglas conocidas como: "ojo por ojo" "diente por diente."

Es éste el principio de la Ley del Tali3n, con el que se crey3 que todos los problemas estaban resueltos; lo 3nico que se deba hacer era aplicar al trasgresor lo mismo que 3l haba hecho al ofendido; sin embargo, poco despu3 empezaron a surgir serias dificultades, pues no siempre se poda aplicar el principio.

"En Grecia, en el siglo XII a. de C., Drac3n opt3 por imponer una pena 3nica: la pena de muerte, para todos los delitos, fueren 3stos graves o leves. Por eso fue que en su tiempo, jugando con las palabras, a Drac3n se le considerara como un drag3n, y por ello es que hoy en d3 a una ley excesiva se le moteje como draconiana. Hubo periodos en que se prescind3 de la Ley del Tali3n; pero un siglo despu3 Sol3n la volvi3 a restablecer resolviendo el problema del tuerto, no con arreglo a la letra de la ley, sino de acuerdo con su esp3ritu, porque, conforme a la ley, si el que haba saltado el 3nico ojo que le quedara al tuerto, a 3l no pod3an quitarle m3s que uno, aunque tuviera dos; pero con arreglo al esp3ritu haba que dejarlo ciego."⁴³

En Roma volvi3 a aparecer la Ley de Tali3n, pero con un sentido m3s jur3dico, propio del pueblo romano: por ejemplo, si alguno rompe un miembro a otro y no se arregla con 3l, h3gase con 3l otro tanto, con esto la f3rmula qued3 subordinada a la composici3n de las partes.

2.2 DERECHO ROMANO.

De acuerdo con lo que seala Marco Antonio D3az de Le3n, en su obra titulada "Teor3a de la Acci3n Penal. Ensayo Sobre una Teor3a General de la Acci3n", en la antigua Roma el derecho de acci3n se llevaba a cabo mediante las *legis actiones*, y el procedimiento se desarrollaba en dos etapas:

⁴³ CASTILLO SOBERANES Miguel 3ngel, El Monopolio del Ejercicio de la Acci3n Penal del Ministerio P3blico en M3xico. Universidad Nacional Aut3noma de M3xico, M3xico, 1992. pp. 41 y 42.

a) La primera ante el Magistrado en la que las partes exponían sus pretensiones y preparaban el negocio, el procedimiento era formal, y más bien solemne; el papel del Magistrado consistía solamente en presidir la realización de la *legis actio*; por lo anterior se afirma que la acción es un conjunto de formalidades que el actor debía satisfacer ante el Magistrado con independencia del derecho que reclamaba. Al primer momento del procedimiento se le denominaba *in jure* y tenía por objeto instituir al Tribunal de arbitraje, y termina con la *litis contestatio*, que es el contrato por el cual las partes se ponen de acuerdo para someterse al arbitro instituido.

b) La segunda etapa se desarrollaba ante el Juez, quien pronunciaba la sentencia, una vez formada la *litis contestatio*, el Juez analiza la "litis" y emite el fallo o sentencia. El Magistrado designaba al Juez y lo facultaba para condenar o absolver al demandado de acuerdo a la opinión que se formara del juicio.

Posteriormente la acción seguía presentando dos etapas, igualmente ante el Magistrado y ante el Juez, y la fórmula se integraba de cinco partes a saber:

1. "La *institutio iudicis*, o parte que tenía por objeto designar al Juez;
2. La *demonstratio*, que era la exposición de los hechos alegados por los litigantes;
3. La *intentio*, que resumía las pretensiones del actor;
4. La *condemnatio*, o facultad que daba el Magistrado al Juez, para condenar o absolver al demandado;
5. La *adjudicatio*, que permitía al Juez atribuir la propiedad de una cosa a una o a otra de las partes."⁴⁴

Posteriormente se sustituyó al formulario y el Magistrado conocía directamente del litigio y lo resolvía él mismo, evitando la intervención del Juez privado.

⁴⁴ DÍAZ DE LEÓN Marco Antonio, Teoría de la Acción Penal, Ensayo Sobre una Teoría General de la Acción. Librería de Manuel Porrúa S.A. México, 1974, p. 25

En Roma, las formas de accionar en lo penal variaron según la distinción que se tenía entre delitos privados y delitos públicos.

Los privados eran los que afectaban intereses particulares, se acusaban directamente ante los Tribunales comunes y traían aparejada una condena pecuniaria o *poena*.

Los delitos públicos eran los que causaban una perturbación o ataque a la sociedad, y se castigaban con penas corporales.

En este orden de ideas, se puede decir que la acción penal en un principio era ejercitada directamente por los particulares ofendidos en el proceso penal privado, como consecuencia de la *actio doli*, mientras que en el proceso penal público, en su fase de la *cognitio*, aun la de acusar era una función procesal concedida al Magistrado, quien contaba con amplios poderes discrecionales, lo que ocasionó que en los últimos días de la República se le tuviera como un procedimiento insuficiente.

Durante la *accusatio*, la actividad del Magistrado se redujo a la Jurisdiccional, y a la de acusar o accionar pasó a ser facultad de un representante voluntario de la sociedad al que se denominó *accusatore*, cuya actividad se realizaba por el ofendido o por un ciudadano distinto. Posteriormente la *accusatio* fue sustituida en el proceso penal extraordinario por la actuación de los llamados *curiosi* o *nunciatores*, que eran los funcionarios o agentes públicos encargados de accionar y realizar las pesquisas en forma oficial. Esta figura constituye sin duda alguna, uno de los primeros antecedentes de lo que hoy conocemos como Ministerio Público.

En el Derecho Romano a los llamados delitos privados se les dividió en civiles y pretorianos, de los cuales resultan tres acciones de cada uno, las que debido a la época, no se pueden explicar separadamente de los delitos en sí.

1.- De los Civiles.

a) El *Furtum*, era el apoderamiento de una cosa ajena con espíritu de lucro o *animus furandi*. Este delito daba lugar a dos acciones distintas:

- Una acción penal que tenía por objeto el castigo del culpable con resarcimiento patrimonial para el ofendido o reparación del daño.

- La *actio rei persecutoria* o indemnización al robado. Esta acción podía ser ejercitada por toda aquella persona interesada en que no se hubiera cometido el delito, siempre y cuando fuera ciudadano, y posteriormente también se pudo ejercitar por los peregrinos. Se ejercitaba únicamente en contra del ladrón, toda vez que ya existía el concepto de que la pena es personal.

b) *Injuria*. Consistía en toda clase de ataque a la persona, incluía tanto palabras o libelos difamatorios como golpes, heridas, etcétera. La acción que resultaba de este delito era penal y se ejercitaba por el ofendido sólo en contra del culpable y sus cómplices, solo se perseguía a petición del agraviado, quien podía otorgar el perdón, lo que constituye un antecedente de la querrela.

c) *Damnum injuria datum*, era el daño inflingido injustamente a una persona en sus cosas personales. La acción resultante era penal y la intentaba el propietario de la cosa, quien debía ser ciudadano.

2.- De los Pretorianos:

a) *Rapiña*, era el robo cometido con violencia, de éste nacía la *actio bonorum raptorum* que era de carácter penal y se ejercitaba por el perjudicado en contra del trasgresor.

b) *Dolus*, lo constituían las maniobras fraudulentas de que se valía el trasgresor para inducir a la víctima al error causándole un perjuicio. La acción derivada tenía carácter penal y le correspondía al ofendido en contra del infractor, quien podía evitar la condena si reparaba el perjuicio ocasionado.

c) *Metus*, eran las amenazas o medios violentos de que se valía el trasgresor para atemorizar a la víctima con el objeto de que ejecutara un acto. La acción presenta las mismas características que la del *dolus*.

2.3 DERECHO ITALO-CANÓNICO.

Atendiendo a que la sanción pecuniaria se estableciera en favor del particular o del fisco, los delitos podían canalizarse en procesos civiles o criminales. El órgano jurisdiccional podía ser secular o eclesiástico, correspondiéndole a este último conocer de herejía, sacrilegio, bestialidad y los relacionados con el matrimonio (adulterio, bigamia).

El proceso podía ser acusatorio o inquisitivo, en el primero a los particulares competía el ejercicio de la acción penal quienes debían prestar el *juramento de calumnia*, esto es, de no acusar falsamente. En el inquisitivo, la acusación podía ser oficial o privada, el acusador era tomado como mero informador de la causa.

Posteriormente, durante la edad media el proceso penal se mantuvo con base en las normas de enjuiciamiento legal y consuetudinario de romanos y germanos. El proceso penal acusatorio prácticamente desapareció a causa del centralismo estatal de Europa, con excepción de Inglaterra, en donde se mantuvo el sistema acusatorio. Por su parte, la Iglesia desarrolló el sistema inquisitivo en el que prevalecía la denuncia y la delación y el propio tribunal iniciaba las causas.

En esa época los actos y las funciones procesales se concentraron en la figura del inquisidor, quien recibía denuncias, practicaba pesquisas, realizaba aprehensiones; se empleaba la confesión como prueba por excelencia, la cual era obtenida mediante el tormento y los juicios eran secretos.

2.4 LA ACCIÓN PENAL EN FRANCIA.

El proceso inquisitivo tuvo su mayor desarrollo en Francia. La ordenanza francesa de Luis XIV del año de 1670 dividía la instancia en dos fases, una ante el Juez permanente o técnico y unipersonal para la fase de inquisición y la otra,

colegiada para el momento del juicio o fallo. El procedimiento se iniciaba de oficio y podía intervenir en él, como acusador, el procurador del rey.

Fue en la etapa de la Revolución Francesa cuando terminó el proceso penal inquisitivo; debido a las ideas liberales de la época se adoptó el sistema acusatorio inglés, con lo que se estableció un doble jurado, el de acusación y el de juicio. Al primero le correspondía reunir las pruebas para fundar la acusación, cuyo ejercicio estaba a cargo de un acusador público instituido por elección, por lo que representaba al pueblo pero no al Estado.

En 1808 se creó el Código de Instrucción Criminal y en 1810 se dictó la Ley Orgánica de los Tribunales; se mantuvo el jurado de juicio pero no el de acusación, los juicios se llevaban a cabo ante los jurados populares en los cuales actuaba un representante del Ministerio Fiscal, quien era el único titular de la acción penal, quedando reservado al ofendido el ejercicio de la acción civil, y es aquí donde queda bien definida una de la otra. Se puede afirmar que es entonces cuando nace la figura del Ministerio Público como acusador oficial, así como el moderno concepto de la acción penal.

La legislación francesa estableció una incompatibilidad absoluta entre las funciones de acción y de requerimiento que constituyen el ejercicio de la acción penal, y las funciones de Policía Judicial que comprenden la investigación previa. Sólo intervenía el Procurador del Rey en el desarrollo de los procesos verbales de manera excepcional, cuando se trataba de crímenes flagrantes, con el fin de evitar que se destruyeran las pruebas, y su intervención se reducía a la práctica de las diligencias más indispensables para comprobar el delito y tomar declaraciones de los testigos presenciales, debiendo dar inmediato aviso al Juez de Instrucción en turno. Cuidó el legislador de evitar que el Ministerio Público invadiese las funciones encomendadas a la jurisdicción. Sólo al Procurador del Rey y a sus substitutes se les confería personalmente estas atribuciones. Los demás funcionarios del Ministerio Público, como el Fiscal General y los abogados fiscales

y substitutos no podían desempeñar funciones de Policía Judicial, sino de control y vigilancia en las actuaciones que se practicaban. La investigación de los delitos se ejercía bajo la autoridad de los tribunales, pero siempre bajo la vigilancia del Procurador.

2.5 EL SISTEMA INGLÉS.

Tradicionalmente se ha caracterizado por la acusación, existía un Jurado Popular o Gran Jurado, quien controlaba las acusaciones a fin de evitar que fueran infundadas. Tales acusaciones sólo podían pasar al Pequeño Jurado o Tribunal de Juicio, si el Gran Jurado calificaba de legal y admisible la acusación.

En este sistema a regido el principio de la acusación popular y cualquier ciudadano está facultado para ejercitar la acción penal, porque tiene el deber de cuidar que no se altere la tranquilidad y la paz del Reino. Se admite la acusación privada para los delitos de querrela. Existe el Attorney General (Procurador General), el Solicitor-General que supe al Procurador General, y el Director of Public Prosecutions. El Procurador General es designado directamente por el Rey entre los más distinguidos juristas ingleses y tiene el carácter de gran oficial del Estado; es el Consejero Jurídico del Gobierno y la cabeza del Foro. Interviene en el ejercicio de la acción penal cuando se afecta un interés público en delitos contra la seguridad interior y exterior del Estado, sedición o rebelión, coalición de funcionarios, etcétera, y como órgano de control en la prosecución de la acción penal ejercitada por el Director of Public Prosecutions. El cargo de Solicitor-General tiene un carácter semipolítico, es consultor legal del Parlamento y termina sus funciones a la caída del gabinete de donde depende su nombramiento.

En los casos en que no interviene uno de los acusadores públicos mencionados, son los particulares los encargados de promover la acción penal por medio de juicios sumarísimos que consisten en la celebración de una audiencia en

que el acusador presenta los testigos de cargo, el acusado los de descargo y el Juez pronuncia el fallo, sin que intervenga el acusador ni la defensa y sin recurso de apelar, con excepción de la ciudad de Londres en que los procesos se ventilan por medio de los stipendiary magistrates. En delitos graves (indictable), la acusación se lleva por el Coroner (oficial de la Corona) por medio de dos procedimientos: el indictment, que instruye el Juez de Paz, y el Coroner's inquisition, que instruye el Coroner. En Inglaterra, las necesidades de la vida práctica han motivado que se faculte al agente de la policía para desempeñar el cargo de prosecutor, sustituyendo al particular. Cuando el Director de la Acusación Pública abandona la acción ejercitada, puede continuarla cualquier persona autorizada por la High Court. No se concede al Ministerio Público en Inglaterra el derecho de apelar en materia penal, salvo casos excepcionales, en tanto que existe una amplia libertad por lo que se refiere al acusado. Se advierte la tendencia de reconocer el principio de la acusación pública para encomendarla a un órgano del Estado (Ministerio Público).

2.6 DERECHO ESPAÑOL.

En el derecho español, en el denominado Fuero Juzgo se contemplaron diversas disposiciones de tipo procesal, y de esta manera tenemos que en el Título I Libro VI, se establecieron los requisitos y la forma de llevar a cabo la acusación, así como las garantías del acusado frente al acusador y frente al Juez, asimismo en el Libro V, se alude a la acusación popular en caso de homicidio.

Por otra parte, en las Siete Partidas se habla también de la acusación, de su utilidad y de sus formas, en el Título I de la Partida Séptima. En el Título II, se refiere que el Juez debe escoger a un solo acusador cuando muchos quieran acusar a alguien por algún delito, la obligación de presentar la acusación por escrito, indicando el nombre del acusador y del acusado, el del Juez ante quien se hace, así como el delito, el lugar, el mes y el año, y el juez también debía tomar al

acusador "la jura de que no se mueve maliciosamente" y "emplazar al acusado dándole traslado de la demanda", señalándose un plazo de días para que responda.

En el título XV, se señala que pueden demandar "enmienda del daño", el dueño de la cosa y su heredero, petición que debía formularse ante el Juez del lugar.

Bajo el reinado de Felipe V, se pretendió suprimir las promotorías en España por decreto de 10 de noviembre de 1713 y por la declaración de principios de 1º de mayo de 1744 y de 16 de diciembre de ese año, pero la idea no fue bien acogida y se rechazó unánimemente por los tribunales españoles.

Por decreto de 21 de julio de 1926, el Ministerio Fiscal funciona bajo la dependencia del Ministerio de Justicia. Es una magistratura independiente de la judicial y sus funcionarios son amovibles. Se compone de un Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Madrid, auxiliado por un Abogado General y otro asistente. Existen además, los Procuradores Generales en cada Corte de Apelación o audiencia provincial asistidos de un Abogado General y de otros ayudantes.

Con lo anterior hemos tratado de exponer la evolución que han tenido los sistemas jurídicos de algunos pueblos, relacionado con lo que actualmente y en nuestro país es la acción penal.

2.7 LA ACCIÓN PENAL EN MÉXICO.

Entre los aztecas imperaba un sistema de normas para regular el orden y sancionar toda conducta hostil a las costumbres y usos sociales, ya que regía un sistema de derecho consuetudinario.

El monarca delegaba sus atribuciones en funcionarios especiales, y existía en materia de justicia el "Cihuacoatl" quien presidía el Tribunal de Apelación, además de fungir como consejero del monarca, a quien representaba en algunas actividades como la preservación del orden social y militar.

El Cihuacoatl era considerado el magistrado supremo y tenía la facultad de nombrar a un magistrado para las ciudades con mayor número de habitantes, éste a su vez designaba a los jueces encargados de los asuntos civiles y criminales.

El maestro Guillermo Colín Sánchez nos dice: "Las infracciones graves, se encomendaban a un tribunal colegiado, integrado por tres o cuatro jueces; los jueces menores, iniciaban las actuaciones procedentes, efectuaban la aprehensión de los delinquentes, instruían el proceso en forma sumaria y el magistrado supremo era el que decidía en forma definitiva"⁴⁵

José Kohler, citado por Colín Sánchez refiere que "el procedimiento era de oficio y bastaba un simple rumor público, acerca de la comisión de un delito, para que iniciaran la persecución... Los ofendidos, podían presentar directamente su querrela o acusación; presentaban sus pruebas y en su oportunidad formulaban alegatos."⁴⁶

Con la llegada de los españoles se produjo un choque de ideas, lenguas, costumbres, creencias, gobiernos, etcétera, y como es lógico en estos casos, los conquistados se someten a las nuevas disposiciones que se imponen, siendo por tal motivo que durante la transición y fusión se suscitan diversas cuestiones de comportamiento, por lo que aparecen en el sistema de gobierno dos Procuradores Fiscales, adoptándose la misma forma que en España.

⁴⁵ COLÍN SÁNCHEZ Guillermo, *op. cit.*, p. 28.

⁴⁶ *Idem.*

Por otro lado, en esa época no existía autoridad que estuviera específicamente encargada de la persecución de los delitos, sino por el contrario, tanto autoridades civiles, militares e inclusive religiosas tenían como encargo tal fin, por lo que se originó un verdadero cúmulo de disposiciones para regular la conducta del individuo en sociedad, siendo así que llegó un momento en que fue difícil la impartición de justicia en virtud de la existencia de tan diversos criterios, lo que dio lugar a lo que se conoce como Leyes de Indias, mismas que son una recopilación de las diferentes leyes antes mencionadas, sin embargo, aun cuando se conjugaron las disposiciones impuestas por los conquistadores, no se dejaron de contemplar de alguna manera los intereses de los sometidos, es decir, que las Leyes de Indias respetarían aspectos como usos, costumbres, observación y normatividad jurídica de los conquistados, siempre y cuando no contravinieran las disposiciones establecidas por el Derecho Hispano.

El Fiscal se encargaba de promover la justicia y tenía a su cargo también perseguir a los delincuentes, y aunque lo hacían representando a la sociedad ofendida, no tenían las características que revisten al actual Ministerio Público. En 1527 formó parte de la real audiencia, misma que se integró por dos Fiscales, en donde uno se encargaba de los asuntos de índole civil y el otro de índole criminal, además de que también actuaba un oidor, el cual tenía la función de realizar las investigaciones desde el inicio hasta la sentencia; con la aclaración de que no se les debe confundir a los Fiscales antes mencionados con el Promotor Fiscal; toda vez que éste último, a diferencia de aquellos, se enfocaba a los asuntos de índole inquisitoria, es decir, se encargaba de acusar y perseguir a los que atentaban contra los principios de la iglesia, resultando ser así el conducto entre el Virrey y ese Tribunal, además de que comunicaba las resoluciones del Tribunal y la fecha de la celebración del auto de fe, denunciando así, y a la vez persiguiendo a los herejes.

En 1549, a través de una Cédula Real, se estableció que se hiciera una selección de un grupo de Indios, a efecto de que desempeñaran puestos de

Jueces, Regidores, Alguaciles, Escribanos y Ministros de Justicia, con la observación de que dichos funcionarios se tenían que conducir de conformidad con las leyes establecidas.

"En 1814 se promulgó la Constitución de Apatzingán, en donde los primeros 41 artículos establecían que la religión del Estado será católica; la soberanía reside en el pueblo, el ejercicio de ésta corresponde al Congreso, etcétera. Lamentablemente los acontecimientos que vivía la nación no permitieron que la Constitución diera paso a la organización política del país."⁴⁷

La Constitución de Apatzingán jamás estuvo en vigor, sin embargo, su valor histórico es indiscutible, no sólo porque fue la primera Carta Magna propia, sino que en ella también se reconoció la existencia de dos Fiscales auxiliares de la administración de justicia, uno para el ramo civil y otro para el ramo criminal, designación que haría el poder legislativo previa propuesta del ejecutivo, durando en su cargo cuatro años, permitiéndole vislumbrar así la vida del México soberano e independiente.

"Diez años más tarde se promulgó la Constitución Federal de 1824, documento que constaba de 7 títulos subdivididos en secciones y de 171 artículos, se optó entonces por un gobierno representativo, republicano, popular y federal. La división de poderes se hacía de acuerdo con la doctrina clásica de Montesquieu: poder ejecutivo, legislativo y judicial, pero finalmente dicha Constitución producto del esfuerzo de la nación mexicana, quedó reducida al despotismo que sepultaba la autonomía de los miembros de la Federación."⁴⁸

Así en 1857 se formó una nueva Carta Magna, que se apegaba a la de 1824. Se inspiraba en los principios ideológicos de la revolución francesa, y en

⁴⁷ CASTILLO SOBERANES Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 16.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 17.

cuanto a la organización política, tomaba de modelo la de Estados Unidos de América, ésta en los primeros 29 artículos establecía los derechos del hombre.

Juan José González Bustamante citando a Jacinto Pallares menciona que, "La Ley de Jurados de 15 de junio de 1869, establece... tres promotorías fiscales para los juzgados de lo criminal, que tienen la obligación de promover todo lo conducente en la investigación de la verdad... Los promotores fiscales representan a la parte acusadora y los ofendidos por el delito pueden valerse de ellos para llevar las pruebas al proceso, y en los casos en que no estuviesen de acuerdo con el Promotor Fiscal, solicitarán que se les reciban las pruebas de su parte y el Juez las admitirá o rechazará, bajo su responsabilidad."⁴⁹

En los Códigos de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 1880 y 1894, se concibe al Ministerio Público como una magistratura, instruida para pedir y auxiliar la pronta administración de justicia a nombre de la sociedad y para defender ante los tribunales los intereses de ésta; también se menciona como facultad de la Policía Judicial la de investigar los delitos y reunir pruebas, ratificándose al Ministerio Público la actividad de perseguir y acusar ante los tribunales a los presuntos responsables.

Sin embargo, en realidad los jueces eran los encargados de ordenar la investigación de los delitos, quienes se auxiliaban para ello de la policía judicial, y el Ministerio Público únicamente tenía la función de acusar formalmente según las directrices del juez, quien además era el encargado de sentenciar.

Posteriormente, con la reforma Constitucional del 22 de mayo de 1900 se estableció que los funcionarios del Ministerio Público y el Procurador General de la República que ha de presidirlo serán nombrados por el Ejecutivo.

⁴⁹ GONZÁLEZ BUSTAMANTE Juan José, Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. 6ª ed. Editorial Porrúa S.A. México, 1975. p. 68.

En la Ley Orgánica del Ministerio Público expedida en 1903, se pretende dar una relevancia fundamental a este, inspirándose para ello en la organización de la Institución Francesa, toda vez que se le otorgaba personalidad de parte en el Juicio.

Al concluir la Revolución y crearse la actual Constitución de 1917, se propone dotar al Ministerio Público (el cual era figura en los hechos decorativa) de la facultad de investigar y perseguir los delitos ante los tribunales, quitando así a los jueces la facultad investigadora para evitar que fuera el mismo órgano el que ordenara acusar y el que sentenciara al acusado, determinando entonces que ambos órganos pertenecieran a poderes distintos: el Ministerio Público al Ejecutivo y el juez al Judicial; en otras palabras, se pasa de un sistema inquisitorio a uno acusatorio.

El Primer Jefe del ejército constitucionalista, Venustiano Carranza, citado por el maestro José Ovalle Favela, criticó así la función que realizaban los jueces: "Los jueces mexicanos han sido, durante el periodo 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 de buscar las pruebas, a cuyo efecto siempre se han considerado autorizados a emprender verdaderos asaltos contra los reos, para obligarlos a confesar, lo que sin duda alguna desnaturaliza las funciones de la judicatura."⁵⁰

De esta forma la Constitución de 1917 provocó un cambio brusco y novedoso en el sistema, se unificaron las facultades del Ministerio Público, haciendo de éste un organismo integral para perseguir los delitos con independencia absoluta del Poder Judicial, al que había estado atado desde su origen, para pasar a forma parte del Poder Ejecutivo, como hasta la fecha se mantiene.

⁵⁰ OVALLE FAVELA José, *op. cit.*, p. 246.

A partir de 1917, bajo el texto del artículo 21 Constitucional en el que quedaron delimitadas las funciones del Ministerio Público para investigar y perseguir los delitos, y de los jueces para imponer las penas, un sector de la doctrina así como la Suprema Corte de Justicia de la Nación interpretaron el nuevo texto constitucional en el sentido de que al Ministerio Público le correspondía en forma absoluta el ejercicio de la acción penal, sin que su negativa ha hacerlo pudiera ser objeto de revisión por parte de la autoridad judicial. Así lo señalan los siguientes criterios de la Corte:

Quinta Epoca

Instancia: Pleno

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: Tomo II, Parte HO

Tesis: 767

Página: 498

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 (sic), 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.

Quinta Epoca:

Tomo II, pág. 83. Amparo en revisión. Harlan Eduardo y coags. 9 de enero de 1918. Unanimidad de once votos.

Tomo II, pág. 1024. Amparo directo. Vázquez Juana. 26 de marzo de 1918. Unanimidad de diez votos.

Tomo II, pág. 1550. Amparo en revisión. Grimaldo Buenaventura. 10 de junio de 1918. Unanimidad de diez votos.

Tomo IV, pág. 147. Amparo en revisión. Mantilla y de Haro Ramón. 11 de enero de 1919. Mayoría de seis votos.

Tomo IV, pág. 471. Amparo directo. López Leonardo. 25 de febrero de 1919. Mayoría de siete votos.

Quinta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: Tomo II, Parte HO

Tesis: 771

Página: 500

ACUSADOR O DENUNCIANTE, CUANDO ES IMPROCEDENTE EL AMPARO PROMOVIDO POR EL. Los particulares no pueden tener injerencia en el ejercicio de la acción penal que el artículo 21 constitucional encomienda al Ministerio Público; y, por consiguiente, el querellante de un delito no puede combatir mediante el juicio de garantías, las determinaciones que versen exclusivamente en la actuación desplegada con aquel fin, puesto que esas providencias no afectan directamente sus derechos patrimoniales o personales, sino que tales determinaciones atañen al interés social.

Quinta Epoca:

Amparo en revisión 4971/34. Millán Andrés. 9 de julio de 1935. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo en revisión 6010/33. Abascal Adalberto. 9 de agosto de 1935. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo en revisión 1200/35. Eljure Miguel A. 5 de junio de 1936. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo en revisión 6261/34. Penilla Ernesto y coag. 27 de agosto de 1936. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo en revisión 1013/34. Ayala de Castelazo Luz. 9 de octubre de 1936. Unanimidad de cuatro votos.

Séptima Epoca

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 33 Primera Parte

Página: 13

ACCION PENAL, NO ES VIOLATORIA DE GARANTIAS DEL SUPUESTO OFENDIDO LA NEGATIVA DEL MINISTERIO PUBLICO PARA EJERCITARLA.

No viola las garantías individuales del que se dice ofendido con hechos delictuosos, la negativa del Ministerio Público para ejercitar la acción penal, porque el particular no es titular de un derecho tendiente a exigir el ejercicio de esta acción. Por ende, no puede hablarse de la privación de sus derechos para ese efecto. Compete al Ministerio Público, exclusivamente, el ejercicio de la acción penal y ello obliga a excluir tal acción del patrimonio privado. No es obstáculo para esa conclusión la actitud indebida en que puede incurrir aquella institución, porque, en todo caso, ello vulneraría derechos sociales entre los que se encuentra el de perseguir los delitos, lo que podría motivar el consiguiente juicio de responsabilidad en contra del funcionario infractor de la ley, pero no un juicio constitucional que podría dar como resultado obligar a la autoridad responsable a ejercitar la acción penal, quedando así al arbitrio de los tribunales judiciales de la Federación, la persecución de esos delitos que, según el texto y el espíritu del artículo 21 constitucional, queda excluido de sus funciones.

Amparo en revisión 2281/57. Elodia Martínez L. 7 de septiembre de 1971. Unanimidad de diecisiete votos. Ponente: Enrique Martínez Ulloa.

Nota: En el Informe de 1971, la tesis aparece bajo el rubro "ACCION PENAL. NO ES VIOLATORIA DE GARANTIAS LA NEGATIVA PARA EJERCITARLA.."

Además de estos criterios de la Corte que compartían algunos teóricos, se fueron acrecentando las funciones y el poder del Ministerio Público, de tal modo que como señala el jurista Ovalle Favela, "han conducido a otro grave desequilibrio, exactamente opuesto al criticado por Carranza, pero tan peligroso o más que éste. El juez de instrucción ha sido suprimido, pero su lugar ha sido ocupado por el Ministerio Público. El problema ahora ya no es el de que el juez se vuelva investigador y acusador, y deje al Ministerio Público una función

'meramente decorativa'; sino el de que el Ministerio Público, que sólo debe actuar como investigador y acusador, se convierta, al mismo tiempo en juzgador, dejando al juez un papel meramente decorativo."⁵¹

Esta situación se tornó de tal manera insostenible, que el artículo 21 Constitucional tuvo que ser reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1994, el cual entró en vigor a partir del 1° de enero de 1995, estableciéndose en el párrafo cuarto la posibilidad de recurrir por vía jurisdiccional las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal.

⁵¹ *Ibidem*, p. 247.

CAPÍTULO III

REGULACIÓN JURÍDICA DE LA ACCIÓN PENAL EN EL DISTRITO FEDERAL.

3.1 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES PARA INVESTIGAR Y PERSEGUIR LOS DELITOS.

El artículo 21 constitucional contempla la facultad que tiene el Ministerio Público para investigar y perseguir los delitos en México, así como que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial, y que corresponde a las autoridades administrativas la imposición de sanciones por faltas a los reglamentos de policía y buen gobierno, al señalar en su párrafo primero 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 y 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."

De las anteriores atribuciones precisadas en la Constitución, se determinó que el Ministerio Público tiene el monopolio de la acción penal en México, y así se interpretó por los tribunales de la Federación hasta 1994, sin embargo, por decreto del Congreso de la Unión publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de ese año, se estableció en el párrafo cuarto del citado artículo 21

constitucional 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."

De esta manera, el Congreso Federal dejó en manos de las legislaturas locales la facultad de reglamentar la forma y términos en que las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio de la acción penal podrían ser impugnadas, lo cual generó un debate sobre cuál sería la autoridad y el procedimiento idóneos para conocer de éstas determinaciones, transcurriendo así algunos años sin que la mayoría de los Congresos locales establecieran la vía jurisdiccional para su impugnación, en tanto que llegaron al conocimiento de los Tribunales de Amparo diversos juicios en los que se alegaba que el Juicio de Garantías es la vía idónea para su impugnación, hasta que éste tipo de casos llegó al conocimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que estableció criterios jurisprudenciales en los que llegó a la conclusión de que el Juicio de Amparo Indirecto es la vía adecuada para impugnar las resoluciones de no ejercicio de la acción penal, hasta en tanto se estableciera en las leyes secundarias el procedimiento a seguir para su impugnación. De las mencionadas Tesis de Jurisprudencia destacan las siguientes:

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XII, Diciembre de 2000

Tesis: P./J. 128/2000

Página: 5

ACCIÓN PENAL. EL ARTÍCULO 21, PÁRRAFO CUARTO, CONSTITUCIONAL, SE ERIGE EN GARANTÍA DEL DERECHO DE IMPUGNAR LAS RESOLUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO SOBRE EL NO EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE AQUÉLLA. En la iniciativa presidencial que dio origen a la reforma al artículo 21 constitucional, que entró en vigor el primero de enero de mil

novecientos noventa y cinco, se reconoció la necesidad de someter al control jurisdiccional las resoluciones sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, con el propósito de garantizar los derechos de las víctimas y la protección misma de la sociedad, evitando que algún delito quede, injustificadamente, sin persecución. Del dictamen elaborado por las Comisiones Unidas de Justicia, Puntos Constitucionales y Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, en cuanto a la iniciativa en comento descuella, como elemento preponderante, la determinación de hacer efectiva la seguridad jurídica de los gobernados en lo referente a las funciones que el Ministerio Público tiene encomendadas de perseguir los delitos y ejercer la acción penal, otorgando a aquéllos la oportunidad de impugnar las determinaciones respecto del no ejercicio y desistimiento de la acción penal, para lograr, por un lado, que las víctimas de los delitos o sus familiares obtengan una reparación del daño; por otro, que se abata la impunidad; y, además, que se impida que por actos de corrupción, la Representación Social no cumpla con sus funciones constitucionales. A su vez, el dictamen emitido respecto de la iniciativa presidencial por las Comisiones Unidas de la Cámara de Diputados, que dio paso a la aprobación con modificaciones de la citada iniciativa, pone de relieve el propósito legislativo de elevar al carácter de garantía individual el derecho de impugnar las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, para hacer efectivo el respeto a la seguridad jurídica. Esos antecedentes legislativos son reveladores del nacimiento de la garantía individual de impugnar las resoluciones de mérito, por lo que es factible lograr que, mediante el juicio de amparo, el Ministerio Público, por vía de consecuencia, ejerza la acción penal o retire el desistimiento.

Amparo en revisión 32/97. 21 de octubre de 1997. Once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Armando Cortés Galván.

Amparo en revisión 961/97. 21 de octubre de 1997. Once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Armando Cortés Galván.

Amparo en revisión 2096/98. 25 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Mariana Mureddu Gilabert.

Amparo en revisión 2880/97. 11 de noviembre de 1999. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo; en su ausencia hizo suyo el proyecto Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Guadalupe M. Ortiz Blanco. Amparo en revisión 3535/97. 15 de noviembre de 1999. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: José Carlos Rodríguez Navarro. **El Tribunal Pleno**, en su sesión privada celebrada hoy veintisiete de noviembre en curso, aprobó, con el número 128/2000, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintisiete de noviembre de dos mil.

Novena Epoca

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XII, Octubre de 2000

Tesis: P./J. 114/2000

Página: 5

ACCIÓN PENAL. ES PROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO, MIENTRAS NO SE ESTABLEZCA EN LEY LA VÍA JURISDICCIONAL DE IMPUGNACIÓN ORDINARIA, PARA RECLAMAR LAS RESOLUCIONES SOBRE EL NO EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE AQUÉLLA (ARTÍCULO 21, PÁRRAFO CUARTO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL). De la reforma al citado precepto constitucional, que entró en vigor el 1o. de enero de 1995, y de los antecedentes legislativos que le dieron origen, se advierte el reconocimiento en favor del querellante, denunciante, víctima del delito o de los familiares de ésta o del legalmente interesado, del derecho de impugnar las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, coetáneo del derecho de exigir al Estado la persecución de los delitos, lo que se traduce en el nacimiento de una garantía individual, cuyo respeto no puede considerarse postergado o sujeto a la condición suspensiva de que el legislador ordinario, en los diferentes fueros, emita las disposiciones legales que reglamenten el instrumento para impugnar por la vía jurisdiccional ordinaria las determinaciones de mérito,

puesto que, en principio, ante la vigencia de la disposición constitucional relativa, la protección del derecho garantizado es inmediata, ya que, en tal hipótesis, no se requieren medios materiales o legales diferentes de los existentes para que la autoridad cumpla cabalmente y desde luego, con el mandato constitucional de investigar y perseguir los delitos, siendo obvio que dentro del sistema constitucional mexicano, el medio para controlar directamente el cumplimiento de esas funciones es el juicio de amparo. Por consiguiente, la ausencia de ordenamientos legales que precisen la vía jurisdiccional ordinaria para impugnar las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal que pueden ser violatorias de las garantías individuales del ofendido, no impide que tales determinaciones sean reclamadas de modo inmediato y en tanto se expidan las leyes ordinarias, a través del juicio de amparo, dado que al estar regulada la actuación relativa de la Representación Social por la propia Carta Magna, entre otros de sus preceptos, en los artículos 14 y 16, bien puede y debe examinarse esa actuación en el juicio de garantías, pues arribar a una postura que sobre el particular impida la procedencia de dicho juicio, sería tanto como desconocer la existencia de la mencionada garantía individual y el objetivo y principios que rigen al juicio de amparo, que de acuerdo con lo previsto en los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es procedente contra leyes o actos de autoridad que violen garantías individuales. En estas condiciones, debe concluirse que si las determinaciones del aludido Representante Social sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal pueden implicar la violación de garantías individuales, aquéllas podrán impugnarse mediante el juicio de amparo indirecto, en términos de lo dispuesto en el artículo 114, fracción II, de la Ley de Amparo, por ser esta vía la que revisa la legalidad del proceso indagatorio de la comisión de ilícitos, además de que desatender la norma constitucional reformada implicaría la inobservancia de los artículos 133 y 136 de la Constitución Federal, siendo que el espíritu del Constituyente Originario se orientó a la prevalencia de los principios de supremacía e inviolabilidad de la Ley Fundamental.

Contradicción de tesis 18/98-PL. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Cuarto Circuito. 5 de junio de 2000. Unanimidad de diez votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Hilario Sánchez Cortés.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy dos de octubre en curso, aprobó, con el número 114/2000, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dos de octubre de dos mil.

Novena Epoca

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VI, Diciembre de 1997

Tesis: P. CLXVII/97

Página: 108

ACCIÓN PENAL. LA PROCEDENCIA DEL AMPARO RESPECTO DE LAS RESOLUCIONES SOBRE EL NO EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE AQUÉLLA, NO INVADE EL MONOPOLIO DEL MINISTERIO PÚBLICO AL RESPECTO. La intervención del Poder Judicial Federal, en su función de instructor y resolutor del juicio de amparo en contra de las resoluciones sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, no puede considerarse invasora del monopolio que respecto del ejercicio de esa acción establece el artículo 102 de la Constitución General de la República, en favor del Ministerio Público, ya que en tal carácter, no llegará a conocer como Juez ordinario, ni en primera ni en segunda instancias del proceso, puesto que investido como juzgador constitucional, no es un tribunal de justicia común que, por medio de su arbitrio, valore acciones, pruebas y personas para aplicar las leyes con el conocimiento inmediato de los hechos que acontecieron, sino que es un tribunal de garantías constitucionales que respetando el arbitrio de los jueces del orden común, en la estimación legal de los hechos y en la apreciación de las pruebas, solamente juzga, a través del juicio de amparo, si con motivo de los actos de autoridad, sea ésta judicial, legislativa o administrativa, se han conculcado o no los derechos del gobernado garantizados

por la Constitución, otorgando o negando la protección de la Justicia Federal en cada caso concreto.

Amparo en revisión 32/97. Jorge Luis Guillermo Bueno Ziaurriz. 21 de octubre de 1997. Once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Armando Cortés Galván.

Amparo en revisión 961/97. Alberto Santos de Hoyos. 21 de octubre de 1997. Once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Armando Cortés Galván.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el once de noviembre en curso, aprobó, con el número CLXVII/1997, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a once de noviembre de mil novecientos noventa y siete.

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VI, Diciembre de 1997

Tesis: P./J. 91/97

Página: 5

ACCIÓN PENAL, RESOLUCIÓN DE NO EJERCICIO, EMANADA DE UNA AUTORIDAD DEPENDIENTE DE LA PROCURADURÍA 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, en 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. Aun cuando no todos los delitos se sancionan con la privación de la libertad, la afectación debe entenderse en sentido amplio, pues aun tratándose de delitos que se sancionan con pena alternativa o con pena no privativa de la libertad, la orden de comparecer al 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, aun 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 expeditéz 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. Once votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: María Guadalupe Saucedo Zavala.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el once de noviembre en curso, aprobó, con el número 91/1997, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a once de noviembre de mil novecientos noventa y siete.

Dentro de este contexto, aun cuando en la tercera de las Tesis de Jurisprudencia transcritas se precisa que la procedencia del amparo contra las determinaciones del no ejercicio de la acción penal no invade el monopolio del Ministerio Público, al respecto, surge la interrogante de si en un determinado caso en el que el juzgador de Amparo ordenara a dicha institución ejercer la acción penal, esto implica o no, que se acabe con ese monopolio, al respecto consideramos que ese ejercicio exclusivo de la acción penal se mantiene por parte de la institución ministerial, ya que en el supuesto mencionado no será el Juez de Amparo el que la ejercite sino que únicamente ordenará y en su caso obligará al Representante Social a hacerlo.

De esta manera, estimamos que el derecho de las víctimas u ofendidos por un delito para impugnar las resoluciones ministeriales en las que se determina no ejercer acción penal, no implica terminar con el monopolio que detenta el Ministerio Público ya que indefectiblemente será ésta autoridad la que finalmente ejercerá esa facultad, y por tanto ese derecho a impugnar únicamente constituye la posibilidad, que antes no existía, de someter a la revisión de las autoridades jurisdiccionales las resoluciones de inejercicio de la acción penal, mientras que en los casos en los que se resuelve ejercerla ya existía ese control jurisdiccional, ya que cuando se consigna una averiguación previa invariablemente el juez penal

debe pronunciarse sobre la existencia o inexistencia de los elementos que integran el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, mediante la concesión o negativa de la orden de aprehensión o de comparecencia según el caso, o bien mediante el auto de formal procesamiento o de libertad correspondientes.

Continuando con el análisis de los preceptos constitucionales que regulan la función del órgano investigador, en el artículo 102 apartado "A" de la Carta Magna, se establecen más ampliamente esas facultades del Ministerio Público Federal, al señalar lo siguiente:

"Artículo 102. A. La ley organizará el 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... 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."

En los mencionados artículos 21 y 102 apartado "A", se encuentran principalmente las bases constitucionales del Ministerio Público en nuestro país, sin embargo, por la naturaleza jurídica especial del Distrito Federal, ya que es la sede de los poderes federales, la propia Constitución establece sus características y las facultades de las autoridades federales y locales respecto de la capital de la República.

El artículo 122 de la Constitución precisa en su apartado "C" Base Primera, fracción V, inciso h), que es facultad de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal legislar en materia penal, otorgándole con esto al Congreso Local, la atribución para establecer el catálogo de delitos y el código de procedimientos en materia penal. Asimismo en el apartado "D" de este artículo, se precisa que el Ministerio Público del Distrito Federal será presidido por un Procurador General de Justicia, quien será nombrado en los términos que señale el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, y que tanto éste ordenamiento como la ley orgánica respectiva determinarán la organización, competencia y funcionamiento de esa institución.

3.2 ESTATUTO DE GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL Y LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEL DISTRITO FEDERAL.

En el artículo 10 del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal se señala que el Ministerio Público en el Distrito Federal estará presidido por un Procurador General de Justicia, el cual será nombrado y removido por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, "con la aprobación del Presidente de la República", lo que en la realidad significa que el jefe de Gobierno del Distrito Federal únicamente tiene la facultad para proponer al Procurador General de Justicia del Distrito Federal, como titular del Ministerio Público, pero es el Presidente de la República quien decide en definitiva sobre la persona en la que habrá de recaer dicho nombramiento. En el mismo dispositivo legal se determina que corresponde al Ministerio Público del Distrito Federal la persecución de los delitos del orden común que sean perpetrados en esta entidad, así como promover una pronta, completa y debida impartición de Justicia. De igual forma se establece que las atribuciones de dicho organismo se ejercerán por su titular, por sus agentes o auxiliares, en los términos que lo determine su ley orgánica.

El artículo 42 fracción XII, del mencionado Estatuto, reitera la facultad de la Asamblea Legislativa para legislar en materia penal.

Por otra parte, la Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal, no obstante establecer en el párrafo segundo del artículo 2º, que la Procuraduría General de Justicia forma parte de la Administración Pública Centralizada del Distrito Federal, también señala en su artículo 15 último párrafo, que dicha institución se regirá por su ley específica, situación que se entiende debido a la naturaleza de las funciones que le corresponden al Ministerio Público, que es la de investigar y perseguir los delitos del orden común que se cometan o que tengan efectos en el Distrito Federal, es decir, su función no es esencialmente administrativa, sino más bien tiende a lo judicial, ya que al investigar y perseguir delitos, recaba y valora pruebas para determinar si en su opinión y en un caso concreto, se encuentran reunidos los elementos que acrediten el cuerpo del delito así como la probable responsabilidad del indiciado, tomando en consecuencia la determinación de ejercer o no ejercer la acción penal.

Sin embargo, precisamente una de las situaciones que en nuestra opinión constituye una de las principales causas de la ineficacia y corrupción de la institución ministerial, es precisamente la dependencia del Ministerio Público del Poder Ejecutivo y que su titular sea designado por éste, ya que tal situación acarrea como consecuencia su falta de independencia para investigar y perseguir los delitos, pues cuando son denunciados servidores públicos de alto nivel o personas que ostentan relaciones con el partido político gobernante, ello influye en la imparcialidad de la investigación, al tener el Jefe de Gobierno del Distrito Federal y el Presidente de la República la calidad de Jefes o superiores jerárquicos del Procurador de Justicia, por lo que muchos estudiosos del derecho se han pronunciado desde hace tiempo porque el Ministerio Público sea una institución autónoma e independiente del Poder Ejecutivo, situación que se ve ya como una necesidad apremiante para tratar de disminuir los vicios y el desprestigio de dicha institución.

En relación con este aspecto, la Academia Mexicana de Ciencias Penales ha señalado: "La procuración de justicia debe subordinarse exclusivamente a la

ley. Es importante que así sea y así parezca. Conviene desvincular al Ministerio Público del Poder Ejecutivo y constituirlo en un órgano autónomo que garantice independencia, competencia y suficiencia."⁵²

En el mismo sentido, el distinguido jurista Héctor Fix-Zamudio propone, "sacar a las Procuradurías del Poder Ejecutivo y ubicarlas en el Judicial, como sucedía en nuestro país hasta antes de 1900, o darles rango de órgano autónomo de Estado, similares al Instituto Federal Electoral o la Comisión Nacional de Derechos Humanos."⁵³

Ideas con las cuales coincide también el maestro Julio Hernández Pliego, al precisar: "Quizá el futuro de la institución del Ministerio Público, si de veras se piensa en su autonomía, estará en configurarlo como un organismo dotado de presupuesto y sin subordinación jerárquica a ninguno de los poderes, como acontece ya con otras dependencias en nuestro país, como el Instituto Federal Electoral o la Comisión Nacional de Derechos Humanos, sólo por dar algunos ejemplos."⁵⁴

3.3 REGULACIÓN JURÍDICA DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

Como ya vimos en el capítulo primero de éste trabajo, la averiguación previa inicia con la *notitia criminis*, es decir, con la noticia que del delito tiene el Ministerio Público a través de la denuncia o la querrela, y concluye con la determinación que toma esta autoridad para decidir si ejerce acción penal o si resuelve no ejercerla.

⁵² REVISTA "EL MUNDO DEL ABOGADO", Lo Que Debe Hacer el Próximo Presidente de México en Materia Penal. Documento Elaborado por la Academia Mexicana de Ciencias Penales A.C. Año 3, número 16. México, agosto 2000, p. 41.

⁵³ DIARIO "REFORMA", Proponen Reformas a Sistema de Justicia. Ven Necesaria Autonomía del MP. Víctor Fuentes. México, D.F. 7 de mayo de 2003. Sección Nacional. p. 3A.

⁵⁴ HERNÁNDEZ PLIEGO Julio Antonio, *op. cit.*, p. 108.

Esta etapa procedimental se encuentra regulada por los artículos 3 fracciones I y III, 4, 9-bis fracciones I a VIII, 262, 265 y 266 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, así como 2 fracción I, 3 fracciones I a V, VII a IX, XI y XIII, 14 y 24 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

En primer término, el Ministerio Público y la policía judicial a su cargo tienen la obligación de detener al indiciado cuando se le encuentre en delito flagrante o se trate de caso urgente, en estos casos, así como cuando el indiciado sea detenido por cualquier persona y lo presente ante el Representante Social, éste deberá ordenar su retención por 48 horas, y por excepción durante 96 horas en los casos de delincuencia organizada, siempre que el delito se sancione con pena privativa de libertad y en su caso se encuentre satisfecho el requisito de procedibilidad.

Si por el contrario, no hay flagrancia ni caso urgente o el delito se sanciona con pena alternativa a la prisión o no privativa de libertad, se deberá ordenar la libertad del inculcado. Lo anterior en términos de lo dispuesto por los artículos 3 fracción III, 266 y 267 párrafo tercero del Código, y 3 fracciones IV y XI de la Ley Orgánica.

El artículo 262 del Código establece que el Ministerio Público está obligado a proceder de oficio a la investigación de los delitos de que tenga noticia, salvo en caso de que dichos delitos se persigan por querrela u otro requisito equivalente y éste no se encuentre satisfecho.

En esta fase inicial de la averiguación previa, en la que el Ministerio Público recibe la denuncia o querrela, de acuerdo con los artículos 9-bis fracciones II, III, VI y VIII del Código, y 3 fracción I de la Ley Orgánica, dicha autoridad tiene las siguientes obligaciones:

- Recibir la declaración verbal o escrita del denunciante o querellante e iniciar la indagatoria de acuerdo con los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, eficacia y eficiencia, así como la de informarles sobre su derecho a ratificar en el acto la denuncia o querrela, o dentro de las 24 horas siguientes, siempre que éstos se identifiquen debidamente ante la autoridad.

- Expedir gratuitamente a solicitud del denunciante o querellante copia simple de su declaración o certificada previo pago de derechos.

- Asegurarse de que el denunciante o querellante precisen en su declaración los hechos que motivan la denuncia o querrela, y las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron.

Una vez que se da inicio a la averiguación previa, comienza lo que es propiamente la investigación del delito, por lo que el Ministerio Público deberá realizar las diligencias necesarias hasta dejar comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, teniendo para tal efecto bajo su mando inmediato a la policía judicial, además deberán trasladarse al lugar de los hechos para recabar pruebas y datos de posibles testigos, esto de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 3 fracción I, 4, 9-bis fracciones IV, V y VII, y 265 del Código de Procedimientos Penales, así como 3 fracción II y 24 de la Ley Orgánica.

De igual manera los artículos 9-bis fracciones I, X, XI, XII y XIII del Código, 3 fracción III, y 14 de la Ley Orgánica, otorgan al Ministerio Público las siguientes obligaciones y facultades en relación con la investigación de los delitos:

- Hacer cesar cuando sea posible, las consecuencias del delito.
- Solicitar al denunciante o querellante que aporte los datos necesarios para precisar la identidad del probable responsable y dar intervención a peritos para la elaboración de un retrato hablado.
- Dar intervención a la policía judicial para la localización de testigos.
- Dirigir la investigación absteniéndose de realizar diligencias innecesarias.

- Citar de inmediato al denunciante, querellante, testigos, indiciados y demás personas cuya comparecencia se requiera para el expedito y eficaz desarrollo de la indagatoria.
- Pedir informes y documentos a las autoridades federales y locales, así como a los particulares.

En cuanto a las reglas específicas para recabar las huellas y objetos del delito de acuerdo con su naturaleza, es decir, si dejan vestigios materiales, si son de resultado formal, etcétera, éstas se encuentran precisadas en los artículos 94 a 121 del Código Procesal, para lo cual el Ministerio Público puede utilizar cualquier medio de prueba que estime pertinente, con la única limitación de que el mismo no esté prohibido por la ley, según refiere el diverso artículo 124.

Por otra parte, los artículos 3 fracciones III y V del Código, y 3 fracción VIII de la Ley Orgánica, señalan como facultad del Ministerio Público la de solicitar al juez la práctica de las diligencias que sean necesarias para comprobar el cuerpo del delito y la responsabilidad del acusado. En relación con esta facultad, consideramos que cuando tales diligencias se realicen durante la etapa de investigación del delito, no pueden ser otras que el arraigo, el cateo y actualmente también la intervención de comunicaciones, pues éstas son las únicas que practica el Ministerio Público durante la averiguación previa para las cuales por ley debe solicitar la autorización de un juez, ya que con su realización se afectan garantías individuales de los gobernados, específicamente la libertad de las personas, la inviolabilidad del domicilio y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

El arraigo domiciliario que se realiza a petición del Ministerio Público y con audiencia del inculpado, tiene como finalidad evitar que éste por sus circunstancias personales se evada de la justicia, y permitirle a la autoridad una debida integración de la indagatoria; el arraigo no puede otorgarse por más de treinta días, pero es prorrogable por otros treinta, figura que se encuentra prevista

y regulada en el artículo 270-bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Las formalidades que deben observarse para llevar a cabo el cateo, se establecen en los artículos 16 párrafo octavo de la Constitución y 152 a 161 del Código que comentamos, tiene como finalidad la localización de personas u objetos determinados en domicilios particulares para acreditar el cuerpo del delito y la responsabilidad de un indiciado, o bien la aprehensión de éste, a lo que únicamente se debe limitar la diligencia, salvo que durante su realización se descubra un nuevo delito que se persiga de oficio, en cuyo caso el Ministerio Público podrá recabar también evidencias relacionadas con el delito descubierto.

Por lo que toca a la intervención de comunicaciones, únicamente se encuentra regulada en la legislación federal en los artículos 16 constitucional párrafos noveno y décimo, 8 párrafo segundo y 16 a 28 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, así como 50 fracción III, 50-bis y 50-ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, sin que hasta la fecha dicha figura se contemple en los ordenamientos legales vigentes para el Distrito Federal.

A diferencia del arraigo y el cateo que pueden ser autorizados por los jueces locales, la intervención de comunicaciones sólo puede ser autorizada por un Juez Federal Penal a petición del Procurador General de la República, del titular de la Subprocuraduría de Investigación Especializada en Delincuencia Organizada dependiente de dicha institución, o de los Procuradores Generales de Justicia de las entidades federativas. La intervención puede concederse en materia federal tratándose de los delitos previstos en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, mientras que en delitos del orden común únicamente cuando se trate de homicidio, asalto en carreteras o caminos, robo de vehículos, privación ilegal de la libertad o secuestro y tráfico de menores, pero en ningún caso podrá autorizarse cuando se trate de las comunicaciones de un detenido con su defensor, ni en materias diversas a la penal. Para que proceda, tanto en la

solicitud como en la autorización deben precisarse el tipo de intervención (telefónica, telegráfica, etcétera), los sujetos de la misma, así como su duración, y no podrá exceder de seis meses incluidas sus prórrogas, después de éste plazo sólo se autorizarán nuevas intervenciones cuando el Ministerio Público facultado para ello aporte nuevos datos que la justifiquen; finalmente es importante destacar que los resultados de las intervenciones que no cumplan con los anteriores requisitos y demás que fijen las leyes, carecerán de todo valor probatorio.

3.4 DETERMINACIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

Como se dijo con anterioridad, por disposición del artículo 10 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, las determinaciones del Ministerio Público respecto de la averiguación previa, solamente pueden ser de ejercicio de la acción penal, no ejercicio de la acción penal y de incompetencia.

Esta disposición legal se estableció por primera vez en el Acuerdo A/003/99 del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, el cual fue publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el día 6 de Julio de ese año, y de ahí fue retomado por el Reglamento que actualmente se encuentra vigente.

De esta manera, se terminó con la práctica que antes existía, de enviar el expediente a la reserva, que no era otra cosa más que el archivo temporal de la averiguación previa, es decir, la determinación del Ministerio Público en la que argumentaba la imposibilidad material para acreditar el cuerpo del delito o la probable responsabilidad del indiciado. Estas decisiones que correspondía acordar al Ministerio Público que conocía de la averiguación, en muchas ocasiones eran totalmente discrecionales, pues si bien es cierto ya existía el recurso de inconformidad ante el superior jerárquico, dicho recurso sólo era procedente contra las resoluciones de no ejercicio (como ocurre en la actualidad); sin

embargo, técnicamente la determinación de reserva no es una resolución de no ejercicio, pues en aquéllas existía la posibilidad de que posteriormente fueran reabiertas para continuar las investigaciones, y por tanto, aun cuando no se ajustaran a la legalidad o fueran deliberadamente ilegales, no era posible impugnarlas mediante recurso o juicio alguno.

Por ello, consideramos adecuado que actualmente las resoluciones con las que concluye la averiguación previa solamente puedan ser de ejercicio de la acción penal y de no ejercicio, ya que con independencia de que ésta última pueda tener el carácter de definitiva o temporal, siempre será susceptible de ser impugnada mediante el recurso ordinario de inconformidad, y en caso de que este resulte desfavorable para el ofendido o la víctima del delito, podrá impugnarlo a su vez a través del juicio de amparo indirecto, con lo que se garantiza la legalidad de la determinación que tome el Ministerio Público.

3.4.1 EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.

Una vez agotada la averiguación previa, cuando el Ministerio Público estima que con los elementos de prueba obtenidos durante la indagatoria se acreditan el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, y siempre que se encuentren satisfechos los requisitos de procedibilidad, deberá elaborar un acuerdo de ejercicio de la acción penal, llevando a cabo esa obligación mediante la consignación del expediente ante el juez penal competente.

El artículo 2 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece que al Ministerio Público le corresponde el ejercicio exclusivo de la acción penal, lo que se corrobora con lo dispuesto en los artículos 2 fracción I y 4 fracción I, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Como señalamos anteriormente, el ejercicio de la acción penal puede llevarse a cabo con detenido o sin detenido, pero en cualquier caso, el juez debe ordenar abrir expediente dictando el auto de radicación inmediatamente que reciba la consignación, según ordena el artículo 286-bis del Código Procesal.

3.4.1.1 EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL SIN DETENIDO.

Se encuentra regulado en los artículos 16 párrafo segundo de la Constitución, 132, 133, 271 párrafo tercero y 286-bis del Código de Procedimientos Penales, así como 4 fracción I de la Ley Orgánica, y tendrá lugar en los siguientes casos:

1.- Cuando el delito materia de la consignación se sancione con pena alternativa a la prisión o no privativa de libertad.

2.- Cuando durante la averiguación previa no se haya logrado la detención del inculpado.

3.- Cuando el inculpado se encuentre detenido durante la averiguación previa, pero obtenga su libertad provisional por tratarse de delito no grave.

4.- Cuando el inculpado se encuentre detenido durante la averiguación previa, pero en el plazo de 48 ó 96 horas en que puede retenerlo, el Ministerio Público no reúna los medios de prueba necesarios para acreditar los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad y por tanto, deba poner en libertad al sujeto.

En éstos supuestos, el juez deberá conceder o negar la orden de aprehensión o comparecencia en el término de cinco días cuando se trate de delito no grave, y en casos de delito grave o de delincuencia organizada, deberá resolver en el término de 24 horas.

Los requisitos para que el juez pueda girar una orden de aprehensión son los siguientes:

ESTA TENIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

- 1.- Que exista denuncia o querrela de un hecho que la ley tipifique como delito.
- 2.- Que la solicite el Ministerio Público por haberse ejercitado acción penal.
- 3.- Que de la averiguación previa se desprendan pruebas suficientes para acreditar los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.
- 4.- Que el delito se sancione exclusivamente con pena privativa de libertad o en conjunción con otra.

Los requisitos para que el juez libre orden de comparecencia, son los mismos que los anteriores, con la excepción de que el delito debe sancionarse con pena alternativa a la prisión o con pena no privativa de libertad.

Asimismo, el artículo 133 del Código Procesal, señala que se girará también orden de comparecencia en aquellos casos en que se haya concedido al indiciado su libertad provisional durante la averiguación previa, pero si no se presenta a rendir su declaración preparatoria, el juez ordenará su aprehensión en términos del párrafo tercero del artículo 271.

Por otra parte, el artículo 36 del mismo Código dispone que cuando se haya negado la orden de aprehensión o de comparecencia o se haya dictado auto de libertad por falta de elementos para procesar, el juez deberá señalar los requisitos que no se encuentren satisfechos y el Ministerio Público deberá realizar las diligencias necesarias para la debida integración de la averiguación previa, solicitando posteriormente de nueva cuenta, el otorgamiento de la orden correspondiente.

La orden de aprehensión y la de comparecencia deben entregarse al Representante Social para que les dé cumplimiento por medio de la policía judicial, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 133 párrafos tercero y cuarto y 273 del Código de Procedimientos Penales, 2 fracción I, 23 fracción I y

24, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, así como 75, párrafo primero y 76, fracción IV, del Reglamento de la Ley Orgánica.

En relación a la orden de comparecencia se debe precisar que únicamente tiene el efecto de que el indiciado se presente voluntariamente o sea presentado ante el juez para que rinda su declaración preparatoria, ya que dicha orden procede tratándose de delitos que no ameritan prisión preventiva. En tanto que la orden de aprehensión sí tiene el efecto de restringir provisionalmente la libertad del indiciado, por tratarse de delitos que se sancionan con pena de prisión, con independencia de que el indiciado pueda solicitar su libertad provisional.

Una vez que se da cumplimiento a la orden de aprehensión, se debe poner inmediatamente al inculcado a disposición del juez que lo requiere, en el interior del Reclusorio Preventivo que se haya señalado para tal efecto, o bien, directamente ante el juzgado para que pueda solicitar su libertad provisional, en caso de que el delito por el que se haya girado la orden sea de naturaleza culposa y se sancione con prisión de hasta cinco años, en términos de lo dispuesto en los artículos 16 párrafo tercero de la Constitución, 134 párrafo primero y 272 del Código Adjetivo, 4 fracción III de la Ley Orgánica, y 76 fracción IV del Reglamento.

3.4.1.2 EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL CON DETENIDO.

Para que el ejercicio de la acción penal pueda llevarse a cabo con detenido (presentando ante el Juez al indiciado), se deben cumplir los siguientes requisitos:

1.- Lógicamente, que durante la averiguación previa se haya logrado la detención del inculcado, por tratarse de flagrancia, flagrancia equiparada o caso urgente.

2.- Que el delito se sancione con pena privativa de libertad.

3.- Que durante la averiguación previa no se otorgue al inculpado la libertad provisional, ya sea por tratarse de delito grave o por que tratándose de delito no grave el inculpado no la solicite.

4.- Que durante el plazo de 48 ó 96 horas en que puede retener al inculpado, el Ministerio Público recabe las pruebas que acrediten el cuerpo del delito y su probable responsabilidad.

Cuando el ejercicio de la acción penal se realiza con detenido, de acuerdo con los artículos 16 párrafo sexto de la Constitución, 268-bis último párrafo y 286-bis, párrafo tercero del Código de Procedimientos, el juez tiene la obligación de verificar si la detención del inculpado fue justificada, es decir, si efectivamente hubo flagrancia o caso urgente, y de ser así, ratificará dicha detención; en caso contrario ordenará la libertad del indiciado con las reservas de ley, a efecto de que el Ministerio Público solicite con posterioridad la orden de aprehensión correspondiente.

Es importante destacar que el auto de calificación de la detención no prejuzga sobre la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, pues únicamente se limita a determinar fundada y motivadamente, si hubo flagrancia o caso urgente que ameritara la detención, de ahí que cuando dicha detención no se ratifica, se ordena la libertad del individuo con las reservas de ley, que es distinta de la libertad por falta de elementos para procesar, pues esta sólo puede determinarse al momento de dictar el auto de plazo constitucional.

3.4.1.3 DECLARACIÓN PREPARATORIA.

En caso de que el ejercicio de la acción penal se lleve a cabo con detenido y el juez ratifique esa detención, o en las hipótesis de que el indiciado haya sido puesto a disposición por la Policía Judicial o bien que lo haya hecho de manera voluntaria en cumplimiento a una orden de aprehensión o de comparecencia, el

juez penal procederá a tomarle su declaración preparatoria, en términos de los artículos 20 fracciones I a IV de la Constitución, y 287 a 296 del Código de Procedimientos Penales.

En la declaración preparatoria deberán observarse las siguientes formalidades:

- Debe realizarse dentro de las 48 horas siguientes a que el inculpado se encuentre a disposición del juez.
- Debe realizarse en audiencia pública.
- Se le requerirá para que designe defensor y en caso de no hacerlo, el juez le nombrará al de oficio.
- Se le informará que tiene derecho a no ser obligado a declarar.
- Se le hará saber si tiene o no derecho a solicitar su libertad provisional, cuando no se le hubiere concedido durante la averiguación previa.
- Se preguntarán al indiciado sus datos generales, incluyendo apodo si lo tuviere, si pertenece a algún grupo étnico y si entiende el idioma castellano.
- Se le hará de su conocimiento el delito que se le atribuye, informándole en qué consisten los hechos materia de la consignación, así como los nombres de las personas que declaren en su contra.
- Se le preguntará si desea declarar en relación con los hechos que se le imputan, y en caso afirmativo el juez, el Ministerio Público y el defensor, podrán interrogarlo sobre las circunstancias en que se realizó el delito.

3.4.1.4 AUTO DE PLAZO CONSTITUCIONAL.

Una vez que se le ha tomado su declaración preparatoria al indiciado, o que se ha dejado constancia de que se negó a declarar, el Juez procederá a dictar el correspondiente Auto de Plazo Constitucional, dentro de las 72 horas contadas a partir de que dicho indiciado se encuentre a su disposición, o dentro de 144 horas en caso de que se solicite la duplicidad de ese término, y se sujetará a las

disposiciones que señalan los artículos 19 Constitucional y 297 a 304-bis-A del Código Procesal.

Para que proceda la duplicidad del plazo constitucional se requiere que la solicite la defensa o el indiciado al momento de rendir la declaración preparatoria, y que sea con la finalidad de aportar pruebas para que se resuelva la situación jurídica. El Ministerio Público no puede solicitar esa duplicidad ni el juez ordenarla de oficio.

Dentro del plazo constitucional el juez puede dictar las siguientes resoluciones:

- 1.- Auto de libertad absoluta.
- 2.- Auto de libertad por falta de elementos para procesar.
- 3.- Auto de sujeción a proceso.
- 2.- Auto de formal prisión.

En todos los casos, el auto de plazo constitucional debe contener los siguientes requisitos de forma:

- Que se dicte dentro de las 72 ó 144 horas (en los casos de duplicidad) contadas a partir de que el indiciado se encuentra a disposición del juez.
- Que se haya tomado la declaración preparatoria al indiciado o que conste en el expediente que se negó a rendirla.
- Deberá contener la fecha, lugar, así como la hora en que se emite.
- Debe contener los nombres y firmas del juez que lo dicta y del secretario que autoriza.

Procederá dictar auto de libertad absoluta al indiciado, cuando se encuentre plenamente acreditado en el expediente, alguna causa de exclusión del delito o de extinción de la pretensión punitiva. Aunque algunos sostienen que no procede dictar éste tipo de auto durante el plazo constitucional, es evidente que en ese momento sí se puede ordenar la libertad absoluta del indiciado, pues de

conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 penúltimo párrafo y 95 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, tanto las causas de exclusión del delito como las causas de extinción de la pretensión punitiva, pueden resolverse de oficio o a petición de parte en cualquier estado del proceso en que se adviertan, ya que constituyen instituciones de orden público que tienen por efecto la libertad inmediata del acusado y el sobreseimiento del proceso, por lo que resultaría verdaderamente innecesario emitir en esos casos un auto de libertad con las reservas de ley.

El auto de libertad por falta de elementos para procesar debe fundarse en la falta o insuficiencia de pruebas para acreditar el cuerpo del delito o la probable responsabilidad del indiciado, y debe entenderse dictado con las reservas de ley, ya que no impide que posteriormente se aporten nuevas pruebas para ordenar la aprehensión o comparecencia del inculcado, pues a diferencia del auto de libertad absoluta, en éste no se actualizan causales que excluyan al delito o que extingan la pretensión punitiva sino que únicamente hay una insuficiencia probatoria para ordenar abrir proceso al inculcado, o bien, porque no se encuentre satisfecho el requisito de procedibilidad.

El auto de sujeción a proceso y el de formal prisión deben contener los siguientes requisitos de fondo:

- Que existan en el expediente pruebas suficientes para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.
- Que se precisen el lugar, tiempo y las circunstancias de ejecución del delito.
- Que no se acredite alguna causa de licitud.

La diferencia entre el auto de sujeción a proceso y el de formal prisión, estriba en que el primero se dicta cuando el delito se sanciona con pena alternativa a la prisión, o no privativa de libertad, mientras que el segundo corresponde a delitos sancionados con pena privativa de libertad o ésta en

conjunción con otra. En ambos casos, deberá ordenarse que se identifique administrativamente al procesado (conocido comúnmente como ficha), y recabarse un estudio elaborado por expertos para conocer la personalidad del sujeto.

Asimismo, tanto el auto de sujeción a proceso como el de formal prisión, deberán dictarse por el delito que realmente aparezca comprobado, aun cuando con ello se modifique la clasificación del delito hecha por el Ministerio Público al ejercer acción penal, o por el propio juez al emitir la orden de aprehensión o comparecencia, siempre y cuando únicamente se tomen en cuenta los hechos materia de la consignación.

Como se puede observar, esta facultad que le otorga al juez el artículo 304-bis-A del Código Procesal, corresponde más a un tipo de proceso inquisitorio, en el que el juzgador tenía amplias facultades para determinar el delito por el que se le juzgaría al acusado, que a un sistema de tipo acusatorio como el que se dice prevalece en nuestro país, sin embargo, consideramos que ello responde básicamente a cuestiones de política criminal y a fines de justicia, para evitar la impunidad cuando se ha logrado llevar a un indiciado ante un juez para que éste determine si se le sigue proceso, pues de lo contrario, si se atiende estrictamente a la petición del Ministerio Público para emitir el auto de formal procesamiento, por tecnicismos legales o por meras diferencias de criterio con el juez, se correría el riesgo de poner en libertad a probables delincuentes a pesar de que se les haya detenido en flagrante delito, e incluso, el delincuente podría quedar sin castigo.

Por nuestra parte, consideramos que al reclasificar el delito el juez no está actuando con parcialidad ni favoreciendo al órgano investigador, pues si este ha realizado su acusación desde el momento en que ejerce acción penal, con lo cual expresa su voluntad de que el delito sea perseguido, al reclasificarlo, el juez lo único que está haciendo es precisar a las partes la materia sobre la que versará el proceso, para que durante el mismo éstas ejerzan los derechos que les

correspondan, además de que en muchas ocasiones la clasificación del delito efectuada por el juez redundan en beneficio del procesado al considerarse una penalidad menos severa en relación con la que le correspondía al delito por el que se ejerció acción penal.

Tampoco creemos que con ese proceder se contravengan las garantías constitucionales del procesado, pues el artículo 19 de la Carta Magna señala que todo proceso se seguirá forzosamente por el delito que se señale en el auto de formal procesamiento, lo que tiene como finalidad proporcionar seguridad jurídica al acusado al fijar en definitiva la materia del proceso, y sobre la cual versará su defensa.

Asimismo, vale la pena señalar que los Tribunales Federales, incluida la Suprema Corte, han avalado la facultad que tiene el juez e incluso el tribunal de alzada, para reclasificar el delito al momento de dictarse el auto de formal procesamiento, aun cuando con ello se agrave la situación jurídica del indiciado, con la única limitante de que esa nueva clasificación se refiera solo a los hechos materia de la consignación, y para ilustrarlo citamos los siguientes criterios.

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: IV, agosto de 1996

Tesis: XX.85 p

Página: 640

CLASIFICACIÓN DEL DELITO POR EL QUE SE EJERCIO LA ACCIÓN PENAL. ES CORRECTO EL PROCEDER DEL JUEZ FEDERAL AL HACER EL CAMBIO DE. El juez instructor no invade funciones del Representante Social ni contraviene el espíritu del artículo 21 constitucional, cuando decreta la formal prisión por delito diverso a aquel por el cual se ejerce la acción penal, ya que es criterio admitido

que la consignación del ministerio público se refiere sólo a hechos delictuosos y el órgano jurisdiccional es quien precisa el delito por el cual se seguirá el proceso.

Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito.

Amparo directo 162/96. José Luis Flores Pacheco. 17 de mayo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Angel Suárez Torres. Secretario: Ramiro Joel Ramírez Sánchez.

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: X, diciembre de 1999

Tesis: p. LXXXV/99

Página: 15

DELITO. EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 385 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, QUE AUTORIZA SU RECLASIFICACIÓN EN EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO EN CONTRA DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN O EL DE SUJECIÓN A PROCESO, NO TRANSGREDE EL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL. El artículo 385, párrafo segundo, del código federal de procedimientos penales se refiere al recurso de apelación interpuesto en contra del auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, en el cual se otorgan al tribunal de alzada facultades para reclasificar el delito, siempre y cuando se ajuste a los hechos denunciados y acreditados que motivaron la consideración de que se demostraron los elementos de un ilícito y la presunta responsabilidad del recurrente; así, la norma procesal penal citada tiene por finalidad el cumplir con exigencias de orden público y de interés social, que consisten en buscar que el proceso se siga por el delito o delitos exactamente determinados por los hechos denunciados, de tal manera que la reclasificación que hace el tribunal ad quem es precisamente para dar cumplimiento al artículo 19 de la constitución federal, a efecto de que el proceso se siga por los delitos que tipifican los hechos denunciados y no por otros. Además, lo anterior no significa que al recurrente se le deje en estado de

indefensión, porque en esa etapa procesal tiene a su alcance toda la secuela del juicio, a partir de la instrucción, en la que podrá expresar argumentos y aportar pruebas que tengan por finalidad demostrar su inocencia, o bien, que el tipo penal, de acuerdo con los hechos acreditados por su defensa, corresponde a otro de menor gravedad.

Amparo en revisión 3226/97. 18 de enero de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Guillermo Campos Osorio.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el dieciséis de noviembre en curso, aprobó, con el número LXXXV/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, distrito federal, a dieciséis de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XV, abril de 2002

Tesis: 1a./J. 12/2002

Página: 318

RECLASIFICACIÓN DEL DELITO. EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 385 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, LA AUTORIZA EN EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR EL INCUPLADO O SU DEFENSOR, EN CONTRA DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN O EL DE SUJECCIÓN A PROCESO. La hipótesis normativa prevista en el artículo 385, párrafo segundo, del código federal de procedimientos penales que faculta al tribunal de apelación para reclasificar el delito por el que el juez a quo decidió pronunciar el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, se actualiza cuando se interpone recurso de apelación por el inculcado o su defensor, no así por el ministerio público, es decir, sin necesidad de que éste haya formulado agravio alguno, toda vez que debe tomarse en cuenta que la consignación se basa en una relación de hechos determinados y en los elementos probatorios que

justifican su realización fáctica y la presunta intervención del inculpado como sujeto activo, de manera que en el caso del recurso de apelación, la única limitación para el tribunal de alzada es que la reclasificación se haga en forma tal que corresponda a los hechos que motivaron la consignación, sin incurrir en alguna variante de ellos, lo que no implica que se reduzca la capacidad de defensa del inculpado y sus derechos, pues éstos se verán respetados al basarse las consideraciones de la sentencia del tribunal de apelación en los hechos que fue la voluntad de la Representación Social determinar como materia de la consignación. Lo anterior se robustece con el criterio del tribunal pleno de esta suprema corte de justicia de la nación, contenido en la tesis p. Lxxxv/99, publicada en el semanario judicial de la federación y su gaceta, tomo x, diciembre de 1999, página 15, de rubro: "Delito. El párrafo segundo del artículo 385 del código federal de procedimientos penales, que autoriza su reclasificación en el recurso de apelación interpuesto en contra del auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, no transgrede el artículo 19 constitucional.", al considerar que dicho precepto tiene por finalidad cumplir con exigencias de orden público y de interés social, que consisten en buscar que el proceso se siga por el delito o delitos exactamente determinados por los hechos denunciados, de tal manera que la reclasificación que hace el tribunal ad quem es para dar cumplimiento al artículo 19 de la constitución política de los estados unidos mexicanos, a efecto de que el proceso se siga por los delitos que tipifican los hechos denunciados y no por otros. Lo anterior no significa que se deje al inculpado en estado de indefensión, porque en esa etapa procesal tiene a su alcance toda la secuela del juicio, a partir de la instrucción, en la que podrá expresar argumentos y aportar pruebas que tengan como finalidad demostrar su inocencia o bien, que el tipo penal conforme a los hechos acreditados por su defensa, corresponden a otro de menor gravedad.

Contradicción de Tesis 44/2001-PS. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado Del Décimo Séptimo Circuito, el Tribunal Colegiado Del Décimo Cuarto Circuito (actualmente Primero de dicho circuito), el Tribunal Colegiado En Materia Penal Del Primer Circuito (ahora primero) y por el Segundo Tribunal Colegiado Del Décimo Séptimo Circuito. 17 de octubre de 2001. Unanimidad de cuatro votos.

Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero De García Villegas. Secretaria: Irma Leticia Flores Díaz.

Tesis de Jurisprudencia 12/2002. Aprobada por la primera sala de este alto tribunal, en sesión de trece de febrero de dos mil dos, por unanimidad de cuatro votos de los señores ministros: Presidente Juan N. Silva Meza, Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo.

Por último, vale la pena señalar que en el Código de Procedimientos Penales encontramos también otras disposiciones que parecen propias de un proceso inquisitorio, como las que se encuentran en los artículos 124 y 314 párrafo primero y párrafo cuarto, en los que se faculta al juez para ordenar de oficio el desahogo de pruebas que estime adecuadas para el debido esclarecimiento de la verdad, pues en el proceso inquisitivo el juzgador dirige libremente las pruebas. No obstante, las consideramos acertadas, pues la finalidad del proceso debe ser siempre la de conocer la verdad material o histórica de los hechos, para que el juez pueda dictar una sentencia lo más justa posible, y como lo señala el maestro Carlos Barragán Salvatierra, "...si bien el juez ordena la práctica de diligencias, es para conocer la verdad en todas sus formas, puesto que es él quien debe decidir o resolver, lo que no podría darse si no tuviera amplias facultades."⁵⁵

3.4.2 NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.

La fracción X del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y el artículo 13 del Reglamento de dicha ley, establecen las hipótesis en que se ordenará el no ejercicio de la acción penal, las cuales a saber son:

⁵⁵ BARRAGÁN SALVATIERRA Carlos, *op. cit.*, p. 39.

1.- Cuando falte el requisito de procedibilidad que la ley exija como condición para perseguir el delito.

2.- Cuando los hechos materia de la averiguación no sean constitutivos de delito. En este caso el Ministerio Público buscará desde las primeras actuaciones que practique, que el denunciante o querellante precise los hechos y las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que ocurrieron, para estar en posibilidad de demostrar esta hipótesis.

3.- Cuando de las pruebas desahogadas no sea posible determinar la identidad del probable responsable, a pesar de haberse realizado todas las diligencias necesarias para tal efecto.

4.- Cuando las pruebas desahogadas sean insuficientes para acreditar el cuerpo del delito o la probable responsabilidad, y resulte materialmente imposible desahogar otras para tal efecto.

5.- Cuando se acredite plenamente alguna causa de exclusión del delito.

6.- Cuando se acredite alguna causa de extinción de la acción penal.

7.- Cuando exista resolución judicial de sobreseimiento que haya causado ejecutoria, respecto de los hechos atribuidos al indiciado en la averiguación.

8.- En los demás casos que señalen las leyes.

Aun cuando ni la ley orgánica ni el reglamento lo precisan expresamente, de las anteriores hipótesis y de las disposiciones legales del reglamento que regulan el no ejercicio de la acción penal, se advierte que cuando esa determinación se sustente en los supuestos 1, 3 y 4 tendrá el carácter de temporal, toda vez que estos casos se refieren únicamente a una insuficiencia probatoria o a la falta del requisito de procedibilidad, circunstancias que eventualmente pueden ser superadas al desahogarse con posterioridad nuevas pruebas o al satisfacerse ese requisito; mientras que en los casos 2, 5, 6 y 7 el no ejercicio será definitivo, ya que en estos existe imposibilidad jurídica para continuar investigando el delito.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 13 último párrafo, 15, 16 17, 18, 19, 20 y 27 del Reglamento de la Ley Orgánica, la determinación de no ejercicio de la acción penal se sujetará a las siguientes reglas:

1.- El Ministerio Público que conozca de la averiguación deberá proponer el no ejercicio inmediatamente que se actualice cualquiera de los supuestos, señalando con precisión cuál es la hipótesis que se encuentra demostrada.

2.- No podrá proponerse cuando existan pruebas pendientes de desahogar o cuando no se hayan realizado todas las diligencias pertinentes, ya sea para lograr la identificación del probable responsable, acreditar el cuerpo del delito, la probable responsabilidad o, en su caso, la causa de exclusión del delito.

3.- Para proponer el no ejercicio, primero deberá determinarse el destino que legalmente le corresponda a los bienes y valores afectos a la averiguación previa.

4.- La propuesta deberá estar debidamente fundada y motivada.

5.- Si la propuesta de no ejercicio tiene el carácter de temporal, se deberá señalar cuál es el obstáculo o impedimento para la debida integración de la indagatoria, así como la fecha en que opera la prescripción. En éstos casos la averiguación podrá ser reabierta una vez superado el obstáculo.

Si la propuesta de no ejercicio versa sobre delito no grave se seguirá el siguiente procedimiento:

- El Ministerio Público del conocimiento formulará la propuesta al responsable de agencia de su adscripción.

- Si el responsable de agencia no está de acuerdo, devolverá el expediente al Ministerio Público originario para que integre adecuadamente la averiguación previa.

- Si el responsable de agencia está de acuerdo, aprobará la propuesta y notificará su determinación al fiscal de su adscripción, a la Coordinación de Agentes del Ministerio Público Auxiliares del Procurador, así como al denunciante, querellante u ofendido.

- La Coordinación de Agentes Auxiliares podrá revisar en un plazo de treinta días la determinación de no ejercicio.

- Si la Coordinación no ejerce esta facultad, el responsable de agencia ordenará el archivo del expediente.

- Si la Coordinación revisa la determinación y la confirma, enviará la averiguación al archivo.

- En caso de que la Coordinación revoque la determinación de no ejercicio, enviará la indagatoria para su debida integración al Ministerio Público del conocimiento.

Quando la propuesta de no ejercicio se refiere a delito grave, el procedimiento será el siguiente:

- El Ministerio Público del conocimiento propondrá el no ejercicio al responsable de agencia,

- Si el responsable de agencia no está de acuerdo, devolverá la averiguación al primero para su debida integración,

- Si el responsable de agencia está de acuerdo, propondrá a su vez el no ejercicio a la Coordinación de Agentes del Ministerio Público Auxiliares del Procurador.

- La Coordinación deberá resolver lo procedente en un plazo de 30 treinta días hábiles.

- Cuando la Coordinación apruebe la propuesta, enviará el expediente al archivo y notificará su determinación al denunciante, querellante u ofendido.

- Si la Coordinación no aprueba la propuesta, devolverá la averiguación para su debida integración, al Ministerio Público originario.

No será necesario notificar al querellante la determinación de no ejercicio, cuando ésta se funde en el perdón otorgado por aquél.

Quando se adviertan omisiones de forma en la averiguación previa que no trasciendan al fondo del asunto, los responsables de agencia y la Coordinación de

Agentes del Ministerio Público Auxiliares del Procurador podrán acordar el no ejercicio de la acción penal, pero en el dictamen harán constar dichas omisiones para que el Ministerio Público responsable de la averiguación las subsane en el término de tres días, antes de que se envíe al archivo.

En nuestra opinión, resulta acertado que actualmente no se permita resolver la reserva de las averiguaciones, ya que anteriormente una gran cantidad de averiguaciones previas se acordaban en esos términos con el pretexto de que no era posible desahogar nuevas pruebas para acreditar el cuerpo del delito o la probable responsabilidad, dejándose entonces, olvidadas muchas de esas investigaciones, pues quedaba a criterio del Ministerio Público reabrirla para examinar si era posible desahogar nuevas pruebas, situación que originó un enorme rezago en las averiguaciones e incluso que los delitos prescribieran, con la consiguiente impunidad.

Por ello estimamos adecuado que en la actualidad las averiguaciones únicamente se puedan resolver con "el ejercicio" o "el no ejercicio de la acción penal", pues de esa manera se obliga al Ministerio Público a no interrumpir la investigación (salvo que en verdad resulte imposible continuarla) y a hacer un análisis más exhaustivo.

Además, mediante el procedimiento establecido, el Ministerio Público que conoce de la averiguación únicamente propone el no ejercicio de la acción penal, pero en todos los casos son sus superiores quienes aprueban la propuesta, siendo todos ellos responsables de la determinación que se tome.

3.4.2.1 NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL TEMPORAL.

La determinación del no ejercicio de la acción penal, según ha quedado precisado, tendrá el carácter de temporal en dos supuestos:

1.- Cuando falte el requisito de procedibilidad que la ley establezca como condición para perseguir el delito, por ejemplo, la querrela en los delitos que se persiguen a petición de la parte ofendida, o la declaración de procedencia, como requisito para ejercer acción penal contra los funcionarios públicos a que se refiere el artículo 111 de la Constitución (legisladores federales y del Distrito Federal, Ministros de la Corte, Jefe de Gobierno del Distrito Federal, Procurador General de la República y de Justicia del Distrito Federal, etcétera).

2.- Cuando las pruebas desahogadas durante la averiguación previa sean insuficientes, y resulte materialmente imposible desahogar otras;

- a) Para acreditar los elementos del cuerpo del delito.
- b) Para determinar la identidad del indiciado.
- c) Para acreditar la probable responsabilidad del indiciado cuando se encuentra determinada su identidad.

En los casos anteriores, con independencia de que la resolución de no ejercicio pueda ser impugnada mediante el recurso de inconformidad y posteriormente a través del juicio de amparo, la averiguación previa puede ser reabierta posteriormente, una vez que se cumpla el requisito de procedibilidad o que se desahoguen nuevas pruebas por haber desaparecido el obstáculo material que lo impedía.

3.4.2.2 NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL DEFINITIVO.

La determinación de no ejercicio de la acción penal tendrá el carácter de definitivo en los siguientes casos:

1.- CUANDO LOS HECHOS MATERIA DE LA AVERIGUACIÓN NO SEAN CONSTITUTIVOS DE DELITO.

Ejemplo de lo anterior, es la denuncia que se presenta porque una persona conduzca un automóvil en estado de ebriedad o porque una persona le dé a otra

un golpe que no le cause lesiones, ya que éstas conductas sólo constituyen faltas administrativas.

2.- CUANDO SE ACREDITE PLENAMENTE ALGUNA CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL DELITO.

Las causas de exclusión del delito se encuentran contempladas en el artículo 29 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, y constituyen aspectos negativos del delito, por lo que pueden recaer tanto en el cuerpo del delito, como en la antijuridicidad o en la responsabilidad del indiciado, y son las siguientes:

"I.- La actividad o inactividad se realice sin intervención de la voluntad del agente."

Constituye un aspecto negativo de la conducta, es decir, se presenta una ausencia de conducta, y por lo tanto recae sobre el cuerpo del delito.

"II.- Falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate."

Es el aspecto negativo de la tipicidad, es decir, que la conducta será atípica por no adecuarse a la descripción que realiza la ley, por lo tanto recae sobre el cuerpo del delito.

"III.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de un bien jurídico disponible;
- b) Que el titular del bien jurídico, o quien está legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien;
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento.

Se presume que hay consentimiento, cuando el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse

consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, estos hubiesen otorgado el consentimiento."

Constituye una causa de justificación, es decir, que es un aspecto negativo de la antijuridicidad.

"IV.- Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión."

Es lo que la doctrina denomina como legítima defensa, y constituye una causa de justificación, por tanto recae sobre la antijuridicidad.

"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 sujeto, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo."

Constituye lo que se denomina estado de necesidad justificante y de igual manera es causa de justificación, recae sobre la antijuridicidad.

"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 de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo."

En realidad se trata de dos hipótesis diferentes, ya que tanto el cumplimiento de un deber como el ejercicio de un derecho son causas de justificación, pero que revisten diversas características, y recaen sobre la antijuridicidad.

"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 sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación. Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de éste Código."

De lo antes transcrito se desprende que en este caso nos encontramos ante un inimputable, esto es, en presencia de una persona con alguna deficiencia o enfermedad mental permanente o transitoria que no le permite actuar racionalmente, y por tanto recae sobre la responsabilidad del indiciado. Pero si el activo se produjo ese estado (de inimputabilidad) intencionalmente, que es lo que la doctrina denomina como "acción libre en su causa", sí deberá responder por su conducta; por ejemplo, cuando el delito se comete en estado de ebriedad.

Por otra parte, cuando la capacidad del indiciado solamente se encuentre disminuida no se excluye el delito, sino que la conducta será sancionada con una pena atenuada.

"VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de:

a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate.

b) 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 está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 83 de éste Código."

Se trata de dos hipótesis distintas, el primero es el denominado error de tipo, el segundo supuesto constituye el error de prohibición, y ambos excluyen la responsabilidad del indiciado al no tener este, en esos casos, conciencia de lo antijurídico de su conducta.

De igual forma, cuando el error es vencible no se excluye el delito sino que únicamente se deberá imponer una pena atenuada.

"IX.- En atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al sujeto una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho."

Es lo que la doctrina denomina como estado de necesidad exculpante, en este caso se trata de la inexigibilidad de otra conducta y por lo tanto recae sobre la responsabilidad.

También es importante destacar que cuando el indiciado se exceda en los casos de legítima defensa, estado de necesidad (justificante), cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho, el delito no se excluirá y se sancionará con una cuarta parte de la pena que le corresponda.

3.- CUANDO SE ACREDITE ALGUNA CAUSA DE EXTINCIÓN DE LA PRETENSIÓN PUNITIVA.

Antes de abordar el análisis de éstas causales, es importante hacer notar que en el anterior Código Penal para el Distrito Federal se regulaban las causas de extinción de la acción penal en el Título Quinto del Libro Primero, bajo la denominación de "Extinción de la Responsabilidad Penal", en tanto que en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal se ha sustituido esa denominación por la de "Extinción de la Pretensión Punitiva y de la Potestad para Ejecutar las Penas y Medidas de Seguridad."

Al respecto, consideramos que es incorrecto hablar de "responsabilidad penal" o de la "extinción de la acción penal."

No se puede hablar de extinción de la responsabilidad penal porque algunas de las diversas causales que regula el Título Quinto del Libro Primero del Código Penal, pueden actualizarse durante la averiguación previa o durante el proceso, en cuyo caso el indiciado tiene el carácter de probable responsable, y la declaración de plena responsabilidad penal tiene lugar hasta que se dicta la sentencia definitiva, siendo hasta entonces que se podrá hablar de extinción de la responsabilidad penal, o si se prefiere, de la sanción penal, como se utiliza comúnmente en la práctica.

Tampoco es correcto referirse a la "extinción de la acción penal", por las razones que ya analizamos en el capítulo primero del presente trabajo.

Como señalamos, la pretensión punitiva es la invocación que hace el Ministerio Público del derecho que tiene el Estado para castigar al responsable de haber cometido un delito, y pertenece al derecho sustantivo o material, en tanto que la acción penal es la actividad procesal que realiza el Representante Social a través de la cual invoca ese derecho, para que el juez determine si tal derecho (punitivo) nació para el Estado en un caso concreto, y como tal, pertenece al derecho adjetivo o instrumental.

En consecuencia, podemos referirnos válidamente a las causas de extinción de la pretensión punitiva, las cuales por ser el derecho del Estado a castigar la comisión de un delito, solo pueden tener lugar hasta antes de que se dicte sentencia, pues evidentemente en esta se materializa esa pretensión punitiva, siempre y cuando se determine que la misma fue fundada.

El Título Quinto del Libro Primero, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal establece las causas de extinción de la pretensión punitiva y de la

potestad para ejecutar las penas y medidas de seguridad, por lo que nos referiremos únicamente a aquellas que extinguen la pretensión punitiva, por ser las que interesan para el presente trabajo:

a) Artículo 98. Muerte del inculgado.

En virtud de que el artículo 22 constitucional prohíbe las penas trascendentales, es decir, aquellas cuyos efectos no recaen exclusivamente en la esfera jurídica del acusado, sino que van más allá afectando a sus familiares, resulta lógico que la muerte del acusado extinga la pretensión punitiva.

b) Artículo 100.- Perdón otorgado por el ofendido en los delitos de querrela.

El perdón puede otorgarse en cualquier etapa del procedimiento, se realizará ante el Ministerio Público si aun no se ha ejercido acción penal, y ante el órgano jurisdiccional después de haberse hecho la consignación. Aquí se marca una diferencia en relación con lo que establecía el Código Penal que estuvo vigente hasta el 11 de noviembre de 2002, el cual establecía que una vez dictada la sentencia ejecutoriada, el perdón debería otorgarse ante la autoridad ejecutora, pero actualmente en ese caso también deberá otorgarse ante el juez.

c) Artículo 104.- Amnistía.

Esta palabra proviene del latín *amnestia*, que significa olvido. Se define como un "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 comenzarse, bien las condenas pronunciadas."⁵⁶

Es el olvido de los delitos políticos por quien tiene la potestad de hacer las leyes. Alberto S. Millán, citado por el maestro Carlos Barragán Salvatierra, señala que la amnistía "Está inspirada en propósitos de pacificación interna con objeto de aquietar las pasiones exaltadas por la guerra civil, la revolución o las refriegas

⁵⁶ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *op. cit.*, p. 177.

políticas suscitadas por la inconformidad y la lucha ideológica, política y social. Es olvido para el restablecimiento de la calma y la concordia social."⁵⁷

El citado artículo 104 señala que la amnistía extingue la pretensión punitiva o la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad impuestas, en los términos de la ley que se dictare concediéndola.

Se trata de un acto legislativo, pues solo puede ser concedida mediante una ley, y tiene como finalidad que el Estado deje de investigar, perseguir y sancionar delitos cometidos por motivos políticos y sociales.

El artículo 73 fracción XXII de la Constitución, señala que el Congreso de la Unión tiene facultad para conceder amnistía por delitos cuyo conocimiento corresponda a los tribunales de la Federación. En el caso del Distrito Federal, la propia Constitución en su artículo 122 apartado "C" Base Primera inciso h), señala que la Asamblea Legislativa tiene la facultad de legislar en materia penal, por lo que corresponde a la Asamblea Legislativa expedir en su caso, la ley de amnistía por los delitos del orden común que se cometan en el Distrito Federal.

d) Artículos 105 a 120.- Prescripción.

La prescripción es una forma de adquirir derechos o de liberarse de obligaciones mediante el simple transcurso del tiempo y bajo las condiciones establecidas por la ley. La primera se conoce como prescripción positiva, y la segunda como negativa. De modo que mediante la prescripción (negativa) se extingue la pretensión punitiva por el simple transcurso del tiempo.

Se pueden señalar las siguientes reglas para que opere la prescripción de la pretensión punitiva:

- El plazo para el cómputo de la prescripción empezará a contar a partir de que se consumó el delito si es instantáneo, a partir del momento en que cesó la

⁵⁷ BARRAGÁN SALVATIERRA Carlos, *op. cit.*, p. 63.

consumación si es permanente, a partir del día en que se realizó la última conducta si el delito es continuado, a partir del momento en que se realizó el último acto de ejecución o se omitió la conducta debida, si se trata de tentativa, y a partir del día en que el Ministerio Público de la adscripción reciba el oficio correspondiente, en los casos en que se hubiere dictado orden de reaprehensión o presentación por haberse sustraído el procesado a la acción de la justicia.

- Los plazos se interrumpen por las actuaciones que se practiquen en averiguación del delito o del delincuente, así como por el requerimiento de auxilio que realicen las autoridades en esa investigación, por el requerimiento de entrega del inculcado que se realice a otra entidad federativa donde éste se encuentre ya sea por el delito investigado o por otro, y por la solicitud de extradición internacional. Esta interrupción no opera cuando las diligencias se realicen después de que haya transcurrido la mitad del lapso necesario para la prescripción.

- Tratándose de delitos que se persiguen por querrela o algún acto equivalente, la pretensión punitiva prescribe en un año contado a partir de que el ofendido conoce el delito y el delincuente y en tres años fuera de esa circunstancia, pero una vez llenado el requisito de procedibilidad la prescripción continuará corriendo de acuerdo con las reglas para los delitos que se persiguen de oficio.

- Para los delitos que se persiguen de oficio que se sancionen con pena privativa de libertad, ya sea que la misma se prevea en forma conjunta o alterna con otra, la pretensión punitiva prescribe en un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de libertad incluidas las modalidades del delito, pero en ningún caso podrá ser inferior a tres años.

- En los casos de delitos que se persiguen de oficio y que se sancionen con pena no privativa de libertad, la pretensión punitiva prescribirá en un año.

- En caso de concurso ideal de delitos, la pretensión punitiva prescribirá conforme a las reglas para el que merezca la pena mayor.

- En caso de concurso real de delitos, los plazos para la prescripción iniciarán a contar simultáneamente y concluirán de manera separada para cada uno de los delitos.

e) Artículo 121.- Supresión del tipo penal.

Evidentemente, cuando el legislador despenaliza una conducta que anteriormente era considerada como delito, se extingue la pretensión punitiva, esto obedece a que el artículo 14 constitucional permite la retroactividad de la ley en beneficio del acusado, así como a la aplicación del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, el cual significa que no existe delito ni pena si no hay una ley que lo establezca.

f) Artículo 122.- Existencia de una sentencia anterior dictada en proceso seguido por los mismos hechos.

En sentido amplio constituye una garantía consagrada en el artículo 23 de la Constitución como resultado de la aplicación del principio *non bis in idem*, que equivale a decir que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos, con independencia de que en el juicio se le absuelva o se le condene.

Respecto de las anteriores causas de extinción de la pretensión punitiva, cabe mencionar que las mismas pueden decretarse de oficio o a petición de parte, y corresponde ordenarla al Ministerio Público cuando se actualiza durante la averiguación previa, y al órgano jurisdiccional después de que se haya ejercido acción penal.

Las causas de extinción de la pretensión punitiva a las que hemos abocado nuestro estudio consistentes en la muerte del inculcado, el perdón que otorga el ofendido en los delitos de querrela, la prescripción y la existencia de una sentencia anterior dictada en un proceso seguido por los mismos hechos, tienen la característica de ser "personales", es decir, que solo benefician al indiciado o probable responsable en favor de quien se actualiza, lo que no ocurre con la

amnistía y la supresión del tipo penal, que por provenir de actos legislativos tienen la característica de ser generales, y por tanto, benefician a todos los que intervienen en la comisión del delito.

4.- CUANDO EXISTA RESOLUCIÓN JUDICIAL DE SOBRESEIMIENTO QUE HAYA CAUSADO EJECUTORIA, RESPECTO DE LOS HECHOS ATRIBUIDOS AL INDICIADO EN LA AVERIGUACIÓN.

El sobreseimiento, define Rafael de Pina Vara, es el "acto en virtud del cual una autoridad judicial o administrativa da por terminado un proceso (civil o penal) o un expediente gubernativo con anterioridad al momento en que deba considerarse cerrado el ciclo de las actividades correspondientes al procedimiento de que se trate. En el procedimiento penal el auto de sobreseimiento produce los mismos efectos que la sentencia absolutoria."⁵⁸

El diccionario jurídico señala que el sobreseimiento es "la resolución judicial por la cual se declara que existe un obstáculo jurídico o de hecho que impide la decisión sobre el fondo de la controversia."⁵⁹

En estricto sentido el sobreseimiento solamente puede ser decretado por el juez, ya que es una figura que impide concluir el juicio con el dictado de la sentencia en la que se decida el fondo de la controversia, es decir, mediante el sobreseimiento se da por terminado anticipadamente el proceso por existir un obstáculo jurídico o de hecho para continuarlo.

Por razones de seguridad jurídica para el procesado, el legislador decidió equiparar esta figura con la existencia de una sentencia absolutoria, de tal manera que una vez que la resolución de sobreseimiento queda firme, no es posible volver a procesar a esa persona por los mismos hechos, en acatamiento al artículo 23 constitucional.

⁵⁸ PINA Rafael de y PINA VARA Rafael de, Diccionario de Derecho. 26ª ed. Editorial Porrúa. México, 1998. p. 458.

⁵⁹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *op cit.* Tomo IV. p. 3494.

3.4.3 INCOMPETENCIA.

Además de las determinaciones de ejercicio de la acción penal y no ejercicio de la acción penal que ya hemos estudiado, el artículo 14 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal establece que el Ministerio Público resolverá la averiguación previa declarándose incompetente sujetándose a lo siguiente:

I. En cuanto advierta que los hechos de los que conoce son de competencia federal o de otra entidad federativa, el Ministerio Público del Distrito Federal dará vista a su homólogo federal o de la entidad que corresponda enviándole las actuaciones del caso, y cuando proceda, dejará desglose para que continúe investigando los delitos de su competencia.

II. Cuando una agencia de investigación tenga conocimiento de hechos posiblemente delictuosos, que sean competencia de una agencia de investigación distinta por razón del territorio, especialidad del delito que se investiga o monto, deberá recibir la declaración del denunciante o querellante y practicar las diligencias iniciales, notificará de inmediato a su superior jerárquico, quien a su vez notificará, también de forma inmediata, a la agencia y fiscalía competentes, y le enviará la averiguación previa que se haya iniciado.

Debemos precisar que en este segundo caso no se trata propiamente de una incompetencia, pues hay que recordar que el Ministerio Público como institución es indivisible, y de cualquier manera será la propia Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal la que conozca del delito denunciado, por tanto, estimamos que únicamente se trata de una cuestión de competencia interna, y que el hecho de que las actuaciones en determinado caso se llegaran a realizar por una agencia investigadora que no es la especializada para conocer del asunto, de cualquier manera tendrán validez legal.

Además de los anteriores supuestos, también puede ocurrir que el conocimiento de los hechos denunciados corresponda al Ministerio Público Militar o al Consejo de Menores, según se trate, de faltas contra la disciplina militar o de infracciones penales cometidas por menores cuya edad oscile entre los 11 y los 17 años.

CAPÍTULO IV

EFFECTOS DEL NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL Y MEDIOS PARA IMPUGNARLO

En el capítulo anterior expusimos de manera pormenorizada las hipótesis que prevé la ley en las que el Ministerio Público podrá resolver el no ejercicio de la acción penal; y en estricto derecho tal determinación únicamente debe responder a alguna de esas causas.

Sin embargo, aun cuando la decisión se encuentre debidamente fundamentada y motivada, puede existir una deficiente investigación por parte del representante social, o bien algún error de apreciación. Aunado a esto, existe un gran desprestigio de las instituciones encargadas de la procuración de justicia debido a problemas de corrupción, ineficacia, falta de preparación y de independencia que las aquejan, lo que origina que en ocasiones las determinaciones sobre la averiguación previa se tomen bajo criterios políticos o corrompidos.

Todas éstas circunstancias justifican que las resoluciones de no ejercicio de la acción penal deban ser revisadas por una autoridad distinta al propio órgano investigador, para garantizar que se encuentren apegadas a la legalidad.

El jurista Carlos Oronoz Santana con relación a este tema refiere: "El hecho de dejar a criterio del Ministerio Público el ejercicio de la acción penal, constituye en sí mismo un riesgo, es por ello que se han implementado en los diferentes sistemas jurídicos mecanismos que controlen la facultad otorgada al órgano investigador; en el Derecho Francés, cuando el Ministerio Público se niega a

ejercitar la acción penal, el Tribunal de Apelación puede ordenar actuando de oficio que se ejercite tal acción."⁶⁰

4.1 EFECTOS DEL NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL EN LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA.

Dicho con toda objetividad, consideramos que en la mayoría de los casos la determinación de no ejercicio se encuentra apegada a derecho por actualizarse alguna de las hipótesis legales que la generan, prueba de ello es que a tres años de la reforma legal por la que se estableció formalmente en la Ley de Amparo la procedencia del juicio de garantías contra esas resoluciones, en la mayoría de los casos de los que hemos tenido conocimiento, se niega la protección de la justicia federal o bien, se concede para efectos de fundar y motivar adecuadamente el acuerdo respectivo, o para que se desahoguen pruebas propuestas por el ofendido; pero hasta la fecha son pocos los casos en que se ha ordenado al representante social consignar la averiguación previa ante el juez competente.

Por otra parte, algunas de las causas que inciden directamente en la determinación de no ejercer acción penal, y que ocasionan carga excesiva de trabajo y desconfianza en las instituciones encargadas de la procuración de justicia, son la falta de una adecuada labor de convencimiento o conciliación entre las partes en los delitos que se persiguen por querrela y la deficiente orientación para resolver los problemas jurídicos, las cuales de combatirse desde luego que arrojarían como resultado una disminución considerable de las averiguaciones previas que se resuelven por el no ejercicio de la acción penal y que son recurridas.

⁶⁰ ORONZO SANTANA Carlos M., Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial Límusa S.A. de C.V. México, 1997. p. 64.

Ejemplo de esto es que en ocasiones se denuncian hechos ante el Ministerio Público que no son constitutivos de delito o que, con independencia de que puedan ser constitutivos de delito, existen otros mecanismos legales más eficaces para su solución que recurrir a un proceso penal, como es el caso del delito de fraude genérico, que en numerosas ocasiones presenta dificultades para que logre integrarse, pues no siempre es posible demostrar que hubo engaño en un contrato o en alguna otra operación de carácter civil. A pesar de ello, los ofendidos o sus abogados se empeñan en convertir un ilícito civil en penal, y utilizan al Ministerio Público para amedrentar a sus deudores o a sus contrapartes, sin tomar en cuenta que es posible por la vía civil, lograr una solución más rápida y eficaz para algunos de estos casos.

Al respecto, el distinguido jurista alemán Claus Roxín nos dice: "Para castigar una conducta socialmente dañosa se ha de exigir... el que no existan otros medios menos gravosos para hacerle frente. Así, por ejemplo, resulta evidente que el incumplimiento de contratos es socialmente dañoso, pues el comercio sólo puede funcionar y progresar si los contratos se cumplen, pero la punición genérica de los incumplimientos contractuales resultaría inadecuada, ya que el conflicto que representa puede solucionarse mediante una demanda ante los tribunales civiles."⁶¹

Aunado a esto, la dependencia del Ministerio Público del Poder Ejecutivo ha traído serios problemas en la procuración de justicia; el Procurador General de Justicia y los agentes del Ministerio Público a su cargo, en realidad son subordinados del Jefe de Gobierno, y aun sin que reciban órdenes directas o presiones provenientes del Ejecutivo, resuelven a favor de los intereses de este seguramente por considerar que no pueden ir en contra de sus jefes.

Refiriéndose a ello, el maestro Julio Antonio Hernández Pliego apunta: "reservas surgen acerca de la autonomía del Ministerio Público, cuando los

⁶¹ ROXÍN Claus, *et al.*, *op. cit.*, pp. 22 y 23.

hechos diarios que trascienden al público, apoyan su cuestionamiento, como ocurrió recientemente en los sucesos desarrollados en la Universidad de México y en relación con el Ejército Zapatista, en que fue lamentable la imagen que dejó el Ministerio Público, al realizar, por pedido del Ejecutivo, consignaciones en algunos casos, transacciones en relación con los delitos materia del ejercicio de la acción penal en otros, desistimientos vergonzantes en muchos casos, y toda suerte de disonancias y despropósitos que antes de convencer acerca de su pregonada independencia, ejemplifican lo contrario, mostrando que la voluntad política del Ejecutivo, ciertamente sustituye las decisiones que debían incumbir sólo al Ministerio Público, si actuara convenientemente en el desempeño de sus atribuciones constitucionales.⁶²

De manera que cuando se decreta el no ejercicio de la acción penal por un acto de corrupción o por cumplir con criterios políticos, se priva al ofendido o a la víctima del delito, de su derecho a que se le repare el daño causado, se genera impunidad y pérdida de la confianza en las instituciones.

Además, es claro que en esos casos la acción penal se estaría rigiendo por el principio de oportunidad y no por el de legalidad, el cual se traduce en la obligación de ejercer acción penal siempre que se encuentren acreditados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

El tratadista Eugenio Florián señala: "la ley penal existe para fines de utilidad, y por ello se debe aplicar en todos los casos en que se halla cometido un delito. La determinación de cuando una acción es dañosa o peligrosa (es decir., es delito) corresponde al legislador, y cuando este haya expresado su convencimiento y establecido que aquella sea delito, la acción penal debe de ejercitarse siempre. Al admitir el principio de oportunidad se substituye el convencimiento del legislador, por el del M.P., que es por completo personal y por

⁶² HERNÁNDEZ PLIEGO Julio Antonio, *op. cit.*, p. 108.

lo mismo expuesto a error, con lo que el fin de la defensa social puede frustrarse."⁶³

Por su parte, Rafael Matos Escobedo opina: "Si el Ministerio Público no funda su actividad acusatoria o inacusatoria o si la funda en causas ajenas a la ley, desconociendo las pruebas y la realidad que ha sido puesta en sus manos, desobedece, evidentemente, su función e incurre en una ruptura del orden jurídico que no debe ser tolerada, sino reprimida por elemental respeto a la seguridad jurídica social que exige que la Ley penal sea obedecida, cumplida y aplicada."⁶⁴

Todos los factores que ya señalamos repercuten en las decisiones que concluyen con el no ejercicio de la acción penal, es en tales casos, cuando esa decisión es injustificada porque existe una deficiente investigación, un error de apreciación o se ordene el no ejercicio por un acto de corrupción o por cumplir con intereses políticos, que se causa un mayor perjuicio al ofendido y a la sociedad ante la falta de proceder del Ministerio Público.

Debemos recordar que la comisión de un delito lleva implícito el derecho del ofendido a la reparación del daño, por lo que, cuando la institución ministerial injustificadamente se abstiene de proceder penalmente, está privando al ofendido de ese derecho.

El derecho primordial del ofendido es la reparación del daño en caso de que se haya causado, sin embargo, actualmente la ley le reconoce también un papel de coadyuvante del Ministerio Público para aportar elementos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, además de que tiene derecho a recibir atención médica y asesoría jurídica, así como a que se le proporcione seguridad cuando la requiera.

⁶³ FLORIÁN Eugenio, *op. cit.*, pp. 183 y 184.

⁶⁴ MATOS ESCOBEDO Rafael, El Juicio de Amparo Contra la Indebida Inercia del Ministerio Público. Comisión Nacional de Derechos Humanos. Serie Folletos, número 16. México, 1991. p. 30.

Esos derechos están reconocidos por la Constitución Política, en el apartado "B" del artículo 20, el cual fue reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 17 de septiembre de 2000, con lo que se trató de proporcionar al ofendido o a la víctima del delito, un marco de garantías mínimas adecuadas a las circunstancias actuales del país, ya que con anterioridad las garantías penales se referían casi exclusivamente al acusado.

El distinguido maestro Sergio García Ramírez, al hacer alusión a la exposición de motivos de la reforma al artículo 21 constitucional que entró en vigor el primero de enero de 1995, por virtud de la cual se estableció la posibilidad de que las determinaciones de no ejercicio de la acción penal fueran impugnadas por vía jurisdiccional, señala que cuando el Ministerio Público resuelve en ese sentido, "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 aun por actos de corrupción, quede ningún delito sin ser perseguido."⁶⁵

Advirtiendo esta aseveración contenida en la exposición de motivos en el sentido de que ningún delito debe quedar sin ser perseguido, y con la cual coincidimos, cabe preguntarse por qué se estableció entonces mediante esa reforma, un mecanismo de impugnación que debe ser activado por el interés del ofendido, en lugar de optarse por una revisión oficiosa de las determinaciones de no ejercicio de la acción penal.

Si bien es cierto, mediante la impugnación de las referidas resoluciones ministeriales pueden satisfacerse las exigencias de justicia del ofendido o la víctima del delito, es importante preguntarse qué ocurre en todos aquellos ilícitos en los que el sujeto pasivo no se identifica con una persona determinada sino con la colectividad, es decir, la sociedad, como ocurre por ejemplo, en todos los delitos cometidos por servidores públicos, los cuales, con independencia de que en

⁶⁵ GARCÍA RAMÍREZ Sergio, Poder Judicial y Ministerio Público. 2ª ed. Editorial Porrúa, México, 1997. p. 233.

ocasiones puedan perjudicar a una determinada persona, siempre tendrán como ofendido a la sociedad ya que tutelan la correcta función pública.

En esos casos no existe una persona determinada que tenga un interés directo en que se sancione al responsable de la comisión del ilícito, por lo que a falta de quién pueda impugnar la determinación (de no ejercicio), inevitablemente esta resolución quedará sin ser revisada por la autoridad jurisdiccional, y en caso de que sea ilegal o arbitraria con ello se causa un agravio mayor a la sociedad, pues como muchos expertos lo han señalado, la impunidad es una de las principales causas del incremento de la delincuencia.

4.2 EFECTOS SOBRE EL PROCEDIMIENTO PENAL.

Cuando el Ministerio Público decide no ejercer acción penal, con independencia de que ese proceder se encuentre ajustado a la legalidad o responda a un acto discrecional, la averiguación previa no llega al conocimiento del órgano jurisdiccional, y con ello, mucho se ha señalado por los estudiosos del derecho penal, la autoridad ministerial usurpa la función del juzgador, quien es el único facultado para determinar cuándo un hecho denunciado constituye o no delito, la responsabilidad o no responsabilidad del acusado, así como para imponer las penas.

Al respecto, el reconocido procesalista Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, citado por el maestro Jorge Alberto Silva Silva, señala que "el Ministerio Público no es una magistratura *jurisdicente*, sino únicamente *requirente*, y si por sí y ante sí se le permite impedir que el tribunal decida sobre el fondo, se le erigirá, de hecho, en *órgano jurisdiccional negativo*, ya que no positivo, es decir, no podrá condenar, pero sí evitar que se condene."⁶⁶

⁶⁶ SILVA SILVA Jorge Alberto, Derecho Procesal Penal. Editorial Harla. México, 1990. p. 259.

La anterior crítica tiene su justificación en el contenido del artículo 21 constitucional, el cual señala que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial, y que la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público. A su vez el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal hace una clara distinción de esas funciones al determinar en el título preliminar lo siguiente:

Artículo 1. Corresponde exclusivamente a los tribunales penales del Distrito Federal:

I Declarar, en la forma y términos que esta ley establece, cuándo un hecho ejecutado en las entidades mencionadas (sic) es o no delito;

II Declarar la responsabilidad o la irresponsabilidad (sic) de las personas acusadas ante ellos; y

III Aplicar las sanciones que señalen las leyes.

Sólo estas declaraciones se tendrán como verdad legal.

Artículo 2. Al Ministerio Público corresponde el ejercicio exclusivo de la acción penal, la cual tiene por objeto:

I Pedir la aplicación de las sanciones establecidas en las leyes penales.

II Pedir la libertad de los procesados, en la forma y términos que previene la ley.

III Pedir la reparación del daño en los términos especificados en el Código Penal.

Con toda claridad, la Constitución y el Código Procesal separan las funciones del Ministerio Público y de la autoridad jurisdiccional: Al primero le corresponde investigar y perseguir los delitos, así como el ejercicio de la acción penal ante los tribunales. Mientras que a la autoridad judicial le compete, como ya lo señalamos, declarar cuándo un hecho es o no delito, la responsabilidad o no responsabilidad de las personas acusadas de su comisión y, en consecuencia, imponer las penas que la ley prevé.

Si solamente esas declaraciones de la autoridad judicial pueden ser consideradas como verdad legal, no se explica entonces cómo las resoluciones por las que el Representante Social determina no ejercer acción penal, pueden constituir de facto, una forma de absolución para el inculpado.

Los penalistas mexicanos Olga Islas y Elpidio Ramírez, citados también por Silva Silva afirman: "el no ejercicio de la acción penal constituye una resolución prácticamente definitiva, que imposibilita la intervención del órgano jurisdiccional y, por tanto, impide que el individuo sea juzgado por un juez o jurado de ciudadanos. En lugar de ello, y esta aberración sólo ocurre en México, el individuo *es juzgado por el Poder Ejecutivo a través del Ministerio Público.*"⁶⁷

Resulta pues indudable, que en todos los casos el órgano jurisdiccional debe revisar las determinaciones de ejercicio y no ejercicio de la acción penal, para establecer si son procedentes y con ello cumplir su obligación de declarar el derecho en materia penal.

Es importante destacar que nos referimos a *todas* las determinaciones de no ejercicio de la acción penal, porque como ya hemos dicho, si la autoridad judicial solamente revisa aquéllas que sean impugnadas por un particular ofendido, estará cumpliendo parcialmente con su obligación, pero no existe razón alguna para que las resoluciones que se refieren a delitos cuyo ofendido es genéricamente la sociedad no sean revisadas y por ello quede en manos del Ministerio Público la decisión final, ya que de esa manera se le está dando la oportunidad de actuar discrecionalmente, con lo que se propicia la corrupción y la impunidad.

Como bien dice el autor Juventino V. Castro: "El Ministerio Público, en todos los casos, debe motivar y provocar una resolución de la jurisdicción: *resolución que por provenir de un juez, es apelable, recurrible y responsable, por ser*

⁶⁷ *Idem.*

fundada. De otro modo, si al Ministerio Público se le concede la facultad decisoria, será un juez inapelable, en forma alguna recurrible, y por tanto irresponsable."⁶⁸

Asimismo, Miguel Ángel Castillo Soberanes apunta: "el Ministerio Público jamás podrá tener la facultad de decidir, porque ésta se encuentra reservada exclusivamente a la autoridad judicial... No es al Ministerio Público a quien toca calificar el delito y definir la pena, porque si así lo hiciera, se saldría de sus atribuciones para invadir la esfera del órgano jurisdiccional, y si esta autoridad se limitara a imponer las penas que se le solicitaran, abdicaría en su facultad de juzgar..."⁶⁹

De esta manera, afirmamos que las decisiones del Representante Social sobre el no ejercicio de la acción penal, deben ser sujetas a revisión por el órgano jurisdiccional a fin de que este cumpla con su función de declarar el derecho.

Actualmente existen tanto un medio de control interno de las citadas determinaciones, como un medio de control externo vía jurisdiccional que es el juicio de amparo indirecto. Por nuestra parte, consideramos que ninguno de esos medios de impugnación satisfacen totalmente las necesidades de justicia, ya que no cumplen cabalmente con su finalidad de sujetar a la legalidad las resoluciones de no ejercicio.

4.3 RECURSO ADMINISTRATIVO DE INCONFORMIDAD.

Este medio para impugnar la resolución de no ejercicio de la acción penal, se encuentra regulado en los artículos 3 fracción X de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, así como 13, y 15 a 28 del reglamento de dicha ley.

⁶⁸ CASTRO Juventino V., *op. cit.*, p. 76.

⁶⁹ CASTILLO SOBERANES Miguel Ángel, *op. cit.*, pp. 62 y 88.

Primeramente hay que señalar, que el artículo 19 del Reglamento establece que no será necesario notificar al querellante la determinación de no ejercicio, cuando ésta se funde en el perdón otorgado por aquel, situación que desde luego resulta lógica, pues si ha existido perdón del ofendido no debe haber motivo de inconformidad.

Ahora bien, el procedimiento de impugnación varía dependiendo de si se trata de delito grave o delito no grave.

Cuando el delito materia de la averiguación previa sea de los considerados no graves, se seguirá el siguiente procedimiento:

- El Ministerio Público del conocimiento formulará la propuesta al responsable de agencia de su adscripción.

- Si el responsable de agencia no está de acuerdo, devolverá el expediente al Ministerio Público originario para que integre adecuadamente la averiguación previa.

- Si el responsable de agencia está de acuerdo, aprobará la propuesta y notificará su determinación al fiscal de su adscripción, a la Coordinación de Agentes del Ministerio Público Auxiliares del Procurador, así como al denunciante, querellante u ofendido.

- La Coordinación de Agentes Auxiliares podrá revisar en un plazo de treinta días la determinación de no ejercicio.

- Si la Coordinación no ejerce esta facultad, el responsable de agencia ordenará el archivo del expediente.

- Si la Coordinación revisa la resolución y la revoca, enviará la indagatoria para su debida integración al Ministerio Público del conocimiento.

- En caso de que la Coordinación confirme la decisión, enviará la averiguación al archivo y notificará al denunciante querellante u ofendido.

- Una vez que recibe la notificación del responsable de agencia o de la Coordinación de Agentes Auxiliares del Procurador, en caso de que esta haya decidido revisar la resolución de no ejercicio y la confirme, el denunciante,

querellante u ofendido tendrá un plazo de 10 días hábiles para inconformarse ante el responsable de agencia, debiendo señalar las razones por las que la estima improcedente.

- El responsable de agencia deberá enviar la averiguación previa y el escrito de inconformidad en un plazo de 3 días hábiles al fiscal de su adscripción para que resuelva el recurso.

- Recibido el recurso, el fiscal tiene un plazo de 15 días hábiles para resolverlo.

- Si el fiscal revoca la determinación, devolverá la averiguación al Ministerio Público del conocimiento para su debida integración.

- Si el fiscal confirma la decisión de no ejercicio, deberá notificar al recurrente y ordenar se archive la indagatoria.

Quando el delito materia de la averiguación previa sea de los clasificados como graves, el procedimiento será el siguiente:

- El Ministerio Público del conocimiento propondrá el no ejercicio al responsable de agencia,

- Si el responsable de agencia no está de acuerdo, devolverá la averiguación al primero para su debida integración.

- Si el responsable de agencia está de acuerdo, propondrá a su vez el no ejercicio a la Coordinación de Agentes del Ministerio Público Auxiliares del Procurador.

- La Coordinación deberá resolver lo procedente en un plazo de 30 treinta días hábiles.

- Si la Coordinación no aprueba la propuesta, devolverá la averiguación para su debida integración, al Ministerio Público originario.

- Cuando la Coordinación apruebe la propuesta, enviará el expediente al archivo y notificará su determinación al denunciante, querellante u ofendido.

- El denunciante, querellante u ofendido tendrá un plazo de 10 días hábiles para inconformarse ante la Coordinación.

- La Coordinación tiene un plazo de 3 días hábiles para enviar el escrito de inconformidad y la averiguación al Subprocurador que corresponda.
- El Subprocurador deberá resolver lo procedente en un plazo de 15 días hábiles.
- Si el Subprocurador revoca la determinación, enviará la averiguación al Ministerio Público del conocimiento para su debida integración.
- Si el Subprocurador confirma la decisión de no ejercicio, notificará al denunciante, querellante u ofendido y ordenará archivar la indagatoria.

Como podemos advertir de los procedimientos descritos, pareciera que el recurso de inconformidad ante la propia Procuraduría es suficiente para garantizar la legalidad de la resolución ministerial que ordena no ejercer acción penal, ya que esa decisión en todos los casos, únicamente es propuesta por el Representante Social encargado de la investigación, pero siempre requiere de la aprobación de sus superiores jerárquicos para que pueda considerarse definitiva.

Sin embargo, al tratarse de un medio de control interno, y debido a los problemas que hemos mencionado de la Procuraduría, como la corrupción de su personal y la dependencia del Poder Ejecutivo, entre otros, se considera insuficiente este recurso para garantizar la legalidad de las resoluciones.

En ese sentido podemos citar a Rafael Matos Escobedo, quien expone: "el recurso interno de revisión, confundido en la estructura y en las actividades mismas que pretende controlar, no ofrece garantía de acierto. Por otra parte, semejante medio de impugnación resulta incompatible con una de las características justa e invariablemente reconocidas al Ministerio Público: la unidad... Cuando se ataca la inercia del Ministerio Público, se le constituye en un inculpado de ilegalidad, de donde resulta que, en el recurso interno de revisión el mismo, como Juez y parte, decide sobre la imputación enderezada contra su propia actividad. Ninguna garantía de legalidad ofrece este sistema, sino es

aquella que descansa, exclusivamente, sobre la confianza personal que merezca el funcionario revisor..."⁷⁰

Mientras que Castillo Soberanes, nos dice: "la doctrina más autorizada rehuye el llamado control interno y pugna por alcanzar un control y un remedio verdaderos."⁷¹

Además, como ya lo mencionamos, mediante el control interno continúa siendo el Ministerio Público quien decide si hay delito y responsabilidad probable del indiciado, facultad que en forma exclusiva le corresponde a la autoridad judicial. Por ende, no ahondaremos más en la inconveniencia de este recurso.

4.4 IMPUGNACIÓN MEDIANTE EL JUICIO DE AMPARO.

Después de mucho tiempo en que el único medio de impugnación contra las determinaciones de no ejercicio de la acción penal lo fue el recurso administrativo de inconformidad, por reforma al artículo 21 constitucional que entró en vigor el 1° de enero de 1995, se estableció en el párrafo cuarto 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."

De esta manera, el órgano reformador de la Constitución dejó a cargo de las legislaturas locales la facultad de reglamentar esta disposición constitucional.

Sin embargo, al cabo de varios años y ante la omisión de la mayoría de los congresos locales de regular el medio de impugnación a que se refiere la Constitución, aunado a la jurisprudencia que expidió la Suprema Corte de Justicia

⁷⁰ MATOS ESCOBEDO Rafael, *op. cit.*, pp. 34 y 35.

⁷¹ CASTILLO SOBERANES Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 92.

de la Nación en los asuntos que llegaron a su conocimiento, la cual ya señalamos en el capítulo tercero, el Congreso de la Unión reformó mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 9 de junio de 2000, mismo que entró en vigor al día siguiente, los artículos 10 y 114 de la Ley de Amparo, para establecer expresamente la procedencia de este juicio contra las resoluciones del Ministerio Público en las que se ordena el no ejercicio de la acción penal.

Dichos artículos textualmente señalan:

Artículo 10.- La víctima y el ofendido, titulares del derecho de exigir la reparación del daño o la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, podrán promover amparo:

III Contra las resoluciones del Ministerio Público que confirmen el no ejercicio o el desistimiento de la acción penal, en los términos de lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 21 Constitucional.

Artículo 114.- El amparo se pedirá ante el Juez de Distrito:

VII Contra las resoluciones del Ministerio Público que confirmen el no ejercicio o el desistimiento de la acción penal, en los términos de lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 21 Constitucional.

De ahí deriva la procedencia expresa del Juicio de Garantías contra las resoluciones ministeriales que confirmen el no ejercicio y el desistimiento de la acción penal. En cuanto al desistimiento, ya expusimos en el capítulo primero nuestro punto de vista sobre la arbitrariedad de esta figura que no debe operar en el proceso penal.

En lo que hace al no ejercicio, que es el tema que nos interesa, resulta lógico que esa procedencia se condicione a que se trate de la resolución que confirma el no ejercicio de la acción penal, es decir, aquella que recae al recurso administrativo de inconformidad, pues de acuerdo al principio de definitividad que

rige en el Juicio de Garantías, éste solo procede contra los actos de autoridad que no puedan ser modificados, revocados o nulificados mediante algún recurso ordinario previsto en la ley.

De esta forma se cuenta actualmente con un doble control sobre las resoluciones ministeriales de no ejercicio de la acción penal, uno interno ante los superiores jerárquicos del agente del Ministerio Público que conoce de la averiguación (el recurso administrativo de inconformidad) y uno externo ante un órgano jurisdiccional (el juicio de amparo indirecto).

Son muchos los autores que han pugnado y que desde luego apoyan la procedencia del juicio constitucional en estos casos. Podemos mencionar por citar algunos, a Rafael Matos Escobedo, Miguel Ángel Castillo Soberanes, Guillermo Colín Sánchez, así como al ahora Ministro de la Corte Juventino V. Castro.

En principio, debemos señalar que es innegable el avance logrado con las reformas a la Constitución y a la Ley de Amparo que hemos comentado, sin embargo, durante los años en que ha estado vigente esta disposición, hemos observado algunos inconvenientes y limitaciones por las que consideramos que el juicio de garantías no es la vía más idónea para controlar la legalidad de las resoluciones ministeriales que nos ocupan.

Como ventajas del Juicio de Garantías en estos casos, se pueden señalar las siguientes:

1.- Se termina con la discrecionalidad de las decisiones de no ejercicio de la acción penal, al ser sujetas a revisión por un medio de control externo.

2.- La sentencia que conceda el amparo puede obligar al Ministerio Público a fundar y motivar adecuadamente su resolución, a desahogar pruebas propuestas por el ofendido o que puedan resultar útiles para acreditar el cuerpo del delito o la probable responsabilidad del indiciado, e incluso a ejercer acción penal.

3.- La eficacia de los mecanismos para hacer cumplir las sentencias de amparo, ya que en el último de los casos el juzgador puede ordenar la destitución de la autoridad responsable.

Por otra parte, desde nuestro punto de vista también existen desventajas o limitaciones que debemos analizar:

1.- La revisión mediante el juicio de amparo de la determinación de no ejercicio, sólo se lleva a cabo a instancia de parte, que invariablemente lo es el ofendido o la víctima del delito.

2.- El indiciado es parte en el juicio de amparo como tercero perjudicado, y eventualmente se le deberá informar que se ejercerá acción penal en su contra, cuando ese sea el sentido de la sentencia.

3.- Rige el principio de estricto derecho para los conceptos de violación y los agravios que haga valer el quejoso (ofendido).

4.- La sentencia que obligue al Ministerio Público a ejercer acción penal, "prejuzga" en perjuicio de la libertad de decisión del juez penal que reciba la consignación, sobre la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, pero al mismo tiempo no lo obliga a librar la orden de aprehensión o de comparecencia.

En primer lugar señalamos que la revisión de la decisión de no ejercicio mediante el juicio constitucional, sólo se lleva a cabo a instancia de parte, por lo que en las averiguaciones que versen sobre delitos en los que el ofendido sea genéricamente la sociedad, existen muy pocas o nulas posibilidades de que se promueva el juicio.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en el sentido de que el derecho para promover esa instancia, le corresponde al denunciante, querellante, ofendido, a la víctima del delito o a sus familiares, tal como se precisa en las siguientes Tesis de Jurisprudencia:

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VI, Diciembre de 1997

Tesis: P. CLXVI/97

Página: 111

ACCIÓN PENAL. LAS RESOLUCIONES SOBRE EL NO EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE AQUÉLLA, SON SUSCEPTIBLES DE VIOLAR GARANTÍAS INDIVIDUALES Y, POR TANTO, EN SU CONTRA PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO. La acción penal es el poder de que está dotado el Ministerio Público para solicitar la actuación del órgano jurisdiccional y la instauración del proceso penal en contra de persona determinada, con el propósito de que se aplique la pena o medida de seguridad correspondiente, mientras que el desistimiento de tal acción es la renuncia a esa solicitud o el abandono del derecho respectivo, que la representación social expresa dentro del proceso para evitar que éste continúe o que culmine. Por consiguiente, si la acción penal es el elemento que todo proceso penal necesita para activarse, funcionar y producir sus efectos, su no ejercicio da lugar a que no se inicie y su desistimiento a que, ya iniciado, se sobresea. En términos del artículo 21, párrafo primero, constitucional, el Ministerio Público, en su carácter de representante social, es el que se encuentra legitimado para ejercer la acción penal; sin embargo, no constituye un poder o prerrogativa que pueda ejercer a su libre arbitrio, toda vez que ésta nace y se desarrolla con el propósito de castigar a los sujetos que hubieren afectado a la sociedad con la comisión de un hecho delictuoso, de donde deriva que el ejercicio de la acción penal es obligatorio siempre y cuando se reúnan los requisitos necesarios para su procedencia, los que se encuentran previstos en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La finalidad de la reforma al artículo 21 constitucional, que entró en vigor el 1o. de enero de 1995, es que tales determinaciones se hallen reguladas por normas y criterios objetivos, a fin de que el no ejercicio de la acción penal sea regido dentro de un Estado de derecho. En ese orden de ideas, **la negativa sobre el ejercicio de la acción**

penal o el desistimiento de ésta, cuando resultan injustificados, violan en perjuicio del denunciante, querellante, víctima del delito o de los familiares de ésta, o del interesado legalmente en la persecución del delito, la garantía de seguridad jurídica consagrada en la reforma al artículo 21, párrafo cuarto, de la Constitución Política. Además, es patente que tales determinaciones afectan los intereses jurídicos de la sociedad y, por ende, del ofendido, persona que ha resentido directa o indirectamente la conducta calificada como delito, en especial, al privarle de la posibilidad de obtener la reparación del daño, por lo que es éste, por sí, por medio de sus representantes o, en su caso, sus sucesores, el legitimado para ejercer al respecto la acción de garantías. Conforme a lo anterior, si las determinaciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal pueden resultar directamente violatorias de las garantías individuales del ofendido, el juicio de amparo es plenamente procedente para reclamarlas.

Amparo en revisión 32/97. Jorge Luis Guillermo Bueno Ziaurriz. 21 de octubre de 1997. Once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Armando Cortés Galván.

Amparo en revisión 961/97. Alberto Santos de Hoyos. 21 de octubre de 1997. Once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Armando Cortés Galván.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el once de noviembre en curso, aprobó, con el número CLXVI/1997, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a once de noviembre de mil novecientos noventa y siete.

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XII, Octubre de 2000

Tesis: P./J. 114/2000

Página: 5

ACCIÓN PENAL. ES PROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO, MIENTRAS NO SE ESTABLEZCA EN LEY LA VÍA JURISDICCIONAL DE IMPUGNACIÓN ORDINARIA, PARA RECLAMAR LAS RESOLUCIONES SOBRE EL NO EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE AQUÉLLA (ARTÍCULO 21, PÁRRAFO CUARTO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL). De la reforma al citado precepto constitucional, que entró en vigor el 1o. de enero de 1995, y de los antecedentes legislativos que le dieron origen, se advierte el reconocimiento en favor del querellante, denunciante, víctima del delito o de los familiares de ésta o del legalmente interesado, del derecho de impugnar las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, coetáneo del derecho de exigir al Estado la persecución de los delitos, lo que se traduce en el nacimiento de una garantía individual, cuyo respeto no puede considerarse postergado o sujeto a la condición suspensiva de que el legislador ordinario, en los diferentes fueros, emita las disposiciones legales que reglamenten el instrumento para impugnar por la vía jurisdiccional ordinaria las determinaciones de mérito, puesto que, en principio, ante la vigencia de la disposición constitucional relativa, la protección del derecho garantizado es inmediata, ya que, en tal hipótesis, no se requieren medios materiales o legales diferentes de los existentes para que la autoridad cumpla cabalmente y desde luego, con el mandato constitucional de investigar y perseguir los delitos, siendo obvio que dentro del sistema constitucional mexicano, el medio para controlar directamente el cumplimiento de esas funciones es el juicio de amparo. Por consiguiente, la ausencia de ordenamientos legales que precisen la vía jurisdiccional ordinaria para impugnar las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal que pueden ser violatorias de las garantías individuales del ofendido, no impide que tales determinaciones sean reclamadas de modo inmediato y en tanto se expidan las leyes ordinarias, a través del juicio de amparo, dado que al estar regulada la actuación relativa de la representación social por la propia Carta Magna, entre otros de sus preceptos, en los artículos 14 y 16, bien puede y debe examinarse esa actuación en el juicio de garantías, pues arribar a una postura que sobre el particular impida la procedencia

de dicho juicio, sería tanto como desconocer la existencia de la mencionada garantía individual y el objetivo y principios que rigen al juicio de amparo, que de acuerdo con lo previsto en los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es procedente contra leyes o actos de autoridad que violen garantías individuales. En estas condiciones, debe concluirse que si las determinaciones del aludido representante social sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal pueden implicar la violación de garantías individuales, aquéllas podrán impugnarse mediante el juicio de amparo indirecto, en términos de lo dispuesto en el artículo 114, fracción II, de la Ley de Amparo, por ser esta vía la que revisa la legalidad del proceso indagatorio de la comisión de ilícitos, además de que desatender la norma constitucional reformada implicaría la inobservancia de los artículos 133 y 136 de la Constitución Federal, siendo que el espíritu del Constituyente Originario se orientó a la prevalencia de los principios de supremacía e inviolabilidad de la Ley Fundamental.

Contradicción de tesis 18/98-PL. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Cuarto Circuito. 5 de junio de 2000. Unanimidad de diez votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Hilario Sánchez Cortés.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy dos de octubre en curso, aprobó, con el **número 114/2000**, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dos de octubre de dos mil.

Ahora bien, no obstante que de las anteriores jurisprudencias se desprende que el denunciante, querellante, ofendido, la víctima del delito o sus familiares, son las personas legitimadas para promover el Juicio de Amparo, es evidente que al referirse al denunciante se está haciendo alusión a aquélla persona que tiene derecho a la reparación del daño en los delitos perseguibles de oficio, pues esa es la intención que se deduce de la exposición de motivos de la reforma al artículo 21 de la Carta Magna, y así lo interpreta el Máximo Tribunal de la Nación al señalar que el derecho a promover el juicio contra las resoluciones de no ejercicio le

incumbe al ofendido, *"al privarle de la posibilidad de obtener la reparación del daño"*, persona que es el *"interesado legalmente en la persecución del delito."*

No puede ser de otra manera, ya que de lo contrario se estaría facultando a cualquier persona que se presente a denunciar el delito, para promover la instancia constitucional sin importar si tiene interés directo y legítimo para exigir la reparación del daño, como sería en muchos casos, el policía que presenta la denuncia ante la representación social, situación totalmente inadmisibles y contraria a la lógica jurídica, en virtud de que sólo puede promover el medio de impugnación la persona que resiente un perjuicio en su esfera jurídica como consecuencia de un acto de autoridad.

En ese sentido, resulta además ilógico pensar que pueda existir interés del denunciante para promover un juicio de garantías a fin de que se ordene ejercer acción penal, cuando la resolución de ser favorable no le representará ningún beneficio directo en lo personal, más aún si se piensa que ese denunciante puede ser, como ocurre en un gran número de casos, el policía judicial directamente subordinado de la autoridad ministerial que ordena el no ejercicio.

Bajo esta perspectiva, podemos constatar lo limitado del juicio de garantías para constituir un medio eficaz que acabe con la impunidad que se genera cuando la decisión de no ejercicio es injustificada, pues no se logra el propósito que se planteó en la iniciativa de reforma a la Constitución, al señalarse en la exposición de motivos: *"No debe tolerarse que por el comportamiento negligente, y menos aun por actos de corrupción, quede ningún delito sin ser perseguido."*

Como ya lo mencionamos con anterioridad, existe un gran número de delitos en los que el ofendido es la sociedad en general, y por ende, en estos no existe una persona en particular que tenga interés directo o legítimo para promover el juicio de amparo.

Ejemplo de lo anterior en el caso de delitos del orden común previstos en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, son los cometidos contra la seguridad colectiva (asociación delictuosa, delincuencia organizada), los cometidos por servidores públicos (ejercicio indebido y abandono del servicio público, cohecho peculado, enriquecimiento ilícito) o por particulares contra el servicio público (desobediencia y resistencia de particulares, quebrantamiento de sellos), contra la fe pública (falsificación y uso indebido de documentos), los delitos ambientales, los electorales y los cometidos contra la seguridad de las instituciones del Distrito Federal (rebelión, sabotaje, motín).

En el caso de los delitos federales la situación es aún más grave, ya que la mayor parte de las investigaciones que realiza la Procuraduría General de la República, o por lo menos las más importantes, corresponden a delitos contra la salud y violación a la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos (portación, posesión y tráfico de armas). En todos éstos casos, invariablemente el ofendido es la sociedad, y por ende, como ya lo dijimos, al no existir una persona determinada que impugne la resolución de no ejercicio emitida por el representante social, éstas adquieren carácter definitivo, aunado a que una de las principales causas de corrupción en esa institución, es precisamente el narcotráfico, por lo que en esas condiciones no hay manera de garantizar la legalidad de la decisión.

Esta inquietud se ha hecho patente incluso en el seno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la que el Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano ha expresado este punto de vista al precisar que "hay delitos en donde toda la sociedad padece, pero no hay ningún individuo identificado como víctima del delito, la ofendida es la sociedad en general... Pensemos en un delito contra la salud, la sociedad en general es el sujeto pasivo del delito... En este supuesto, el único capacitado para ejercitar la acción penal, sin que a nadie asista la acción

procesal de impugnación, es el Ministerio Público y aquí ningún particular podrá tener injerencia."⁷²

En ese sentido, el hecho de que las determinaciones ministeriales de no ejercicio solo puedan ser revisadas por la autoridad judicial a instancia de parte, no es una limitante exclusiva del juicio de amparo, ya que cualquier medio de impugnación como tal, requiere del impulso procesal de la parte ofendida que haya visto afectados sus intereses, por lo que consideramos que debe instaurarse un mecanismo para que la revisión de las resoluciones mencionadas se lleve a cabo de manera oficiosa.

En segundo lugar, precisamos como inconveniente del juicio de amparo, que el indiciado sea parte, ya que es criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que cuando el acto reclamado sea la resolución de no ejercicio de la acción penal, este tendrá el carácter de tercero perjudicado. Así se señala en las siguientes jurisprudencias:

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VI, Diciembre de 1997

Tesis: P./J. 91/97

Página: 5

ACCIÓN PENAL, RESOLUCIÓN DE NO EJERCICIO, EMANADA DE UNA AUTORIDAD DEPENDIENTE DE LA PROCURADURÍA 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

⁷² SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, No Ejercicio de la Acción Penal. Serie Debates Pleno. México, 1999, p. 63.

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, en 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.** Aun cuando no todos los delitos se sancionan con la privación de la libertad, la afectación debe entenderse en sentido amplio, pues aun tratándose de delitos que se sancionan con pena alternativa o con pena no privativa de la libertad, la orden de comparecer al 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, aun 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. Once votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: María Guadalupe Saucedo Zavala.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el once de noviembre en curso, aprobó, con el **número 91/1997**, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a once de noviembre de mil novecientos noventa y siete.

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIV, Julio de 2001

Tesis: 1a./J. 42/2001

Página: 200

INDICIADO. TIENE EL CARÁCTER DE TERCERO PERJUDICADO CUANDO EL ACTO RECLAMADO EN EL JUICIO DE GARANTÍAS SEA LA RESOLUCIÓN DE APROBACIÓN DE NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL. Los incisos a) y b) de la fracción III del artículo 5o. de la Ley de Amparo, establecen como regla la no existencia de tercero perjudicado cuando el acto reclamado provenga de un juicio o controversia del orden penal; sin embargo, dicho precepto legal debe ser interpretado en la actualidad atendiendo a la reforma del artículo 21, cuarto párrafo, de la Ley Fundamental, que entró en vigor el primero de enero de mil

novecientos noventa y cinco y a la fracción VII del artículo 114 de la Ley de Amparo, vigente a partir del diez de junio del año dos mil; debiendo, de esta forma, considerarse como una excepción a la citada regla, el caso en el que en un juicio de amparo se señale como acto reclamado la aprobación de la resolución de no ejercicio de la acción penal respecto de una denuncia, acusación o querrela que se hace sobre determinada persona. Ello en virtud de que en este supuesto el quejoso es precisamente la parte ofendida, que considera que la conducta de los indiciados materia de la averiguación previa, es constitutiva de delito y, por tanto, la resolución reclamada, vulnera garantías en su perjuicio, pero como hasta antes de la reforma al artículo 21 constitucional vigente a partir del primero de enero de mil novecientos noventa y cinco no se encontraba previsto el presupuesto de procedencia del juicio de amparo contra resoluciones de aprobación de inejercicio de la acción penal y, por tanto, en la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 Constitucionales tampoco se había regulado la figura del tercero perjudicado en el juicio de amparo en que se reclame ese tipo de resoluciones, debe concluirse que, para el caso, tampoco resulta aplicable lo dispuesto en el inciso c) de la fracción III del artículo 5o. de la Ley de Amparo, ya que aun cuando en este tipo de juicios de amparo, los indiciados tienen interés directo en que subsista el acto reclamado, la intención del legislador no pudo ser la de contemplarlos en tal disposición con el carácter de terceros perjudicados, por no encontrarse previsto en la época de creación de la norma el presupuesto de procedencia del juicio de amparo que se ha mencionado. Consecuentemente, la figura del tercero perjudicado en los juicios de amparo que se promuevan contra resoluciones de aprobación de inejercicio de la acción penal, aun cuando no se encuentra prevista en alguna de las fracciones del artículo 5o. de la Ley de Amparo, debe entenderse integrada, a este precepto, en razón de las reformas al artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicadas en el Diario Oficial de la Federación de treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Contradicción de tesis 113/98. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero en Materias Administrativa y de Trabajo del Cuarto

Circuito. 28 de marzo de 2001. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Irma Leticia Flores Díaz.

Tesis de jurisprudencia 42/2001. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veintitrés de mayo de dos mil uno, por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros: presidente José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: Juventino V. Castro y Castro.

Ahora bien, aun cuando las anteriores jurisprudencias sean acordes con la técnica que rige el juicio de garantías, ya que en atención a ello se precisa que el inculpado tendrá el carácter de tercero perjudicado cuando el acto reclamado sea la determinación de no ejercicio de la acción penal, sin embargo, cuando la sentencia ordene al Ministerio Público ejercer acción penal, se le notificará al probable responsable que se procederá penalmente en su contra, con lo cual se le estará concediendo una ventaja desmedida al tener oportunidad de evadirse de la acción de la justicia.

Esta situación por sí sola es, a nuestro parecer, suficiente para que se replantee la procedencia del amparo contra las mencionadas decisiones ministeriales, pues resultarían consecuencias graves para la procuración y administración de justicia, del hecho de que se le informe al indiciado de su consignación ante el juez, especialmente cuando se trata de delitos graves, por ejemplo, tratándose de delitos como violación, secuestro, de los comúnmente llamados de cuello blanco, o en caso extremo, en delitos contra la salud.

Respecto a este tema, vale la pena citar al jurista Sergio García Ramírez, quien sostiene, "Hay que reconocer dos hechos rotundos: uno, que la criminalidad evoluciona con rara celeridad -como lo vieron y predijeron los padres de la criminología moderna-; y otro, que es preciso enfrentar la más nueva y lesiva delincuencia con oportunidad, suficiencia y energía... la criminalidad es cada vez

menos localizada, está cada vez más organizada y suele trascender también cada vez más, las fronteras de una ciudad, una región, un país o un continente."⁷³

Por otra parte, no desconocemos la circunstancia de que el ejercicio de la acción penal en el supuesto que analizamos muy probablemente tendrá como consecuencia la afectación a la libertad personal del inculcado, sin embargo, consideramos que la consignación de una indagatoria ante los tribunales y el libramiento de una orden de aprehensión, deben continuar manteniéndose en sigilo a efecto de que se logre sujetar a proceso al individuo.

Otro motivo de crítica a la procedencia del juicio constitucional, es el concerniente a que, tratándose de la impugnación del no ejercicio de la acción penal, rige el principio de estricto derecho respecto de los conceptos de violación y los agravios hechos valer por el ofendido, pues la suplencia de la queja en materia penal, establecida en la fracción II del artículo 76-bis de la Ley de Amparo, opera únicamente tratándose del acusado.

Es importante destacar que sobre este tema existen criterios divergentes de los Tribunales Colegiados de Circuito, los cuales a continuación se transcriben.

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VII, Junio de 1998

Tesis: X.2o.4 P

Página: 712

SUPLENCIA DE LA QUEJA EN MATERIA PENAL. ES IMPROCEDENTE SI EL PROMOVENTE DEL AMPARO ES LA PARTE OFENDIDA. Aunque el artículo 196 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Tabasco prevé la

⁷³ GARCÍA RAMÍREZ Sergio, *Temas y Problemas de Justicia Penal*. Editorial Seminario de Cultura Mexicana. México, 1996. pp. 211 y 212.

suplencia de la queja en favor del ofendido, ésta no opera en tratándose del juicio de amparo, pues conforme al artículo 76 bis, fracción II, de la ley de la materia, la suplencia de los conceptos de violación o de los agravios sólo opera en favor del reo.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CIRCUITO.

Amparo directo 17/98. Sociedad Mercantil Lotería Instantánea del Sureste, S.A. de C.V. 19 de marzo de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Jesús R. Sandoval Pinzón. Secretario: Salvador Fernández León.

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XI, Enero de 2000

Tesis: XVII.2o.34 P

Página: 1024

OFENDIDO. NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA A SU FAVOR (ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIÓN II, DE LA LEY DE AMPARO). Si la parte ofendida es quien interpone el juicio de garantías, el estudio de los conceptos de violación que esgrima deberá hacerse en estricto derecho, por lo que debe combatir cabalmente todos y cada uno de los razonamientos sustentados por la autoridad responsable, en virtud de que el artículo 76 bis, fracción II de la Ley de Amparo, prevé que la suplencia de la deficiencia o ausencia de los conceptos de violación, es a favor del reo.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo directo 161/99. 18 de noviembre de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis Gómez Molina. Secretario: Rafael Maldonado Porras.

Nota: Por ejecutoria de fecha 17 de octubre de 2001, la Primera Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 66/2001 en que había participado el presente criterio.

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIV, Agosto de 2001

Tesis: I.5o.P.15 P

Página: 1429

SUPLENCIA DE LA DEFICIENCIA DE LA QUEJA. ES PROCEDENTE CUANDO EL OFENDIDO EN EL DELITO PROMUEVE JUICIO DE AMPARO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL. En el juicio de amparo en materia penal la suplencia de la deficiencia de la queja opera a favor del reo, aun ante la ausencia de conceptos de violación de la demanda, así como de agravios formulados en los recursos, en términos del artículo 76 bis, fracción II, de la Ley de Amparo; sin embargo, el concepto de "reo" a que alude ese precepto legal debe interpretarse actualmente, en sentido amplio y no sólo considerar como tal al sujeto que compurga una pena, indiciado, inculpado, procesado, acusado o sentenciado, sino también al ofendido o a la víctima de un delito, cuando promueve el juicio de garantías contra la resolución de la autoridad ministerial, en la que resuelve el no ejercicio de la acción penal, según lo previene la fracción VII del artículo 114 de la ley en cita. Ello en virtud de que conforme al criterio de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis jurisprudencial 109, publicada en las páginas 86 y 87, Tomo VI, Materia Común, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000, con el rubro: "CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. PARA QUE SE ESTUDIEN, BASTA CON EXPRESAR CLARAMENTE EN LA DEMANDA DE GARANTÍAS LA CAUSA DE PEDIR.", debe entenderse que la adición de la fracción aludida implica que la suplencia de la queja en materia penal resulta procedente a favor del promovente de amparo pues, además, aun en las materias de estricto derecho, se ha establecido que deben evitarse las formalidades sacramentales en la formulación de los conceptos de violación, en los cuales basta que se advierta la causa de pedir para que el juzgador esté en aptitud de analizar las violaciones que advierta y sobre esa base resolver respecto a la protección constitucional solicitada.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 1815/2000. 9 de marzo de 2001. Mayoría de votos. Disidente y Ponente: María Eugenia Estela Martínez Cardiel. Secretario: Raúl Valerio Ramírez.

Nota: Por ejecutoria de fecha 17 de octubre de 2001, la Primera Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 66/2001 en que había participado el presente criterio.

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XV, Abril de 2002

Tesis: 1.7o.P.5 P

Página: 1352

SUPLENCIA DE LA DEFICIENCIA DE LA QUEJA. ES PROCEDENTE A FAVOR DEL OFENDIDO O VÍCTIMA DEL DELITO, CUANDO ÉSTE ES EL QUEJOSO EN EL JUICIO DE AMPARO. La fracción II del artículo 76 bis de la Ley de Amparo previene la suplencia de la deficiencia de la queja en materia penal a favor del "reo"; término este último que no debe seguirse interpretando en forma irrestricta, en relación con el inculpado, pues actualmente y después de sus reformas de septiembre de mil novecientos noventa y tres, y mil novecientos noventa y nueve, en sus apartados A y B, el artículo 20 constitucional reconoce igualmente las garantías de éste y los de la víctima u ofendido del delito, en una relación de equilibrio e idéntica tutela de sus derechos procesales. Consecuentemente, la ley reglamentaria debe darles igual tratamiento, aun cuando son partes contrarias en la relación procesal, a fin de no desconocer la existencia de las garantías individuales que actualmente se consagran a favor de la víctima u ofendido; por ello, debe ampliar su connotación para hacer efectiva la tutela constitucional y suplir la deficiencia de la queja del ofendido, como se hace en beneficio del inculpado, pues los derechos de ambos son de elevada

trascendencia social. Sin que sea necesario esperar se adecuen las disposiciones de la materia al vigente texto constitucional, porque el amparo es la institución tutelar de las garantías de los individuos y, con ese carácter, no puede resultar ineficaz y rígida, en detrimento del reclamo social de que se administre justicia pronta y expedita a la víctima del delito, quien ya expresó su causa de pedir, lo que es suficiente para analizar las violaciones que se adviertan y, sobre esa base, conceder la protección de la Justicia Federal solicitada, la que debe ser inmediata.

SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Queja 17/2002. 8 de febrero de 2002. Mayoría de votos. Disidente y Ponente: Ricardo Ojeda Bohórquez. Secretario: Erik Zabalgoitia Novales.

Como se puede advertir de los anteriores criterios de los tribunales federales, no existe uniformidad de los juzgadores de amparo para decidir si debe suplirse o no la deficiencia de la queja cuando el quejoso es el ofendido por el delito, y dado que hasta la fecha no existe pronunciamiento de la Suprema Corte que dirima esta controversia, los jueces se encuentran en libertad de adoptar el criterio con el que estén de acuerdo.

De manera que es factible considerar válida nuestra crítica al respecto, y por tanto, podemos decir que resulta injusto se le exija a la persona que sufre las consecuencias de un delito, conocimientos precisos en derecho penal para obligar al Ministerio Público (el cual se supone es una institución técnica especializada en esa materia y que en teoría lo representa) a cumplir con su deber.

Con relación a este tema, el maestro Carlos Barragán Salvatierra apunta "si en un asunto determinado el Ministerio Público niega el ejercicio de la acción penal por denuncia o querrela del ofendido o víctima de un delito, y acude al recurso constitucional en contra de éste, quién lo asesorará, debido a que es imposible que lo hiciera la propia autoridad responsable, por lo que sería

necesario crearle otro asesor o que se busque un licenciado en derecho particular para que lo ayude a impugnar la resolución de su asesor.”⁷⁴

Por su parte, el Magistrado de Circuito del Poder Judicial de la Federación, Miguel Ángel Aguilar López, sugiere que debe operar la suplencia de la queja en estos casos, y en ese sentido opina “en su texto actual, el artículo 20 constitucional consagra, por igual, las garantías que deben gozar en todo proceso de orden penal el inculpado y la víctima u ofendido del delito. De cuya redacción resulta claro que no distingue entre una calidad y otra para garantizar por igual sus derechos procesales; las cuales, en consecuencia, son de igual relevancia social... Por ello, no sería dable esperar la reforma al artículo 76 bis, en su fracción II, de la Ley de Amparo, para también elevar al plano de igualdad la suplencia de la queja de la víctima o del ofendido con los del reo; pues ello sería tanto como desconocer la existencia de las garantías individuales, actualmente consagradas en ella, en virtud de sus reformas, al artículo 20 Constitucional, a favor de la víctima o del ofendido del delito.”⁷⁵

Finalmente, señalamos que la sentencia de amparo que obligue al Ministerio Público a ejercer acción penal, “prejuzga” en perjuicio de la libertad de decisión del juez que reciba la consignación, acerca de la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, y que al mismo tiempo no obliga al juez a librar la orden de aprehensión o de comparecencia.

Decimos que en el supuesto mencionado la sentencia de amparo “prejuzga” sobre la existencia del cuerpo del delito y la responsabilidad probable del indiciado, ya que si bien el juzgador de garantías revisa la decisión del representante social, a diferencia de lo que ocurre en otros casos, dicho juzgador

⁷⁴ BARRAGÁN SALVATIERRA Carlos, *op. cit.*, p. 60.

⁷⁵ REVISTA “TEPANTLATO”, ¿Debe Suplirse la Deficiencia de la Queja a Favor del Ofendido o Víctima del Delito. Cuando Este es el Quejoso en el Juicio de Amparo? Magistrado Miguel Ángel Aguilar López. Publicación mensual. Época 2, número 14. México. pp. 19 y 21. Nota: No se menciona la fecha de publicación de la revista. El artículo está fechado en septiembre de 2001.

se estará pronunciando sobre una cuestión de la que aún no conoce la autoridad competente, que lo es el juez penal.

En efecto, al ordenarse en el juicio constitucional que se proceda penalmente, esa sentencia contendrá también la afirmación de que se encuentra demostrado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, lo que inevitablemente afectará el criterio del juez penal que reciba la consignación, quien en principio es el competente para decidir sobre el particular, (por eso decimos que se afecta su libertad de decisión) y el cual deberá resolver si comparte el criterio del juez de amparo o estima que en su opinión no se reúnen esos elementos.

Si consideramos que la apreciación del juzgador de amparo vincula al juez penal a obsequiar la orden que se le solicita, resulta inevitable preguntarnos hasta dónde llega esa obligación de acatar el criterio del juez de garantías, si su alcance es tal que también deba dictarse auto de formal procesamiento cuando este se sustenta en los mismos elementos de prueba que la orden respectiva (como comúnmente ocurre).

Por nuestra parte, consideramos que no existe fundamento legal ni jurisprudencial para afirmar que la sentencia de amparo, en la hipótesis que analizamos, tenga carácter vinculatorio para el juez penal, ya que no pueden extenderse sus efectos hacia autoridades que no hayan intervenido en el juicio, salvo que se trate del superior jerárquico de la responsable y se le requiera también el cumplimiento de la sentencia, por lo que dicho juez estará en libertad de jurisdicción para obsequiar o negar la orden de aprehensión o comparecencia que en tal caso solicite el órgano acusador.

Lo anterior se desprende también del contenido de la Tesis emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que a continuación se transcribe:

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VI, Diciembre de 1997

Tesis: P. CLXVII/97

Página: 108

ACCIÓN PENAL. LA PROCEDENCIA DEL AMPARO RESPECTO DE LAS RESOLUCIONES SOBRE EL NO EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE AQUÉLLA, NO INVADE EL MONOPOLIO DEL MINISTERIO PÚBLICO AL RESPECTO.

La intervención del Poder Judicial Federal, en su función de instructor y resolutor del juicio de amparo en contra de las resoluciones sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, no puede considerarse invasora del monopolio que respecto del ejercicio de esa acción establece el artículo 102 de la Constitución General de la República, en favor del Ministerio Público, ya que en tal carácter, no llegará a conocer como Juez ordinario, ni en primera ni en segunda instancias del proceso, puesto que investido como juzgador constitucional, no es un tribunal de justicia común que, por medio de su arbitrio, valore acciones, pruebas y personas para aplicar las leyes con el conocimiento inmediato de los hechos que acontecieron, sino que es un tribunal de garantías constitucionales que respetando el arbitrio de los jueces del orden común, en la estimación legal de los hechos y en la apreciación de las pruebas, solamente juzga, a través del juicio de amparo, si con motivo de los actos de autoridad, sea ésta judicial, legislativa o administrativa, se han conculcado o no los derechos del gobernado garantizados por la Constitución, otorgando o negando la protección de la Justicia Federal en cada caso concreto.

Amparo en revisión 32/97. Jorge Luis Guillermo Bueno Ziaurriz. 21 de octubre de 1997. Once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Armando Cortés Galván.

Amparo en revisión 961/97. Alberto Santos de Hoyos. 21 de octubre de 1997. Once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Armando Cortés Galván.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el once de noviembre en curso, aprobó, con el número **CLXVII/1997**, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a once de noviembre de mil novecientos noventa y siete.

Al establecerse en este criterio, que la autoridad que conozca del juicio de amparo promovido contra la resolución de no ejercicio de la acción penal, respeta el arbitrio de los jueces comunes *"en la estimación legal de los hechos y en la apreciación de las pruebas"*, podemos deducir válidamente, que no existe obligación del juez penal que llegase a recibir la consignación, de adoptar el mismo criterio que el juez de amparo para estimar acreditado o no el cuerpo del delito y la probable responsabilidad. Sin embargo, es precisamente esta posición respecto al alcance de la sentencia protectora, que consideramos limitado el juicio de garantías, ya que si no se puede vincular al juez penal a librar la orden correspondiente a pesar de que se hayan considerado demostrados los requisitos exigidos para proceder penalmente, entonces basta con que aquél disienta de la autoridad federal, para que se vuelva inútil todo el procedimiento de impugnación.

Ante esta posibilidad real, poco eficientes resultan las reformas del legislador y los razonamientos de los juristas que pugnarón por la procedencia del juicio de garantías como medio de control de las determinaciones del Ministerio Público, puesto que si el juez niega la orden de aprehensión o de comparecencia a pesar de haberse ordenado el ejercicio de la acción penal, difícilmente el representante social impugnará esa resolución, cuando previamente había emitido su opinión en el sentido de que no se debía consignar la averiguación.

En relación con este punto que acabamos de tratar, el maestro Sergio García Ramírez al referirse a dicha reforma al artículo 21 constitucional manifiesta: *"La nueva norma apareja errores y problemas, en mi concepto... la posibilidad -de facto no de jure-* de que el juez que reciba una consignación por mandato de otro juez, estime, sin embargo, que no hay elementos para librar orden de aprehensión

o de comparecencia, o para dictar auto de formal prisión o de sujeción a proceso... Un punto más... es la posibilidad –también *de facto*, con evidentes consecuencias *de jure*- de que el Ministerio Público sostenga con eficacia la acción en el proceso, no obstante considerar que no está integrado el tipo penal o que no existe responsabilidad del inculpado... Por lo que toca al empleo del amparo, es evidente que este remedio jurisdiccional no es lo que tuvo en mente el Constituyente Permanente como contenido del cambio al artículo 21. Implicaría una alteración del orden jurisdiccional natural: en efecto, la revisión del acto del M.P. no tiene por qué determinar el relevo de la justicia local por la federal.”⁷⁶

Aunado a esta problemática, la propia Suprema Corte ha adoptado el criterio de que la reforma al artículo 21 constitucional que establece la posibilidad de impugnar las determinaciones de no ejercicio, no puede tener el alcance de otorgar al ofendido por el delito, el derecho de impugnar también las resoluciones judiciales que nieguen la orden de aprehensión. Así se indica en la siguiente jurisprudencia:

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIV, Noviembre de 2001

Tesis: 1a./J. 85/2001

Página: 17

ORDEN DE APREHENSIÓN. ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN JURISDICCIONAL QUE NIEGA SU LIBRAMIENTO. Si bien es cierto que con la reforma al antepenúltimo párrafo del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que entró en vigor el primero de enero de mil novecientos noventa y cinco, se reconoció el derecho del querellante o denunciante, de la víctima del delito, de los familiares de ésta o de los interesados legalmente, de impugnar jurisdiccionalmente las

⁷⁶ GARCÍA RAMÍREZ Sergio, *op. cit.*, Temas y Problemas de Justicia Penal. pp. 43 y 44.

resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal y que en concordancia con tal reforma se incluyó dentro del artículo 10 de la Ley de Amparo la procedencia del juicio de amparo contra dichas determinaciones, también lo es que de ello no puede colegirse que la resolución jurisdiccional que niegue el libramiento de la orden de aprehensión pueda ser materia del juicio de garantías. Lo anterior es así, porque al ser ésta un acto de autoridad jurisdiccional, no responde a los motivos que dieron origen a la citada reforma, consistentes en erradicar el monopolio del ejercicio de la acción penal a cargo del referido representante social, sujetando su actuar a la revisión de una autoridad jurisdiccional, a fin de otorgar mayor certeza jurídica al gobernado dentro de un proceso penal, evitando la impunidad. Además, pretender lo contrario, no sólo implicaría atentar contra lo dispuesto en el mencionado artículo 10 y contradecir el criterio ya definido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que otorga la posibilidad al ofendido o a las personas que conforme a la ley tengan derecho a la reparación del daño o a exigir la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, de promover juicio de amparo únicamente contra actos que emanen del incidente de reparación o de responsabilidad civil y contra actos surgidos dentro del procedimiento penal, relacionados inmediata y directamente con el aseguramiento del objeto del delito y de los bienes afectos a la reparación o a la responsabilidad civil, sino también autorizar al ofendido o a los sujetos legitimados por extensión para hacer uso de una instancia vedada para ellos.

Contradicción de tesis 7/2000-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito, Segundo Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito (actualmente Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito), Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y el Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito. 13 de junio de 2001. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Juan N. Silva Meza. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Eunice Sayuri Shibya Soto.

Tesis de jurisprudencia 85/2001. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de quince de agosto de dos mil uno, por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros: presidente en funciones Juventino V. Castro y

Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo.

Como se puede apreciar de lo antes analizado, la Jurisprudencia de la Corte no sólo permite al juez penal ante el que se lleve a cabo la consignación, volver a pronunciarse sobre la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, no obstante que previamente lo haya hecho un juzgador de amparo, sino que además permite que prevalezca el criterio del primero, ante la imposibilidad de que el ofendido pueda impugnar la negativa a girar la orden correspondiente; y si bien esto pueda resultar legal, y acorde con los principios y la técnica que rigen el juicio de garantías, en los hechos se traduce en la ineficacia de este medio de impugnación para lograr que se entable el proceso penal, cuando indebidamente el acusador público se ha negado a hacerlo.

Así pues, se considera que en corto plazo no es posible que varíen las actuales condiciones del juicio de amparo en relación con el no ejercicio de la acción penal, ya que la intervención del indiciado como tercero perjudicado, el principio de estricto derecho que rige para los conceptos de violación y agravios del ofendido, y los limitados alcances de la sentencia que conceda el amparo, al no vincular al juez penal a librar la orden correspondiente y además hacer esta decisión irrecurrible para el ofendido, constituyen criterios recientes que ponen en duda la utilidad y eficacia de este medio de control constitucional para abatir la impunidad, como se proponía en la exposición de motivos que dio lugar a la reforma Constitucional.

De igual forma podemos afirmar que, aun cuando los ofendidos o las víctimas del delito cuentan con un medio de impugnación para obligar al Ministerio Público a cumplir con su deber de consignar en aquellos casos en que injustificadamente había decidido no ejercer acción penal, sus derechos continúan siendo limitados dentro del proceso, ante el órgano jurisdiccional.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La evolución del concepto de acción penal está directamente ligado a la evolución del derecho penal; en la Roma antigua se hablaba de delitos públicos y delitos privados, según causaran daño al ofendido o a la sociedad en general; en los primeros la acción era ejercida directamente por los particulares y daba lugar a una sanción pecuniaria, mientras que en los segundos la acusación estaba a cargo del Magistrado y daba lugar una pena corporal.

SEGUNDA.- Durante la edad media en gran parte de Europa, a excepción de Inglaterra, privó el sistema inquisitorio en el que la acusación, la defensa y el pronunciamiento de la sentencia estaban a cargo de un sólo órgano, por lo que tenía amplias facultades para decidir acerca de la acusación, qué pruebas eran aceptadas y cuáles rechazadas, así como para imponer la condena.

TERCERA.- La acción penal adquiere durante la Revolución Francesa las características con las que la conocemos actualmente, al darse por terminado el sistema inquisitorio y adoptarse el acusatorio. Se creó entonces la figura del Ministerio Fiscal como único titular de la acción penal, y se dejó la acción civil a cargo del ofendido, de esta manera nació la figura del Ministerio Público como acusador oficial.

CUARTA.- En México, a partir de la Constitución de 1857 y hasta 1917, la investigación de los delitos estuvo a cargo de los jueces de instrucción, quienes eran los encargados de dirigir las investigaciones a través de la policía judicial, la cual estaba directamente bajo sus órdenes, y para ello contaban con el auxilio del Ministerio Público. A estos jueces también les correspondía imponer la sentencia,

por lo que fueron señalados por Venustiano Carranza como verdaderos inquisidores.

QUINTA.- En la Constitución de 1917 se separaron las funciones de investigación y persecución de los delitos, la cual quedó a cargo del Ministerio Público, quien se auxiliaría para ello de la policía judicial y dependería del Poder Ejecutivo, y la función relativa a la imposición de las penas que se estableció como propia y exclusiva de la autoridad judicial. Se dijo entonces, que de esta manera nuestro sistema penal se convirtió en acusatorio, al quedar la investigación de los hechos y la acusación, a cargo de un órgano distinto e independiente de aquél encargado de sentenciar.

SEXTA.- Desde 1917 hasta 1994 en que fue reformado el artículo 21 de la Carta Magna, el Ministerio Público tuvo la facultad de decidir, de manera prácticamente discrecional, si ejercía o no acción penal, no obstante que se encontraran satisfechos los requisitos para proceder penalmente, ello debido a que la jurisprudencia de la Suprema Corte y una corriente de la doctrina acuñaron la frase de que esa institución tenía el monopolio de la acción penal y que por tanto, sólo a él correspondía determinar si ejercía o no ese derecho, sin que sus determinaciones pudieran ser revisadas judicialmente, pues se consideraba que con ello se invadían sus funciones exclusivas.

SÉPTIMA.- Debido a la falta de control de sus determinaciones, la institución ministerial se corrompió y fue perdiendo credibilidad, al tiempo que diversos tratadistas pugnaron por que se terminara con esa discrecionalidad. De este modo, fue ganando adeptos la idea de que el ejercicio de la acción penal no era un derecho, sino una obligación de la Representación Social, siempre que se

encontraran reunidos los requisitos que para ello marca el artículo 16 Constitucional.

OCTAVA.- Actualmente se reconocen como características sobresalientes de la acción penal, la de ser obligatoria, ya que se rige por el principio de legalidad, es decir, que debe ejercerse cuando haya denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito y existan pruebas con las que se acredite el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado; así como la de irrevocabilidad, que consiste en que una vez ejercida la acción penal, el Ministerio Público no puede retractarse de ella porque no se trata de un derecho propio, sino que únicamente tiene a su cargo activarla para que el órgano jurisdiccional decida si en el caso concreto se actualiza el derecho punitivo e imponga las penas correspondientes cuando la acusación es fundada.

NOVENA.- El desistimiento de la acción, es una figura procesal que no tiene sustento teórico o doctrinal alguno en el proceso penal, pues debe fundarse en la disponibilidad del derecho sustantivo que se hace valer a través de la acción, y si en materia penal el derecho que se invoca al ejercer la acción es el *ius puniendi* o derecho del Estado para sancionar los delitos, éste no le pertenece al Ministerio Público, sino al Estado a través de los jueces penales, de ahí que aquel no pueda disponer del mismo, por tanto, no debe permitirse el desistimiento bajo ninguna forma. Además, ello implicaría otorgarle al Representante Social una facultad discrecional que no tiene ni antes, ni después de ejercer la acción.

DÉCIMA.- La ley y la doctrina establecen como mecanismos adecuados para concluir con un proceso penal, sin necesidad de llegar a sentencia, las causas excluyentes del delito y las extintivas de la pretensión punitiva, las cuales son figuras de orden público que se pueden hacer valer en cualquier estado del

proceso, ya sea de manera oficiosa por el juez o a petición de parte, incluido el Ministerio Público, pues se considera como una institución de buena fe y también por ello la ley lo faculta para solicitar la libertad del procesado, en caso de que lo considere procedente.

DÉCIMA PRIMERA.- Resulta totalmente inapropiado estimar que el Ministerio Público presenta acusación o no acusa, hasta que elabora sus conclusiones, ya que la acusación se formula desde que se ejerce acción penal, pues en ese momento afirma que se encuentra acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, y el proceso consistirá precisamente, en determinar si la acusación es fundada. Por ello no es correcto que ante la presentación de las llamadas conclusiones "no acusatorias", el juez deba sobreseer el proceso, porque es falso que en ese caso no exista acusación.

DÉCIMA SEGUNDA.- De acuerdo con el artículo 21 Constitucional, así como 1° del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, a los tribunales penales les corresponde de manera exclusiva, declarar cuando un hecho ejecutado en el Distrito Federal es o no delito, la responsabilidad o no responsabilidad de las personas acusadas de su comisión, así como imponer las penas y medidas de seguridad que la ley prevé; de manera que de no ejercerse acción penal, y al no ser revisada esa determinación por la autoridad judicial, el Ministerio Público está usurpando una función que le corresponde exclusivamente a los jueces penales, y con ello, emite *de facto* una absolución para el inculpaado.

DÉCIMA TERCERA.- El establecimiento del Juicio de Amparo como medio de control jurisdiccional sobre las resoluciones ministeriales en las que se decreta no ejercer acción penal, no es el adecuado para el fin que se propuso en la exposición de motivos de la reforma al artículo 21 constitucional, por la cual se

establece la posibilidad de impugnar tales determinaciones, consistente en que "No debe tolerarse que por el comportamiento negligente, y menos aún por actos de corrupción, quede ningún delito sin ser perseguido", ya que a través de la instancia constitucional no se revisan todas las decisiones ministeriales de ese tipo, sino únicamente las que son impugnadas por algún particular.

DÉCIMA CUARTA.- Cuando la sentencia que se dicte en el juicio de amparo que se promueve contra el no ejercicio de la acción penal, sea en el sentido de obligar al órgano acusador a ejercer acción penal, se le deberá notificar de ello al indiciado, ya que se le considera tercero perjudicado en ese juicio, lo que implica darle la oportunidad de que se sustraiga a la acción de la justicia.

DÉCIMA QUINTA.- Se debe establecer un mecanismo para que la autoridad judicial oficiosamente revise todas las resoluciones ministeriales en las que se decreta el no ejercicio de la acción penal, a efecto de devolverle a los jueces penales la facultad exclusiva que tienen de decir el derecho en esta materia, verificar la legalidad de esas determinaciones y evitar la posible impunidad que pudiera derivarse de las mismas. Con ello se protegerían no sólo los intereses del ofendido cuando este es una persona determinada, sino de la sociedad en general, y además se acabaría la discrecionalidad con la que actúan en muchos casos las Procuradurías de Justicia.

PROPUESTA

En el capítulo cuarto del presente trabajo, señalamos los inconvenientes que a nuestro parecer presenta el Juicio de Amparo, como medio de control jurisdiccional de las decisiones ministeriales de no ejercer acción penal, con base en esas observaciones y fundamentando además nuestra postura en el contenido de los artículos 21 Constitucional y 1° del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de los que se advierte que a los tribunales penales les corresponde determinar cuando un hecho ejecutado en el Distrito Federal constituye o no delito, la responsabilidad o no responsabilidad de las personas acusadas de su comisión, así como en su caso, imponer las penas y medidas de seguridad que la ley establece, consideramos pertinente elaborar la presente propuesta.

Estimamos que el mecanismo adecuado de control de las resoluciones ministeriales en las que se decreta no ejercer acción penal, lo constituye la revisión que de oficio deban realizar los tribunales penales.

Decimos que debe ser de oficio, porque como lo señalamos ampliamente, cualquier medio de impugnación que se establezca (llámese recurso, juicio u otro), indispensablemente requiere del impulso procesal de la parte que estima afectados sus intereses, lo que limitaría esa revisión a los casos en que se promueva ese medio impugnativo, pero quedarían sin ser revisados, como actualmente ocurre, todos aquellos expedientes relativos a delitos en que el ofendido es la sociedad en general, ante la falta de interés y legitimación de una persona determinada que lo promueva.

Así también, si la revisión de la legalidad de las referidas resoluciones se deja a voluntad de un particular, con ello se está legitimando la oportunidad para que el Ministerio Público actúe discrecionalmente, lo que según dijimos, es

contrario a los principios que rigen la acción penal, ya que su ejercicio es obligatorio cuando se cumplen los requisitos señalados por la ley.

En todo caso, el único supuesto en que carece de justificación revisar la indagatoria, sería aquel en el que la parte ofendida haya otorgado el perdón, pues en ellos, se les otorga a los querellantes el poder de disponer del proceso.

Ahora bien, una vez que señalamos la razón por la que consideramos debe de ser de oficio su conocimiento, y que expusimos los motivos por los que sostenemos que corresponde a los órganos jurisdiccionales penales llevar a cabo esa revisión, en nuestro concepto resulta conveniente que tal facultad recaiga sobre los tribunales de alzada, es decir, sobre las Salas Penales.

Para lograr que esa revisión judicial de la averiguación previa cumpla de manera efectiva con el propósito que se persigue, esto es, devolver a los tribunales penales la facultad para decir el derecho en esta materia, garantizar la legalidad de las determinaciones ministeriales, evitar impunidad cuando existen elementos suficientes para consignar, y en consecuencia, ordenar que se ejerza acción penal cuando proceda; consideramos que en tal revisión los Magistrados deben contar con amplias facultades para ordenar el desahogo de pruebas, clasificar adecuadamente el delito y ordenar el ejercicio de la acción penal si es conducente, pues de otra manera, se trataría de una función que daría resultados limitados.

Descartamos que sea un juez penal el que realice esta función, porque si este considera procedente que se ejerza acción penal y por razón de turno le corresponde al mismo juzgador conocer de esa indagatoria al momento que se consigne, se correría el grave riesgo de convertir el proceso en inquisitorio, al ser la misma autoridad la que ordene instaurar la acusación y la que sentencie al acusado, situación que no garantiza la imparcialidad del juzgador y que además

ya fue superada en nuestro país, con la desaparición de los llamados jueces de instrucción.

Otro motivo por el que consideramos inconveniente que sea un juez el que revise, aun cuando este se encuentre impedido para conocer del proceso, es porque no existe razón legal para que su pronunciamiento sobre la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, obligue al juez ante quien se consigne la indagatoria, a compartir su criterio, y si este tiene una opinión en contrario, válidamente puede negar la orden de aprehensión o de comparecencia que se le solicite, haciendo por ende inútil el procedimiento de revisión, al igual que en la actualidad puede ocurrir con el juicio de amparo.

En efecto, cuando indicamos nuestros motivos de crítica al juicio de garantías, dejamos claro que, por lo menos legalmente, la resolución del juzgador de amparo no obliga al juez penal a librar la orden, y si así ocurre tratándose de un órgano de control constitucional, menos aún puede obligar al juez del conocimiento la resolución de una autoridad común que tiene el mismo nivel jerárquico.

Para salvar este obstáculo, proponemos que la resolución que en su caso emita la Sala ordenando al Ministerio Público ejercer acción penal, tenga carácter vinculatorio para el juez ante quien se consigne la averiguación, obligándolo a librar la orden correspondiente, cual si se tratara de un recurso de apelación promovido contra la negativa a librar dicha orden, pero sin perjuicio de la facultad del juez para resolver lo que proceda al momento de dictar el auto de plazo constitucional.

Pensamos que es viable esta opción, porque la revisión se llevaría a cabo por un órgano jurisdiccional con facultades para revocar las determinaciones de los jueces, y por ello consideramos válido que la decisión de la Sala lo vincule.

El único requisito indispensable para que esta opción funcione, es que el Magistrado o Magistrados que lleven a cabo la revisión, deben estar impedidos legalmente para conocer de los recursos que se interpongan una vez hecha la consignación. De este modo se garantiza plenamente la imparcialidad del juzgador, así como el derecho de defensa del probable responsable, pues aun cuando el juez este obligado a librar la orden, es precisamente a partir de ese momento cuando el indiciado puede llevar a cabo todos los actos de defensa que procedan en contra del órgano jurisdiccional.

Por esa misma razón, pensamos que en la revisión judicial propuesta no debe dársele intervención alguna al indiciado, para evitar que ocurra lo mismo que en el juicio de amparo, es decir, que se le haga de su conocimiento que se procederá penalmente en su contra, y se favorezca con ello, al menos en muchos casos, que se evada de la justicia.

Pero es importante dejar claro que si no interviene en esa revisión el indiciado, en nada se altera su situación legal que actualmente priva respecto de su derecho de defensa, ya que por regla general inicia a ejercerlo ante el órgano jurisdiccional cuando se cumple la orden respectiva.

Por otra parte, si se le dan facultades amplias al órgano revisor para ordenar al Ministerio Público la práctica de diligencias que considere procedentes a fin de acreditar el delito que a su juicio se cometió, con ello se hace innecesaria (sin que por ello deba impedirse) la intervención del ofendido, pues la autoridad estará actuando de oficio, situación que lejos de perjudicarlo, le beneficia, ya que no será necesario que promueva recursos o juicios para hacer efectivos sus derechos.

De esta manera consideramos que puede cumplirse con el objetivo que se planteó al reformarse el artículo 21 constitucional.

BIBLIOGRAFIA

ARILLA BAS Fernando. El Procedimiento Penal en México. 19ª ed. Editorial. Porrúa. México, 1999.

BARRAGÁN SALVATIERRA Carlos. Derecho Procesal Penal. Editorial McGraw-Hill. México, 1999.

CASTELLANOS TENA Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 30ª ed. Editorial Porrúa S.A. México, 1991.

CASTILLO SOBERANES Miguel Ángel. El Monopolio del Ejercicio de la Acción Penal del Ministerio Público en México. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1992.

CASTRO Juventino V. El Ministerio Público en México. Funciones y Disfunciones. 10ª ed. Editorial Porrúa. México, 1998.

COLÍN SANCHEZ Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 17ª ed. Editorial Porrúa. México, 1998.

CRUZ AGÜERO Leopoldo de la. Procedimiento Penal Mexicano. 3ª ed. Editorial Porrúa. México, 1998.

DÍAZ DE LEÓN Marco Antonio. Teoría de la Acción Penal. Ensayo Sobre una Teoría General de la Acción. Librería de Manuel Porrúa S.A. México, 1974.

FLORIÁN Eugenio. Elementos de Derecho Procesal Penal. Traducción de L. Prieto Castro. 2ª ed. Editorial Bosch S.A. España, 1931.

FRANCO SODI Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano. 3ª ed. Editorial Porrúa S.A. México, 1946.

GARCÍA RAMÍREZ Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. 5ª ed. Editorial Porrúa S.A. México, 1989.

GARCÍA RAMÍREZ Sergio. La Imputabilidad en el Derecho Penal Mexicano. 2ª ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1981.

GARCÍA RAMÍREZ Sergio. Poder Judicial y Ministerio Público. 2ª ed. Editorial Porrúa. México, 1997.

GARCÍA RAMÍREZ Sergio. Temas y Problemas de Justicia Penal. Editorial Seminario de Cultura Mexicana. México, 1996.

GONZÁLEZ BUSTAMANTE Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. 6ª ed. Editorial Porrúa S.A. México, 1975.

GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS Raúl. La Teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal. Pereznieto Editores. México, 1995.

GUERRERO VIVANCO Walter. Derecho Procesal Penal. Tomo II. La Acción Penal. Editorial Universitaria. Ecuador, 1978.

HERNÁNDEZ PLIEGO Julio Antonio. El Proceso Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México, 2002.

LEONE Giovanni. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I. Doctrinas Generales. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Argentina, 1961.

MATOS ESCOBEDO Rafael. El Juicio de Amparo Contra la Indebida Inercia del Ministerio Público. Comisión Nacional de Derechos Humanos. Serie Folletos, número 16. México, 1991.

ORONOS SANTANA Carlos M. Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial Limusa S.A. de C.V. México, 1997.

OVALLE FAVELA José. Teoría General del Proceso. 5ª ed. Editorial Oxford University Press. México, 2001.

PALLARES Eduardo. Prontuario de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa. México, 1961.

PIÑA Y PALACIOS Javier. Derecho Procesal Penal. Talleres Gráficos de la Penitenciaría del Distrito Federal. México, 1948.

ROXÍN Claus, *et al.* Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal. Traducción de Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer. Editorial Ariel S.A. España, 1989.

SILVA SILVA Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. Editorial Harla. México, 1990.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. No Ejercicio de la Acción Penal. Serie Debates Pleno. México, 1999.

DICCIONARIOS

DICCIONARIO DE DERECHO. De Pina Rafael y De Pina Vara Rafael. 26ª ed. Editorial Porrúa. México, 1998.

NUEVO DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Cuatro Tomos. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial Porrúa-UNAM. México, 1998.

HEMEROGRAFIA

DIARIO "REFORMA". Proponen Reformas a Sistema de Justicia. Ven Necesaria Autonomía del MP. Víctor Fuentes. México, D.F. 7 de mayo de 2003. Sección Nacional. p. 3A.

REVISTA "EL MUNDO DEL ABOGADO". Lo Que Debe Hacer el Próximo Presidente de México en Materia Penal. Documento Elaborado por la Academia Mexicana de Ciencias Penales A.C. Año 3, número 16. México, agosto 2000.

REVISTA "TEPANTLATO". ¿Debe Suplirse la Deficiencia de la Queja a Favor del Ofendido o Víctima del Delito, Cuando Este es el Quejoso en el Juicio de Amparo? Magistrado Miguel Ángel Aguilar López. Publicación mensual. Época 2, número 14. México. Nota: No se menciona la fecha de publicación de la revista. El artículo esta fechado en septiembre de 2001.

LEGISLACION

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL. Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V. México, 2003.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Editorial Sista S.A. de C.V. México, 2001.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Editorial Sista S.A. de C.V. México, 2001.

ESTATUTO DE GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL. 19ª ed. Editorial Porrúa. México, 2000.

LEY DE AMPARO. Editorial Sista S.A. de C.V. México, 2001.

LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. Ediciones Delma. México, 2001.

LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEL DISTRITO FEDERAL. 19ª ed. Editorial Porrúa. México, 2000.

LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL. Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V. México, 2003.

LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. Editorial Sista S.A. de C.V. México, 2001.

NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V. México, 2003.

REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL. Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V. México, 2003.

JURISPRUDENCIA

DISCO ÓPTICO "IUS 2002". Jurisprudencia y Tesis Aisladas de junio 1917-abril 2002. Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación.