



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

---

FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL

DESMONOPOLIZACIÓN DE LA FACULTAD DE EJERCER LA  
ACCIÓN PENAL EN LOS FUEROS FEDERAL, COMÚN Y MILITAR

## T E S I S

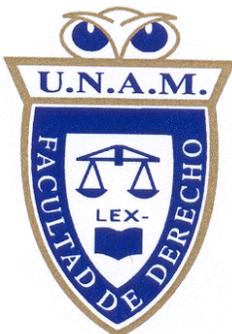
PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO

## P R E S E N T A:

### ANDRÉS ISMAEL HEREDIA DUARTE

ASESOR Y DIRECTOR: LICENCIADO MARIO GUILLERMO FROMOW GARCÍA

CIUDAD UNIVERSITARIA JUNIO DEL 2006





Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

## **DEDICATORIAS Y AGRADECIMIENTOS.**

**Con gratitud y amor a Dios Padre, Jesús Cristo y a San Judas Tadeo, por haberme permitido vivir en éste tiempo, conocer a mí familia y mantenernos unidos.**

**A mis papás, Andrés Heredia Magaña y Ofelia Duarte Alcántara, con amor y ternura, por legarme los valores con los que he crecido; por ser mis guías de la vida; palabras me faltan para decir lo mucho que los quiero, así que sólo les diré, que los amo con todo mí corazón.**

**A ti, Laura Merino Sánchez, mi linda novia, por tu cariño, por tu amor y dedicación hacia mí, por ser mi apoyo incondicional en todo momento, gracias amor mío.**

**Con cariño a Carlos Cañada Anzures y a Josefina Ontiveros Macedo, por su ayuda en momentos arduos de mi vida, a ustedes, muchas gracias.**

**Con gratitud a las señoritas Irma Resendis y Carmen Resendis, por su valiosa y generosa colaboración hacia mi vida profesional.**

**Con mucho cariño y afecto, a la señorita Olaya Nava Nava, por su inestimable colaboración, en la realización de un sueño, gracias.**

**A los Licenciados Roberto Carlos Almeida y Fausto Ledesma Rocher, por depositar en mí su confianza, a ustedes, con respeto y admiración, otorgo mi más sincero reconocimiento.**

**A mi amada *UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO*, te doy gracias por permitirme haberte conocido; por brindarme la oportunidad de adquirir la rectitud con la que me he de conducir toda la vida.**

**A mi hermosa y querida *FACULTAD DE DERECHO*, ha esta gran Institución, agradezco, el permitirme estudiar en tus lindas aulas, conocer y aprender de los mejores catedráticos del derecho, que ésta nación puede tener, por esto y más, gracias.**

**Con respeto, reconocimiento y admiración, a mi Maestro Mario Guillermo Fromow García, a usted maestro agradezco de todo corazón el brindarme orientación en la realización de ésta investigación recepcional, por compartir sus conocimientos, reflexiones y experiencias conmigo, por su amistad, muchas gracias.**

**A mi maestro, José Alejandro Santiago Jiménez, doy gracias por enseñarme a trabajar en equipo, por apacentarme en cuestiones de la vida y por su sincera amistad.**

**Al maestro Rafael B. Castillo Ruiz, agradezco el haberme enseñado el arte de la hermenéutica, la ortoepía y la ortología; a él, reconozco su incansable labor en la enseñanza a los alumnos de estos valiosos conocimientos.**

**A los profesores de la Facultad de Derecho, por transmitir sus bastos conocimientos, a ellos agradezco su labor como formadores de futuros abogados.**

**A los maestros que colocaron un granito de arena en mí, desde la guardería hasta la Facultad, a ellos, muchas gracias.**

**A mis amigos, Víctor Reyes Marván, Miguel Cruz, Víctor Bandala, José Luis Arredondo, Luis Alberto Monroy, Adrián y a Gaby, a ustedes que formaron equipo en Servi Express Automotriz, reconozco de todo corazón la ayuda que me ofrecieron, sé que sin ustedes, la realización de éste sueño hubiese tardado un poco más, gracias mis queridos amigos.**

**A ti, Miguel Omar Méndez López, amigo incondicional, congratulo de todo corazón tu generosa e invaluable colaboración en mi trayectoria estudiantil, muchas gracias.**

**A mis amigos Félix Joan Arriaga Jiménez y a Brendy Uribe Calderon, a ustedes agradezco el enseñarme a desenvolverme en la vida práctica del derecho.**

**A mis amigos, Karina Meza Villar, Jorge Martínez Pérez y a Sinué Feria Zárate, a ustedes agradezco su apoyo en momentos difíciles de mi vida.**

# DESMONOPOLIZACIÓN DE LA FACULTAD DE EJERCER LA ACCIÓN PENAL EN LOS FUEROS FEDERAL, COMÚN Y MILITAR

## ÍNDICE

	Pags.
<b>Introducción</b>	
<b>CAPÍTULO 1 GENERALIDADES DE LA ACCIÓN PENAL</b>	
1.1. La acción penal .....	1
1.1.1. Naturaleza Jurídica .....	1
1.2. Origen de la acción penal .....	3
1.2.1. Acusación privada .....	4
1.2.2. Acusación popular .....	5
1.2.3. Acusación estatal .....	6
1.3. Características de la acción penal .....	10
1.4. La acción penal en el derecho romano .....	16
1.4.1. La costumbre antehistórica .....	16
1.4.2. Formulación y reducción a escritura de las leyes .....	16
1.4.3. Ley de las doce tablas .....	17
1.4.4. Posteriores disposiciones especiales .....	18
1.4.5. Leyes julias relativas a los juicios .....	18
1.4.6. Estancamiento de la legislación desde Tiberio hasta Dioclésiano.....	19
1.4.7. Legislación de los tiempos posteriores .....	20
1.4.8. Las partes y la asistencia jurídica en el procedimiento acusatorio .....	21
1.4.8.1. El acusador como representante de la comunidad .....	21
1.4.8.2. Procedimiento acusatorio en interés propio del acusador .....	23
1.4.8.3. Motivos generales para no reconocer el derecho de acusar .....	23
1.4.8.4. Resolución del magistrado acerca del derecho de acusar .....	26
1.4.8.5. Concurrencia de acusadores; regulación de la misma por el magistrado .....	26
1.4.8.6. Exclusión de la representación en el procedimiento penal .....	27
1.4.8.7. Al acusador no se le permitía servirse de procuradores ni abogados .	27
1.4.8.8. La asistencia jurídica en la defensa .....	28
1.4.9. Obstáculos al ejercicio de la acción penal .....	29
1.4.9.1. Extinción de la acción penal (abolitio) .....	30
1.5. La acción penal en el Derecho Anglosajón .....	32
1.6. Definición de la acción penal .....	41
1.6.1. Definición doctrinaria de la acción penal .....	41
1.6.2. Definición legal de la acción penal .....	45
1.6.3. Nuestra acepción de la acción penal .....	46
1.7. La averiguación previa .....	46
1.7.1. La averiguación previa en el derecho romano .....	46
1.7.1.1. El comienzo de la acusación .....	46
1.7.1.2. Juramento de calumnia .....	49
1.7.1.3. Intervención del acusado: In ius vocatio, sacramentum, interrogatio lege .....	49
1.7.1.4. Consecuencias del momento en que quedaba establecida la acusación .....	52
1.7.1.5. Plazo para interponer la acusación .....	53
1.7.1.6. Litiscontestación criminal .....	54
1.7.1.7. Regulación por el magistrado de la instrucción preparatoria llevada a cabo por el acusador .....	54
1.7.1.8. Fijación del día para la vista .....	55
1.7.1.9. Juramento de los jurados .....	56
1.7.1.10. Señalamiento de un nuevo día .....	56
1.7.1.11. Orden en que se conocía de las causas .....	57
1.7.2. La averiguación previa en el derecho anglosajón .....	57

1.7.2.1. Los tribunales de justicia anglosajones .....	60
1.8. Definición de averiguación previa .....	65
1.8.1. Definición doctrinaria de averiguación previa .....	65
1.8.2. Nuestro concepto de averiguación previa .....	68
1.8.3. Definición legal de averiguación previa .....	69

## **CAPÍTULO 2 REGLAMENTACIÓN DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL EN LOS FUEROS FEDERAL, COMÚN Y MILITAR**

2.1. La Acción penal .....	74
2.1.1. El monopolio de la acción penal .....	74
2.2. Etapas procedimentales de la acción penal .....	92
2.3. Los fines de la acción penal en la investigación .....	94
2.4. La acción penal en la consignación .....	100
2.4.1. Consignación sin detenido con pedimento de orden de aprehensión .....	103
2.4.1.1. Diferencia entre orden de aprehensión y orden de comparecencia ....	103
2.4.1.2. Presupuestos generales de la acción penal .....	104
2.4.2. Consignación con detenido. Flagrante delito y casos urgentes. La cuasiflagrancia .....	112
2.5. La acción penal en la persecución .....	117
2.5.1. Auto de radicación con detenido .....	120
2.5.2. Auto de radicación sin detenido .....	121
2.5.2.1. Requisitos constitucionales para obsequiar la orden de aprehensión en las consignaciones sin detenido .....	122
2.5.2.2. Ejecución de la orden de aprehensión .....	123
2.5.3. Declaración preparatoria. Emplazamiento .....	124
2.5.3.1. Resoluciones sobre la situación jurídica del imputado dentro del término constitucional .....	130
2.5.3.2. Auto de libertad por falta de elementos para procesar. Efectos .....	130
2.5.3.3. Autos de formal procesamiento .....	131
2.5.3.3.1. Auto de formal prisión .....	131
2.5.3.3.2. Auto de sujeción a proceso .....	133
2.5.3.4. Elementos de los autos de formal procesamiento .....	133
2.5.4. Admisión de pruebas .....	134
2.5.4.1. Desahogo de pruebas .....	134
2.5.5. Juicio sumario federal y su trámite .....	135
2.5.6. Juicio sumario en el orden común y su tramitación .....	137
2.5.7. Tramitación del proceso ordinario federal .....	139
2.5.8. Juicio ordinario en el orden común .....	140
2.5.9. Tramitación de los juicios ante Juez Militar, Consejo de Guerra Ordinario y Consejo de Guerra Extraordinario .....	141
2.5.9.1. Juicio ante Juez Militar .....	141
2.5.9.2. Juicio ante Consejo de Guerra Ordinario .....	142
2.5.9.3. Juicio ante Consejo de Guerra Extraordinario .....	156
2.6. La acción penal en la acusación .....	161
2.6.1. Clasificación de las conclusiones .....	161
2.6.2. Conclusiones del Ministerio Público .....	161
2.6.2.1. Conclusiones del Ministerio Público provisionales .....	163
2.6.2.2. Conclusiones del Ministerio Público definitivas .....	164
2.6.3. Las conclusiones de la defensa .....	165
2.6.4. Omisión de conclusiones .....	165
2.6.5. La audiencia de vista del proceso .....	166
2.7. La acción penal en la apelación .....	166
2.7.1. Resoluciones apelables .....	167
2.7.2. Quiénes pueden apelar .....	168
2.7.3. Interposición y admisión del recurso de apelación .....	169
2.7.4. Tramitación legal del recurso de apelación .....	170
2.7.5. Suplencia y ausencia de los agravios del procesado o sentenciado .....	171
2.7.6. Resolución y efectos de la apelación .....	174
2.8. La acción penal en la ejecución de sentencia .....	178
2.8.1. Bases constitucionales del procedimiento de ejecución de las penas	

privativas de libertad .....	179
2.8.2. Fuentes legales del procedimiento de ejecución .....	180
2.9. Averiguación previa .....	183
2.9.1. Requisitos de procedibilidad en los fueros federal, común y militar .....	183
2.9.1.1. La denuncia .....	183
2.9.1.2. La querrela .....	185
2.9.1.3. La autorización .....	187
2.9.1.4. La declaratoria de perjuicios .....	191
2.9.1.5. La declaratoria de procedencia .....	191
2.10. El no ejercicio de la acción penal .....	192
2.10.1. El no ejercicio de la acción penal en sus especies provisional y definitiva .....	192
2.11. El desistimiento de la acción penal .....	195
2.12. La extinción de la acción penal .....	196
2.12.1. La extinción de la acción penal por muerte del inculcado .....	196
2.12.2. La extinción de la acción penal por amnistía .....	197
2.12.3. La extinción de la acción penal por prescripción .....	199
2.12.4. La extinción de la acción penal por resolución judicial irrevocable .....	208

### **CAPÍTULO 3 LA ACCIÓN PENAL EN EL DERECHO COMPARADO**

3.1. La acción penal en la legislación Argentina .....	210
3.1.1. Concepto de acción penal en la legislación Argentina .....	210
3.1.2. Tipos de acciones que nacen del delito .....	213
3.1.2.1. Acción pública .....	213
3.1.2.2. Acción dependiente de instancia privada .....	213
3.1.2.3. Acción privada .....	213
3.1.2.4. Acciones que se ejercen en un proceso penal .....	213
3.1.3. Formas de manifestar y ejercer la acción penal .....	214
3.1.3.1. Presupuestos para que proceda la acción penal .....	214
3.1.4. Iniciación y ejercicio de las acciones .....	215
3.1.4.1. Competencia del juez de instrucción .....	216
3.1.4.2. El Ministerio Fiscal .....	216
3.1.5. La acción fiscal .....	221
3.1.6. El Ministerio Público Fiscal como parte en el proceso penal .....	223
3.2. La acción penal en la legislación Alemana .....	224
3.2.1. La Fiscalía .....	224
3.2.1.1. La configuración de la Fiscalía .....	224
3.2.1.2. La actividad de la Fiscalía .....	225
3.2.1.3. La posición jurídica de la Fiscalía en el proceso penal .....	225
3.2.1.4. La obligación de acusar de la Fiscalía .....	226
3.2.1.5. Excepciones a la obligación de acusar por parte de la Fiscalía .....	226
3.2.2. La Policía .....	227
3.2.3. La realización del procedimiento de investigación .....	228
3.2.3.1. La tarea de investigación .....	228
3.2.3.2. La constancia del cierre .....	229
3.2.4. Conclusión del procedimiento de investigación, sobreseimiento y promoción de la acción pública .....	230
3.2.4.1. Sobreseimiento del procedimiento .....	230
3.2.4.2. Promoción de la acción pública .....	231
3.2.5. Efectos de la promoción de la acción pública .....	232
3.2.6. La acusación en particular .....	233
3.2.7. Procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública .....	234
3.2.7.1. Su estructuración en particular .....	234
3.2.8. Procedimiento jurisdiccional para compeler a la promoción de la acción pública .....	235
3.2.9. La acción privada .....	237
3.2.9.1. Delitos de acción privada .....	239
3.2.9.2. Relación con la acción pública .....	239
3.2.9.3. Legitimados para ejercer la acción privada .....	240
3.2.9.4. Promoción de la acción. Apertura del procedimiento .....	241
3.2.10. La acción adhesiva .....	242

3.2.10.1. Posición del acusador adhesivo .....	242
3.2.10.2. Admisibilidad .....	243
3.2.10.3. Procedimiento .....	243
3.2.10.4. Costas .....	244
3.3. La acción penal en la legislación Francesa .....	244
3.3.1. La acción de acusación pública .....	244
3.3.1.1. Introducción .....	244
3.3.2. El Ministerio Público .....	245
3.3.3. Características del Ministerio Público .....	246
3.3.4. Ejercicio de la acusación pública .....	247
3.3.4.1. La puesta en marcha de la acción de acusación pública .....	247
3.3.4.2. El ejercicio de la acción de acusación pública .....	249
3.4. La acción penal en la legislación Inglesa .....	251
3.4.1. El Fiscal General del Estado .....	252
3.4.2. Los delitos y el derecho penal .....	252
3.4.3. Los tribunales, los procedimientos y los delitos .....	253
3.4.4. La iniciación del proceso penal. El tribunal de magistrados .....	256
3.4.4.1. Formas de iniciar un proceso penal .....	257
3.4.5. La vista preliminar en el tribunal de magistrados .....	259
3.4.6. El procedimiento rápido en el Tribunal de Magistrados .....	261
3.4.7. Los juicios con jurado en el Tribunal de la Corona .....	263
3.4.7.1. El Jurado .....	264
3.4.7.2. La vista oral. El discurso de apertura .....	265
3.4.7.3. El discurso final. La carga de la prueba. Las eximentes .....	268

#### **CAPÍTULO 4 DESMONOPOLIZACIÓN DE LA FACULTAD DE EJERCER LA ACCIÓN PENAL EN LOS FUEROS FEDERAL, COMÚN Y MILITAR**

4.1. Necesidad de desmonopolizar la acción penal .....	270
4.2. Modificación de los artículos constitucionales y leyes adjetivas que contemplan la exclusividad de ejercer la acción penal al Ministerio Público .....	274
4.2.1. Propuesta de modificación a artículos constitucionales que contemplan la figura de la acción penal .....	274
4.2.2. Propuesta de modificación a artículos del Código Federal de Procedimientos Penales que contemplan la figura de la acción penal .....	279
4.2.3. Propuesta de modificación a artículos del Código Penal Federal que contemplan la figura de la acción penal .....	288
4.2.4. Propuesta de modificación a artículos del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que contemplan la figura de la acción penal.....	291
4.2.5. Propuesta de modificación a artículos del Código de Justicia Militar que contemplan la figura de la acción penal .....	301
4.3. Institución encargada de ejercer la acción penal .....	304
4.4. Procedimiento y término para resolver sobre el ejercicio de la acción penal o no ejercicio de la acción penal .....	311

**Conclusiones.**

**Bibliografía.**

## **Introducción**

La monografía que a continuación desarrollaremos, surge de la inquietud, de la poquísima experiencia que hemos adquirido a nivel profesional, data de los acontecimientos que nos ha ocurrido durante el año en curso ante las distintas Agencias Investigadoras del Ministerio Público en el Distrito Federal.

Debemos expresar la gran fortuna de haber estudiado en esta máxima casa de estudios, mi querida Universidad Nacional Autónoma de México, especialmente en la Facultad de Derecho, casa de formación de grandes juristas para nuestro país, tuvimos la oportunidad de cursar la licenciatura bajo la tutela de grandes profesores, como el Profesor Fromow García Mario Guillermo, de él aprendimos todo lo relativo al procedimiento penal militar, con él cursamos la materia de Derecho Militar; el Profesor Julio Antonio Hernández Pliego, él nos enseñó la materia de Derecho Procesal Penal; de ambos profesores compartimos sus experiencias, sus conocimientos y su gusto por dar clase a estas nuevas generaciones de abogados.

De uno y otro aprendimos el derecho procesal penal; durante la vida profesional que hemos llevado, nos hemos percatado que es muy difícil plasmar y desarrollar el conocimiento adquirido en las aulas de estudio; distintas son las razones, hablaremos de aquéllas que han motivado el presente trabajo de tesis.

El monopolio de ejercer la acción penal, que el Estado ha conferido a la Institución del Ministerio, se ha desbordado por completo, durante los últimos años ha tenido una especie de hipertrofia en sus funciones, un desarrollo excesivo en sus funciones, sobre todo en la cuestión penal, actúa como un órgano investigador, persecutor de delitos, acusador en el proceso penal, representante de menores e incapaces en los juicios de adopción, parte en el juicio de amparo.

Cabe mencionar que el Ministerio Público es el órgano facultado para ejercer la acción penal, pero no es el dueño de ésta, y por ende no debe ejercitar la acción penal arbitrariamente, ni caprichosamente, es un deber y una obligación al que está sujeto la Institución del Ministerio Público, ya que nuestra Carta Fundamental establece que el Ministerio Público ejercerá la acción penal siempre que se reúnan los presupuestos generales de la acción, es una obligación y un deber que le establece nuestra Constitución que deberá ejercer el Ministerio Público y excitar al órgano jurisdiccional, éste es el que debe de decidir en realidad la suerte del presunto responsable, y no el Ministerio Público, que en la actualidad realiza actos de jurisdicción, éste se toma atribuciones que invaden la jurisdicción judicial, y malamente decide la suerte del detenido durante la averiguación previa con detenido.

Debemos destacar que el Ministerio Público y sus resoluciones de no ejercicio de la acción penal o el desistimiento de ésta, antes de la reforma del artículo 21 Constitucional del 31 de Diciembre de 1994 eran inatacables, así lo sostuvo durante mucho tiempo la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la que manifestaba, la determinación de no ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público es improcedente el juicio de garantías, a continuación transcribimos jurisprudencias en las que la Suprema Corte de Justicia de la Nación afirma la idea anterior:

No. Registro: 208,106

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XV-II, Febrero de 1995

Tesis: VI.1o.69 P

Página: 183

**ACCION PENAL. SU EJERCICIO ES EXCLUSIVO DEL MINISTERIO PÚBLICO. EL AMPARO ES IMPROCEDENTE CONTRA LA NEGATIVA**

## **A EJERCITAR DICHA ACCIÓN.**

De acuerdo con el artículo 21 de la Constitución, el ejercicio de la acción persecutoria es facultad exclusiva del Ministerio Público, que representa a la sociedad. Eso obliga a excluir dicha acción del patrimonio privado, sin que obste en contrario cualquiera actitud indebida en que sobre el particular incurra el Ministerio Público, porque en todo caso, esa actitud vulneraría derechos sociales, entre los que se cuenta el de perseguir los delitos, lo que, a lo sumo, podría motivar en contra del funcionario infractor de la ley, el consiguiente juicio de responsabilidad, pero no una controversia constitucional que, de prosperar tendría como resultado que se obligara a la autoridad responsable a ejercitar la acción penal, cosa equivalente a dejar al arbitrio de los Tribunales de la Federación, la persecución de los delitos, que por disposición expresa de la Ley Suprema, queda fuera de sus atribuciones. Por consiguiente cuando algún ofendido reclama la negativa del Ministerio Público para ejercitar la acción penal, el juicio de garantías es improcedente, porque dicho acto no afecta su interés jurídico.

### **PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.**

Amparo en revisión 206/88. Hugo Porfirio Angulo Cruz. 5 de julio de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Dueñas Sarabia. Secretaria: Irma Salgado López.

Amparo en revisión 444/85. Hugo Porfirio Angulo Cruz. 14 de junio de 1985. Unanimidad de votos. Ponente: Mario Gómez Mercado. Secretario: José Ignacio Valle Oropeza.

No. Registro: 210,985

Tesis aislada

Materia(s): Común

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XIV, Julio de 1994

Tesis:

Página: 382

## **ACCIÓN PENAL, IMPROCEDENCIA DEL AMPARO TRATÁNDOSE DE LA.**

El artículo 21 de la Constitución General de la República establece que el ejercicio de la acción persecutoria es facultad exclusiva del Ministerio Público, ya que éste es el representante de la sociedad, y por ello los particulares quedan excluidos completamente de participación en la misma, por eso dicha acción no está ni puede estar comprendida en el patrimonio de éstos, no constituye un derecho privado de los mismos, ya que aun en el supuesto de que el Ministerio Público indebidamente se abstuviera de resolver sobre el ejercicio de la acción penal, tal omisión lesionaría, en último extremo, el derecho social de perseguir los delitos, lo cual podría ser materia de un juicio de responsabilidad, pero de ninguna manera de una controversia constitucional, pues en el caso de concederse el amparo sería para el efecto de que se ejercitara la acción penal, y esto equivaldría a dejar al arbitrio de los tribunales federales la persecución de los delitos en contravención al contexto del artículo 21 invocado.

### **SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.**

Amparo en revisión 89/88. Bernardo Espíndola González. 13 de abril de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Enrique Crispín Campos Ramírez.

No. Registro: 220,825

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: IX, Enero de 1992

Tesis:

Página: 198

## **MINISTERIO PÚBLICO. AMPARO IMPROCEDENTE CONTRA SU ABSTENCIÓN DE EJERCER LA ACCIÓN PENAL.**

Si bien es cierto que el Ministerio Público tiene el carácter de autoridad durante la averiguación previa, no todos sus actos son susceptibles del

control constitucional, sino sólo aquellos que violan las garantías individuales, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 103, fracción I, de la Constitución Federal y 1o., fracción I, de la Ley de Amparo, y si el artículo 21 constitucional establece que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, que es el titular exclusivo de la acción penal, necesariamente debe concluirse que ésta no constituye un derecho privado ni está comprendida en el patrimonio de los particulares y por lo tanto, que la abstención de su ejercicio por parte del órgano investigador, no puede ser violatoria de garantías individuales; siendo improcedente el amparo solicitado contra dicha determinación del fiscal, porque no afecta los intereses jurídicos del promovente ocasionándole un agravio personal y directo, presupuesto indispensable para ejercer la acción constitucional.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo en revisión 20/91. Elena Rivas Lámbley. 22 de agosto de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Alfonso Núñez Salas. Secretaria: Ana Victoria Cárdenas Muñoz.

Debido a esta facultad monopolista por parte del Ministerio Público, se llegaron a suscitar trascendentes arbitrariedades, ilegalidades por parte de esta institución hacia las víctimas de los delitos, por ende quedaba impune el delito cometido y a la vez se acrecentaba aún más la corrupción.

Con las reformas del artículo 21 Constitucional de 1994 que se publicaron en el Diario Oficial de la Federación en la que se contempló que *“Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio de y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley”*.

Como podemos ver la reforma continuó con el monopolio del Ministerio Público para ejercer la acción penal y reglamentó que las resoluciones sobre no ejercicio o desistimiento de la acción penal sean atacadas por vía jurisdiccional; como no se

reglamentó dicha vía de jurisdicción para atacar esas determinaciones, por lo tanto el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación argumentó que dicha reforma no estaba condicionada a que se reglamentara dicho medio de impugnación para que el gobernado pudiese atacar las mencionadas resoluciones, por lo tanto el negar la existencia de ése derecho constituye una violación a las garantías constitucionales, por lo tanto es procedente el juicio de amparo; transcribimos algunas tesis jurisprudenciales en los que la Corte admite la procedencia del juicio de amparo en contra de las determinaciones de no ejercicio de la acción penal:

No. Registro: 190,963

**Jurisprudencia**

Materia(s): Constitucional, Penal

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.

No. Registro: 201,626

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: IV, Agosto de 1996

Tesis: IV.1o.1 P

Página: 619

### **ACCIÓN PENAL, INEJERCICIO DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO POR DISPOSICIÓN CONSTITUCIONAL.**

Si el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado por adición, el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, al prever, entre otros supuestos, que la resolución del Ministerio Público, sobre el no ejercicio de la acción penal, podrá ser impugnada en la vía jurisdiccional, en los términos que establezca la ley; no obstante que la legislación de amparo no contempla ese supuesto de procedencia, o, aún más, esté en aparente oposición, de acuerdo con el artículo 10, ya que la constriñe sólo para la parte afectada, tratándose de la reparación del daño; permite concluir, que mientras no se disponga otra cosa expresamente, la manera ipso jure de

acatar y respetar esa nueva disposición derivada del mandato supremo, es la vía constitucional, toda vez que el artículo 114, fracción II, de la preindicada ley de la materia, señala que el amparo se pedirá ante el Juez de Distrito, contra actos que no provengan de tribunales judiciales, administrativos y del trabajo, de lo que se colige, que si el ejercicio de la acción penal no es decretado por esas autoridades, y puede implicar violación de garantías, podrá combatirse vía amparo, por ser ésta la que revisa la legalidad del proceso indagatorio de la comisión de ilícitos. Desatender la norma constitucional reformada, es inobservar los artículos 133 y 136 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo espíritu del constituyente originario se orientó a la prevalencia de los principios de supremacía e inviolabilidad de la Máxima Ley, que sustenta nuestro régimen jurídico mexicano en que la norma suprema, yace excelsa en la cúspide del derecho.

#### PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.

Improcedencia 140/96. Dieter Lorenzen Maldonado. 27 de mayo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Meza Pérez. Secretaria: María Inocencia González Díaz.

Improcedencia 143/96. Banco Internacional, S.A. 20 de mayo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Arturo Sánchez Fitta. Secretaria: Alma Rosa Torres García.

Amparo en revisión 285/95. Jesús Sandoval Calzoncit. 9 de octubre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Arturo Sánchez Fitta. Secretaria: Alma Rosa Torres García.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XII, octubre de 2000, página 5, tesis por contradicción P./J. 114/2000, de rubro "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).".

No. Registro: 201,958

Tesis aislada  
Materia(s): Penal  
Novena Época  
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta  
Tomo: III, Junio de 1996  
Tesis: I.3o.P.7 P  
Página: 759

### **ACCIÓN PENAL. PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO CONTRA EL NO EJERCICIO Y EL DESISTIMIENTO DE LA.**

Al reformarse el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, enmienda publicada en el Diario Oficial de la Federación del sábado 31 de diciembre de 1994, se agregó el siguiente innovador párrafo: "LAS RESOLUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO SOBRE EL NO EJERCICIO Y DESISTIMIENTO DE LA ACCIÓN PENAL, PODRÁN SER IMPUGNADAS POR VÍA JURISDICCIONAL EN LOS TERMINOS QUE ESTABLEZCA LA LEY." O sea, que incluidas como garantía en favor del gobernado esas determinaciones del Ministerio Público que antes eran definitivas, ahora se establece la vía jurisdiccional para demostrar la legalidad de esos actos de autoridad y, esa vía sólo puede ser el juicio de amparo, estatuido para defender las garantías individuales, siendo por ello incorrecto que el Juez de Distrito deseche por improcedente una demanda de amparo en la que señala como acto reclamado el no ejercicio de la acción penal, argumentando que no se ha determinado por la ley reglamentaria la vía jurisdiccional para impugnar esos actos del Ministerio Público, sin tomar en cuenta que la defensa de las garantías individuales tiene su ley reglamentaria que es la del juicio de amparo, siendo por ello procedente que se estudie el problema planteado, porque es una garantía individual la reforma constitucional precisada.

**TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.**

Amparo en revisión 479/95. Partido Revolucionario Institucional. 16 de noviembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Velasco

Félix. Secretario: Héctor Miranda López.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XII, octubre de 2000, página 5, tesis por contradicción P./J. 114/2000, de rubro "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).".

Ciertamente con las innovaciones que la Suprema Corte de Justicia de la Nación aportó a mitad de la década de los noventa, el derecho penal trascendió en virtud de que el querellante, denunciante, la víctima del delito o su representante puedan impugnar las resoluciones de no ejercicio o desistimiento de la acción penal.

Se ha avanzado en el campo del derecho, pero necesitamos más reformas estructurales relativas a la acción penal, no es posible que continuemos en manos de Ministerios Públicos negligentes, perezosos, corruptos, sus determinaciones sobre no ejercicio o desistimiento de la acción penal, en gran parte se ligan a actos de corruptela, por tanto debemos esforzarnos para que la acción penal no quede en manos de los funcionarios antes mencionados; precisamente de esto se trata el trabajo que a continuación desarrollaremos.

## CAPÍTULO 1

### GENERALIDADES DE LA ACCIÓN PENAL

#### 1.1. LA ACCIÓN PENAL

##### 1.1.1. Naturaleza Jurídica

Empecemos por analizar la figura de la acción penal, de acuerdo al profesor Julio Antonio Hernández Pliego, “establece que la norma constitucional encarga al Ministerio Público la persecución de los delitos, debe entenderse que los gobernados, originariamente titulares de la acción (Acción Penal) encomiendan el ejercicio de ésta, por determinación del propio Estado y de **manera exclusiva**, a dicho órgano especializado, el cual contará con el auxilio de la policía que estará bajo su mando directo. Así lo reconocen los artículos 3 del Código Federal de Procedimientos Penales y 3 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal que a la letra expresan:

Artículo 3 del Código Federal de Procedimientos Penales: La Policía Judicial Federal actuará bajo la autoridad y el mando inmediato del Ministerio Público Federal, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 3º del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal Corresponde al Ministerio Público:

I. Dirigir a la Policía Judicial en la investigación que ésta haga para comprobar el cuerpo del delito ordenándole la práctica de las diligencias que, a su juicio, estime necesarias para cumplir debidamente con su cometido, o practicando él mismo aquéllas diligencias.

Expresamos que en el ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público plantea al juez las siguientes interrogantes: ¿en el caso concreto que someto a su

conocimiento, existe delito? En caso afirmativo surgirá la otra cuestión: ¿es responsable penalmente el inculpado, por la comisión de ese delito? ”<sup>1</sup>

De acuerdo a los razonamientos esgrimidos por parte del maestro Julio Antonio Hernández Pliego, no coincidimos con las interrogantes que él plantea, ya que el Ministerio Público al momento de presentar su pliego de conclusiones no le pregunta al juez ¿existe delito?, lo que acontece es; en virtud de que actúo como representante de la sociedad, considero que de acuerdo al caso concreto que someto a su consideración, afirmamos ¡qué existe delito! Por lo tanto, el Ministerio Público al reputar positiva su aseveración, le plantea al juez la siguiente cuestión: Determine usted si de acuerdo a las investigaciones que hemos realizado, ¿es penalmente responsable el procesado, por la comisión de ese delito?

“Este es el conflicto de intereses que deberá resolver la autoridad judicial y que en un caso específico le plantea el Ministerio Público. De responder afirmativamente ambas interrogantes, el órgano jurisdiccional habrá de imponer la pena o medida de seguridad que se haya hecho acreedor el inculpado. En otro caso, deberá absolverlo de la imputación.

Existen autores que ven en los delitos para cuya persecución requiérase la **querella**, una excepción al monopolio de ejercer la acción penal que detenta el Ministerio Público, supongamos que la querella es el acto procesal que pone en movimiento el procesamiento penal y por ello, es potestativo para el ofendido por el delito, instar al órgano jurisdiccional para que se pronuncie en un caso concreto.

Sin embargo, parece que lo acertado es estimar a la querella sólo como un requisito de procedibilidad, cumplido éste, pondrá al Ministerio Público, éste sí titular de la acción penal, en condiciones de deducirla. En tal virtud, el ofendido, al momento de presentar su querella es claro que no ejercita ninguna acción. Sólo hace uso de un derecho, potestativo en su ejercicio para él.

---

<sup>1</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO. **PROGRAMA DE DERECHO PROCESAL PENAL**. 9ª Edición, Editorial Porrúa. México Distrito Federal, 2002. pp. 134 y 135

La única excepción que contempla nuestra legislación a la actuación monopolística del Ministerio Público, en cuanto al ejercicio de la acción penal, se encuentra consagrada en los artículos 108, párrafo segundo, 110 y 111 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; al autorizar a la Cámara de Diputados para acusar al Presidente de la República por traición a la patria o algún delito grave del orden común, ante la de Senadores, la cual resolverá si aplica las sanciones con base en la legislación penal correspondiente.”<sup>2</sup>

Para el maestro Eduardo López Betancourt, “la naturaleza jurídica de la acción penal se encuentra en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al determinar que el Ministerio Público es el órgano encargado de perseguir los delitos; entonces, esta institución jurídica monopoliza la acción penal, con auxilio de la policía. Por ello, entendemos que como la ciudadanía es titular original de la acción penal, la ha confiado a un órgano representante del Estado, que se encargará de ella.”<sup>3</sup>

## **1.2. Origen de la Acción Penal**

Expondremos las investigaciones de diversos autores en cuanto al surgimiento de la acción penal; y finalmente llegaremos a una conclusión de lo expuesto.

El maestro Guillermo Colín Sánchez expresa en su libro Derecho Mexicano de Procedimientos Penales respecto del tema en cuestión; “la historia, refiere que: en etapas rudimentarias, la víctima por el delito gestionaba la reparación del agravio ante el jefe de la tribu. Más tarde, al cambiar las formas de vida, se llegó a acudir a la autoridad para que administrara justicia.

Posteriormente, no sólo la víctima, también los ciudadanos le solicitaban a la autoridad el castigo de los responsables. Finalmente el Estado, en representación de la víctima ejercita la acción penal, con la finalidad de provocar la intervención

---

<sup>2</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO. **PROGRAMA DE DERECHO PROCESAL PENAL**. 9ª Edición, Editorial Porrúa. México Distrito Federal, 2002. pp. 134 y 135

<sup>3</sup> LÓPEZ BETANCOURT, EDUARDO. **DERECHO PROCESAL PENAL**. Iure editores. Estado de México, 2003. p. 94

del juez para que sustanciados los actos correspondientes a un proceso resuelva la situación planteada.”<sup>4</sup>

Por otra parte Miguel Ángel Castillo Soberanes, en su obra El Monopolio del Ejercicio de la Acción Penal del Ministerio Público en México; “hace mención que la acción penal; en el devenir histórico, ha atravesado por tres periodos: el de la acusación privada, el de la acusación popular y el de la acusación estatal.

Para poder comprender a la institución que nos ocupa (la acción penal) es imprescindible examinarla a través del desenvolvimiento histórico que han tenido estos periodos.

### **1.2.1. Acusación Privada**

En ésta etapa el individuo que llegaba a resentir el daño ejercitaba la acción penal. Fue en los tiempos de la venganza privada en que los hombres se llegaron a defender por sí mismos sus derechos-Ley del Talión-. “Tal pena cual delito” esto es lo que quiere decir la palabra “talión”, o sea “alma por alma”, ojo por ojo, mano por mano, cardenal por cardenal. Es éste el principio de la ley del talión en que se creyó que todos los problemas estaban resueltos; lo único que se debía hacer era aplicar al transgresor lo mismo que él hizo a la víctima, sin embargo, poco después comenzaron serias dificultades, no siempre se podía aplicar el principio, ya que, como nos dice Bernaldo de Quirós:

La riqueza de casos, comenzó a demostrar que no siempre era aplicable el principio del talión ya que en determinados delitos como los de lascivia, delitos contra la honestidad, dimorfismo sexual, hace completamente imposible su aplicación, de la misma manera en los delitos contra la propiedad; no siempre se le podía quitar al ladrón lo mismo que él había robado y definitivamente se consideró que únicamente la ley del talión se limitaba a los delitos contra las personas, al homicidio y a las lesiones.

---

<sup>4</sup> COLÍN SÁNCHEZ, GUILLERMO. **DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES**. 13ª Edición, Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1992. p. 252

Surgieron, no obstante, otros problemas; por ejemplo: si el trasgresor fuere tuerto y la víctima tuviese los dos ojos, y a la inversa. En Grecia, en el siglo XII a. de C., Dracón optó por imponer una pena única: la pena de muerte, para todos los delitos, fueren éstos graves o leves. Por eso fue que en su tiempo, juzgaban con las palabras, a Dracón se le considera como un dragón, y por ello es que hoy en día a una ley excesiva se le conoce como draconiana. Hubo periodos en que se prescindió de la Ley del Talión; pero un siglo después Solón la volvió a restablecer al resolver el problema del tuerto, no con arreglo a la letra de la ley, sino de acuerdo con su espíritu, porque, conforme a la ley, si el que había salvado el único ojo que le quedara al tuerto, a él no podían quitarle más que uno, aunque tuviese dos; pero con arreglo al espíritu había que dejarlo ciego.

En Roma volvió a aparecer la Ley del Talión, pero con un sentido más jurídico, propio del pueblo romano: "*si membrum rupit ni cu meo pacit, talio*" (si alguno rompe un miembro a otro y no se arregla con él, hágase con él otro tanto); con esto, la fórmula quedó subordinada a la composición de las partes.

### **1.2.2. Acusación Popular**

A través de esta figura, los ciudadanos tuvieron en sus manos el ejercicio de la acción, pues no sólo la víctima, sino también los ciudadanos, solicitaban a la autoridad la represión del delito.

Se pensó que los delitos engendraban un mal a la sociedad, por lo que los ciudadanos, fueran o no víctimas, eran los encargados de ejercer la acción.

Esta figura tiene su origen en Roma, en la época de las delaciones (Del latín *Delatio*, que significa acusación, denuncia). Se nombraba a un ciudadano para que éste llevara ante el tribunal del pueblo la voz de la acusación; como ejemplo de ello citamos a Cicerón, quien tuvo a su cargo el ejercicio de la acción penal, en representación de los ciudadanos; en Grecia existieron los *temosteti*, que tenían el

deber de denunciar los delitos ante el Senado, y, durante la Edad Media, a los señores feudales, quienes ejercitaban dicha acción.

Al abandonarse la idea de que fuese la víctima por el delito el encargado de acusar, y al poner en manos de un ciudadano independiente el ejercicio de la acción, se introdujo una reforma sustancial en el procedimiento, en el que, un tercero despojado de las ideas de venganza y de pasión que insensiblemente lleva el ofendido al proceso, persiguiese al responsable y procurase su castigo o el reconocimiento de su inocencia, como un noble tributo de justicia social.

### **1.2.3. Acusación Estatal**

En ésta, son los órganos del Estado los que ejercitan la acción al cometerse un delito, y el Estado es el que debe reprimirlos, y así velar por el interés general. Es este sistema tiene intervención el Estado por medio del Ministerio Público, que tiene el deber de ejercitar la acción penal siempre que se hayan reunido los requisitos indispensables para ello; así, al momento de presentarse un hecho con las características de delito, es el Estado el que debe velar por el orden público mediante órganos predispuestos para ello: Ministerio Público y el Juez.”<sup>5</sup>

Ahora expondremos como surge la acción penal de acuerdo al maestro Julio Antonio Hernández Pliego. Para él; “la acción penal surge con tres tipos de procesamientos, el acusatorio, el inquisitivo, y el mixto.

De manera uniforme se admite que ninguno de ellos se muestra totalmente puro, pues siempre se permea en uno, alguna o algunas de las características que normalmente de atribuyen al otro sistema, no obstante lo cual, el número predominante de los pertenecientes a uno u otro, es lo que permite conocer su perfil característico y por ello, asimilarlo al correspondiente sistema.

---

<sup>5</sup> CASTILLO SOBERANES, MIGUEL ÁNGEL. **EL MONOPOLIO DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL DEL MINISTERIO PÚBLICO EN MÉXICO**. UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas) México Distrito Federal 1992. pp. 40-43

Históricamente se ha identificado cada uno de los sistemas de enjuiciamiento, con las características que corresponden al régimen de gobierno del país en que se aplican, de modo que en términos generales, en los países gobernados democráticamente, es el sistema acusatorio el que regula las formas de procesamiento, el sistema inquisitivo se reserva para los gobiernos de regímenes dictatoriales o totalitarios, en los que se anteponen a las garantías y a los derechos del individuo, los preferentes intereses sociales, y así postergar, de esta forma, la aplicación de la ley en aras de las razones de Estado.

A) Se afirma que el **sistema de procesamiento acusatorio**, encuentra sus orígenes en Grecia y en la República Romana. A la fecha, con algunos signos de identificación propios, se aplica en Inglaterra y en los Estados Unidos de América.

Reconoce como principales características las siguientes:

1. Se encuentran diferenciados perfectamente los órganos de juzgamiento, acusación y defensa, por los que las funciones respectivas, están encomendadas a órganos diferentes, que las realizan de modo independiente. Esta separación de las funciones integradoras del triángulo procesal, permite formar un proceso de partes, garantizar mayor objetividad e imparcialidad en el juzgamiento.

En sus orígenes, como en la actualidad, la facultad de decisión la ha ejercido un órgano del Estado, sin embargo, inicialmente, el órgano jurisdiccional no podía abrir el juicio *ex officio* (oficiosamente), pues necesitaba de la acusación privada previa, es decir, del impulso del afectado por el delito o del de sus familiares. Más tarde se admitió la intervención de cualquier ciudadano como denunciante, lo que permitió establecer la distinción entre los delitos privados y públicos.

En la actualidad, confiado el ejercicio de la acción penal en exclusiva, a un órgano del Estado, el juez no puede iniciar el proceso sin que esa acción sea previamente deducida ante él.

2. En el sistema acusatorio, rigen los principios, de **oralidad, publicidad y concentración de los actos procesales**, lo que significa que el enjuiciamiento es tramitado verbalmente, y sólo lo esencial se documenta por escrito. Las diligencias en que se realizan los actos del procesamiento, pueden ser presenciadas por cualquier persona y se propende a realizar la totalidad del procesamiento en una sola audiencia, en la que se desahogan las pruebas, se reciben alegatos de las partes y se pronuncia la sentencia.

Se identifica también este sistema, con las peculiaridades siguientes: la igualdad procesal de las partes, que da equilibrio a la causa, la inapelabilidad de la sentencia; el estatismo del juez, que no está facultado para buscar pruebas, queda sujeto a la actividad de las partes; la existencia de un juez que sólo se ocupa de instruir la causa, y otro u otros de dar el veredicto; el predominio del interés particular sobre el social, al estimarse que el delito primordialmente ofende a aquél; la figura del inculpado como sujeto y no objeto del procesamiento; y, la libertad del encausado durante el enjuiciamiento.

B) En el **sistema inquisitivo**, campean los principios opuestos al acusatorio, y la Roma Imperial así como la baja Edad Media, dan testimonio fiel de su acuñación, el derecho canónico como su mejor representativo, y la amplia vigencia que tuvo en Francia, terminó con la entronización de las ideas liberales y democráticas, que enarboló la revolución de ese país.

Caracterizan a este sistema:

- I. La fusión en un solo órgano, de las funciones de acusación, defensa y juzgamiento;
- II. El secreto en las actuaciones;
- III. La escritura como principio predominante, y
- IV. La continuidad o práctica de sucesivas audiencias en las que se realizan los actos procesales;
- V. La restricción en la prueba, y el valor de ella tasado en la ley;

- VI. La prisión preventiva del inculpado;
- VII. El desequilibrio entre las partes;
- VIII. La existencia de múltiples medios impugnativos;
- IX. La actividad jurisdiccional representada por el juzgador que busca los materiales de prueba;
- X. El interés particular subordinado al social, y
- XI. La figura del procesado sólo como un objeto de juzgamiento.

Éstos son los signos predominantes de la inquisición.

C) Por su parte, el **sistema de procesamiento penal mixto**, encuentra justificación en la deontología (Del griego *deon-ontos*, el deber y logía. Ciencia o tratado de los deberes) procesal, que pretende el equilibrio entre el interés social y el particular, y remonta sus orígenes a la etapa previa a la revolución francesa, cuyas ideas liberales determinaron la acogida del sistema acusatorio, que estaba ya presente en el procesamiento inglés.

Hay que aclarar que no es sólo la mezcla de los sistemas anteriores. El mixto más bien halla acomodo en las dos partes en que tradicionalmente se ha dividido el procesamiento, a saber, el sumario y el plenario.

En la primera etapa, se acoge la inquisición y predomina por eso, la escritura, el secreto y la continuidad y la otra fase, es preferentemente acusatoria, aunque hay que aclarar, que una u otra, no deben entenderse en su forma pura y, además, en la legislación procesal de cada país, se imprimen las características que le son propias, por eso se ha dicho que no hay un solo sistema mixto, sino tantos como códigos lo adoptan.

D) Respecto del sistema penal de procesamiento que rige en nuestro país, la doctrina casi de manera unánime se pronuncia por un sistema mixto, si bien

difieren en la estimación de si se inclina al acusatorio, o más bien está dominado por el inquisitivo. ”<sup>6</sup>

Hemos llegado a la conclusión de que, no hay una uniformidad de criterios en cuanto a la acción penal, cada autor con base en sus investigaciones nos relata el origen de dicha figura jurídica, y nos corresponde a nosotros decidir sobre que idea seguir, adherirnos a alguna idea, o simplemente considerarnos eclécticos; a ciencia cierta, no existe la acción penal como tal en la antigüedad, sino que estudiando las exposiciones de los distintos autores nos damos cuenta de que inicialmente la acción punitiva del Estado no fue ejercida, sino que delegó esa facultad a la iglesia, con los llamados juicios eclesiásticos o juicios de Dios; al pasar el tiempo, hemos aprendido que no debemos retomar los sistemas mencionados categóricamente, sino retomar la parte que más convenga al ser humano para que así logremos los fines que desde épocas romanas se han perseguido, la imparcialidad, seguridad jurídica y la justicia a todos los seres humanos.

### **1.3. Características de la acción penal**

Haremos una recopilación de las características de la acción penal, posiblemente algunos autores coincidan con éstas, pero para otros, esta figura jurídica contendrá distintos caracteres, pero al último todos engloban con similares ideas.

Empecemos con el ilustre autor Fernando Arilla Bas, al considerar que “la acción penal ofrece distintas características, él las expone así:

a) Es **pública** porque sirve a la realización de una pretensión estatal: la actualización de conminación penal sobre el sujeto activo del delito. La **pretensión punitiva**;

---

<sup>6</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO. Opus citatus. pp. 18-22

b) Es **única** porque abarca todos los delitos perpetrados por el sujeto activo, que no hayan sido juzgados. Es decir, abarca todos los delitos constitutivos de concurso real o ideal;

c) Es **indivisible** en cuanto recae sobre todos los sujetos del delito (autores o partícipes según los casos) salvo aquellos en quienes concurra una causa personal de exclusión de la pena;

d) Es **intrascendente** en virtud de que, en acatamiento al dogma de la personalidad de las penas, consagrado por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que prohíbe las penas trascendentales, se limita a los responsables del delito.

e) Es **discrecional**, pues el Ministerio Público, puede o no ejercerla, aunque estén reunidos los elementos del artículo 16 de la propia Constitución y;

f) Es **retractable**, ya que la citada institución tiene la facultad de desistirse de su ejercicio, sin que el desistimiento prive al ofendido por el delito del derecho de demandar la reparación del daño ante los tribunales civiles.”<sup>7</sup>

El maestro Julio A. Hernández Pliego, considera que “a la acción penal se le atribuyen estas características:

a) Es **pública**, pero no en el sentido de que corresponda su ejercicio a cualquier persona, no como acción popular, sino porque persigue un fin público, que consiste en la aplicación de la pena al delinciente, en defensa de los intereses sociales, lo que constituye una cuestión que interesa *erga omnes*. De igual forma es pública por razón del órgano que la ejercita y que pertenece al poder público, en contraposición a las acciones privadas, cuyo ejercicio no corresponde al Estado, sino a los particulares.

---

<sup>7</sup> ARILLA BAS, FERNANDO. **EI PROCEDIMIENTO PENAL EN MÉXICO**. 22ª Edición, Editorial Porrúa. México Distrito Federal 2003. pp. 26 y 27.

b) Se afirma que la acción penal es **indivisible**, en tanto abarca a todos los participantes en un delito, lo que quiere decir que no hay una acción penal para cada uno de ellos.

Esta afirmación, que se repite de un autor a otro, necesita un análisis más a fondo, porque no hay disposición legal en la que apoyar el que, si en un delito perseguible a instancia de parte, por ejemplo, se formula la querrela, ésta alcance a cuantos hayan intervenido en él, y al contrario, pesa más el argumento de que la querrela, o se estima como un derecho potestativo del ofendido y entonces puede ejercitarse libremente, ya contra todos o sólo contra algunos de los participantes en el delito, o de otra manera, puede perder su carácter potestativo, espontáneo, discrecional.

Por lo demás, tratándose del perdón, hay artículo expreso (93 del Código Penal y 100 del Código Penal para el Distrito Federal) que como principio general niega la indivisibilidad al dejar claro que el perdón sólo beneficia al inculpado en cuyo favor se otorga, y sólo como excepción permite que abarque a todos los delincuentes, en caso de que el ofendido se encuentre satisfecho en sus pretensiones reparadas.

c) Es **autónoma**, en la medida en que no depende del derecho abstracto de castigar que corresponde al Estado, ni del concreto que asiste al juez. Significa lo anterior que la acción penal puede ser ejercitada, hipotéticamente, en forma caprichosa por el Estado, aunque no exista el derecho a castigar a una persona en concreto, pues una absolución no resta, sino reafirma independencia y legitimidad a la acción penal.

d) Es **única**, porque envuelve a todos los delitos que se hubieren cometido con una conducta delictiva, lo que quiere decir que no existe una acción para cada delito. Si alguien comete fraude, falsificación de documentos y uso de documentos falsos, por ejemplo, toda la conducta típica será abrazada por una sola acción

penal, sin que pudiese hablarse de una acción penal para el fraude, otra para la falsificación y otra más para el otro delito.

e) No necesita insistirse en que la acción penal es **intrascendente**, porque es bien sabido que no va más allá de la persona del inculpado, o sea, que no alcanza a sus familiares o a terceros, supuesto que sólo se dirige a quien se imputa el delito.”<sup>8</sup>

Para el maestro Eduardo López Betancourt, éste se adhiere a las características de la doctrina y señala las siguientes características, pero con una variante, la irrevocabilidad; a continuación mencionaremos su postura:

a) **“Pública**. Se considera pública porque persigue un fin de carácter público, que es el castigo de los ilícitos por parte del Estado, representante del poder público, es decir, se encargará de aplicar un castigo al delincuente, y protegerá los intereses de toda la colectividad. **González Bustamante** dice que la acción penal es pública porque “sirve para la realización de una exigencia, que es el poder punitivo del Estado”.

b) **Única**. Es única porque se utiliza una sola acción penal para todos los ilícitos, sin importar las características de éste.

c) **Indivisible**. Se considera indivisible porque se ejerce la misma acción penal para todos los participantes de un hecho delictivo, y no determinada acción penal especial para cada indiciado. **Barragán Salvatierra** afirma al respecto que “es indivisible debido a que produce efectos para todos los que toman parte en la concepción, preparación y ejecución de los delitos, o para quienes les auxilien por concierto previo o posterior”.

d) **Irrevocable**. Una vez que el órgano jurisdiccional ha ejercitado la acción penal, carece del derecho de revocarla, es decir, no cuenta con la potestad de

---

<sup>8</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO. Opus citatus. pp. 135 y 136.

desistirse de ella. En cuanto inicia el proceso, debe continuarse hasta su finalización y hasta que el juez determine una sentencia. **González Bustamante** señala que “la irrevocabilidad debemos entenderla en el sentido de que, deducida la acción ante el órgano jurisdiccional, no se le puede poner fin de manera arbitraria. El desistimiento de la acción penal mina en la base en que se sustenta el proceso y, en estricto derecho, debe rechazársele.

e) **Intrascendente.** La intrascendencia se refiere a que la acción penal está limitada al presunto responsable del delito, sólo se dirige al indiciado y de ninguna manera podrá alcanzar a sus parientes o a terceros.

f) **Autónoma.** Es autónoma, porque no depende del derecho abstracto de castigar del Estado, ni del derecho concreto a sancionar al delincuente de parte del juez.”<sup>9</sup>

Ahora, nosotros definiremos las características de la acción penal, pero también discutiremos la peculiaridad de la **irrevocabilidad** enunciada por el maestro Eduardo López Betancourt, ya que nosotros pensamos que aquella característica no es acorde, ni congruente con la esencia de la misma.

a) La acción penal es **pública**, debido a que la acción penal pertenece originalmente a la sociedad en general, a las personas como individuos, y éstos a la vez han depositado la garantía de seguridad en las manos del Estado, pero el Estado ha delegado el monopolio de la acción penal de una forma equívoca al representante de la sociedad y del Estado, denominada Ministerio Público; para que a su vez éste ejerza el poder punitivo del Estado y así garantizar la paz social.

b) La acción penal puede ser **divisible o indivisible**. Debe ser indivisible en cuanto a que recae la pretensión punitiva a todos los partícipes del delito; pero si para alguno de ellos operase alguna excluyente de responsabilidad, dejará de

---

<sup>9</sup> LÓPEZ BETANCOURT, EDUARDO. Opus citatus. pp. 94 y 95

aplicarse el principio de indivisibilidad de la acción penal y por lo tanto estaremos en aplicación como excepción el principio de divisibilidad, ya que no se le impondrá pena alguna, a pesar de ser penalmente responsable, pero legalmente inocente, consideramos que también es indivisible, porque siempre que el Ministerio Público emita un acto en su carácter de autoridad o parte, se considera que fue hecho por la Procuraduría de Justicia, sea federal, común o militar, ya que el Ministerio Público depende de éstas y son consideradas como una Institución de “buena fe”.

c) La acción penal **carece de autonomía**, en la medida de que necesita del impulso del Ministerio Público para poder concretar su pretensión jurídica ante el Juez, por lo tanto no puede valerse por sí misma.

d) La acción penal es **única**, ya que abarca a todas las conductas delictivas que se ocasionaron por el presunto responsable.

e) La acción penal es **intrascendente**, ya que sólo abarca al o los sujetos que cometieron la conducta típica antijurídica; y no como en el antiguo derecho romano, que aunque el delincuente hubiese muerto, la pena trascendía a los familiares de éste.

Debemos hacer mención que no estamos de acuerdo con la característica de **irrevocabilidad** de la acción penal enunciada por el maestro Eduardo López Betancourt. Es mentira como lo afirma el citado maestro que, “el órgano jurisdiccional ha ejercitado la acción penal carece del derecho de revocarla”; el órgano jurisdiccional **no ejerce** la acción penal, éste sólo dirime la controversia planteada por el Ministerio Público, ya que éste es el único encargado (hasta ahora) de ejercer la acción penal.

También es falso que, el Ministerio Público una vez que haya solicitado se incóe proceso en contra de determinada persona “**no podrá desistirse de ella (la acción penal) hasta que el juez determine sentencia**” como lo afirma el citado maestro, ya que nuestra Carta Magna, en su artículo 21 párrafo 4º, autoriza al representante de la sociedad a desistirse de la acción penal y no sólo ésta, sino que también se encuentra regulada la figura jurídica en cuestión en nuestros códigos adjetivos; por lo que el titular de la acción penal podrá desistirse de la acción penal en cualquier estado del proceso, siempre que aparezcan motivos suficientes para determinar el desistimiento de la acción penal.

#### **1.4. La acción penal en el Derecho Romano**

Para iniciar nuestro estudio sobre la acción penal en Roma, vamos a hacer algunas observaciones relativas a la legislación penal romana.

##### **1.4.1. La costumbre antihistórica**

“En general puede decirse que el orden jurídico del Estado es más antiguo que la ley formulada, esta afirmación es aplicable, ante todo, al derecho penal, que toma su base en la moralidad de la naturaleza humana. La traición a la patria y el hurto quizá nunca estuvieron sujetos entre los romanos, a una formulación legal externa; la ley, que se publica de un modo fijo y como regla concreta, presupuso esencialmente estos conceptos y se limitaba, por lo tanto, a organizar los procedimientos que habían de seguirse en tales delitos y a graduar las penas, tomaban la singularidad en cada caso.

##### **1.4.2. Formulación y reducción a escritura de las leyes**

En los tiempos posteriores, en que ya la legislación no se asentaba sobre fundamentos éticos con la misma sencillez e incondicionalidad que antes, es seguro que se atendió en mayor proporción que hasta entonces a las fórmulas positivas; así, por ejemplo, el concepto de adquisición deshonorosa de los cargos públicos no fue posible hacerlo valer en el derecho penal práctico sin que mediara semejante formulación previa. Pero tampoco la ciencia jurídica de época posterior

olvidó jamás que no era la letra de la ley lo que había de tenerse en cuenta para la administración de justicia, sino su espíritu, y que era posible, y aun necesario, extender la letra cuanto fuese preciso para acomodarse a los propósitos de la legislación, o lo que es igual, aunque las expresiones legales eran imperfectas, el contenido de la ley resultase completo por su espíritu, aunque se sobrepusiesen sobre aquellas.

Así como la formulación positiva de la ley representaba en general un gran proceso desde el punto de vista de la evolución política, también lo representaba, y con mayor motivo aún, dicha formulación en el derecho penal, singularmente si dicha ley era fijada también exteriormente por medio de la escritura. El magistrado podía ejercer su libre arbitrio para lo sucesivo con respecto al orden jurídico no determinado legalmente; sobre todo para el caso de que el magistrado se excediese en sus atribuciones, la fijación de los preceptos legales positivos hizo posible el empleo de la inspección y el exigirle responsabilidad penal. Los comienzos de semejantes limitaciones puestas al libre obrar de los magistrados hay que reflejarlos en la época antehistórica, y son seguramente más antiguos que el instante desde el cual se consideró necesario reducir a escritura los acuerdos del pueblo; sin embargo, no existe tradición alguna digna de crédito referentes a leyes particulares de esta clase dadas en los primeros tiempos de la República, y menos aún en la época de los Reyes.

#### **1.4.3. Ley de las Doce Tablas**

Por el contrario, en los tiempos de las luchas de clase entre patricios y plebeyos apareció el Código de las Doce Tabas, primera y única codificación completa del derecho de la ciudad de Roma, codificación que abarcaba lo mismo el derecho público que el privado, que llegó a poner trabas al ejercicio del *imperium* por parte de los cónsules, y que, en lo tanto, por lo mismo que a estos les correspondió la plenitud del poder, hubo de comprender dentro de sí al mismo tiempo las dos esferas del procedimiento penal, el público y el privado, o sea, el procedimiento ante los Comicios con el magistrado y el procedimiento por jurados.

Este derecho de ciudad, cuyo origen fue debido a influjos griegos, no puede ser estudiado, así desde el punto de vista histórico como desde el punto de vista jurídico, más que en su totalidad, en su conjunto, y por consiguiente, no puede ser examinado aquí al tratar del derecho penal; acerca de la esfera de delitos establecida por el mismo, esfera que hasta cierto punto podemos determinar, aunque no sea factible conocer cuál fue su organización y trabazón originarias.

#### **1.4.4. Posteriores disposiciones especiales**

Las primeras eran todas ellas preceptos singulares; hasta el nuevo esquema del procedimiento por *quaestiones*, como igualmente las disposiciones dadas por el dictador Sila para una serie de delitos, a pesar de ser, unas esencialmente correlativas de las otras, todas ellas fueron publicadas como leyes enteramente especiales, y sobre todo, como instrucciones dadas a las diferentes magistraturas particulares. Pero la ingerencia del pretor de la ciudad en la esfera de los delitos privados era de una naturaleza tan análoga a la función creadora del derecho que tal magistrado ejercía en general, que no parece el derecho penal el sitio más propio para tratar de esta materia.

#### **1.4.5. Leyes julias relativas a los juicios**

Debemos hacer aquí una excepción por lo que respecta a la doble ley dada por el dictador César antes todavía que por Augusto y relativa a la regulación del procedimiento criminal y del civil. Estas dos leyes generales, paralelas entre sí, suelen denominarse, *lex (iudiciorum) publicorum* y *lex (iudiciorum) privatorum*, o también con la denominación común de *leges iudiciorum*, reconocidas con el nombre de *lex Julia de vi publica* y *lex Julia de vi privata*, por el motivo de que las mismas, si no introdujeron en el derecho penal el concepto de la violencia o coacción, por lo menos lo extendieron de una manera esencial y le dieron la doble forma que posteriormente revistiera, sirve así el efecto de una serie de preceptos y reglas que colocaron junto a las disposiciones procesales de índole general.

Se encontraron en ellas, prescripciones sobre vacaciones de los tribunales, sobre delegación de la jurisdicción, sobre la extinción de la acción o demanda, sobre las condiciones para ser jurado, sobre los medios para excusarse del desempeño de este cargo, sobre la prohibición de tratos entre los jurados y las partes, sobre la formulación de la demanda, sobre la sustanciación simultánea de varias demandas, sobre la introducción del procedimiento privado y otros puntos relativos al mismo, sobre el número de procuradores, sobre la cesación del término señalado y el aplazamiento, sobre la no admisión de testimonios y el derecho de recusarlos, sobre la punición de los delitos, sobre la prevaricación en el juicio criminal y sobre la prescripción del procedimiento.

Esta organización general del procedimiento criminal y del procedimiento civil es la que continuó vigente por todo el tiempo que se usaron las formas procesales antiguas, y si en las fuentes jurídicas que han llegado hasta nosotros no ocupa ya el primer lugar, se debe a que, una vez que ya no se hizo uso de los jurados en lo criminal ni en lo civil, dejó de tener existencia el fundamento del antiguo orden jurídico.

#### **1.4.6. Estancamiento de la legislación desde Tiberio hasta Dioclesiano**

En los tiempos del Principado, la legislación penal se llegó a mostrar infructífera. Después de las leyes sobre el matrimonio dadas por Augusto, no encontramos ni siquiera disposiciones generales para los delitos en particular. Se llegó a hacer uso de la única combinación que daban de sí las únicas combinaciones de la época; es decir, que miradas las cosas desde el punto de vista político, se consideraba que correspondió la facultad de legislar a los Comicios de la ciudadanía, y hubo, en efecto, posibilidad legal de convocarlos, pero de hecho ya no se les convocaba; se consideraba que lo único que pudieron hacer los más altos funcionarios del Estado, el Senado presidido por el Magistrado autorizado al efecto, y también el jefe de Estado, era ejercer el derecho que la ley les concedía para establecer alguna excepción a la misma en casos concretos, o todo lo demás, para modificar alguna disposición determinada de la misma ley.

Por lo tanto, lo que en realidad llegó a suceder, sobre todo en materia penal, era que las leyes existentes quedaban modificadas de una vez, siempre que por medio de acuerdos del Senado, y aun así, sucedió con mayor frecuencia que el emperador resolviera algún caso singular fuera o contra de lo mandado por las leyes vigentes, dispuso, además, directa o indirectamente, que su resolución fuese aplicable y obligatoria en lo sucesivo con carácter general. Pero al siglo de grandísima actividad legislativa, que comprende desde la dictadura de Sila hasta la muerte de Augusto, siguieron otros tres siglos, a los que dieron comienzo los gobiernos de los violentos sucesores de aquél, gobiernos que hicieron imposible todo movimiento libre, en los cuales no se permitió otra cosa que atenerse a las disposiciones e instituciones vigentes y respetarlas de un modo rígido y hasta desconsiderado.

Resulta, que por todo el tiempo que duró el principado cesó por completo de funcionar la actividad legislativa sistemática y persistente. Pero el principado, aquella maravillosa organización política, que no era ya la organización republicana, pero que tampoco era ya monárquica, se convirtió en una monarquía pura a virtud de la transformación que introdujeron en el reino Dioclesiano y Constantino.

#### **1.4.7. Legislación de los tiempos posteriores**

Ahora, que en este nuevo Estado volvió a existir una legislación formalmente general, que como la que existió en la República, nos lo demuestran, por lo que al derecho penal se refiere, las nuevas categorías de delitos de raptó y herejía, y nos lo demuestra también, acaso de una manera exterior y visible, el hecho de que la colección teodosiana de constituciones imperiales comience por las de Constantino del año 312; pero el cuerpo débil del antiguo Reino huyó el espíritu, y ni era posible que en él se formaran nuevas instituciones capaces de dominar todo el campo del derecho.”<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> MOMMSEN, TEODORO. **DERECHO PENAL ROMANO**. 2ª Edición, Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1999. pp. 88-92

#### **1.4.8. Las partes y la asistencia jurídica en el procedimiento acusatorio**

##### **1.4.8.1. El acusador, como representante de la comunidad**

“La base del procedimiento acusatorio consistió de la siguiente forma: llevaba en él la representación de la comunidad, por causa de los daños inferidos a esta, una persona que echaba sobre si tal carga y asumió la correspondiente responsabilidad, no de oficio, es decir, por razón de su cargo, sino por propia el libre resolución; esta persona era el acusador o demandante.

Dicha concepción vino a encontrar apoyo más tarde en la denominación expresa del *iudicium publicum*, la cual era insostenible léxicamente hablando. El hecho de no ejercer la acción o demanda por causa de delito podía originar desventajas jurídicas al que no la ejercía; mientras que el ejercicio de la misma podría producir ventajas jurídicas al acusador; sin embargo, no existía en derecho medio coactivo alguno para obligar a nadie a interponer la acción, de modo que si ninguna persona acusaba por su propia voluntad, el delito quedaba impune, salvo los casos en que intervino la *cognitio*.

Como quiera el actor ocupado en este sistema el lugar del magistrado que en el antiguo procedimiento penal dirigió la causa, no solamente ejerció aquí funciones de cuasimagistrado, sobre todo a tratar del período de prueba, sino que tenía atribuciones hasta para demandar la intervención del magistrado, por cuanto la simple oferta que él hiciese de ejercer la acción no era suficiente para comenzar el proceso, sino que era menester que el magistrado la probase y que ordenase la formación de la causa.

La regla dominante era, sin duda alguna, que en este procedimiento el actor no representaba su particular interés, sino el interés de la comunidad, salvo casos de excepción, aparentes o reales, en que sólo se permitió que acusaran los individuos que personalmente hubiesen sido lesionados.

1. La *quaestio de repetundis* se sustanciaba ciertamente con arreglo a las antiguas formalidades procesales; es más, ella es la que fue y determinó la forma de procedimiento; pero, según ya queda dicho, ella misma, especialmente en su antigua forma, era una acción privada cualificada, más bien que una acusación. Aquí, los lesionados eran los que interponían la demanda, y a ellos es a quienes se entregaba, aunque por intermedio de la comunidad, el importe de la indemnización del daño.

Para estos efectos, se permitió que el actor o los actores estuvieran auxiliados jurídicamente por otras personas, cosa que no consintió por lo regular en la *quaestio*. Hasta sucedió que el tribunal designase, a petición del actor o actores, la persona o personas que habían de prestar la asistencia jurídica; esto mismo aconteció también no pocas veces en los litigios privados.

La posición jurídica de estos patronos era una posición que oscilaba entre la del procurador forense y el cargo político del que voluntariamente se constituyó en representante de la comunidad. Nunca estuvo este delito completamente sometido a las reglas generales.

2. La acción introducida por la ley Cornelia *de falsis* para los casos de suposición de parto, sólo se concedió a los interesados personalmente en el asunto; pero estos, no pudieron ser considerados como perjudicados en el sentido del derecho privado.

3. La acción de adulterio contra el adúltero no se concedió más que a los parientes próximos, mientras subsistiera el matrimonio cuya fe se supuso violada. Una vez disuelto el matrimonio, el marido y el padre tuvieron un derecho privilegiado para interponer la demanda, pero sin exclusión del general que correspondió a todo el mundo.

4. La acción concedida por la ley **cornelia** para perseguir las injurias cuantificadas no se daba más que al lesionado; el derecho, era una acción privada que se sustanciaba por el procedimiento de la acusación.

5. Aquellos delitos en el antiguo derecho no fueron conocidos, o que no lo fueron sino con el carácter de delitos privados, pero que en los tiempos posteriores se llevaron al procedimiento penal público por la vía del procedimiento extraordinario, se sustanciaban la mayoría de las veces por la *cognitio*; pero también se permitió ejercer en ellos la acusación, si bien solamente se reconoció el derecho de ejercerla al lesionado.

#### **1.4.8.2. Procedimiento acusatorio en interés propio del acusador**

Fuera de estos pocos casos importantes, no se requirió que aquel que quisiera ejercer la acusación demostrará haber sido personalmente lesionado por el delito, la facultad de acusar se consideraba una función permitida a todo el mundo. Lo cual no quiere decir, en modo alguno, que se reconociera un derecho general de acusación.

Por el contrario, esta forma de representar a la comunidad, que daba al que la ejercía el carácter de cuasimagistrado, estaba sometida, así en lo relativo a la admisión como a la no admisión, a reglas análogas a aquéllas que regían tocante a la magistratura propiamente dicha, con lo que el círculo de personas que podían acusar quedaba notablemente aumentado, sobre todo por la circunstancia de que en los delitos cometidos contra la comunidad no era posible limitar el derecho de interponer la acusación, ante todo a aquel a que personalmente y en primer término afectara el delito en concepto de víctima.

#### **1.4.8.3. Motivos generales para no reconocer el derecho de acusar**

1º El no ciudadano debía tenerse por excluido absolutamente del derecho de acusar en estos casos, por cuanto no podía representar a la comunidad romana;

así tenía que ser si se procedía atendiendo rigurosamente a la ley, y no se aplicaba la misma por pura analogía.

2º El menor no podía acusar sino cuando el delito le afectase a él mismo o afectase a sus parientes, y en tal caso era necesario la aprobación del tutor. Igual se dice por lo que toca al ejercicio de la acción de adulterio por los menores.

3º Como la mujer estaba excluida de las funciones de la comunidad, tampoco se le reconoció el derecho de ejercer acciones criminales más que cuando fuese acusadora por delitos cometidos contra ella misma o contra sus parientes. Pero aún en este caso se le consideraba propiamente como denunciante y no quedaba sometida a las rigurosas obligaciones de todo acusador. Se le reconoció el derecho de acusar sin limitación alguna los delitos de lesa majestad y en los de usura de grano.

4º Aquel que ejercía el derecho de la comunidad en concepto de acusador era preciso que gozara de la completa independencia del ciudadano. Como aplicación de este principio, deben considerarse los siguientes casos:

a) Al hijo de familia no se le concedía, en general, el derecho de interponer acusación siempre que el padre lo consintiera, salvo si aquel ejerciera en su propio nombre la acción de adulterio.

b) Al liberto se le negaba, en general, el derecho de interponer acusación cuando no tuviera un hijo o un patrimonio de 30,000 sestertercios; y aún en este caso, se le negaba también tal derecho si lo tuviera que ejercer contra el patrono, excepto en el caso de que se tratara de acción por adulterio o por injurias graves. Sin embargo, en los delitos de lesa majestad, todo liberto podía acusar aún a su patrono.

c) De manera análoga, se negaba también, en general, a los colonos la facultad de acusar al dueño de la tierra, su derecho de interponer acusación contra

otras personas se limitaba a los delitos cometidos contra ellos mismos o contra sus parientes.

d) Después de Constantino, sólo se permitió el ejercicio de la acción a aquellos que poseyeran un patrimonio de más de 50 monedas de oro.

5º La infamia impuesta por el rector, así como privaba del derecho de representación en los litigios privados, impedía también el derecho de acusación, salvo en los asuntos propios y en los de los parientes, y además en los delitos de lesa majestad y en los de usura de grano.

6º Al magistrado en funciones, por regla general, se le negaba en los tiempos del Principado el derecho de interponer acusación. Lo propio debe decirse de los soldados en servicio activo, excepto en los casos en que se tratara de delitos que les afectasen a ellos mismos o que afectaran a sus parientes, o de delitos de lesa majestad o de usura de grano.

7º En el caso de que se ejercieran acciones recíprocas, se sentenciaba y resolvía primeramente la más grave, y en caso de igual gravedad, la que se hubiese inferido primero, quedando mientras tanto en suspenso el procedimiento de la otra.

8º Aquel que hubiere interpuesto dos acciones no podía interponer una tercera, salvo que se tratase de un delito que le afectara personalmente o que afectara sus parientes.

9º El que se hallara bajo el peso de una acusación no podía acusar.

10º En el caso de una interposición de una acusación grave y apareciesen violados los deberes de sociedad, la autoridad podía denegar la acción, y hasta castigar a la acusador.

#### **1.4.8.4. Resolución del magistrado acerca del derecho de acusar**

Cuando el acusado negara al acusador el derecho de acusar era necesario que se ventilara este asunto de un modo especial delante del magistrado, el cual lo había de fallar, previo dictamen, en algunos casos, de un jurado sin juramentar.

#### **1.4.8.5. Concurrencia de acusadores; regulación de la misma por el magistrado**

Más clara y determinadamente que en estas prescripciones generales relativas a las personas a quienes se negaba de oficio o a petición del demandado el derecho de acusar, resalta la cualidad de magistrado que revistió el demandante o acusador en el caso de que fueran varios los actores que se presentaban en un mismo proceso. Es de suponer que en los litigios privados propiamente dichos no se permitiera la concurrencia de varios actores, concurrencia que pudo muy bien tener lugar ya en el más antiguo *iudicium publicum*, o sea en el proceso por multas ante el pretor, de donde luego se tomó para el procedimiento acusatorio.

En el cual podían unirse varios acusadores para ejercer su acción común; no obstante, en este caso existió entre ellos cierto orden, con la que se designó al primero de ellos con la denominación de actor principal, y a los restantes con la de *subscriptores*. En caso de que los diferentes actores no se unieran entre sí, el juez penal tuvo facultades para resolver definitivamente, tanto sobre la admisión o no admisión de la acusación como sobre el orden de los actores, en la que se advirtió que el primer lugar tenía que ocuparlo aquel que mayor interés tuviese en el asunto y de quien era de esperar que mantuviese la acusación de un modo más enérgico.

En el caso de que el magistrado tuviese, por prescripción legal, que servirse de jurado, el mismo magistrado era el que, a su arbitrio, lo mismo que en caso de que se discutiera sobre el derecho de ejercer la acción, había de resolver quién, era de presumir que fuese la persona más apta para el caso, de entre un cierto

número de ellas elegidas al efecto; la decisión tuvo lugar sin hacer uso de medios probatorios propiamente dichos, aunque sí después de oír a las partes contendientes.

#### **1.4.8.6. Exclusión de la representación en el procedimiento penal**

La representación, que el derecho civil concedía tanto el actor como al demandado de una manera incondicional, aun en los casos en que ejercieran acciones privadas infamantes, no se permitía en el procedimiento criminal ni al acusador ni al acusado; y esta prohibición se refería igual a la primera instancia que a la apelación. Por lo que al acusado toca, debemos decir que la responsabilidad personal, sin representación, era de esencia del procedimiento criminal.

#### **1.4.8.7. Al acusador no se le permitía servirse de procuradores ni abogados**

Y en cuanto al actor, si de actor propiamente puede hablarse en este procedimiento, la representación era inadmisibile, porque él mismo era ya un representante de la comunidad, esto aplicable aún en el caso de que obrase ante todo en su propio interés. Las excepciones que experimentaba el principio, así por respecto al acusador como por respecto al acusado, no eran de gran importancia:

1º La acción del *manumitente* contra el *manumitido*, por causa de ingratitud, podía ser ejercida, tanto activa como pasivamente, por medio de representación. Claramente, no había de exigirse al *manumitente* que él mismo en persona expusiera ante el tribunal las ingratitudes, o injusticias para con él, de quien había sido su esclavo, y consiguientemente, también al liberto había de serle permitido comparecer ante el tribunal por representación.

2º En las acciones penales que solo tenían por objeto obtener una reparación pecuniaria, se permitía la representación al demandado, especialmente en la instancia de apelación y para las personas de rango elevado.

3º En las acciones por injurias, sometidas en otro tiempo a la regla general, se permitió por una constitución de Zenón que las personas pertenecientes a la clase primera, la más elevada en rango, fuesen actoras o demandadas, una vez que hubieran intervenido ellas personalmente en los comienzos del proceso, se hicieran representar durante la sustanciación propiamente dicha de este. Justiniano llegó a prescribir como obligatoria la representación para estas personas, en la que permitió hacer uso de ella a las demás personas de rango, hasta el clarísimo.

Regularmente, para ejercer las acciones no se valían los actores de la asistencia jurídica de otras personas. La acción de *repetundis* constituía, sin embargo, una excepción a este punto, y del propio modo podía hacerse otra excepción de la regla en los casos en que acusaran mujeres o menores. En otros tiempos, sólo permitía el derecho hacer uso de la palabra al que podía intervenir en el proceso como actor; de igual modo, es indudable que en el antiguo procedimiento criminal, los magistrados podían utilizar la asistencia jurídica de sus colegas, pero no el auxilio de ésta índole que les pudieran prestar los simples particulares. De hecho, funcionaron, en concepto de actores la mayoría de las veces aquellos mismos individuos que servían de auxiliares para las defensas.

#### **1.4.8.8. La asistencia jurídica en la defensa**

La defensa originaria fue, a no dudarlo, la autodefensa, y esta autodefensa, sin asistencia jurídica ajena, y sobre todo, como concurrente con la asistencia jurídica ajena, fue cosa que se conoció en todas las épocas. Pero, además de ella y al lado de ella, apareció desde bien temprano el procurador o agente, el *patronus*, de una manera esencialmente idéntica como apareció en el procedimiento civil. Esta asistencia dependía de la libre elección y voluntad de las partes; por lo menos, no era usual que al demandado se le reconociera la condición de magistrado.

Durante el último siglo de la República, la defensa en el procedimiento penal adquirió un desarrollo desmesurado, alterando de mala manera la naturaleza de la

institución: lo propio que hubo de suceder con los aspirantes a los cargos públicos. Mientras que en principio lo regular era que hablará un solo procurador por el inculcado, en esta época llegó a hacerse costumbre el que intervinieran varios en la defensa de este último, cada vez se hizo frecuente que se perorasen por él hasta cuatro; en el año 700- 54 vemos aparecer seis defensores, y más tarde hasta doce.

La represión provocaba que por este abuso hubo que encaminarse principalmente a señalar un tiempo máximo de duración a los discursos, se tuvieron que pronunciar estos durante el período de prueba; sin embargo, también se dieron preceptos legales que determinaron el número máximo de procuradores que podían intervenir. Además de éstos, intervenían en el proceso los consejeros *advocati*, los cuales, sin tomar participación en la sustanciación y discusiones del asunto, ayudaban a la defensa y les proporcionaban consejos y dictámenes, singularmente sobre las cuestiones de derecho, y a menudo prestaran asistencia muda.

Con el Principado perdieron los procesos penales su interés político, y la elocuencia forense su importancia, innecesaria para la comunidad; la ley y la costumbre hicieron, que tanto la acusación como la defensa recobran su carácter meramente forense, y los auxiliares jurídicos, a quienes se daba ahora regularmente la denominación de *advocati*, eran en esta época, ante todo, procuradores, agentes o gestores.”<sup>11</sup>

#### **1.4.9. Obstáculos al ejercicio de la acción penal**

“La acción penal, de que hemos tratado, podía ser perturbado de diferentes modos, expondremos de una manera breve, las dos causas por las que dejaban de ejercer la acción penal:

---

<sup>11</sup> MOMMSEN, TEODORO. Opus citatus. pp. 241-247

#### 1.4.9.1. Extinción de la acción penal (*abolitio*)

El procedimiento penal ya comenzado ante un tribunal podía no seguir adelante, bien por la muerte o la cesación en su cargo de un representante de la comunidad, bien por la separación del mismo del proceso, bien porque la ley mandase dejar sin efecto la causa incoada.

1º El procedimiento penal en que intervenía el magistrado estaba en íntima relación con el cargo de este, así como el acusatorio lo estaba con el mandato personal conferido por la comunidad; por consiguiente, el primer procedimiento quedaba sin efecto cuando el juez que entendía en el mismo moría o cesaba en su cargo aunque estuviese pendiente la causa, y el segundo no seguía adelante si el actor moría antes de determinar si esta: en este último caso, el nombre del acusado se borraba de la lista de demandas por ministerio de la ley (*abolitio ex lege*). Para el caso de que muriese o cesara en su cargo el pretor ante quien se hubiese interpuesto una acusación, cláusulas especiales introducidas probablemente en todas las leyes especiales referentes a los asuntos discutidos dispusieron que éstos pasaran al conocimiento de la persona que le sucediera en el cargo, y que el correspondiente *consilium* siguiera en pie. Por lo tanto, no hubo obstáculo de ningún género para que el proceso interrumpido por las causas mencionadas se reanudara, puesto que la acusación no había dado por resultado la absolución del acusado.

2º Los correspondientes funcionarios podían, en todo caso, abandonar el procedimiento en la época de la República en que intervenía solo el magistrado, y aquel en que intervenían el magistrado y los comicios, así como también podían suspender el procedimiento por *cognición* en la época del Imperio, a no ser que hubiese disposiciones especiales que lo impidieran. Por el contrario, el tribunal ante quien se hubiera llevado un proceso acusatorio no podía abandonarlo después de incoado, como tampoco podía negarse a admitir una acusación; de igual manera que no podía tampoco rehusar la admisión de un pleito privado.

Sin embargo, según el sistema primitivo, así como el actor estaba autorizado para no interponer la acción, así también podía desistirse en cualquier momento de la acción interpuesta, igual que sucedía con el magistrado en el procedimiento penal antiguo, sin que tal desistimiento le originase una responsabilidad especial. Pero esto fue modificado por el senado-consulta, *turpilio* del año 61 después de Jesucristo. Según dicho senado-conjunto, si el acusador quisiese desistirse de la acusación, tenía que justificar ante el tribunal semejante desistimiento, y se advirtió que también al acusado se le escuchó en estos casos, y en ciertas circunstancias era permitido extinguir la acción, la cual se llamaba *abolitio privata*; o bien el propio actor no justificar su desistimiento, y así por ello incurrió en pena, y en tal caso, claro está que siempre quedaba la acción extinguida.

A lo que parece, la acción de calumnia suponía en todo caso la absolución del acusado; pero este podía rechazar, según el derecho de los tiempos posteriores, la abolición que el demandante pretendía, y pedir que continuara el proceso; en tal caso, una vez que se le absolviese, enablada dicha acción de calumnia. Nada impedía que un tercero reprodujese por su cuenta la acusación; a quien no se le permitía reproducirla era al acusador que ya antes hubiera sido rechazado.

3º Únicamente por la vía legislativa era posible anular la acusación ya interpuesta, y que nosotros sepamos, nunca tuvo lugar semejante anulación en la época republicana. Durante el Principado, solamente en los primeros tiempos del mismo se hizo uso de ella en algunos casos, ya para dar algún fin a la prolongación desmesurada de los procesos, que por el abuso que se hizo el derecho de acusar. Pero desde fines del siglo I aparece como un acto legislativo especial, realizado preferentemente por medio de senado-consulta, aunque también un medio de constituciones imperiales, la “anulación general”, *abolitio publica*, motivada en principio por especiales acontecimientos felices, y luego regularmente por el aumento de las fiestas o pascuas anuales.

Estas disposiciones prescribían a los tribunales ciertas excepciones especificadas en cada una de las leyes singulares, y a cuyo número pertenecían de un modo regular las causas capitales, considerasen como no incoados los procesos pendientes, cosa que no sólo favoreció al procesado, sino también al actor mismo, dadas las estrictas obligaciones que éste contraía. No obstante, al actor le quedaba siempre libre la facultad de repetir dentro de los treinta días, el proceso incoado antes.”<sup>12</sup>

### **1.5. La acción penal en el Derecho Anglosajón**

Procedemos el estudio de los orígenes, desarrollo y formación definitiva del common law en Inglaterra, como antecedente de la acción penal.

“El common law no es obra del legislador ni del jurisconsulto principalmente; se originó en las costumbres de las tribus germanas que invadieron y poblaron las Islas Británicas, y su período de formación se divide en tres etapas. En la primera invasión de Inglaterra por estas tribus que vinieron del continente europeo, después de la caída del Imperio Romano, durante los siglos V y VI, los anglosajones introdujeron sus costumbres y usos como germen del sistema que iba a desenvolverse; en la segunda invasión de las islas, en el siglo IX, los pobladores de origen danés trajeron también sus propias costumbres y prácticas rudimentarias que se mezclaron con la de los anglosajones, y finalmente, en la tercera invasión consumada por los normandos en 1066, encabezados por Guillermo el conquistador, duque de Normandía y primer rey normando de Inglaterra, los terceros y últimos pobladores de este país implantaron su propio sistema de naturaleza feudal mezclado con las costumbres de los francos, con algunos vestigios romanos, sistema que partir de la conquista normanda evolucionó históricamente, para que después desarrollado en forma jurídica, permanente, por la labor de los jueces, a través de sus decisiones y sentencias, desde el siglo XII hasta el XIV.

---

<sup>12</sup> Ibidem, pp.287-289

En tal virtud, la jurisprudencia de los jueces ingleses basado en los usos y costumbres primitivos de los pobladores anglosajones, daneses y normandos, constituye el *Corpus Iuris* de Inglaterra llamado *common law*.

Como resultado de la conquista normanda, que en la historia de Inglaterra señala el origen de la organización contemporánea de este país, se realizó una centralización del gobierno bajo el poder omnímodo y absoluto de Guillermo el conquistador, y como una delegación de su autoridad suprema comenzaron a establecerse los primeros tribunales, los cuales, a su vez, al resolver las contiendas de orden jurídico, que se les sometían, principiaron a constituir de las costumbres y reglas primitivas, la jurisprudencia de los jueces ingleses, que gradualmente se extendió en todo el reino, conjunto de normas jurídicas de aplicación general que dieron nacimiento al derecho anglosajón.

Puesto que en esta jurisprudencia no era ya una serie de normas de aplicación local, adquirió gradualmente el carácter de ley nacional suprema en toda Inglaterra. Durante el reino de Eduardo I, quien según es considerada como el Justiniano Inglés, se le da por primera vez a este sistema de derecho general el nombre de *common law*, o derecho común, precisamente porque ha dejado de ser un cúmulo de costumbres y usos diversos, para constituirse en un régimen de ley común y suprema para toda la nación. Por la misma razón, los ingleses primitivamente también lo denominan *the law of the land*: la ley de la tierra, la ley del país, la ley de la nación.

Esta denominación se consagra, además, posteriormente, en la Carta Magna, dentro de su primordial declaración de derechos, relativa a que ninguna persona será privada de la vida, de la libertad, de sus propiedades, posesiones o derechos, sino de acuerdo con *the law of the land*. La petición de derechos de 1628, al repetir la misma declaración en esencia, reproduce la denominación de *the law of the land*; pero introduce al mismo tiempo una tercera versión como sinónimo del anterior: *due process of law*.

La declaración de derechos y la denominación jurídica citadas pasan más tarde a formar parte de las enmiendas V y XIV de la constitución norteamericana, en el precepto que dice: *no person shall be de´rived of life, liberty, or property, without due process of law*, es decir, nadie será privado de la vida, de la libertad o de la propiedad sin el debido proceso legal; germen o inspiración del precepto correlativo formulado por nuestros constituyentes de 1857, que, al decir de Emilio Rabasa, en su obra, el Artículo 14, fue malamente reproducido en una disposición confusa que desvirtuó el verdadero concepto original dentro del precepto inglés reproducido en la constitución norteamericana.

La disposición aludida es el artículo 14 de la constitución de 1857, que decía: “Nadie puede ser Juzgado ni sentenciado, sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicadas a él, por el tribunal que previamente haya establecido la ley”. En fin, la denominación primitiva inglesa se refleja en la versión moderna de nuestro artículo 14 constitucional vigente, que establece la garantía individual, de todo el mundo conocida, relativa a que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido, ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento.

De manera que las expresiones jurídicas *common law* (derecho común), *law of the land* (ley de la nación), *due process of law* (debido proceso legal), fueron los nombres que originalmente se usaron en Inglaterra para designar el sistema general de derecho como la ley nacional y suprema en todo ese país, pero al mismo tiempo son también el origen de la declaración fundamental que garantice la vida, la libertad y los derechos de las personas frente al poder público, en las constituciones de Inglaterra, Estados Unidos y México.

El sistema del *common law* nació, de esta manera, en las islas inglesas. Rige, actualmente, en el Imperio Británico, en los Estados Unidos de Norteamérica y, en general, en todos los territorios sujetos a sus respectivas soberanías: Inglaterra,

Irlanda, Gales (en Escocia persiste el sistema de origen romano), Canadá (excepto Québec, que se rige aun por el derecho de origen francés), en Terranova, Austria, Nueva Zelandia, India (excepto Ceilán, donde impera el derecho de tipo romano), Gibraltar, Estados Unidos de América (excepto el estado de Louisiana, Puerto Rico, zona del Canal de Panamá, Hawai y Filipinas, en los que prevalece el sistema de origen romano).<sup>13</sup>

“Examinemos a grandes rasgos la trayectoria del derecho anglosajón, antes la conquista normanda en 1066; durante el período anglosajón en Inglaterra, que abarca seis siglos (449- 1066), se advierte que el sistema se encuentra apenas en estado de nebulosa; a pesar de que ya en esa época el derecho romano estaba totalmente consumado por la obra de Justiniano, en Inglaterra aun se desconocía ese sistema y el derecho en este país era esencialmente arcaico y primitivo. El poder soberano lo ejercía el rey, asistido de su gran consejo, llamado *Witan*, que estaba compuesto por hombres sabios (*wisemen*), instituciones de las que se derivaron más tarde el Parlamento, el Gabinete, y los tribunales judiciales. El Rey y su Consejo ejercían plenas facultades de gobierno en las ramas legislativa, ejecutiva, y judicial. Se expidieron las primeras leyes textuales en Inglaterra, llamadas *dooms*, que se ha expresado al principio de este estudio, establecían una especie de tarifas para el pago de indemnizaciones por los infractores a las personas que ofendieran o causaran daños, y que fueron, por tanto, el origen del derecho penal anglosajón.

En la época anglosajona de Inglaterra no existió propiamente un órgano legislativo ni menos un sistema constituido de tribunales judiciales. Los asuntos militares, fiscales y judiciales los administraba el rey en sus audiencias con el “Consejo de Sabios”, y sólo funcionaban ya los tribunales consuetudinarios de origen prehistórico: los *county courts*, integrados por hombres libres de cada condado o *shire*, división territorial de Inglaterra, y los *hundred courts* que eran asambleas similares pero en localidades de extensión más reducida. Estos

---

<sup>13</sup> RABASA, OSCAR. **EL DERECHO ANGLOAMERICANO**. 2ª Edición, Porrúa. México Distrito Federal, 1982. pp.67-69

tribunales no dependían de la Corona, sino que eran tribunales comunales o populares, y al principio estaban completamente separados de la autoridad del rey y de su consejo.

En este periodo primitivo del derecho anglosajón, y no obstante que ya el derecho romano había alcanzado su pleno desarrollo y creado sus grandes instituciones jurídicas, las tribus anglosajonas de Inglaterra desconocían las formas elementales del procedimiento y aplicaban como único medio de administrar justicia los llamados Juicios de Dios, que eran de tres categorías: (estudiaremos lo relativo al Juicio Penal). El *trial by ordeal*, o juicio de ordalía, para juzgar a los que cometían delitos, comúnmente llamado en español juicio de Dios, que se realizaba mediante la prueba del agua y del fuego, y la sentencia se limitó a determinar cuál de estas dos formas de juicio debió aplicarse al reo para descubrir si era culpable o inocente; en la prueba del agua se ataba de pies y manos al presunto responsable y se le tiraba a un tanque con agua profundo, en el concepto de que si flotaba “no lo recibía Dios” y entonces era inocente; en la prueba del fuego se obligaba al acusado a que anduviera con los pies descalzos sobre hierros candentes, o a que los acogiera con su mano, o introdujera el brazo en agua ardiente; si tenía la fortuna de curarse en poco tiempo de las quemaduras sufridas, era inocente; mas si su curación se prolongaba era culpable.”<sup>14</sup>

“Iniciado el estudio de los orígenes y formación del sistema de derecho denominado *common law*, en Inglaterra, desde la época anglosajona y principalmente desde la conquista normanda, en 1066, debe seguirse ahora el desenvolvimiento de las instituciones jurídicas fundamentales de este sistema, y examinarse la organización, primero política y después jurídica, que operó en el reino inglés de entonces hasta la época contemporánea.

Después de la invasión de los normandos y del establecimiento definitivo de su régimen en las islas británicas, el poder público, con sus tres grandes ramas,

---

<sup>14</sup> RABASA, OSCAR. Opus citatus. pp. 70 y 71

especialmente a la administración de justicia, se consolidó totalmente en el rey, de quien emanaba toda autoridad, a través de cuatro grandes instituciones históricas y jurídicas en la formación política de Inglaterra:

1) *The King's Council*, o Consejo del Rey. 2) *The King's Writ*, Mandamiento o decreto del Rey. 3) *The King's Inquest*, Inquisición del Rey. 4) *The Doctrine of the King's Peace*, la Doctrina de la Paz del Rey.

Estas cuatro instituciones, cuyos nombres extraños nada revelan *prima facie*, son, sin embargo, las bases fundamentales del desarrollo político y jurídico del Imperio Británico, así como de su sistema de derecho transmitido a las demás naciones de origen inglés.

Primitivamente estas instituciones no eran sino prerrogativas del rey para su propio beneficio y en beneficio con sus reales intereses.

Los nobles y señores feudales tuvieron acceso a las ventajas de tal organización y pudieron acudir al monarca para que mediante esos cuatro sistemas políticos, son el origen de la administración de justicia en Inglaterra, les impartiera éste su protección y su favor en bien de las personas y de sus intereses particulares.

Sólo estudiaremos el primer sistema jurídico mencionado en el párrafo anterior, ya es el que nos interesa para el desarrollo de nuestro tema, sin restar importancia a los demás sistemas.

El *King's Council*, o Consejo del Rey, también llamado, Corte del Rey, no eran sino la continuación de lo que ya existía en la época anglosajona, es decir, el gobierno centralizado en el rey con su *Witam* o Consejo de Sabios, que más tarde se convirtió en el *King's Council*, Consejo Real o Corte del Rey. Compuesto por el rey mismo y los principales personajes del reino, como ministros de estado, y esta

institución primitiva fue el origen del parlamento, de los tribunales nacionales y, en general, de la organización política y jurídica de Inglaterra.

En esta etapa de la evolución política y jurídica del pueblo inglés, como ya se dijo antes, la administración de la justicia, en su forma más rudimentaria, estaba encomendada a los tribunales populares o comunales, es decir, a los tribunales de los condados y demás subdivisiones políticas inferiores en que estaba fraccionado el reino inglés en esa época.

Estos tribunales primitivos ejercían, originalmente, una jurisdicción independiente de la corona inglesa, y en tanto que el rey, así como los nobles, podían someter sus causas e intereses a la justicia, de la real corte, la masa de la población no tenía acceso, al principio a esta jurisdicción privilegiada y sólo podía acudir, por consiguiente, a los tribunales locales o comunales. Sin embargo, mediante la evolución histórica de Inglaterra a través de los años, del Consejo o Corte del Rey se desprendieron: el parlamento, como órgano del poder legislativo, y los jueces o tribunales que por delegación del rey administraban la justicia y que finalmente quedaron constituidos como tribunales nacionales con jurisdicción en todo el país.

Fue Enrique II, el rey que introdujo las primeras reformas legislativas que constituyeron el origen de la organización judicial inglesa. La *Curia Regis* o Consejo Real del monarca inglés, en materia judicial, conoció: de los litigios entre los principales terratenientes nobles de Inglaterra, como tribunal feudal; de las quejas por mala administración de justicia en los tribunales locales, y de los “juicios de la corona” (*pleas of the Crown*) instituidos por delitos cometidos contra la autoridad del rey, y con motivo de los asuntos referentes a su real patrimonio, ramas estas dos últimas que más tarde habrían de ampliarse y culminar en la creación de tribunales especiales encargados de administrarlas.

En la época de que Enrique II ascendió al trono a mediados del siglo XII, el Consejo del Rey, en su aspecto judicial, en una corte para los grandes hombres y las grandes causas, según asientan historiadores ingleses en esta materia, y gracias al genio jurídico de este monarca, se transformó posteriormente esta institución en un tribunal central formado por jueces profesionales para toda clase de hombres y de causas; además de que el mismo rey instituyó jueces ambulantes que sistemáticamente recorrieron todo el país como delegados del Consejo Real, para impartir justicia en su nombre.

En virtud de dos ordenanzas o decretos reales dictados por el mismo monarca, en 1166 y 1179, respectivamente, se crearon las acciones posesorias y de dominio, pues durante el régimen feudal, la propiedad territorial de Inglaterra perteneció directamente al rey, y a través de sus principales vasallos feudales, la poseían los feudatarios en pleno dominio, en dominio limitado o durante la vida del feudatario, en una especie de usufructo; pero aconteció que estos últimos no estaban protegidos en cuanto a la propiedad y posesión de estos bienes, si no era por conducto de los tribunales feudales, que dependieron exclusivamente de los grandes terratenientes bajo cuya jurisdicción y dominio estaban colocados los feudatarios comunes, de tal manera que las propiedades y derechos de estos últimos estaban completamente a merced de la casta noble o feudal.

Por medio de las citadas ordenanzas, Enrique II otorgó a la masa común, de feudatarios o propietarios de tierras la acción posesoria y la de dominio para reivindicar sus bienes y derechos aun en contra de los señores feudales; además, de acuerdo con las citadas ordenanzas, estas acciones debieron promoverse ante los primeros jueces reales, con lo cual al extenderse la justicia del monarca a toda clase de personas, sin distinción de rango ni posesión, los tribunales nacionales comenzaron a subsistir a los primitivos y deficientes tribunales feudales.

Por último, como en esa época todavía prevalecían las tres formas primitivas y bárbaras de juicios a que ya se hizo referencia antes, (el juicio de juramento, las

ordalías o pruebas del agua y del fuego, y el duelo entre litigantes, como únicos medios de resolver las contiendas legales entre los particulares, Enrique II introdujo, entre sus grandes reformas, un juicio racional para la solución de las controversias jurídicas, y además de conceder acción ante los jueces y tribunales de la Corona a todos los propietarios y poseedores de tierras bajo el régimen feudal, estableció la institución del *inquest*, juicio de inquisición, que es de origen romano, tuvo aplicación en Francia durante la época de los francos y, por último, pasó a Inglaterra.

Esta primitiva forma de juicio inquisitorial, consistió en que un determinado número de personas, de la localidad en que hubiesen ocurrido los hechos, por tener conocimiento de ellos, resolvía bajo juramento el litigio que se les planteaba, actuaban como testigos y jueces de la causa, porque no eran todo, en realidad la institución original de donde proviene el juicio del jurado angloamericano, a todos los procesos civiles y penales.

En la rama penal del derecho inglés, otra de las reformas legislativas de Enrique II, que inicia la nueva organización judicial de Inglaterra y que establece otra de sus grandes instituciones jurídicas, fue la introducción en esa misma época del procedimiento del *indictment*, o sea, la acusación penal por medio de un jurado para iniciar los procesos contra los presuntos responsables de un delito.

Primitivamente las acusaciones que los procesos penales, y por consiguiente el ejercicio de la acción respectiva, eran de carácter privado; la parte ofendida formulaba la acusación **y en realidad ejercían la acción penal por sí misma**, sin intervención de ningún funcionario público. Este procedimiento, naturalmente era por demás defectuoso, ya que los procesos se instruyeron simplemente a petición de un particular y no por conducto de un órgano de carácter público, como debiera ser.

Para corregir este mal en el sistema anglosajón, se instituyó, el procedimiento de la acusación mediante el *indictment*, formulada por un jurado público, constituido por vecinos de la localidad, a quienes, por fama pública o porque conocían personalmente los hechos y las personas involucradas en el delito, se suponía capacitados para presentar conclusiones de acusación o de no acusación contra el presunto responsable, germen de la moderna institución angloamericana de “gran jurado”, que desempeña en la actualidad la misma función, a través del *indictment* o acusación pública que formula y da principio a la instrucción de los procesos penales de la misma manera que los autos de formal prisión decretados por los jueces en el sistema del derecho penal mexicano.

En suma, por medio de sus grandes reformas legislativas, Enrique II organizó y unificó el anárquico derecho inglés, mediante la creación de una corte permanente de jueces profesionales, la misión desempeñada por los jueces ambulantes que en todo el país administraban justicia, la institución de las primeras acciones reales como garantía para la totalidad de los propietarios feudales, la ampliación de la competencia de los jueces reales para subsistir a los tribunales feudales o comunes, y la introducción de formas racionales de juicio, tanto civil como penal, en contraposición con los procedimientos bárbaros de las épocas anteriores.”<sup>15</sup>

## **1.6. DEFINICIÓN DE LA ACCIÓN PENAL**

### **1.6.1. Definición doctrinaria de la acción penal**

“En la actualidad, no se discute ya el derecho de castigar que tiene el Estado. Esa facultad que constituye su función propia, se manifiesta al momento de establecer ciertas conductas como delictuosas y señala las penas que corresponden a quienes las comentan. Es el llamado *jus puniendi* o derecho penal subjetivo.

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp.77-81

Es la sociedad, la que deposita en el Estado este atributo que al mismo tiempo significa un deber consustancial a su soberanía. Una vez que el Estado ha determinado las conductas que constituyen delito y las penas o medidas de seguridad aplicables a quienes los comentan, corresponde determinar a qué órgano se encomienda su persecución, al momento de que éstos son realizados en el mundo fáctico.

De esta manera, el profesor Julio Antonio Hernández Pliego conceptúa a la acción penal, como el poder-deber que el Estado encomienda constitucionalmente al Ministerio Público, y que se manifiesta al momento de que éste excite, al órgano de la jurisdicción, para que en un caso concreto resuelva el conflicto de intereses que se le plantea, mediante la aplicación de la ley, ello con la finalidad de lograr la permanencia del orden social.”<sup>16</sup>

Tomemos ahora las ideas del profesor Guillermo Colín Sánchez respecto al concepto de la acción penal al establecer en su libro Derecho Mexicano de Procedimientos Penales en donde plantea lo siguiente:

El proceso sólo puede darse si existe un impulso que lo provoque: la acción penal.

La acción penal, está vinculada al proceso; en términos generales, es la fuerza que lo genera y lo hace avanzar hasta alcanzar la meta deseada.

En el campo doctrinario, el concepto de acción aún se discute; hay quienes lo consideran como un derecho y como un poder jurídico.

En las antiguas instituciones romanas, la acción fue considerada como: “el derecho a perseguir en juicio aquello que se nos debe”; punto de vista fundamentado en que, tanto el proceso civil como el penal estaban identificados;

---

<sup>16</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO. Opus citatus. p. 133

integraban una sola disciplina correspondiente al derecho material; tiempo después, ya no fue considerado como un derecho en sí, distinto del derecho material, sino como el derecho material mismo, en el orden subjetivo.

Con el transcurso del tiempo, se concibió: como el ejercicio del derecho mencionado para provocar la jurisdicción.

En la doctrina moderna, Hugo Rocco, Carnelutti, Mattiolo y, algunos más, afirman: es un derecho.

Manreza, obediente a la tradición, sostiene que la acción es un medio. Los autores contemporáneos, como Giuseppe Chiovenda, sostienen: la acción es el poder jurídico de realizar la condición para la actuación de la voluntad de la ley.

Massari, Abraham Bartolini Ferro, Enrique Jiménez Asenjo, Florián y algunos más, indican: la acción, es un poder jurídico.

Eugenio Florián, concluye: la acción penal, es el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal.

El poder jurídico, a que se refiere Florián, es el que se desprende en lo dispuesto en la ley y que se justifica en el caso de que se infrinja una disposición de las que integran el derecho penal y, precisamente, con la finalidad de que sea definida la pretensión punitiva estatal, previa satisfacción de determinados requisitos, sea provocada la intervención del juez y en su oportunidad, la definición mencionada se traduzca concretamente en una declaración de culpabilidad, o la absolución del acusado.

A mayor abundamiento, como el juez no debe proceder de oficio, ese poder jurídico tiene por objeto, directo e inmediato, “excitar y promover la decisión de aquél sobre la situación jurídica planteada”.<sup>17</sup>

Toca la oportunidad de estudiar las ideas del profesor Manuel Rivera Silva donde plantea “qué en el ejercicio de la acción penal, nombrada por él, la segunda actividad que abraza la función persecutoria, consiste en el llamado ejercicio de acción penal. Para entender el ejercicio de la acción penal, previamente debe darse una noción de lo que es la acción penal y, para ello, nos separaremos de los complicados bizantinismos en que incurren los autores.

Si hemos expresado que el Estado, como representante de la sociedad organizada, vela por la armonía social, lógico resulta conceder al Estado autoridad para reprimir todo lo intendente o conculque la buena vida gregaria.

Al amparo de esta autoridad, es indiscutible que en cuanto se comete el hecho delictuoso, surge el derecho-obligación del Estado de perseguirlo; más para que el propio Estado pueda actuar, resulta obvio que debe tener conocimiento del hecho e investigado éste, llegar a la conclusión de que es delictuoso, para de esta manera ejercitar su derecho ante la autoridad judicial, y así reclamar aplicación de la ley.

En otras palabras, si la autoridad es la que reconoce para efectos ejecutivos, los derechos y el Estado tiene la facultad para exigir se sancione al delincuente, debe reclamar el reconocimiento de su derecho, y ejercitar la acción penal, una vez que han reunido los elementos que lo convencen de la comisión de un delito.”<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> COLÍN SÁNCHEZ, GUILLERMO. Opus citatus. pp. 251 y 252

<sup>18</sup> RIVERA SILVA, MANUEL. **EL PROCEDIMIENTO PENAL**. 31ª Edición, Editorial Porrúa. México Distrito Federal, 2002. p. 43

“Para Eduardo López Betancourt al definir la acción penal hace referencia etimológicamente, en cuanto a la acepción de acción donde afirma que proviene de *agere*, que significa toda actividad o movimiento que se encamina a determinado fin. Así, la acción penal puede definirse como el poder o la potestad otorgada por el Estado al Ministerio Público, para que, respecto a un asunto específico, incite al órgano judicial competente a aplicar y hacer respetar el marco legal, y así resolver la controversia o conflicto suscitado.”<sup>19</sup>

Alcalá Zamora, señala que la acción penal es un poder jurídico de promover la actuación jurisdiccional a fin de que el juzgador pronuncie acerca de la punibilidad de hechos que el titular de aquella reputa constitutivos de delito.

### **1.6.2. Definición legal de la acción penal**

Hemos analizado las diferentes legislaciones concernientes al tema, con la finalidad de encontrar la definición legal de acción penal, desafortunadamente la legislación común, federal, militar y la jurisprudencia de nuestra Suprema Corte Justicia de la Nación, no nos obsequia la definición inquirida, sólo hacen referencia de la acción penal en cuestión de su desarrollo, quién debe aplicarla y ejercerla.

Debido a las lagunas de ley respecto a la definición en estudio, nos damos a la labor de definir la figura jurídica que se trata en éste capítulo, antes de hacerlo, tenemos la obligación de saber qué significa la palabra acción y penal.

De acuerdo al diccionario de la real academia española, define la palabra acción (proveniente del latín *actio-onis*) “como el ejercicio de la posibilidad de hacer; en sentido procesal, el derecho de acudir a un juez o tribunal recabando de él la tutela de un derecho o de un interés; facultad derivada de un derecho subjetivo para hacer valer en juicio el contenido de aquél.

---

<sup>19</sup> LÓPEZ BETANCOURT, EDUARDO. Opus citatus. p. 93

La misma institución, define la palabra penal, (proveniente del latín *poenalis*) como lo perteneciente o relativo a las leyes, instituciones o acciones destinadas a perseguir crímenes o delitos.”<sup>20</sup>

### **1.6.3. Nuestra acepción de la acción penal**

Después de estudiar los conceptos de definiciones de los autores, analizado lo concerniente en la legislación actual y jurisprudencial, hemos propuesto la siguiente definición de acción penal: Acción penal es el poder y deber jurídico del Estado para investigar, perseguir y buscar penalmente a quien o quienes infrinjan el orden jurídico penal aplicable, conferida al Ministerio Público como encargado de las precitadas funciones en contra de la conducta punible y así activar al órgano jurisdiccional para que dirima el conflicto planteado por aquél.

## **1.7. LA AVERIGUACIÓN PREVIA**

### **1.7.1. La averiguación previa en el derecho romano**

#### **1.7.1.1. El Comienzo de la Acusación**

“Interposición de la acción: *petitio; acusatio; postulatio; hominis delatio; inscriptio*.

Una vez fijado el papel de cada una de las partes, el comienzo del procedimiento por *quaestiones* exigía la interposición de la demanda (*petitio, acusatio, postulatio, nominis delatio, inscriptio*), la intervención del demandado, (*in ius vocatio, sacramentum, interrogatio in iure*) o el emplazamiento legal del mismo, la regulación del procedimiento de la instrucción, en cuanto este procedimiento necesitaba que el magistrado diera órdenes especiales, y el señalamiento del día fijo en que había de comenzar la controversia.

La interposición de la demanda la designada la ley de *repetundis* del tiempo de los *Gracos* con expresiones técnicas usadas en el procedimiento civil para las acciones personales, o sea *petere*; pero semejante denominación no cuadraba ya en el procedimiento por *quaestiones*, muy desarrollado, que no se limitaba a una

---

<sup>20</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA**. 21ª Edición, Editorial Espasa Calpe. España, 1999. pp. 20 y 1565

simple condena pecuniaria, y por eso hubo posteriormente de desaparecer y ser reemplazada por otras.

*Acusare*, palabra que en los tiempos posteriores llegó a reemplazar en el uso corriente a la de *petere*, no era, voz característica de ninguna forma determinada demanda, sino que designaba la acción y acentuaba únicamente su aspecto ético, de suerte que no es posible deducir las modalidades del procedimiento fijándose en esta denominación que, si hablamos en general, no es propiamente técnica.

*Postulare* significa proponer, pedir, y se empleaba procesalmente para designar toda propuesta o petición que hacía alguna de las partes al magistrado director de la causa; muy frecuentemente se usaba para designar la propuesta o petición hecha para que se permitiera la demanda; pero lo regular era que se añadiese determinadamente la acción que se pretendía ejercer, *postulare de pecunis repetundis*.

Por lo que a la forma respecta, sólo es posible deducir, que en este acto no se verificaba entre las partes contendientes, sino entre el actor de un lado y el magistrado de otro.

La manera técnica de designar la interposición de la demanda en el procedimiento por *quaestiones* era, por parte del actor, *nomen referre*, y correlativamente, por parte del magistrado, *nomen recipere*.

*Deferre* significa literalmente denunciar, es por esto que se le denominaba *delator*, aquel que hacía una denuncia. Por lo tanto, resulta claro que aquí, lo mismo que en el *postulare*, el acto tuvo lugar entre el magistrado y el actor, sin intervención del demandado.

*Nomen* indicaba en este respecto la inclusión de la persona sobre quien recaía la denuncia en la lista de las demandas. Esta denuncia, con inclusión de la

persona que había de ser demandada en la lista, era cosa desconocida en el procedimiento privado; la incoación del litigio por denuncia era contraria a la esencia del juicio arbitral, y de igual modo es asimismo difícil que el pretor hiciera una lista de demandados, pues una vez concluido el procedimiento preparatorio, que por su misma índole había de realizarse de un modo sumario, el magistrado no tomaba después participación alguna en las ulteriores discusiones y actos practicados ante el jurado, sino que éste seguía su marcha independientemente del pretor. En el antiguo sistema penal público, que era un procedimiento inquisitivo que regularmente se ponía en movimiento por medio de denuncia, tienen que haber existido necesariamente delaciones de ésta clase y designación de términos; no faltan en absoluto los vestigios de estas antiguas *delationes*.

El procedimiento por *quaestiones* prescribió en su primer etapa la *in ius vocatio*, habitual en el procedimiento privado. La designación de los términos fue introducida seguramente tan luego como se atribuyó al pretor peregrino las facultades de dirigir por sí mismo, personalmente, los procesos de *repetundis*.

Al momento de que se estableció un pretor especial para esta clase de delitos, la función principal que el mismo tuvo de desempeñar fue la de fijar el papel o situación de los contendientes en el asunto, igual que sucedió en el antiguo procedimiento criminal, y es probable que juntamente con esto se confiara a dicho pretor la facultad de rechazar la demanda en caso de que se hubiera perdido el derecho a interponerla.

La lista de demandas, se formaba por la inclusión de las mismas en el protocolo judicial, por la *inscriptio*, de la cual iba, regularmente, precedida de una previa presentación del actor. Después de consignar en ella la fecha y el nombre del magistrado que dirigía la causa, se expresaran los nombres del demandante o demandantes y del demandado y la ley penal cuya violación se imputaba a éste, y también, a lo menos muchas veces, se describía brevemente el hecho punible de que se tratara. El actor mismo era quien, por regla general, hacía la *inscriptio*, y si

él no sabía o no podía escribir, lo hacía otra persona en representación suya, y se hacía constar esta circunstancia.

Los elementos que no se presentaban en primera línea en el protocolo, esto es, los demandantes accesorios y el fundamento especial de la demanda, se colocaban frecuentemente en concepto de *suscriptores* o como *suscriptio* de la *inscriptio*.

Pero como el fundamento de la demanda era lo que en realidad daba precisión al acto, la *subscriptio* era exigida también por la demanda misma; por lo tanto, *inscriptio* y *subscriptio* venían a confundirse y equivalerse.

#### **1.7.1.2. Juramento de calumnia**

Al hacer la inscripción, el actor había de prestar el juramento de calumnia, al menos al hacer la citación privada, lo mismo que sucedía en el procedimiento privado; sin embargo, no es seguro que se les exigirá a todos los demandantes, y difícilmente fue considerado este juramento como la base legal de la acción contraria de calumnia que contra el acusador podía llegar a entablarse. Además, en los tiempos posteriores, al momento que el actor hiciese la inscripción, era preciso que presentase un fiador si quería que el asunto siguiera en curso. Tiempo más tarde dejó de ser obligatoria la inscripción, el procedimiento pasó desde el campo de la acusación al de la cognición.

#### **1.7.1.3. Intervención del acusado: *in ius vocatio*; *sacramentum*; *interrogatio lege***

La admisión del demandado en el procedimiento pertenece al periodo de la contienda jurídica; es lo que la tradición nos ha transmitido con las denominaciones de *in ius vocatio*; *sacramentum* e *interrogatio lege*.

La *in ius vocatio*, o sea lo que en derecho civil representaba el hacer una citación privada, fue puesta antes que la *nóminis delatio* en la ley *de repetundis* de

los Gracos. Sin embargo, en los procesos de ésta índole que efectivamente se siguieron, no encontramos, ni siquiera en el de Verres, huella alguna de que el precepto dicho se pusiera en práctica; por el contrario, lo vemos plenamente realizado, tal y como figuraba en el procedimiento civil de las Doce Tablas, en la parodia de *quaestiones* que tuvieron lugar todavía en una época del Imperio.

En los tiempos anteriores a los Gracos, los procesos de *repetundis*, se habrían siempre en *sacramento*, o lo que es igual, con la forma con que el antiguo derecho civil prescribía que se entablaran todas las acciones privadas que no gozarán de alguna excepción especial; pero la necesidad del empleo de la misma quedó abolida por el sistema procesal que para este delito ha llegado hasta nosotros.

La interrogación al acusado, que vemos mencionada con frecuencia, igualmente que la *nominis receptio*, es difícil que se tomarán del antiguo procedimiento criminal en que sólo intervenía el magistrado; más bien se derivaron del procedimiento civil. Según la ley, el que interrogaba era el magistrado, de la propia manera que en el procedimiento civil únicamente al magistrado a quien correspondía el derecho de hacer las preguntas al demandado; en realidad, sin embargo, claro es, quien las hacía era el actor.

No se precisaba en manera alguna el objeto o contenido de las preguntas; pero como quiera que sea esta forma de procedimiento no consentía un interrogatorio propiamente dicho, únicamente se preguntaría si el acusado reconocía la competencia del alto tribunal establecido por la correspondiente ley, o si, por el contrario, tenía objeciones que presentar, o si se reconocía o no se reconocía reo de alguna falta contra esta ley. Por donde se ve clara la necesidad de que, al interponer por escrito la demanda, se mencionara en ella la correspondiente ley, y que, por consecuencia de esto, y con relación también a todas las demás circunstancias que rodeaban el asunto, la interrogación hubiera de hacerse antes de constituirse el tribunal del jurado. Así el silencio que sobre este acto se guarda en el proceso contra Verres, y en general en todos los

procesos que con mayor exactitud conocemos, como el establecimiento de la *interrogatio lege illa* y de la demanda del actor al lado de la constitución de un tribunal de jurado previsto por la misma ley, hacen sospechar con fundamento que las dos cosas se hallan entre sí en una relación alternativa.

Los dos principios jurídicos igualmente comprobados, según los cuales el procedimiento penal podía incoarse, era por medio de citación privada, o unilateralmente por el actor, hubieron de ser equiparados por la introducción de un doble procedimiento, a saber: de un lado, por la vía civil normal, mediante la citación privada, preparación del litigio por el magistrado e interrogación por el mismo al demandado acerca de su culpabilidad, y se llevaba el asunto así preparado a la lista de las demandas siempre que la contestación fuera negativa; de otro lado, por el procedimiento penal público normal, mediante denuncia ante el magistrado, ofrecimiento hecho por el denunciante de probar los hechos denunciados en juicio contradictorio, y aceptación por parte del magistrado de este ofrecimiento, con la necesidad de quedar asentado que el inculpado estuviese en la lista de los demandados.

La *in ius vocatio* y la *nominis delatio* habían de ser formuladas alternativamente. La primera, única permitida en un principio, es probable que en los tiempos posteriores fuese la normal legalmente; sin embargo, sólo por excepción se hacía uso de ella. Es posible que más tarde las leyes, por ejemplo el sistema procesal de la ley Julia, abolieran formalmente la citación privada como medio de incoar el procedimiento criminal. La segunda, que era el único procedimiento en vigor durante el Principado, excluyó todas las actuaciones anteriores al emplazamiento. No queda vestigio alguno de que el magistrado tomase parte en la acusación al demandado; de haber existido tal participación, pudiera ella considerarse como un medio de mostrarse parte en el asunto. El actor no estaba tampoco obligado a dar noticia de la interposición de la demanda al demandado; de tal notificación se habla muchas veces, pero no de tal manera que

su práctica o su omisión pudieran ser consideradas en el número de las cosas esenciales al proceso penal.

Evidentemente, el procedimiento por *quaestiones*, que exigía al magistrado el acuerdo de las dos partes contendientes para que tuviese lugar el litigio privado, le prescribía aquí abrir el proceso penal público y sustanciarlo, con citación de ambas partes, con solo que se hubiera presentado la denuncia por una de ellas. Esta citación hecha por el magistrado fue la principal causa del desarrollo del procedimiento por jurados bajo la presidencia del magistrado, y esto es lo que ante todo distingue la *quaestio* del juicio civil ordinario. La citación del procedimiento penal público, hubo de mitigarse, sin duda en armonía con el carácter mixto de este procedimiento, puesto que aquí prescinde de la coerción personal; de manera que el magistrado que entra en funciones a consecuencia de la interposición de la demanda privada, no tiene facultades para hacer llevar por la fuerza ante el tribunal al demandado, ni para arrestarlo; en cambio, dicha citación se equiparaba a la que tenía lugar en el procedimiento público propiamente dicho, en que el demandado no tenía que ejecutar ningún acto positivo antes que llegara el término, sino que dentro de este era interrogado sencillamente después de su comparecencia o no comparecencia, en la que hubiese podido continuar en último resultado la causa, aún en ausencia suya, hasta quedar sentenciada.

#### **1.7.1.4. Consecuencias del momento en que quedaba establecida la acusación**

El momento en cuestión engendraba consecuencias jurídicas tales como:

1º El momento de quedar entablada la acción era el decisivo para contar el plazo en que podía interponerse la demanda, o también el que se debía resolver la ya interpuesta.

2º La limitación de los derechos civiles -si bien, claro está, el demandado podría ser tenido como culpable hasta que el tribunal diere su sentencia-ya en los tiempos de la República comenzó a contarse desde que quedaba pendiente la

demanda, en algunos casos, y esto se hizo regla general según el derecho de los emperadores, por cuanto a dicho demandado se le negaba el acceso a los cargos públicos, sobre todo si se ejercían contra él acciones capitales.

3º La regla del derecho civil, según la cual, los procesos privados que se seguían por causa de delitos, desde el instante en que intervenía en ellos la autoridad judicial, cambiaban su carácter de procesos penales por el de pleitos sobre obligaciones, y por lo tanto, si morían el actor o el demandado, el proceso pasaba a sus herederos, no era aplicable a la forma antigua del procedimiento penal en que sólo intervenía el magistrado; pero, al menos la jurisprudencia del siglo III, la aplicó a las *quaestiones*, por cuanto las consecuencias económicas o patrimoniales de las mismas se consideraban y se trataban como obligaciones procedentes de delitos.

#### **1.7.1.5. Plazo para interponer la acusación**

El momento en que quedaba entablada la acción no era siempre el mismo. Por lo menos la prescripción del proceso, comenzaba a contarse en un principio desde el instante de la inscripción; en cambio, para otros casos, y según la legislación Justiniana, aún por lo tocante a la prescripción del proceso, se consideraba como comienzo de este el momento en que empezaba la controversia de las partes, cosa que, en este aspecto, recibía la denominación de litiscontestación criminal. Es singular la manera como apareció este concepto. El procedimiento por *quaestiones* era indudablemente un producto mixto, resultante de la combinación del procedimiento privado y del procedimiento penal público, y por consecuencia, como se comenzaba por el *sacramentum*, y en general por la *in ius vocatio*, no podía menos de existir en él la litiscontestación.

Pero en la práctica, se hacía un uso poco menos que exclusivo de la *nominis delatio*, que era unilateral, y por lo mismo la intervención del demandado quedaba excluida, no existían, por lo demás, consideraciones ni de orden teórico ni de

orden práctico que exigieran la extensión de la misma al procedimiento por *quaestiones* en general.

#### **1.7.1.6. Litiscontestación criminal**

La litiscontestación criminal no aparece hasta la jurisprudencia de los tiempos de Severo y posteriores, y en cuanto a esta época, se explica muy bien la introducción del concepto que nos ocupa, porque el hacer pasar a los herederos de una persona que hubiere muerto mientras el proceso estaba pendiente la obligación de satisfacer las penas pecuniarias que la misma tuviera que pagar, era cosa que afectaba a los intereses fiscales. Es sumamente probable que la percepción de dinero por parte del Estado hiciera que se inventara la teoría jurídica de que se trata.

#### **1.7.1.7. Regulación por el magistrado de la instrucción preparatoria llevada a cabo por el acusador**

Si en el procedimiento penal público correspondía al magistrado verificar la instrucción de la causa y presentar las pruebas ante la ciudadanía, o sea la adquisición, en el procedimiento por *quaestiones*, tanto la instrucción como la práctica ante el tribunal de las pruebas preparadas, eran cosas que quedaban encomendadas a un particular, y, generalmente, a él es a quien se confiaba el cuidado de reunir como pudiera el material indispensable para probar los hechos que se ventilasen. Pero la situación de este particular, como instructor que realizaba sus funciones por comisión del juez, daba hasta cierto punto, al sumario que instruía, el carácter de la cognición practicada por el magistrado.

Tales atribuciones, que traspasaban los límites de los derechos reconocidos al demandante privado, se le concedían al acusador, ya por el sistema mismo de las *quaestiones*, o sea por las leyes que regulaban este procedimiento, ya también por virtud de especial autorización que le diera el magistrado que dirigía la causa. Si la instrucción había de practicarse fuera de Roma, entonces se le concedían al particular instructor, de un modo análogo a lo que pasaba con el gobernador

provincial, cierto número de compañeros (*comites*) que le sirvieran de auxiliares para el desempeño de su misión; la ley fijaba el *maximum* de estos auxiliares que podrían concederse. Durante el Imperio, la inquisición en las causas de *repetundis* no la verificaba el representante del perjudicado, sino este mismo.

#### **1.7.1.8. Fijación del día para la vista**

Pertenecía también a la serie de los actos preparatorios del proceso que estaba para ventilarse, en caso de que el mismo se hubiera de llevar ante el jurado, la constitución de este tribunal por vía de sorteo o de edición y recusación. No es cosa muy clara la de saber en qué etapa del procedimiento preparatorio se verificaba este acto; presumir que las leyes reguladoras de cada una de las *quaestiones* mandarían cosa diversa acerca del asunto.

La regla general fue elegir los jurados que habían de actuar en cada una de las causas antes que comenzará la lucha contradictoria, pues de este modo no se molestaba inútilmente a la mayoría de los que figuraban en la lista general. En la causa formada por la muerte de Clodio, las discusiones se verificaron ante todos los jurados llamados, y el sorteo de los encargados de votar se hizo inmediatamente antes de la votación; pero, sin la menor duda, este procedimiento fue excepcional. La edición, introducida por la ley *de repetundis*, dada en tiempo de los Gracos había de tener lugar dentro del plazo de sesenta días; comenzaba probablemente el día de la inscripción de la acción, y de tal manera, que el actor, dentro de un plazo de veinte días, daba a conocer al acusado el nombre de cien jurados, de entre los 450 señalados para estas causas, y de esos cien, elegía luego el demandado cincuenta dentro de los cuarenta días siguientes, y esos cincuenta jurados, más el presidente, componían el tribunal. Por el contrario, el sorteo se hacía la mayoría de veces del número total de jurados, así de los que hubieran de votar como de los que podían ser recusados, tenía lugar la recusación inmediatamente antes de comenzar el procedimiento contradictorio y quedaban libres los que no hubiesen de intervenir en la votación.

#### **1.7.1.9. Juramento de los jurados**

En el sistema antiguo no se exigía juramento a la persona o personas llamadas a dar un veredicto. A los funcionarios a quienes se encomendaba la pronunciación de sentencias o la dirección de procesos, jamás se les exigió juramento, y es probable que en un principio aconteciera otro tanto con los jurados. Pero según parece, desde bien temprano se introdujo el uso de que si un particular hubiera de fallar o votar en un asunto jurídico, debía fortalecer con el juramento la convicción de su conciencia. Entonces se permitió que todo magistrado que dirigiera un proceso acusatorio tomara igual juramento, antes de comenzar las discusiones, a los jurados que habían de dar en él su voto. El primero que ordenó como medida general el juramento judicial, fue Justiniano. Los nombres de los jueces jurados se hallaban expuestos en el local donde se administraba justicia, para conocimiento de todo el mundo.

#### **1.7.1.10. Señalamiento de un nuevo día**

Por prescripción legal había que señalar nuevo plazo si el magistrado se hubiera descuidado o si no se hubiera reunido número suficiente de jurados. Pero también podía suceder que, a petición de una sola o de ambas partes, el tribunal dejara sin efecto el señalamiento hecho e hiciera uno nuevo, siempre que estimara suficientes los fundamentos para ello alegados. Para presentar estas disculpas se permitía servirse de representante, el cual no era admitido para ninguna otra diligencia del proceso penal.

Aún en los casos en que una o ambas partes hubieran dejado de acudir al llamamiento hecho, sin alegar justificación de su falta, el tribunal podía señalar a su arbitrio otro día para la comparecencia. Por otra parte, con el fin de evitar que se alarguen los procesos, en los tiempos posteriores se señalaron plazos máximos para éstas dilaciones. El último caso, la no presentación del demandante producía la caducidad de la acción, a no ser que el demandado quisiera continuar la causa para poder, con su absolucón, fundamentar el ejercicio por su parte de la acción de calumnia; en caso de que el demandado fuera quien dejara de acudir a la

citación, entonces, en los asuntos penales de menor importancia, se le seguía la causa en rebeldía, y en los delitos más graves se suspendía el procedimiento, y se aplicaba, o bajo reserva de aplicarle, los medios coercitivos.

#### **1.7.1.11. Orden en que se conocía de las causas**

Este señalamiento de términos trajo como resultado la formación de una determinada sucesión serial de procesos, es decir, de un *ordo* procesal, ya que eran múltiples las causas que tenían que dirigir o que resolver un mismo magistrado. Para señalar este orden se tenía en cuenta, por regla general, el que habían sido interpuestas las acciones; sin embargo, la regla podía sufrir excepciones, es decir fuera del orden (*extra ordinem*), ya en atención al plazo que para instruir el proceso si conseguía al actor, ya por tratarse de causas conexas, por la gravedad del asunto. Las acciones por causa de coacción que, lo mismo que las acciones privadas, se llevaban ante el pretor, y conocía de ellas, bajo la presidencia de este, *quaesitores*, nombrados al efecto, estaba legalmente dispuesto que se sustanciases y fallasen fuera del orden. ”<sup>21</sup>

#### **1.7.2. La averiguación previa en el derecho Anglosajón**

Respecto al tema que nos toca estudiar, debemos decir que no existió como tal en el derecho anglosajón primitivo, pero existieron figuras jurídicas análogas que debemos estudiar, por lo tanto haremos un análisis de la analogía de la averiguación previa en el derecho anglosajón; como se ha dicho anteriormente los sajones estaban extremadamente atrasados con su derecho respecto al derecho romano, así, simplemente explicaremos la forma en que perseguían los delitos y ante quienes se juzgaba.

El autor de la obra titulada “derecho anglosajón”, de nombre *Edward Jenks*, nos habla de cómo se llevó a cabo el derecho penal anglosajón.

---

<sup>21</sup> MOMMSEN, TEODORO. Opus citatus. pp. 249-259

“En el derecho inglés, toda regla de conducta hecha obligatoria por el Estado presenta, en casi la totalidad de los casos, una de estas dos formas: la decisión o resolución de un juez o tribunal, o la promulgación de una ley.

La forma judicial es la más antigua de las dos: mucho antes que naciera la primera ley, aparte de las ordenanzas de los Reyes que reinaron durante los primeros dos siglos subsiguientes a la conquista normanda, los jueces del rey, dictaban ya sentencias y establecían reglas de conducta que habían sido registradas cuidadosamente en los *Rolls*, desde sus tribunales de *Westminster* y en sus circuitos por los Condados.

La particularidad más característica de esta forma jurídica está, en que combina en solo dos etapas que, en teoría, y en el caso de la ley también de la práctica, serán completamente separadas. De acuerdo con los principios de la ciencia jurídica, una regla que el pueblo está obligado a cumplir, bajo pena de alguna desagradable consecuencia, si deja de hacerlo, debe ser primero explicada clara y llanamente, y entonces hecha efectiva contra los que la contravienen.

Este principio que es completamente sano; pero en los negocios humanos son muy difíciles de aplicar los principios científicos de una manera absoluta y completa, y esta dificultad sucede. En las primitivas etapas del desenvolvimiento social en los casos en que la maquinaria legal no tenía el debido desarrollo.

En las épocas en que los jueces del rey, establecidos en Inglaterra en la segunda mitad del siglo XII, estaban dedicados a la tarea de administrar justicia a los súbditos, no tenían ninguna regla formalmente establecida que aplicar.

El parlamento no existía aún, porque nació un siglo después del establecimiento regular de los tribunales de justicia del rey, así es que no tenían ningún libro de leyes que les sirviesen de guía. Periódicamente, surge la teoría de que los jueces del rey, en los siglos XII y XIII, encontraban en el derecho romano,

en el *corpus iuris civiles*, su fuente de inspiración; y no puede ponerse en duda que el derecho romano, de cuyo estudio se produjo un gran renacimiento en las universidades de la Europa continental, al mismo tiempo que los jueces ingleses comenzaron a ejercer sus históricas funciones, tuvo una grandísima influencia, aunque indirectamente, sobre la formación del derecho inglés; y probablemente a él le debe una de sus originales características: su individualismo.

Tanto uno como otro derecho, consideran a la sociedad, más como una colección de individuos a los que se garantiza una esfera de acción definida, con derecho a reclamar contra el que la perturbe en ella, que como una comunidad en que los intereses individuales antes de subordinarse al fin común.

En este aspecto, el *common law* ofrece un violento contraste con el anterior estado social, existente entre los ingleses antes de que hubiesen sido disciplinados por el sistema normando; y por esto fue, por lo que, felizmente, los jueces del rey no intentaron aplicar en los siglos XII y XIII las reglas del *corpus iuris civiles*, a la Inglaterra de aquellos días, como se había hecho en muchos países de Europa; sino que lo hicieron, y así alcanzaron en ello un verdadero éxito, fue reunir y condensar las diversas costumbres locales, se reducirían a una fórmula general aplicable a todo el país: el *common law*.

Y esto lo hicieron, no por medio de una formal y completa afirmación sistemática, sino en cada caso que surgía, escuchaban primero los hechos, que después declarado el jurado, y decidían sobre ellos cuál de las partes había infringido la costumbre aplicable o, si se trataba de materia penal, si el acusado era culpable del delito de que se le acusaba.

Es evidente que, en un procedimiento de esta clase, lo más fundamental no es la explicación racional de los principios legales, sino la acusación de la Corona, o el acusador, los resultados de la prueba de los testigos, el veredicto del jurado y el pronunciamiento de la sentencia. Sólo por un proceso inconsciente de

inferencia, podía un espectador darse cuenta de que, antes de declarado culpable, tenía que probarsele al acusado que había infringido alguna regla de conducta, de la que el juez era campeón y defensor.

Este procedimiento fue fácil en los tiempos en que, como se da por supuesto, la regla a aplicar estuviese de acuerdo con la norma establecida por la comunidad; por lo que, al parecer, no sería tan sencillo en los primitivos tiempos del funcionamiento de los jueces del rey, era exponer la regla que el acusado había infringido; y de aquí que surgiera la práctica de estudiar el derecho del caso, no los inexpertos registros del tribunal, en que sólo se hacía constar los nombres de las partes, las alegaciones y excepciones, y el resultado del juicio, sino en las palabras usadas por el juez al dictar sentencia, o al presentar al jurado, que se reproducían en los *reports* que se publicaban, en las causas.”<sup>22</sup>

#### **1.7.2.1. Los Tribunales de Justicia Anglosajones**

“Las primeras cuestiones, quizá las más importantes, que tenían que resolver los funcionarios reales, eran las *Pleas of Crown*, que son hoy la denominación técnica de la clase más importante de asuntos judiciales, a que nosotros llamamos asuntos criminales; la esencia de los cuales, no es más que una petición de la Corona para que se imponga un castigo o penalidad a una persona, a la que se acusa de haber cometido una infracción a la ley.

Hoy, para que un proceso de esta clase pueda llevarse a cabo científicamente, tiene que desarrollarse en cuatro distintas etapas: en primer lugar, la acusación definida de una persona, que afirma tener conocimiento de la existencia de un delito; en segundo lugar, la prueba de los hechos; después, una afirmación, plena de autoridad, del precepto legal que se alega haber sido infringido; y, finalmente, si el delito resulta probado, la condena del culpable y el castigo consiguiente. En la justicia salvaje, de revancha, se realizan también estas mismas operaciones, pero

---

<sup>22</sup> JENKS, EDWRD. **EL DERECHO INGLÉS**. 3ª Edición, Inglesa. Editorial Reus. Madrid España, 1930. 46-62

por una misma persona: el vengador es acusador, testigos, juez y ejecutor en una pieza.

En la justicia civilizada, es de esencia que estas etapas de procedimiento estén separadas en el tiempo, y sean llevadas a cabo por personas distintas.

La comunidad aparta un cierto número de personas, preparadas convenientemente para resolver las cuestiones de discusión, se dio uno de los pasos magistrales de la civilización.

Pero el examen de los orígenes de la justicia criminal inglesa, surge una cuestión muy importante: ¿no se atribuye a la Corona las funciones incompatibles de acusadora y Juez, y no es uno de los conceptos fundamentales de la administración de justicia, es que nadie puede ser juez en su propia causa? Sin ninguna duda, que se pasó mucho tiempo antes de que la justicia criminal inglesa se viese libre de esa tacha.

Es probable que al principio, la información que servía de base a una acusación criminal, procediera de informadores accidentales, que daban cuenta al *sheriff*, el cual llevaba el caso ante un cuerpo de acusadores juramentados, llamados *indictors* de los que el rey Enrique II, en su gran Ordenanza de *Assies de Clarendon*, de 1166, hizo los acusadores esenciales en todo caso de delito grave; y estos son los que constituyen el Gran Jurado, o Jurado de acusación, de nuestros días. Pero con las limitaciones en las facultades de los *sheriffs* que se les impusieron enseguida, la Corona tuvo necesidad de nombrar funcionarios especialmente encargados de la persecución de los delitos; y de este modo, la Corona quedó convertida en acusadora y Juez al mismo tiempo.

Es una cosa indudable que, durante algunos siglos, la balanza de la justicia estuvo vencida por esta causa, muy ostensiblemente, en perjuicio de los acusados.

Quizá la mitigación más práctica de este mal estuvo en que un gran número de acusaciones criminales fueron siempre, llevadas por las partes más inmediatamente agraviadas por el delito; aunque los procedimientos se lleven siempre en nombre de la Corona.”<sup>23</sup>

Explicemos ahora los estudios del autor Oscar Rabasa, él explica la averiguación previa en el derecho anglosajón, y nos remite a la figura de los *indictmens*, que eran las investigaciones que se hacían para poder formular la acusación del probable responsable en las épocas antiguas del derecho inglés, y así poder juzgar ante el jurado que es propio del derecho inglés; estudiemos ahora los orígenes de ésta figura y así de un modo análogo inferir lo que fue la averiguación previa en los orígenes del derecho anglosajón.

“La institución anglosajona del jurado originalmente tuvo su desarrollo no en los juicios penales, sino principalmente en los civiles, los orígenes del jurado se atribuyen a la *inquisitio romano*, o sea, el arcaico procedimiento empleado por los gobernadores de las provincias del Imperio Romano, **para averiguar**, por medio de preguntas que los magistrados hacían a las principales personas de una localidad, cuáles eran las posibilidades económicas y los tributos con que cada región podía contribuir a las arcas públicas.

Este procedimiento de inquisición fiscal pasó después a los francos y por último a los normandos, quienes lo introdujeron en Inglaterra, después de conquistar este país, como una prerrogativa exclusiva de los primeros reyes ingleses, que lo empleaban para los mismos fines de estadística fiscal, hasta que Enrique II, por virtud de las dos ordenanzas que dictó en los años 1166 y 1179, al crear las primeras acciones de posesión y dominio, suprimió por cuanto a estas dos acciones los primitivos métodos de enjuiciamiento de los anglosajones para sustituirlos por el juicio racional del jurado, hizo extensivo este modo de sistema

---

<sup>23</sup> JENKS, EDWARD. Opus citatus. pp. 75-79

inquisitorial de origen más bien administrativo, a las contiendas legales de orden civil entre los particulares.

Este método de inquisición o **averiguación** primeramente aplicado a las acciones posesorias y de dominio, los tribunales de *common law*, a partir del siglo XIII, comenzaron a desarrollar el modelo de lo que más tarde se convirtió en el juicio del jurado.

Este grupo de personas no fue traído a juicio por decretos reales, sino por los mismos litigantes durante la secuela del proceso, para determinar las cuestiones de hecho planteadas en contención; recibió el nombre de *jurata*, o jurado, precisamente porque actuaban previo juramento; eran citados no por orden real, si no por mandamiento del tribunal que conocía del proceso, y son el germen de la moderna institución del jurado, que todavía se compone de doce personas vecinas de la localidad donde se tramite el juicio, en Inglaterra y en los Estados Unidos.

La nueva institución, que fue, de origen civil, posteriormente también se aplicó a los procesos penales, en los que lleva el nombre de *petty jury*, o pequeño jurado, al cual en nuestro sistema de derecho llamamos jurado popular, para distinguirlo del *grand jury*, o gran jurado, que en los procedimientos angloamericanos **es el órgano que formula la acusación penal** en contra del presunto responsable de un delito, a efecto de que se les siga proceso.

Como primitivamente los tres juicios arcaicos mencionados eran las únicas formas establecidas por las leyes de los anglosajones y normandos para resolver sobre la responsabilidad o inocencia del acusado, en los procesos penales el juicio ante jurado dependía, teóricamente, del consentimiento del procesado, quien conservaba como derecho potestativo en recurrir a los viejos procedimientos o al nuevo.

De modo que era cuestión de derecho del propio reo el demostrar su inocencia mediante cualquiera de los sistemas antiguos, del cual no podía ser privado sin su consentimiento expreso; pero como el juicio del duelo o de combate era, improcedente contra la Corona, parte actora en un proceso penal, el juicio de las ordalías quedó suprimido desde 1219, y el de juramento era inaplicable en materia penal, de todo ello se llegaba al resultado extraordinario de que el acusado que se negaba a someterse al procedimiento del jurado no podía ser enjuiciado de ninguna manera. Para resolver este dilema, los jueces ingleses, tan apegados a las viejas formas de la ley, que sólo modificaran mediante ficciones jurídicas de reforma disimulada y tras largos procesos evolutivos, recurrían al expediente, práctico pero inhumano, de aplicar al acusado renuente la *peine forte et dure* (tortura fuerte y dura), se acostada al prisionero, cuan largo era, completamente desnudo en el suelo de la prisión y se le ponían pesos encima hasta que "consentía" en ser juzgado por un jurado, o moría aplastado por el enorme peso que se le colocaba encima.

Con tal de no violar el texto de la ley, los jueces tradicionalistas de esa época preferirían sacrificar a la víctima que no se sometiera voluntariamente a dicha forma de juicio, transcurrieron más de quinientos años de esta práctica bárbara antes de que se llegara a la solución racional y moderna de llevar a todo procesado ante jurado para que éste lo juzgue, con o sin su consentimiento. La tortura judicial estuvo en vigor hasta 1732, año en que por disposición de una ley, la negativa del acusado para alegar en su propia causa constituía una confesión tácita de responsabilidad; pero en 1827 se dispuso que en tales casos debe considerarse que el reo niega la acusación formulada en su contra, y en estos términos se continúa el proceso hasta que se dicta la sentencia, de conformidad con las constancias procesales.

La moderna institución del jurado, que, la formaban doce vecinos de la localidad, quienes resolvían las cuestiones planteadas **únicamente por conocimiento personal de los hechos** o bien por fama pública, funcionaba al

principio de un modo confuso, pues los jurados asumían el doble carácter de testigos y de jueces a la vez; conocían los hechos personalmente, y a través de este conocimiento subjetivo dictaban su fallo. Evolucionó el sistema, y entonces las funciones se separaron: los jurados dejaron de ser testigos para conservar exclusivamente su calidad de jueces de hecho, obtenían el conocimiento de los datos en los procesos del testimonio de los testigos citados ante el tribunal o de las pruebas documentales, se enteraban del derecho aplicable a los hechos mediante instrucciones expresas dadas por el juez.”<sup>24</sup>

## **1.8. Definición de Averiguación Previa**

### **1.8.1. Definición doctrinaria de averiguación previa**

Antes de explicar que es la averiguación previa no está por demás aclarar que hay algunos autores quienes aceptan que el Ministerio Público realiza dos tipos de actos procedimentales: investigatorios y acusatorios, con diferentes consecuencias cada uno de ellos.

Ahora sí podremos definir que es la averiguación previa, de acuerdo con el profesor Julio Antonio Hernández Pliego afirma que “la averiguación previa es el inicio y realización de todas las diligencias necesarias, para resolver si el Ministerio Público ejercita o no la acción penal. Dicho profesor asevera que en la averiguación previa que se inicia partir de la denuncia o la querrela, en su caso, el Ministerio Público **realiza actos de investigación**, en preparación del ejercicio de la acción penal, la cual, de satisfacerse los presupuestos indispensables, será deducida al consignarse los hechos ante el juez. Se afirma, entonces, que la acción penal es posterior al delito y éste es el que la origina.”<sup>25</sup>

Expondremos lo que el profesor Guillermo Colín Sánchez denomina fase preparatoria de la acción penal conocida como averiguación previa, él conceptúa al precepto mencionado “como la preparación de la acción penal que se realiza en

---

<sup>24</sup> RABASA, OSCAR. Opus citatus. pp. 113-117

<sup>25</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO. Opus citatus. p. 91

la investigación previa, etapa procedimental en que el Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de policía judicial, práctica todas las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar la acción penal, y deberá integrar, para esos fines, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad.”<sup>26</sup>

“Para el profesor Jorge Alberto Silva Silva afirma que una vez que se presenta la condición de procedibilidad, estamos en aptitud de iniciar los primeros actos procedimentales. Éstos entran en lo que el código federal denomina " averiguación previa".<sup>27</sup>

La averiguación previa se inicia con una resolución de apertura de la misma, también conocida como auto de *ad inquirendum* (providencia por la cual se ordenan averiguaciones), y supone que se ha satisfecho el requisito de procedibilidad correspondiente.

Por lo que hace a la esencia de la averiguación previa normada por la ley secundaria, tal parece que no ha habido consenso para determinar qué es. Tanto la ley como los precedentes judiciales y la propia doctrina se muestran en desacuerdo con respecto a su esencia. Podemos decir que las ideas que se han expuesto se reducen a dos corrientes o posiciones fundamentales:

**a) Criterio de promoción.** Entre las ideas que podemos considerar tradicionales, se sostiene que a través de la averiguación previa el Ministerio Público prepara la promoción de la acción procesal. Militan en esta corriente González Bustamante, Rivera Silva, Colín Sánchez, etc.

**b) Criterio de determinación.** En este enfoque encontramos las ideas de Sergio García Ramírez. Según este criterio, el Ministerio Público no prepara la acción procesal penal, sino la determinación (del sujeto encargado de promoverla) acerca de si la inicia o no. Es decir, no es lo mismo preparar la **promoción** de la

---

<sup>26</sup> COLÍN SÁNCHEZ, GUILLERMO. Opus citatus. p. 257

<sup>27</sup> SILVA SILVA, JORGE ALBERTO. Opus citatus. p. 254

**acción**, que realizar los **actos necesarios para resolver si se promueve** o no la acción procesal.

Así, sostiene García Ramírez, "la averiguación previa tiene como objetivo directo **preparar la determinación** del Ministerio Público, entendida ésta en amplio sentido, por igual comprensivo del ejercicio de la acción penal o del no ejercicio. No obstante esta realidad, suele otorgarse a la averiguación previa sinónimo de preparación del ejercicio de la acción penal".

La primera posición nos lleva (en su extremo) a la afirmación de que el período de la averiguación previa es condición necesaria para la promoción de la acción penal.

Sobre este particular, la tendencia dominante parece indicar que la promoción de la acción es **ineficaz** si se omite el período de la averiguación previa. Aquí encontramos el criterio de Humberto Briceño Sierra, para quien la averiguación previa es un antecedente indispensable en el proceso penal.

Nuestros tribunales de amparo, en un precedente, se han inclinado en este sentido. En el caso seguido contra Antonio Acosta, quien fue procesado y sentenciado por el delito de peculado, la Corte resolvió que ahí no había habido averiguación previa, puesto que el Ministerio Público sólo trasladó al tribunal los documentos que le entregó la institución bancaria ofendida. Como el Ministerio Público no "ordenó" se abriera averiguación, y sólo "ejercitó la acción penal", resultó que no es válida, según la Corte, la promoción de la acción.

En posición opuesta, sostenemos que la llamada averiguación previa no corresponde a un periodo necesario, indispensable, imprescindible, forzoso o ineludible para la promoción de la acción. Al menos, no encontramos precepto legal que así lo ordene directamente.

Sostenemos, sí, que se trata de un periodo de preparación, donde se realizan actos similares a los que se realizan en los llamados medios preparatorios a juicio en los campos civil y mercantil. Y que así en éstos le es potestativo al potencial

actor iniciar los medios preparatorios, así también le debe ser al potencial al actor penal.

En suma, a través del periodo de averiguación previa el potencial actor penal o su auxiliar realizarán los actos necesarios tendientes a **determinar si promueve o no** la acción penal.

En el procedimiento penal, el agente del Ministerio Público que recibe una denuncia, antes de enviarla al tribunal prefiere conocer por sí mismo o mediante el auxilio de sus colaboradores, no sólo el contenido de los hechos en que se basa, sino también si pueden ser demostrados y, además, ser favorable la pretensión. A consecuencia de estos actos, el Ministerio Público podrá estar en posibilidades de resolver si inicia con probabilidad de éxito un proceso penal.

Este enfoque no resulta novedoso, ya que Florián lo afirmó desde hace mucho tiempo.” Las investigaciones preliminares -afirmó Florián- responden a la exigencia para resolver si debe o no promover la acción penal”.

Estudiado las acepciones anteriores, tenemos la necesidad de exponer lo que para nosotros es la averiguación previa.

### **1.8.2. Nuestro concepto de averiguación previa**

La averiguación previa son todas aquellas diligencias que conforme a derecho, realizadas por el Ministerio Público y/o coadyuvadas por las víctimas del delito, u ofendidos, encaminadas a determinar la existencia de los elementos constitutivos del cuerpo del delito y la existencia de los elementos constitutivos de la probable responsabilidad, con la finalidad de activar al órgano jurisdiccional a través del ejercicio de la acción penal, y así lograr el objetivo del procedimiento penal; que es que se castiguen todos los actos punibles a través de las sanciones establecidas en las leyes sustantivas.

De ésta manera, lograr los pensamientos de José María Morelos y Pavón, “que todo aquel que se queje con justicia, tenga un tribunal que lo escuche y le imparta justicia”.

Debemos hacer una crítica a la averiguación previa con respecto a la realidad, ya que muchos Ministerios Públicos no desenvuelven su función de investigadores como se quiso en un principio por el legislador, en la exposición de motivos del artículo 21 constitucional expuesta por Don Venustiano Carranza, cuyas ideas quedaron plasmadas en los artículos 21 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; en el sentido de que, la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, quien tendrá bajo su mando a la policía judicial, y que será aquél el obligado a buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de los delincuentes.

Como vemos la idea original de la creación del Ministerio Público es que éste fuese un investigador, persecutor de los delitos, y vemos en nuestra triste realidad que el Ministerio Público, se ha convertido en uno órgano recaudador de pruebas, emite valor probatorio sobre éstas y determina si ejercita o no la acción penal; el Ministerio Público a desvirtuado totalmente la esencia por la que fue creado.

Asimismo coincidimos con el pensamiento del profesor Julio Antonio Hernández Pliego al afirmar, que el Ministerio Público en la función de persecutor de los delitos que le encomienda del artículo 21 Constitucional, debe buscar los medios de convicción pero de ninguna manera está autorizado para desahogarlos ante sí, menos para valorarlos y todavía menos para realizar actos de jurisdicción, que por definición competen al juez, y más aún, decide si ejercita o no la acción penal.

### **1.8.3. Definición legal de averiguación previa**

Ahora enunciaremos y plasmaremos de una manera jerárquica jurídica como está regulada la averiguación previa en nuestra legislación:

“La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no alude sino de paso, a la averiguación previa. Antes de ahora, se mencionaba en el artículo 19 del precepto legal mencionado, pero actualmente (a partir de la reforma constitucional de 1999) además se mencionaba en el artículo 20, apartado A), fracción X, al señalar que las garantías establecidas para el inculpado en el proceso penal, en sus fracciones I, V, VII y IX también **serán observadas en la averiguación previa**, en los términos, con los requisitos y límites que las leyes establezcan de la fracción II, no estará sujeta a condición alguna.

Pero la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no señala las bases para la regulación de la averiguación previa, para la determinación de su temporalidad, la determinación de la autoridad que habrá de presidirla, la forma en que debe concluirse y tantas otras cuestiones similares, que generan múltiples trastornos, al grado de dividir a la doctrina en posiciones irreductibles, respecto de algunos temas que son fundamentales en la materia, y crear un caos en cuanto a la interpretación jurisprudencial, que se mueve erráticamente, para concluir y comprometer al legislativo, en una interminable serie de "parches" colocados a la legislación ordinaria, con el fin de encontrar solución a los problemas creados en la práctica diaria.”<sup>28</sup>

Asimismo, nuestro Pacto Federal reglamenta en su artículo 21 que: “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 sea auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato.

Constitucionalmente también encontramos a la averiguación previa en el artículo 19, que a la letra dice: ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado se ha puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias

---

<sup>28</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO. Opus citatus. pp. 90 y 91

de ejecución, así como los datos que arroje **la averiguación previa** los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad de indiciado.

Respecto al párrafo tercero: todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso.

Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de **averiguación** separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.”<sup>29</sup>

En segundo término, el artículo 1º del Código Federal de Procedimientos Penales, dice que en él, se regulan distintos procedimientos penales de los cuales, se encuentra la averiguación previa y se muestra de la siguiente manera:

“Artículo 1º Del Código Federal de Procedimientos Penales párrafo primero, el presente Código comprende los siguientes procedimientos:

1º El de Averiguación Previa a la consignación a los tribunales, que establece las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción penal.”<sup>30</sup>

“Como podemos ver la averiguación previa es un procedimiento que no pertenece al proceso penal, sino que es de naturaleza *siu generis* emanada de la Constitución, equivale al cúmulo de actos que corresponde finalizar al Ministerio Público durante su función investigadora del delito.

La averiguación previa no forma parte del proceso penal, lo cual es cierto e irrefutable, tanto que aquélla, además de no tener la misma en la teleología de éste (llegar a la solución de las pretensiones punitivas mediante sentencia con calidad de cosa juzgada), carece de relación procesal, de la posibilidad

---

<sup>29</sup> COMPILACIÓN VERSIÓN COSIDA. **AGENDA PENAL DEL D.F. 2005**. 10ª Edición, Ediciones Fiscales Isef. México Distrito Federal 2005 pp. 9 y 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>30</sup> COMPILACIÓN VERSIÓN COSIDA. **AGENDA PENAL DEL D.F. 2005**. 10ª Edición, Ediciones fiscales Isef. México Distrito Federal 2005 p. 1 del Código Federal de Procedimientos Penales

jurisdiccional de resolver en definitiva el litigio, además de que no intervienen en él los órganos judiciales (juez o tribunal).”<sup>31</sup>

Desprendemos de este artículo que la averiguación previa es un procedimiento autónomo que se da antes del proceso penal y, por ende, fuera de éste, sus finalidades son, primero, que se indague sobre la **notitia criminis**, a fin de probar la existencia de los elementos constitutivos del cuerpo del delito relativo y la existencia de los elementos constitutivos de la probable responsabilidad del inculpado, que constituye la función investigadora del Ministerio Público, en este caso federal, para después determinar la procedencia o no de ejercer la acción penal y pretender punitivamente, actos éstos que corresponden, a su vez, a la función acusatoria del aludido Representante Social Federal.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, aunque no lo hace expresamente, reglamenta los mismos procedimientos penales que el federal; a manera de ejemplo plasmaremos el artículo 98 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en el cual se reglamenta la averiguación previa:

“Artículo 98: El Ministerio Público o la Policía Judicial, en su caso, procederán a recoger en los primeros momentos de su **investigación**: las armas, instrumentos u objetos de cualquier clase que pudieran tener relación con el delito y se hallaren en el lugar en que éste se cometió, en sus inmediaciones, en poder del inculpado o en otra parte conocida, expresará cuidadosamente el lugar, tiempo y ocasión en que encontraron, y hará una descripción minuciosa de las circunstancias y de su hallazgo.”<sup>32</sup>

Por último y no por ser de menor importancia, “El Código de Justicia Militar también nos habla de la averiguación previa, plasmada en su libro tercero titulado

---

<sup>31</sup> DÍAZ DE LEÓN, MARCO ANTONIO. **CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES COMENTADO**. 7ª Edición Editorial Porrúa México Distrito Federal 2003. p. 5 y 6

<sup>32</sup> COMPILACIÓN VERSIÓN COSIDA. **AGENDA PENAL DEL D.F. 2005**. 10ª Edición, Ediciones Fiscales Isef. México Distrito Federal 2005 p. 98 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal

Del Procedimiento, y reglamentada ésta en su artículo 439 bis que a la letra enuncia: todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Si en la secuela del proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se **persigue**, deberá ser objeto de **averiguación** separada sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.”<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> EDICIÓN PREPARADA POR: SÁNCHEZ SODI, HORACIO. **CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR**. Editorial Greca, México Distrito Federal, 2001. p. 119

## CAPÍTULO 2

### REGLAMENTACIÓN DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL EN LOS FUEROS FEDERAL, COMÚN Y MILITAR

#### 2.1. La Acción Penal

##### 2.1.1. El monopolio de la acción penal

El maestro Hernández Pliego, opina sobre este tema que “El Ministerio Público no es el dueño de la acción penal. Solamente es un órgano del Estado al que éste encarga la persecución de los delitos por medio de su ejercicio. Es decir, el Ministerio Público, tiene el derecho de ejercitarla, pero también el deber de hacerlo.

Por eso, en el ejercicio de la acción penal no puede actuar de manera caprichosa o arbitraria, sino debe ceñir su actuación a la ley.

El artículo 16 Constitucional, regula los requisitos que deberá satisfacer el Ministerio Público para estar en aptitud legal de ejercitar la acción penal. Transcribiremos la parte conducente del artículo 16 Constitucional de acuerdo con el tema planteado:

Artículo 16 Constitucional segundo párrafo: No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda **denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y que existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.**

Ante el incumplimiento de dichos requisitos, el Ministerio Público no podrá ejercitar la acción penal. A propósito del ejercicio de la acción penal, dos son los principios que rigen esta materia: el de **legalidad**, y el de **oportunidad**.

Conforme al primero, que acogen los países en que se dan los procesos de desarrollo democrático, satisfechos los presupuestos generales de la acción, (en la parte segunda de este capítulo hablaremos de los presupuestos generales de la acción penal) el Ministerio Público se encuentra legalmente **obligado**, a ejercitar la acción penal ante el juez.”<sup>1</sup>

Así lo estipulan nuestros códigos adjetivos respecto a fueros en mención:  
Artículo 134 Código Federal de Procedimientos Penales. En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en los términos del artículo 168 el Ministerio Público **ejercitará la acción penal** ante los tribunales y expresará, sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las circunstancias que la ley prevea.

Artículo 286 bis Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal. Cuando aparezca de la averiguación previa que existe denuncia o querrela, que se han reunido los **requisitos previos** que en su caso exija la ley y que se ha acreditado la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, el Ministerio Público ejercerá la acción penal ante el órgano jurisdiccional que corresponda.

“Respecto al fuero marcial, con fundamento en lo establecido en el artículo 21 de Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las disposiciones contenidas en los artículos 36 y 37 del Código de Justicia Militar; Artículo 36 del mencionado código: El Ministerio Público Militar es el único capacitado para ejercitar la acción penal, y no podrá retirarla o desistirse de ella, sino cuando lo estime procedente o por orden firmada por el Secretario de la Defensa Nacional o Marina, o por quien en su ausencia lo substituya, orden que podrá darse cuando

---

<sup>1</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO. **PROGRAMA DE DERECHO PROCESAL PENAL**. p. 137

así lo demande el interés social, oyendo previamente el parecer del Procurador General de Justicia Militar.

Artículo 37 del citado código: Toda denuncia o querrela, sobre delitos de la competencia de los tribunales militares, se presentará, precisamente ante el Ministerio Público Militar; y a éste harán la consignación respectiva las autoridades militares que tengan conocimiento de una infracción penal.”<sup>2</sup>

“El principio de legalidad al que hicimos mención, coloca los derechos del individuo por encima de los intereses de Estado, de tal suerte que la omisión del órgano acusador en consignar, hace surgir la posibilidad para el gobernado, de interponer los recursos que concede la ley, con el fin de obligarlo a cumplir con su deber.

Criterio opuesto es el principio de **oportunidad**, que no permite constreñir al órgano titular de la acción, a que la ejerce ante el juez, aunque se hubiesen reunido los requisitos legales para ello, sino que queda siempre a su **arbitrio** la decisión.

Esta inquisición, que erige el criterio dispositivo es principio rector del ejercicio de la acción penal, generalmente es adoptada por los regímenes de gobiernos dictatoriales o despóticos, en los que están por encima de las garantías individuales, los intereses del Estado.

La doctrina mexicana, en esta materia del ejercicio de la acción penal, tradicionalmente admitió que nuestros códigos, imperaba el principio de legalidad, cuestión que resultaba muy discutible, si no se pierde de vista que la ley no proveía de algún recurso ordinario, que pudiera enderezarse contra la determinación del Ministerio Público de no ejercitar la acción penal.

---

<sup>2</sup> TAPIA IBARRA, AMANDO Y CRUZ TAPIA, DAYANARA. **EL MINISTERIO PÚBLICO MILITAR, FORMULARIO DE ACTUACIONES**. Editorial Sista. México Distrito Federal p. 22 y pp. 6 y 7 del Código de Justicia Militar.

En efecto, el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 133 (el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y el Código de Justicia Militar no contienen siquiera disposición similar) autoriza al denunciante, querellante u ofendido, para ocurrir a inconformarse ante el Procurador General de la República, dentro de los quince días siguientes al en que se les notifique la determinación del Ministerio Público de no ejercicio de la acción penal, y este funcionario escuchará el parecer de sus Agentes Auxiliares, decidirá en definitiva si debe o no ejercitar dicha acción.

A pesar de lo anterior, llegado el caso, no existía forma legal de impugnar la resolución del Procurador, pues de confirmar el no ejercicio de la acción penal, sólo podía exigírsele responsabilidad. Lo más grave es que ni siquiera, a pesar de los bien fundados criterios en contrario se reconocía la procedencia del juicio de amparo, contra esa determinación.

No obstante lo hasta aquí expuesto, el 31 de diciembre de 1994, se publicó en el Diario Oficial la reforma al artículo 21 Constitucional, que permitió encausar el procedimiento penal en la senda de la legalidad, pues conforme al nuevo párrafo cuarto, “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**”.

Como solamente contadas legislaciones de las entidades federativas del país, después de la reforma, reglamentaron en la ley secundaria el mandato constitucional, ello suscitó que los tribunales federales continuaran con la negación de la procedencia del amparo contra el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, argumentaban precisamente la ausencia del recurso jurisdiccional mediante el cual pudieran impugnarse.

Ante tal situación, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, abdicaron los criterios jurisprudenciales que tradicionalmente sostuvieron, se

pronunció de esta manera en las recientes tesis números de la CLXI/97 a CLXVI/97 de fecha 21 de octubre de 1997 al resolver el amparo en revisión 961/97: Por principio sostuvo que la adición del cuarto párrafo al artículo 20 Constitucional que ahora posibilita la impugnación de las determinaciones del Ministerio Público sobre no ejercicio y desistimiento de la acción penal, entró en vigor el 1º de enero de 1995 sin que los transitorios del decreto respectivo hubieren postergado su entrada en vigencia ni condicionado ésta a la expedición de ningún ordenamiento reglamentario, que no existía, por otra parte con anterioridad.

Agregó seguidamente, que la adición constitucional reconoce hoy a favor del querellante, denunciante, víctima del delito o familiares de éste, el derecho de impugnar las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, correspondiente al derecho de exigir al Estado la persecución de los delitos, que se traducen 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, aquellas determinaciones, puesto que ante la vigencia de la norma constitucional la protección por la autoridad, del derecho garantizado, es inmediata, es obvio que el medio para controlar 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 la legalidad de las resoluciones del Ministerio Público de no ejercicio y desistimiento de la acción penal, no impide que sean reclamadas de modo inmediato y en tanto se expidan leyes ordinarias respectivas, a través del juicio de amparo.

Arribar, dice la Corte, a una postura que vede la procedencia del juicio de amparo, sería tanto como desconocer la existencia de la mencionada garantía

individual y el objetivo y principios que rigen al juicio de amparo, por lo que se reitera la factibilidad de lograr, mediante el amparo que el Ministerio Público por vía de consecuencia, ejerza la acción penal o retire el desistimiento.

El corolario de lo hasta aquí expuesto lo establece la propia Suprema Corte en la última de las tesis que se mencionan, admite que el Ministerio Público **no es el propietario de la acción penal**, ésta 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.

El Ministerio Público es el órgano legitimado para ejercer la acción penal. Sin embargo, **no constituye un poder o prerrogativa que pueda ejercer a su libre arbitrio**, ya que ésta nace y desarrolla con el propósito de castigar a quienes han delinquido en agravio de la sociedad, de donde se sigue la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal siempre que se reúnan los requisitos necesarios para su procedencia, previstos en el artículo 16 Constitucional –presupuestos generales de la acción- puesto que de otra suerte se ofenderían intereses jurídicos de la sociedad y por ende del sujeto pasivo del delito que ha resentido directa o indirectamente la conducta delictuosa, especialmente en lo relativo a la reparación del daño.

Ante este estado actual de la cuestión, debemos admitir que la legalidad como principio rector del ejercicio de la acción penal en un régimen del derecho democrático ha substituido a la oportunidad que, según vimos rige en los gobiernos con procesos de desarrollo político dictatorial o tiránico y que lamentablemente a nuestro entender se acogió en nuestro medio.”<sup>3</sup>

“El profesor Arilla Bas opina, en su libro el procedimiento penal en México; dice que el órgano titular de la acción penal, es el Ministerio Público; afirma que la consagración del principio de oficialidad del ejercicio de la acción penal, exige la

---

<sup>3</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO. Opus citatus. pp. 137 - 141

creación de un órgano estatal que sea el encargado de promoverla. Tal órgano es, en México, el Ministerio Público. “La persecución de los delitos –reza el artículo 21 de la Constitución Política- incumbe al Ministerio Público el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato”.

a) El ejercicio de la acción penal compete exclusivamente al Estado. La denominación acción popular, que mencionaba el artículo 91 de la ya derogada Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito Federal y de los altos funcionarios de los Estados, no es una acción en sentido procesal, sino un simple derecho para denunciar.

b) El Ministerio Público ejercita, con exclusión de cualquier otro órgano o particular, sea o no ofendido por el delito, la función persecutoria, que comprende dos fases: la investigación del delito y el ejercicio de la acción penal.

c) La jurisdicción tiene carácter rogado, pues la actividad del juez debe ser provocada por el ejercicio de la acción penal. (*nemo iudex sine actione*).

d) Los actos de iniciativa (denuncia, querrela, excitativa en su caso), deben ser realizados por los particulares, o los órganos a quienes competan, ante el Ministerio Público, no ante el órgano jurisdiccional.

Las características de la institución del Ministerio Público son las siguientes:

a) La dependencia del Poder Ejecutivo (del Presidente de la República por lo que respecta a la Federación, a partir de la reforma del artículo 122 Constitucional (25 de octubre de 1993), en la cual se le otorga autonomía al Distrito Federal, el Ministerio Público depende del Jefe de Gobierno, aunque, al Presidente de la República le corresponde el nombramiento o remoción, en su caso, que haga el Jefe de Gobierno, del Procurador General de Justicia (inciso b), fracción II), y de los Gobiernos de los Estados).

b) La unidad en el mando, a cargo del Procurador General de la República, del Procurador del Distrito Federal y de los Procuradores Generales de Justicia, dentro de los respectivos ámbitos de competencia constitucional. La pluralidad de funcionarios de la institución, constituye, sin embargo, una unidad orgánica.

c) La indivisibilidad de la función persecutoria, de manera que cada uno de los funcionarios de la institución representa a ésta y no obra, en modo alguno, en nombre propio.

d) La subordinación, tanto administrativa como funcional, de la Policía Judicial al Ministerio Público. Este goza de facultad para ordenar actos a la policía y de revocar o modificar los que ella hubiere realizado de propia iniciativa.

En México, la Suprema Corte de Justicia ha convertido la exclusividad del Ministerio Público para ejercer la acción penal en un poder absoluto, sujeto únicamente a la voluntad del órgano. No desconocemos las críticas adversas enderezadas por un sector de la opinión política del país contra esta interpretación del artículo 21 Constitucional. Sin embargo, a nuestro juicio, es adecuada a la naturaleza propia de la acción. Si, protege la potestad de penar las conductas descritas como delito en el Código Penal, y dicha potestad corresponde exclusivamente al Estado, es lógico que éste, por medio de su órgano persecutor, goce de albedrío para decidir si provoca o no la actividad jurisdiccional encaminada a convertir la punibilidad en punición.”<sup>4</sup>

Para el profesor Colín Sánchez, “la acción penal está encomendada a lo que él denomina, subórganos. La acción penal como institución del derecho de Procedimientos Penales, está encomendada al agente del Ministerio Público, por mandato expreso, establecido en el artículo 21, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente.

---

<sup>4</sup> ARILLA BAS, FERNANDO. **EL PROCEDIMIENTO PENAL EN MÉXICO**. pp. 35 y 36

No obstante, en caso de que se trate de delitos cometidos por los servidores públicos, indicados en el artículo 111, de la Constitución mencionada, el presidente de la Cámara de Diputados, previa observancia de las formalidades legales, para los casos previstos, la ejercita ante los integrantes del Senado de la República (artículo 112).

En conclusión, salvo el caso excepcional, en que intervienen los integrantes de la Cámara de Diputados, el titular de la acción penal es Estados Unidos Mexicanos, que la ejercita por medio del subórgano, Procuraduría de Justicia y de los agentes del Ministerio Público.”<sup>5</sup>

Haremos mención, de las diversas instituciones encargadas de ejercer la acción penal, en los distintos fueros, nos limitaremos a enunciar quiénes son los responsables de la acción penal en nuestros diversos códigos y por quiénes son auxiliados éstos para el ejercicio de aquélla.

En el fuero federal, la institución facultada constitucionalmente para ejercer la acción penal es la Procuraduría General de la República, reglamentada por su ley orgánica, donde establece en su artículo 1º que: “Esta ley tiene por objeto organizar la Procuraduría General de la República, ubicada en el ámbito del Poder Ejecutivo Federal para el despacho de los asuntos que al Ministerio Público de la Federación y al Procurador General de la República le atribuyen la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, este ordenamiento y demás disposiciones legales.

La certeza, legalidad, objetividad, imparcialidad y profesionalismo serán principios rectores en el ejercicio de las funciones y acciones en materia de procuración de justicia.

---

<sup>5</sup> COLÍN SÁNCHEZ, GUILLERMO. **DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES**. pp. 306 y 307

Menciona en el artículo 2º de la mencionada ley, que al frente de la Procuraduría General de la República estará el Procurador General de la República, quien presidirá al Ministerio Público de la Federación.

La citada ley, en su artículo 3º dice, que el Procurador General de la República intervendrá por sí o por conducto de Agentes del Ministerio Público de la Federación en el ejercicio de las atribuciones conferidas por la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, este ordenamiento y demás disposiciones aplicables.

En cuanto a la base de su organización, el artículo 9º del precepto citado, afirma que el Procurador General de la República ejercerá autoridad jerárquica sobre todo el personal de la Procuraduría.

Para el mejor despacho de los asuntos que incumbe a la Procuraduría, el Procurador, tiene la facultad de emitir los acuerdos, circulares, instructivos, bases y demás normas administrativas necesarias que rijan la actuación de las unidades administrativas y órganos técnicos, centrales y desconcentrados de la Institución, así como de Agentes del Ministerio Público de la Federación, policía federal investigadora y peritos.

El Ministerio Público de la Federación contará con auxiliares para la procuración de justicia, y por qué no decirlo, para la debida integración de la averiguación previa y de esta manera ejercer la acción penal; dichos auxiliares los encontramos en el artículo 20 del ordenamiento referido, que a la letra dice:

Artículo 20 Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Son auxiliares del Ministerio Público de la Federación:

- I. Directos:
  - a) La policía federal investigadora; y
  - b) Los servicios periciales.

## II. Suplementarios:

- a) La policía federal preventiva;
- b) Los agentes del ministerio público del fuero común, de las policías en el distrito federal, en los estados integrantes de la federación y en los municipios, así como los peritos, en las instituciones de procuración de justicia de las entidades federativas, en términos de las disposiciones legales aplicables y los acuerdos respectivos;
- c) El personal del servicio Exterior Mexicano acreditado en el extranjero;
- d) Los capitanes, patronos o encargados de naves o aeronaves nacionales; y
- e) Los funcionarios de las entidades y dependencias de la Administración Pública Federal, en términos de las disposiciones aplicables.

El Ministerio Público de la Federación ordenará la actividad de los auxiliares suplementarios en lo que corresponda exclusivamente a las actuaciones que practiquen en auxilio de la Institución.

En cuanto al fuero común se refiere, (Distrito Federal), también cuenta con una Procuraduría, denominada Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, que de igual forma cuenta con una ley orgánica que regula su actuación; ésta estará a cargo del Procurador, titular de la Institución del Ministerio Público, quien ejercerá autoridad jerárquica sobre todo el personal de la Institución, artículo 16 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

En cuanto a sus auxiliares, el artículo 23 de la ley aludida hace mención de éstos, y a la letra expresa: Artículo 23 Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Son auxiliares directos del Ministerio Público del Distrito Federal:

- I. La policía judicial; y
- II. Los servicios periciales.

Igualmente, auxiliarán al Ministerio Público, en los términos de las normas aplicables, la policía del distrito federal, el servicio médico forense del distrito federal, los servicios médicos del Distrito Federal y, en general, las demás autoridades que fueren competentes.”<sup>6</sup>

Continuemos con el orden de nuestro trabajo, toca hablar del Ministerio Público Militar, única Institución foral Militar encargada de ejercer la acción penal en ése ámbito; y lo encontramos regulado en el Código de Justicia Militar, en su artículo 39, que a la letra dice:

“Capítulo II del Código de Justicia Militar. Del Ministerio Público.

Artículo 39 del Código Castrense. El Ministerio Público se compondrá:

I. De un Procurador General de Justicia Militar, general de brigada de servicio o auxiliar, jefe de la institución y consultor jurídico de la Secretaría de Guerra y Marina, por lo tanto, es el conducto ordinario del Ejecutivo y la propia Secretaría, en lo tocante al personal a sus órdenes;

II. De agentes adscritos a la Procuraduría, generales brigadieres de servicio o auxiliares, en el número que las necesidades requieran;

III. De un agente adscrito a cada Juzgado Militar Permanente, general de servicio o auxiliar;

IV. De los demás agentes que deban intervenir en los procesos formados por jueces no permanentes;

V. De un agente auxiliar, abogado, teniente coronel de servicio o auxiliar, adscrito a cada una de las comandancias de guarnición de las plazas de la República, en que no haya Juzgados Militares permanentes, o con residencia en el lugar en que las necesidades del servicio lo ameriten.”<sup>7</sup>

Los agentes auxiliares de que habla el artículo anterior, son los denominados Agentes del Ministerio Público Militar, asimismo el código en mención da la bases para poder ser nombrado Agente del Ministerio Público Militar; éstos serán

---

<sup>6</sup> AGENDA PENAL DEL D.F. 2004. Opus citatus. Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. pp. 1-14 y 1-10 respectivamente.

<sup>7</sup> SÁNCHEZ SODI, HORACIO. **CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR**. pp. 22 y 23

nombrados por la Secretaría de la Defensa Nacional y Marina, y dependerán del Procurador General como los demás agentes y rendirán su protesta ante el comandante de la guarnición del lugar en que hayan de residir. El resto del personal de las oficinas del Ministerio Público será nombrado por la Secretaría de la Defensa Nacional y Marina, y de sus miembros, los que residan en la capital de la República rendirán protesta ante el Procurador y los demás, ante el agente del lugar de su destino.

La Procuraduría General de Justicia Militar, al igual que sus homólogas forales, cuenta con órganos que la auxilian para el mejor desempeño y correcta integración de las averiguaciones previas, y de ésta manera estar en aptitud de ejercitar o no, la acción penal. Los órganos auxiliares de la administración de justicia militar los localizamos en el “artículo 2º del Código de Justicia Militar y estos son:

- I. Los jueces penales del orden común;
- II. La policía judicial militar y la policía común;
- III. Los peritos médicolegistas militares, los intérpretes y demás peritos;
- IV. El jefe del archivo judicial y biblioteca.”<sup>8</sup>

Expondremos brevemente a cada uno de éstos, con el propósito de que el lector tenga conocimiento de quiénes forman parte de la administración de justicia militar; la mayor parte del alumnado conocemos a las Procuradurías de Justicia tanto del fuero común como la del fuero federal, e incluso muchos de nosotros ignoramos que existiera la Procuraduría de Justicia Militar; pensamos que éste trabajo es una buena oportunidad para conocer un poco de lo basto que es la Justicia Militar, comencemos con la exposición:

Los jueces penales del orden común auxiliarán a la Procuraduría General de Justicia Militar, en los lugares en que no resida juez militar, aquéllos jueces, en auxilio de la justicia del fuero de guerra, practicarán las diligencias que por tal motivo se les encomienden y las que fueren necesarias para evitar que un

---

<sup>8</sup> Ibídem. p. 15

presunto delincuente se sustraiga de la acción de la justicia o se pierdan las huellas del delito; y aquellas que sean indispensables para fijar, constitucionalmente, la situación jurídica del inculpado; inclusive tienen facultad para resolver sobre la libertad bajo caución del inculpado.

La policía judicial militar; antes de emprender el estudio sobre la erróneamente denominada Policía Judicial (en los tres fueros) debemos citar al maestro Juventino V. Castro, inclusive, tenemos la convicción de adherirnos a su doctrina relativa a éste tema. El maestro Juventino V. Castro afirma que: “Suficiente se ha subrayado el que desde 1917 –en que se expide la constitución vigente-, el artículo 21 expresa, en su parte conducente que la persecución de los delitos **incumbe al Ministerio Público** y a la **policía judicial**, aunque con claridad añadida: “la cual (refiere a la dicha policía) estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél (el propio Ministerio Público)”. La reforma del 3 de febrero de 1983 no varió el texto de esta disposición.

Debe aceptarse que en la forma en que aparece en el artículo constitucional la distribución funcional de la fase investigatoria de la persecución, aunque resulta el aspecto jerárquico de las dos entidades enunciadas, -puesto que queda claro que el Ministerio Público tiene potestad sobre la policía judicial-, introduce más que una duda una confusión distinta, ya que puede entenderse que –por igual-, la persecución de los delitos le incumbe al Ministerio Público y a su cuerpo policial.

Esta confusión se ve alimentada por la Tesis 67 del Apéndice 1917-1985 de la Jurisprudencia firme del Poder Judicial, en su Segunda Parte correspondiente a la Primera Sala de la Suprema Corte, en la que afirma, textualmente: “En ejercicio de sus funciones constitucionales de **investigación** y **persecución de los delitos**, la policía judicial es autoridad competente para recibir tanto la confesión original del inculpado como la ratificación de lo confesado por éste ante cualquier órgano administrativo”. O sea: el mismo valor le da la jurisprudencia a una confesión (y por tanto al desahogo de cualquier otra probanza) hecha ante la policía judicial,

como a la que se lleva a cabo ante su jefe el Ministerio Público. Lo aclara la actual fracción II del artículo 20 constitucional.

Esto ha constituido algo más que un desliz doctrinario. De hecho validó una vieja y trascendente práctica –que traiciona el propósito de don Venustiano Carranza en su proyecto de Constitución que inspira y guía el texto de 1917-, según la cual por tener la misma trascendencia jurídica el desempeño del Ministerio Público y el de la policía judicial a su potestad, se permitió que la policía –en realidad no **judicial**, sino **ministerial**-, desplazará en la titularidad de la persecución de los delitos al Ministerio Público, único constitucionalmente legitimado para actuar y decidir en esas cuestiones penales.

Lo confirma otra infortunada Tesis jurisprudencial, -la número 5-, del mismo Tomo y Apéndice antes precisados, que ordena: “Acción penal. Corresponde su ejercicio al Ministerio Público y a la policía judicial, que debe estar bajo la autoridad de mando de aquél. Una de las más trascendentales innovaciones hechas por la Constitución de 1917, a la organización judicial, es la de que los jueces dejen de pertenecer a la policía judicial, para que no 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”.

Dos graves errores se cometen en esa jurisprudencia, y plantea un gran cambio en materia de investigación de los delitos que tampoco pareció entender en su tiempo, y a cabalidad, nuestro Más Alto Tribunal.

El primer error es el de que la policía llamada impropriamente **judicial** puesto que es **ministerial** tenga algo que ver en el ejercicio de la acción penal, cuyo único titular es el acusador público. La confusión entre ambos entes se da en la investigación de los delitos –aspecto meramente administrativo-, y no en la acción

ante los tribunales penales, -aspecto **judicial**-, en el cual es totalmente ajena dicha policía.

El segundo error es afirmar que en algún momento de la historia jurídica y política de nuestro país los jueces **hubieren** pertenecido a la policía judicial. La verdad es bien sabida y ampliamente comentada: antes de la Constitución de 1917 tanto los jueces como el Ministerio Público, -creado con mucha posterioridad a la expedición de la Constitución de 1857-, investigaban los delitos. Estaban adscritos al **sistema inquisitivo**.

Expresamente don Venustiano Carranza, en su proyecto de Constitución, indica que los órganos jurisdiccionales deben dejar de actuar como **juez y parte**; fortalece y autonomiza al Ministerio Público, y adscribe a nuestro sistema penal al principio que se rige bajo el **sistema acusatorio**, es decir que se diferencian totalmente el órgano **investigador-acusador**, del órgano **sentenciador**. De ahí el sentido del artículo 21 Constitucional.

Como la policía investigadora estaba tradicionalmente a las órdenes de los jueces se le llamó **policía judicial**, es decir: del juez. Al momento de que se crea el Ministerio Público en México, bajo el modelo francés, este órgano usa a la policía de los jueces. Pero a partir de 1917 dicha policía pasa a su potestad directa. Y no cambia de nombre. Debió haberse mencionado en el nuevo artículo 21, a la **policía ministerial** o **policía investigadora**, que nada tiene que ver con la autoridad judicial.

Pero resulta absurdo que una jurisprudencia de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación afirme que alguna vez los jueces pertenecieron a la policía judicial. A lo sumo ésta de hecho **pertenecía** (dependió) del órgano jurisdiccional.

El **gran cambio** constitucional no es propiciado con un correcto entendimiento de él por nuestro Supremo Tribunal Constitucional, y por el contrario entroniza en

la persecución de los delitos no al Ministerio Público, sino a la policía judicial. Ello trasciende gravemente en nuestro régimen de justicia y seguridad. No vale nada que el acusador público sea exigido de estudios y preparación, si la investigación recae en un servidor público que carece de su capacitación, y finalmente se presta a corruptelas e inmoralidades.

Debe intentarse, como lo hizo en su momento el Procurador Ignacio Morales Lechuga, que el Ministerio Público sea el **líder** en la investigación de los delitos, y lo auxilie **-no lo sustituya-** la policía judicial. No debe rendir confesiones, sino tan sólo rendir **partes**, en que se establezcan situaciones de hecho. Si no puede desahogar confesiones, con ello anula la posibilidad de tormentos y torturas que han preocupado tanto a la sociedad internacional, y los procedimientos investigatorios se acercarán a la verdad histórica, y no a la prefabricada.”<sup>9</sup>

Conocido los pensamientos del autor antes mencionado, continuemos con la explicación de la incorrectamente denominada policía judicial militar. “Artículo 47 del Código Marcial. La policía judicial militar estará bajo la autoridad y potestad del Ministerio Público Militar y se compondrá:

- I. Derogada.
- II. De un cuerpo permanente;
- III. De los militares que en virtud de su cargo o comisión, desempeñen accidentalmente las funciones de policía judicial.

La policía judicial permanente, se compondrá del personal que designe la Secretaría de la Defensa Nacional y Marina, y dependerá directa e inmediatamente del Procurador General de Justicia Militar.

La policía a que se refiere la fracción III del artículo 47, se ejerce:

- I. Por los Jefes y Oficiales del Servicio de Vigilancia;
- II. Por los Capitanes de Cuartel y Oficiales de Día;

---

<sup>9</sup> V. CASTRO, JUVENTINO. **EL MINISTERIO PÚBLICO EN MÉXICO**. 11ª Edición Corregida y aumentada Editorial Porrúa México, Distrito Federal, 1999. pp. 57-61

- III. Por los Comandantes de Guardia;
- IV. Por los Comandantes de Armas, Partidas o Destacamento.”<sup>10</sup>

Toca la oportunidad de hablar acerca de los Médico legistas, peritos y traductores, como factores de la administración de justicia militar. En el ámbito militar, se le denomina Cuerpo Médico Legal Militar, contemplado en el “artículo 32 del ya mencionado código. Éste afirma que el Cuerpo Médico Legal Militar, tiene por objeto auxiliar a la administración de justicia del fuero de guerra, en la resolución de todos los problemas médico-legales que se presenten en las actuaciones judiciales y averiguaciones previas.

Este cuerpo médico-legal militar estará formado por:

- I. Por peritos médico-legistas militares;
- II. Por los médicos de hospitales, enfermerías, puestos de socorro y prisiones militares;
- III. Por los médicos de corporaciones militares;
- IV. Por los médicos del personal técnico del Gabinete Antropométrico y los de la Oficina de Identificación de Militares.”<sup>11</sup>

La procuraduría, no sólo cuenta con peritos traductores, sino que tiene personal experimentado en todas las ramas de la ciencia, para dar cumplimiento al artículo 32 del aludido código militar.

La Procuraduría General de Justicia Militar, para allegarse de información, documental, posee de un archivo judicial y biblioteca. “El archivo judicial constituye parte integrante de la Dirección de Archivo Militar, a cuyo reglamento se sujetará en el orden técnico, sin perjuicio de que para su funcionamiento especial se rija por la instrucciones particulares que dé la Secretaría de la Defensa Nacional y

---

<sup>10</sup> SÁNCHEZ SODI, HORACIO. Opus citatus. pp. 23 y 24

<sup>11</sup> *Ibidem.* p. 20

Marina por conducto del Presidente del Supremo Tribunal Militar, cuerpo al que el mencionado archivo quedará adscrito.

La biblioteca se formará, esencialmente, de todas las leyes, decretos y circulares relacionados con el fuero de guerra, así como de las obras, folletos y demás publicaciones que se editen con referencia a asuntos militares, generales; y de los periódicos oficiales. Artículos 34 y 35 del citado código.”<sup>12</sup>

## **2.2. Etapas procedimentales de la acción penal**

Debemos señalar que la acción penal, para el pleno desarrollo de ésta, en sus distintas fases procedimentales, debe dividirse en etapas; no queremos decir que la acción penal es múltiple, simplemente la acción penal es única e indivisible, pero para el estudio y desarrollo de la misma debemos enunciarla en cada etapa en la que se desarrolla el proceso penal mexicano.

Hay que destacar que el Código Adjetivo Federal, es el único que hace alusión específicamente (con la aplicación de la hermenéutica jurídica) a las fases en que se desarrolla la acción penal; debe quedar claro que el Ministerio Público desempeña un papel importantísimo en el desempeño y ejercicio de ésta acción monopolizadora conferida a éste por mandato constitucional. Los procedimientos a los que se hace mención en la primera línea de este párrafo los encontramos en el Artículo 1º del código citado y son:

Artículo 1º del código adjetivo federal.

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

II. El de preinstrucción, en que se realizan las actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de éstos conforme al tipo penal

---

<sup>12</sup> Ídem. p. 21

aplicable y la probable responsabilidad del inculpado, o bien, en su caso, la libertad de éste por falta de elementos para procesar;

III. El de instrucción, que abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiaridades del inculpado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de éste.

IV. El de primera instancia, durante el cual el Ministerio Público precisa su pretensión y el procesado su defensa ante el tribunal, y éste valora las pruebas y pronuncia sentencia definitiva;

V. El de segunda instancia ante el tribunal de apelación en que se efectúan las diligencias y actos tendientes a resolver los recursos;

VI. El de ejecución, que comprende desde el momento en que causa ejecutoria la sentencia de los tribunales hasta la extinción de las sanciones aplicadas.

El artículo 4º del citado código adjetivo federal enuncia que; los procedimientos de preinstrucción, instrucción y primera instancia, así como la segunda instancia ante el tribunal de apelación, constituyen el proceso penal federal.”<sup>13</sup>

Como podemos observar y analizar del artículo 1º del citado código, la acción penal debe ejercitarse en cada uno de los procedimientos mencionados, pero deberá el Ministerio Público ajustarse a los principios que atañen a éste para el correcto desempeño de la acción penal.

“El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no contiene una disposición, expresa, que aluda a los períodos del procedimiento, pero a través de su articulado se reglamentan algunas de las fases a que alude el Código Federal”<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> EDICIONES FISCALES ISEF. **AGENDA PENAL FEDERAL**. Código Federal de Procedimientos Penales. pp. 1-3

<sup>14</sup> COLÍN SÁNCHEZ, GUILLERMO. **DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES**. 18ª Edición, Editorial Porrúa. México, 2002. p. 307

En cuanto a los procedimientos que regula nuestro Código de Justicia Militar, debemos dejar claro que éstos son similares a los del fuero federal y común; la acción penal se dividirá para su estudio en el fuero castrense del siguiente modo:

- I. Del procedimiento ante el juez;
- II. Del procedimiento previo al juicio ante el Consejo de Guerra Ordinario;
- III. Del juicio ante el Consejo de Guerra Ordinario; y
- IV. Del juicio ante el Consejo de Guerra Extraordinario.

Para el estudio y desarrollo de nuestro trabajo, concretamente el desarrollo del punto (1) del capítulo 2, de nuestro capitulo, fragmentaremos a la acción penal, y a los puntos en específico del tema en mención de la siguiente manera:

I. Averiguación Previa. En este punto plasmaremos la fase de investigación y consignación de la acción penal.

II. Instrucción. La acción penal en lo que se refiere a este punto, el Ministerio Público desarrollará aquélla en la persecución del delito.

III. Juicio. En esta etapa cabe el punto de la acusación y la apelación; como su nombre lo indica, concatenará el estudio de la causa penal que dio origen a ejercer la acción penal por parte del representante de la sociedad.

IV. Procedimiento de ejecución de sentencia. Estudiaremos la actuación del Ministerio Público en la ejecución de la sentencia que dicte el juzgador. “corresponde al proceder de los funcionarios competentes en todo lo correspondiente a la ejecución penal a partir del momento en que cause ejecutoria la sentencia y se hayan extinguido las sanciones aplicadas.”<sup>15</sup>

### **2.3. Los fines de la acción penal en la investigación**

“El agente del Ministerio Público, puede tomar conocimiento de un hecho delictuoso: en forma **directa e inmediata**, por conducto de los particulares; por algún agente de la policía o por quienes estén encargados de un servicio público; por el juez en ejercicio de sus funciones, siempre que de lo actuado se advierta su

---

<sup>15</sup> COLÍN SÁNCHEZ, GUILLERMO. Opus citatus. pp. 307 y 309

probable comisión en la secuela procesal (civil o penal); y, por acusación o querrela.”<sup>16</sup>

La acción penal dentro de la investigación persigue como fin primordial el requisito establecido en nuestro artículo 16 constitucional, el cual es acreditar la existencia de los elementos constitutivos del cuerpo del delito y la existencia de los elementos constitutivos de la probable responsabilidad del indiciado, una vez desprendido lo anterior, el Ministerio Público está en actitud de ejercer o no la acción penal. Para que la acción penal esté en actitud de ejercitarse, es necesario que el Ministerio Público tenga conocimiento del probable hecho delictuoso, esto, a través de la *notitia criminis*.

“¿La *notitia criminis*, es una obligación?; ¿es una facultad potestativa?; ¿constituye un deber? Manuel Rivera Silva, considera la denuncia del orden común y corriente, y por ende, afirma: “la obligatoriedad de la presentación de la denuncia es parcial y no absoluta, ya que para hablar de obligatoriedad se requiere que exista la sanción.

La denuncia (*notitia criminis*) del crimen, en general, puede ser presentada por cualquier persona, sin importar que provenga de un procesado, sentenciado, nacional o extranjero; tampoco interesa el sexo o la edad, salvo las excepciones previstas en la ley. La *notitia criminis*, se hará verbalmente o por escrito, ante el Agente del Ministerio Público.

Esto obliga a que “de oficio” proceda a la investigación de los hechos siempre que no se traten interacciones, que requieran para su investigación, el cumplimiento de algún requisito del procedibilidad o, de que no haya un obstáculo procesal. (Artículos 262 y 274, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, 113 del Código Federal de Procedimientos Penales y artículo 56 del Código de Justicia Militar). Para los fines indicados, se hará constar el

---

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 314

contenido de la noticia del delito en un acta que contenga todas las diligencias que se realicen en la secuela de la averiguación.”<sup>17</sup>

“El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece la atribución del Ministerio Público de investigar y perseguir delitos, esta atribución se refiere a dos momentos procedimentales: preprocesal y el procesal; preprocesal abarca precisamente la averiguación previa, constituida por la actividad investigadora del Ministerio Público, tendiente a decidir sobre el ejercicio o una abstención de la acción penal, con base en el conocimiento de la verdad histórica; el mencionado artículo 21 Constitucional otorga por una parte una atribución al Ministerio Público, la función investigadora auxiliado por la policía judicial; por otra, una garantía para los individuos, pues sólo el Ministerio Público puede investigar delitos, de manera que la investigación se inicia a partir del momento en que el Ministerio Público tiene conocimiento de un hecho posiblemente delictivo, a través de una denuncia o querrela, y tiene por **finalidad** optar en sólida base jurídica, por el ejercicio o abstención de la acción penal, no necesariamente ejercitar la acción penal.

Debe el Ministerio Público iniciar su función investigadora, con el comienzo de un hecho que razonablemente puede presumirse delictivo, pues de no ser así, puede llegar a sustentar la averiguación previa en una base endeble, frágil, que pudiese tener graves consecuencias en el ámbito de las garantías individuales jurídicamente tuteladas.

De lo expuesto, puede afirmarse que la función investigadora del Ministerio Público tiene su fundamento en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de atender a lo preceptuado en el artículo 16 del mismo ordenamiento, y tiene por finalidad decidir sobre el ejercicio o abstención del acción penal; como se expresó, con base en la verdad histórica y fundamentos jurídicos.

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, pp. 316 - 318

Las bases legales de la función investigadora del Ministerio Público, son las siguientes:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículos 14, 16, 19 y 21.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, artículo 2º, 3º fracción I, 94 al 131, 262 al 286 bis.

Código Penal Federal, artículos 1º, 6º, 7º, 8º, 9º, 60, 62, 63, 92, 92, 93, 100, 101, 102, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 199 bis, 263, 274, 276, 360, 365 bis y 399 bis.

Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, artículos 1º fracción I; 3º y 18, párrafo segundo.

Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, artículos 8º, 39, 40, 41 y 45.

Código Federal de Procedimientos Penales, artículos 1º fracción I, 2º, 133 y 136.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, artículos 2º fracción V y 8º fracción I.”<sup>18</sup>

“Código de Justicia Militar, artículos 435 al 490.”<sup>19</sup>

“El profesor Jorge Alberto Silva Silva, considera que el objetivo de la acción penal en la averiguación previa, o fase de investigación preliminar, con frecuencia se trata de confirmar la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad de su autor, la verdad es que tal afirmación resulta inexacta, en

---

<sup>18</sup> OSORIO Y NIETO, CÉSAR AUGUSTO. **LA AVERIGUACIÓN PREVIA**. 13ª Edición, Editorial Porrúa México Distrito Federal, 2002. pp. 3 y 4

<sup>19</sup> SÁNCHEZ SODI, HORACIO. Opus citatus. pp. 117 - 128

los casos en que confrontamos la serie de cometidos establecidos en la ley, estos son:

a) Dar la asistencia de los damnificados. Encontramos así la asistencia médica y la restitución de ciertos bienes tutelados por la ley.

b) Aplicar ciertas medidas cautelares (obviamente, de naturaleza anticipada), cual es recoger vestigios, ordenar detenciones en los casos específicamente establecidos, vigilar lugares o cosas (aseguramientos), sustituir la detención por caución, protesta y arraigo.

c) Realizar la investigación.

d) Desahogar medios probatorios (que confirmen o rechacen las aseveraciones denunciadas).

d) Dictar órdenes de inhumación de cadáveres.

e) Documentar sus actividades, etcétera.

Algunas de éstas son objeto de estudio de otras ramas del conocimiento, como en el caso de la victimología o de la criminalística, que son las auxiliares más cercanas del derecho procesal.

La más conocida de las funciones del Ministerio Público en el periodo que se trata en la averiguación previa es la actividad investigadora.

Averiguación, dice Márquez Piñeiro, proviene de *ad*, a y *verificare*, *verum*, verdadero; y *facere*, hacer, cuyo significado es el de indagar la verdad hasta conseguir descubrirla.

Aunque la investigación o averiguación del dato histórico resulta de vital importancia en el proceso mismo, no podemos decir que la averiguación, con todas sus complicaciones, sea parte u objeto único de estudio del derecho procesal penal. Los criminalistas –recuerda Garmabella al hablar del doctor Quiroz Cuarón- han establecido que para que un caso criminológico quede bien establecido se necesita responder claramente a lo que los especialistas han

llamado los siete puntos de oro de la investigación criminológica; los siete puntos clave son: **¿qué sucedió?, ¿quiénes son las víctimas?, ¿quién es el victimario?, ¿cuándo sucedieron los hechos?, ¿dónde sucedieron?, ¿cómo sucedieron? y ¿por qué?**

Aunque la investigación no es siempre actividad ajena al proceso jurisdiccional, en esta fase el Ministerio Público realiza una investigación anticipada, previa, preliminar o preparatoria a la que habrá de sucederse en la instrucción judicial, donde se tenderá a la **confirmación o rechazo** de los datos que originalmente arrojó la averiguación previa.

Durante la investigación, el buen investigador (siempre emplea un método científico) debe estar plenamente consciente de su ignorancia acerca de la respuesta que va a encontrar. Lo único que debe tener clarificado es el problema que tratará de resolver.”<sup>20</sup>

“Una vez que el Ministerio Público recabó la denuncia correspondiente y, si fuere el caso, se encontraren cubiertos los requisitos de procedibilidad (queda claro que no todos los casos lo exigen), tendrá que realizar la investigación que proceda, para determinar fundamentalmente, si en el caso están probados los elementos que integran el cuerpo del delito de que se trate, así como la probable responsabilidad del inculgado. Esto es lo que constituye la actividad investigatoria del Ministerio Público que, a no dudarlo, es la parte toral de la averiguación previa.

Para el desarrollo de tan trascendente actividad, el Ministerio Público cuenta con la policía que se encuentra bajo su autoridad y potestad inmediata, y con los servicios periciales que le serán de vital importancia.

En esta fase investigadora, durante toda la averiguación previa, el Ministerio Público actúa con el carácter de autoridad, con todas las implicaciones que ello

---

<sup>20</sup> SILVA SILVA, JORGE ALBERTO. **DERECHO PROCESAL PENAL**. Editorial Harla México Distrito Federal 1990. pp. 252 - 254

acarrea, desde la realización de actos de autoridad, aquellos cuya validez no se requiere el concurso de la voluntad de los gobernados, hasta la procedencia del juicio de amparo, por determinaciones que dicte dentro de la misma investigación, incluida la resolución de archivo o no ejercicio de la acción penal con la que ponga fin a este procedimiento.

Con ése carácter, (de autoridad) practicará el Ministerio Público todas las diligencias que estime conducentes al esclarecimiento de los hechos que llegaron a su conocimiento a través de la denuncia o la querrela: interrogará testigos, practicará careos, dará fe de hechos, inspeccionará objetos, lugares o personas, recabará documentos, podrá dar asistencia damnificados, atención médica a los participantes en los hechos, fijar cauciones, aplicar medidas disciplinarias o de apremio, ordenar inhumaciones, solicitar arraigos, asegurar bienes, y en fin, desahogar cualquier medio, y con la ayuda de sus auxiliares, recabará peritajes, estudios de criminalística, medicina forense, reconstrucción de hechos, ejecutar cateos, etcétera.”<sup>21</sup>

#### **2.4. La acción penal en la consignación**

Concluida la investigación, el Ministerio Público estará en condiciones de determinar si ha lugar o no, a ejercitar la acción penal.

“La doctrina procesal mexicana, en términos generales, está de acuerdo en que la averiguación previa puede concluirse por el Ministerio Público, con cualquiera de las siguientes determinaciones:

- a) Consignación o ejercicio del acción penal, y
- b) No ejercicio de la acción penal o archivo.

Nosotros trataremos, en su orden, cada una de ellas, pero para el caso del no ejercicio de la acción penal o archivo, la estudiaremos en la segunda parte del Capítulo 2 del trabajo de tesis, específicamente en el punto 2.2.

---

<sup>21</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO. Opus citatus. pp. 108 y 109

Efectivamente, desde nuestra particular óptica, la consignación o ejercicio de la acción penal no termina con la averiguación previa, porque si esto fuera exacto, no tuviese sentido que, como ocurre cotidianamente, al consignar, el Ministerio Público “deje abierto el triplicado de la averiguación para que continúe en su actuación en la indagación del delito o de algunos otros probables responsables en él”. En caso de aceptar que el procedimiento penal de averiguación previa, concluye con la consignación, al ejercitar la acción penal ante el juez, en ese mismo momento por efecto de dicha determinación del Ministerio Público, quedaría concluida la averiguación, lo cual simplemente no ocurre.

Es práctica inveterada que nadie ignora, que las procuradurías de justicia de todo el país, incluida naturalmente la Procuraduría General de la República, instruyen una averiguación previa y la consignan en su momento ante el juez, en ejercicio de la acción penal, en contra de alguna o algunas personas, y sin embargo, continúan con su actuación en otra copia de la propia de investigación, con lo cual, aparte de que queda claro que no es la consignación un acto procesal que pone fin a la averiguación previa, curiosamente y de manera ilegal, adoptan, por un lado el carácter de parte procesal, respecto del proceso motivado por la inicial consignación, y por el otro, el carácter de autoridad con todo lo que ello representa, con relación a la propia averiguación previa en cuya copia continúa su actuación.

Lo peor del caso, es que la autoridad judicial normalmente admite esta irregularidad, y permite que el Ministerio Público prescinda de la intervención judicial para la aportación, desahogo y valoración de pruebas, y por sí y ante sí lleve a cabo estas actuaciones autoritariamente, sin tomar en cuenta al órgano jurisdiccional, a pesar de que éste conozca ya del asunto. La siguiente ejecutoria lo demuestra:g

**“MINISTERIO PÚBLICO, CUANDO PUEDE TENER DOBLE CARÁCTER, COMO AUTORIDAD Y COMO PARTE.** El agente del Ministerio Público en la fase de averiguación previa o de preparación de la acción penal, actúa con el carácter de

autoridad en la persecución de delitos, facultad que le confiere el artículo 21 constitucional, no obstante, al ejercitar la acción penal, se convierte en parte en el proceso; y sin embargo y dado el caso, si el Representante Social en el pliego consignatario se reserva el ejercicio de la acción penal en contra de quien o quienes, además, pudieran resultar con posterioridad involucrados en los mismos hechos, sólo conservará ése carácter respecto de éstos, mas no de aquéllos contra los que ya haya ejercitado dicha acción pero con igual facultad no obstante, puede allegarse los datos que requiera para integrar la averiguación que se encuentra pendiente, inclusive el propio examen de los ya procesados, puesto que en tal caso, salvo las limitaciones que la propia ley imponga, obra bajo el amparo de la precitada disposición constitucional.” Amparo en revisión 64/87, Francisco Javier Tejada Jaramillo, 2º Tribunal Colegiado Penal de Primer Circuito.

En estos casos, el Ministerio Público sólo se limita a enviar juez las actuaciones que practica en esos momentos, con lo que, paradójicamente, en un mismo asunto, en distintos niveles, uno administrativo y el otro judicial, pero en forma paralela, a un tiempo conocen las dos autoridades, la del Ministerio Público y la del juez.

Ciertamente, la consignación o ejercicio de la acción penal, no es una determinación del Ministerio Público por la que se ponga fin a la averiguación previa. Pero tampoco concluye la averiguación previa, en todos los casos, con la determinación de ejercicio de la acción penal o de archivo, porque como es bien sabido, la interpretación jurisprudencial reiteradamente ha sostenido que por provenir de un órgano del Ejecutivo, como no es el Ministerio Público, al no constituir por tanto, una resolución judicial propiamente dicha, la determinación y no ejercicio o archivo, no alcanza jamás el rango de **cosa juzgada**, por cual, ningún impedimento legal existe para que en determinado caso, se rescate del archivo una averiguación previa en la que el Ministerio Público haya determinado el no ejercicio de la acción penal, para posteriormente consignarla ante el autoridad judicial.

Hablaremos primero del ejercicio de la acción penal. Ya hemos establecido que por imperativo del artículo 21 constitucional, el Ministerio Público es el órgano encargado de la investigación y persecución de los delitos. Pues bien, la forma con que cumple con el mandato constitucional, es a través del ejercicio de la acción penal, es decir, el Ministerio Público, órgano persecutor de los delitos, vale decir de quienes lo cometen, al consignar la averiguación ante el juez, se ejercita ese poder deber que le impone la norma suprema del país.

Empero, la acción penal no debe ser ejercitada de manera caprichosa o arbitraria, por su titular, porque existe una normatividad a la que debe sujetar su actuación, y solamente en los casos de que esa observancia de la normatividad, resulte procedente, entonces deducirá la acción penal ante la autoridad judicial.

#### **2.4.1. Consignación sin detenido, con pedimento de orden de aprehensión**

##### **2.4.1.1. Diferencia entre orden de aprehensión y orden de comparecencia**

El Ministerio Público puede ejercitar la acción penal sin detenido, que constituye el tipo de consignación más frecuente porque como más adelante explicaremos, la consignación con detenido solamente procederá en dos casos: en los casos en que el indiciado esté privado de la libertad por orden del Ministerio Público, por tratarse de un caso de "flagrancia" o bien, siempre que esté frente a un "caso urgente". Estos conceptos se recogen en la ejecutoria que en seguida se transcribe:

"ABUSO DE AUTORIDAD (POLICÍAS). Ninguna policía está facultada para detener a persona alguna, sin ajustarse a los mandos contenidos en los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal. Conforme el último precepto, no podrá liberarse ninguna orden de aprehensión o de detención, a no ser por la autoridad judicial sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquellas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad en inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito, y que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus

cómplices, y procederá a ponerlos sin demora a disposición de la autoridad inmediata, y solamente en casos urgentes, siempre que no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y que se traten de delitos que se persiguan de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad decretar la detención de un acusado, y deberá ponerlo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial. Tales preceptos constitutivos de la Ley Suprema del País, deben normar la conducta de todos los policías, pues en su defecto, sus miembros se hacen reos del delito de abuso de autoridad a que se refieren los artículos 213 y 214 fracción IV del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales” 1ª Sala S.J.F., 6ª Época, Vol. XLV, pág. 9.

Pues bien, siempre que se trate de una consignación sin detenido, legalmente el Ministerio Público una vez practicada la averiguación previa, deberá hacer una valoración del material probatorio que recabó en dicho procedimiento penal, a la luz de lo dispuesto por el artículo 16 constitucional, y determinar si están satisfechos los requisitos que, doctrinariamente se conocen como los **presupuestos generales de la acción penal**, único caso en el que estará legitimado para consignar ante juez, en ejercicio de dicha acción.

#### **2.4.1.2. Presupuestos Generales de la Acción Penal**

Estos presupuestos cuya satisfacción procurará el Ministerio Público, son los denominados:

- 1) La existencia de una denuncia o querrela;
- 2) Que dicha denuncia o querrela, se refieran a hechos que la ley señale como delitos;
- 3) Que esos delitos tengan señalada en la ley por lo menos pena privativa de libertad;
- 4) Que existan datos que acrediten el cuerpo del delito y;
- 5) Que existan datos que hagan probable la responsabilidad del indiciado.”<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> *Ibidem.* pp. 109 - 115

Debemos hacer notar, que en cuanto a la denuncia o la querrela, explicaremos su definición y características en el numeral 2.1.2 del capítulo 2 de nuestro capitulo, por lo tanto nos avocaremos a explicar los demás puntos de los presupuestos generales de la acción penal.

“Al requerirse en la norma constitucional que el delito tenga señalada en la ley “por lo menos pena privativa de libertad”, lo que hace es reconocer que existen penas más graves y menos graves que aquélla, atienden a los bienes jurídicos en cada caso tutelados por la ley penal.

Este requisito del artículo 16 constitucional, se debe entender en el sentido de que, para estar el Ministerio Público en condiciones de ejercitar la acción penal, en solicitud de una orden de aprehensión, el delito que se atribuya al inculpado deberá tener señalada pena privativa de libertad, por lo menos. Habrá que aclarar que si el delito tuviese señalada en la ley una pena alternativa, es decir prisión o multa, o bien una pena distinta de la privativa de libertad, eso no es obstáculo para que el Ministerio Público ejercitara la acción penal, sólo que al consignar ante el juez los hechos, solicitará en vez del libramiento de una orden de aprehensión, **una orden de comparecencia**, que por definición no amerita la privación de la libertad del indiciado.

En otras palabras, la consignación del Ministerio Público con solicitud de orden de aprehensión y la que realiza con petición de orden de comparecencia, deben reunir similares requisitos. La diferencia es que, respecto de la primera, el delito materia de la consignación deberá tener señalada en la ley, por lo menos, pena privativa de libertad y, en la otra, pena alternativa o diferente a la de prisión.”<sup>23</sup>

A continuación hablaremos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, desarrollaremos cada uno de éstos.

---

<sup>23</sup> Idem. pp. 115 y 116

En múltiples ocasiones, al estar en las aulas de esta hermosa Facultad de Derecho, nuestros profesores nos han hablado del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad, que sin éstos el Ministerio Público no puede estar en actitud de ejercer la acción penal en contra del detenido o del presunto responsable. Debemos afirmar que estos dos presupuestos generales de la acción penal son la columna vertebral del proceso penal y por lo tanto debemos poner especial atención al estudiar éstas figuras jurídicas.

**“Comprobación del cuerpo del delito:** El cuerpo del delito **no** es ni el objeto, instrumento, ni el efecto del delito.

**Objeto del delito material:** Es la persona o cosa sobre las que recae la conducta típica, antijurídica del delito. Como ejemplo, tenemos el robo- la cartera, lesiones- la persona lesionada, estos son el objeto material del delito.

**El objeto jurídico:** Es el objeto de la tutela penal, denominado bien jurídico tutelado, se nombra así porque es lo que se propone proteger el derecho penal.

**Instrumento del delito:** Es todo aquello que sirve para cometer el delito. (El arma de fuego con que se priva de la vida a alguien, el puñal con el que se lesiona a algún ser humano, el desarmador para entrar a la casa y hurtar los bienes muebles, una piedra con la que se daña un bien inmueble inició y se ocasiona el delito de daño a la propiedad, el documento falsificado etcétera.

**El efecto del delito:** Son las consecuencias que produce en la vida real, producido en el hecho delictuoso. (Todo cambio que ocurra en el mundo material, por culpa delito).”<sup>Nota 1</sup>

El cuerpo del delito lo encontramos definido en nuestros códigos adjetivos procesales, en los tres fueros, y estos lo definen así:

Artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales: Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los **elementos objetivos o externos** que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los **normativos**, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

Artículo 122 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal: El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite el conjunto de los elementos **objetivos o externos** que constituyen la material del hecho en 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 delito.

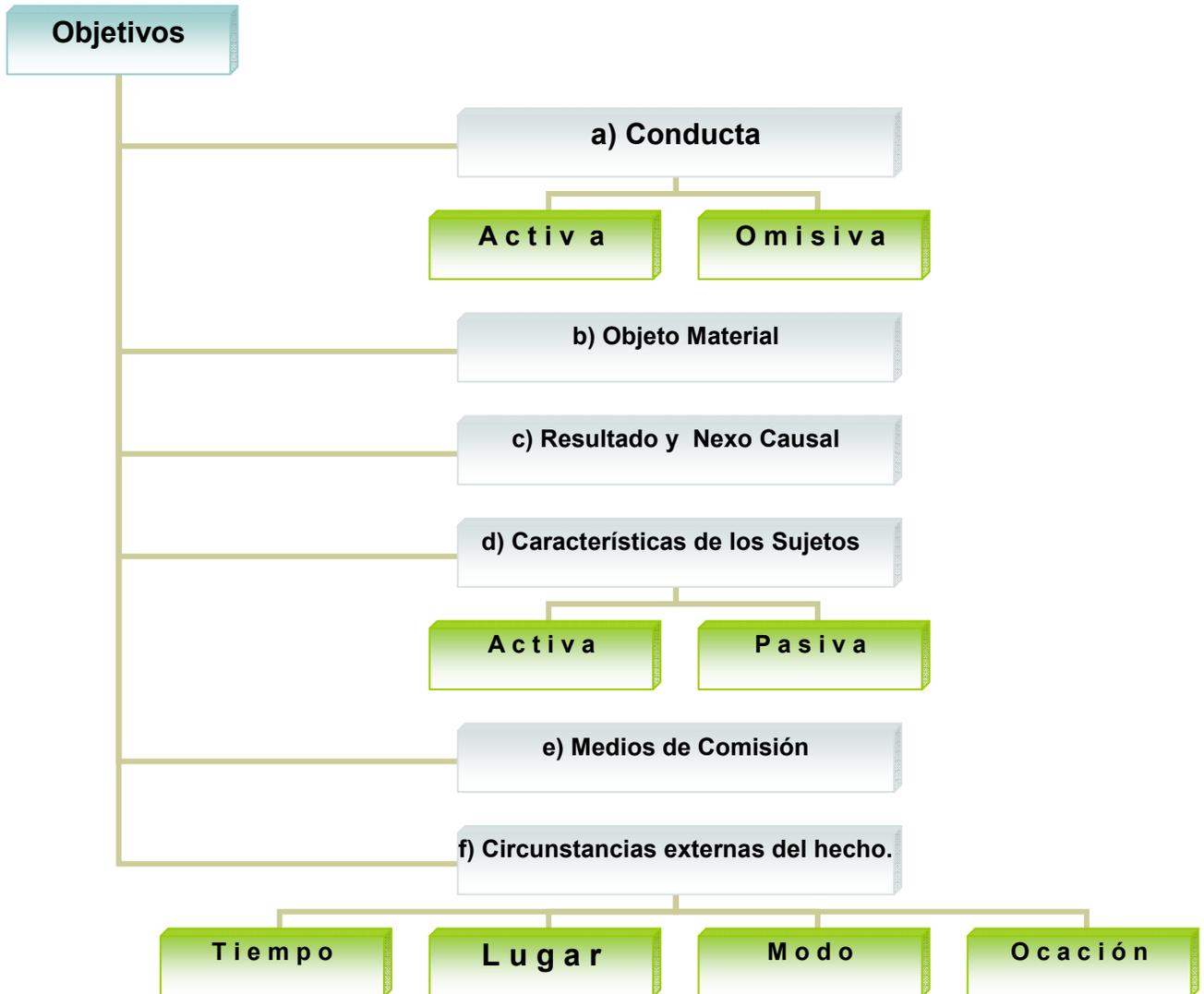
“Artículo 454 del Código de Justicia Militar: Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos **objetivos o externos** que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los **normativos**, en el caso de que la descripción típica lo requiera.”<sup>24</sup>

Ahora, explicaremos cada elemento del cuerpo del delito, para dejar claro estos requisitos que debe reunirlos el Ministerio Público al ejercer la acción penal, esto en los tres fueros, federal, común, y militar.

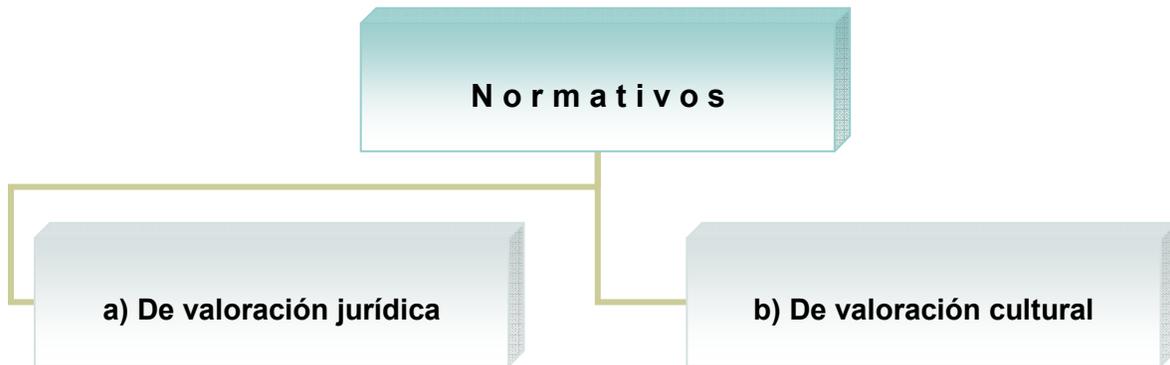
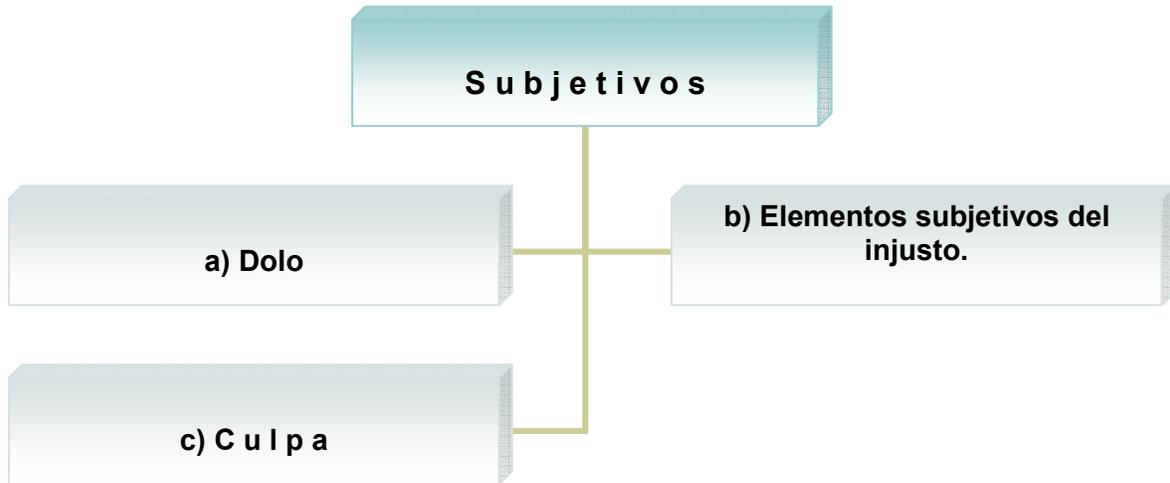
---

<sup>24</sup> SÁNCHEZ SODI, HORACIO. Opus citatus. p. 122

**“El cuerpo del delito.  
(Elementos)”**



**El cuerpo del delito.**  
(Elementos)



En cuanto a los **elementos objetivos**, la conducta del nombre se manifiesta de un hacer (conducta activa), o no hacer (conducta omisiva), o a través de un hacer y dejar de hacer (Comisión por omisión). La conducta puede advertirse por los sentidos.

El objeto material, es un elemento del cuerpo del delito y es un elemento objetivo. En cuanto al nexo causal, hay que comprobarse éste, y el resultado jurídico de los delitos, (si la conducta no ocasionó el resultado, entonces no hay nexo causal y por lo tanto no hay delito). El resultado material es la consecuencia que exige el tipo penal y que debe ser producido por la conducta.

La conducta es un peculiar comportamiento del hombre que exige el tipo penal, y que puede traducirse de un hacer o no hacer.

Características de los sujetos, se exige en ciertos delitos, (Estupro.- Al que tenga cópula, con persona mayor de doce años y menor de dieciocho años, y obtenga su consentimiento por medio de un tipo de engaño; Peculado.- se impondrá prisión de seis meses a cuatro años y de cincuenta a quinientos días de multa, al servidor público que...).

Los medios de comisión; ciertos delitos requieren que la conducta produzca el resultado, pero por los medios que exige el tipo penal, (el delito de violación requiere, violencia física o moral).

Las circunstancias externas del hecho, la conducta debe llevarse a cabo en cierto lugar, cierto modo, (ejemplo, que el robo se cometa en casa habitada), en otros tipos penales, se requiere una circunstancia en hecho (ejemplo, el delito de aborto; solamente en cualquier momento de la gravidez).

En cuanto a los **elementos subjetivos**; puede ser la diferencia entre el delito o no delito. El dolo es la intención de cometer el delito; la culpa es la imprudencia

por la que se comete el delito. El elemento subjetivo del injusto, hace referencia al énfasis del dolo, (ejemplo, el que con la intención de; el que sin intención). El dolo existe siempre que se quiere realizar la conducta y obtener el resultado. En la culpa (imprudencia), todos tenemos un deber de cuidado, el deber de cuidado es distinto en cada situación, según la circunstancia, cada caso, la persona de cada quien, circunstancias especiales de cada situación.

En cuanto a los **elementos normativos**, éstos aluden a cuestiones legales, conocimientos legales. La valoración jurídica (el que expide un servidor público o fedatario público, y que tenga relación con sus funciones, o que realice el acto mientras está en funciones. La valoración cultural, varía de lugar a lugar; es una norma de cultura, lo que para unos es, para otros no.

Debemos hacer notar que el cuerpo del delito en materia federal y militar, sólo se exige que se reúnan los elementos objetivos y normativos para acreditar el mencionado cuerpo del delito, la diferencia del fuero común es que, para acreditar aquél deben reunirse los elementos objetivos, subjetivos y normativos.

La **probable responsabilidad** del indiciado, último requisito para reunir los presupuestos generales de la acción penal, no es una exigencia, pero tampoco quiere la ley algo menos que la probable responsabilidad, la ley no exige la probable responsabilidad”<sup>Nota 2</sup>, de éste nos hablan nuestros códigos procesales en los siguientes artículos:

“Artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales tercer párrafo: la probable responsabilidad del indiciado se **tendrá por acreditada** cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado, alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

De manera similar, enuncia la probable responsabilidad el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, que a la letra dice: artículo 122 cuarto

párrafo: 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 a ninguna causa de exclusión del delito.”<sup>25</sup>

Nuestro Código de Justicia Militar, en su artículo 454, obsequia la definición de la probable responsabilidad, que a la letra expresa: “la probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los elementos probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acredita a favor de aquél alguna causa de licitud o alguna excluyente de responsabilidad.”<sup>26</sup>

“Cabe también hacer notar que los presupuestos generales de la acción a que nos hemos referido, y que constituyen la condición para que el Ministerio Público esté en actitud de ejercitar la acción penal, son los mismos que, en su momento, deberá constatar el juez que están probados, para determinar si libra o no, la orden de aprehensión o de comparecencia, en su caso, que le solicite el Ministerio Público, o para resolver sobre la formal prisión o sujeción a proceso.

#### **2.4.2. Consignación con detenido. Flagrante delito y casos urgentes. La cuasiflagrancia**

La consignación con detenido la realiza el Ministerio Público siempre que estén satisfechos los requisitos del artículo 16 constitucional que hemos mencionado, se está en presencia de flagrante delito (en los que incluiremos los cometidos en cuasiflagrancia a la que haremos especial mención, al igual que a la que denominaremos flagrancia por equiparación); o bien siempre que se trate de caso urgente.

---

<sup>25</sup> EDICIONES FISCALES ISEF. Opus citatus. p. 39 del Código Federal de Procedimientos Penales y p. 22 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

<sup>26</sup> SÁNCHEZ SODI, HORACIO. Opus citatus. p. 122

El propio artículo 16 constitucional, reformado según publicación en el Diario Oficial de la Federación de 8 de marzo de 1999, en sus párrafos cuarto y quinto, se requiere a la flagrancia y al caso urgente, de la siguiente manera: “En los casos del delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud a la del Ministerio Público”.

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

En lo que concierne al párrafo cuarto transcrito, debe entenderse en el sentido de que quien lleve acabo una detención en flagrante delito, deberá entregar al indiciado a la primera autoridad que encuentre, sin importar que sea del Ejecutivo, del Legislativo o del Judicial y sin importar, tampoco, que se trate de una autoridad federal, estatal o municipal.

La jurisprudencia acota esta detención en flagrancia así: “DETENCIÓN EN FLAGRANTE DELITO. INTRACENDENCIA DE LA GRAVEDAD DEL HECHO DELICTIVO. Cuando se surte la flagrancia, la detención del inculpado no está condicionada a que el hecho delictuoso sea de los legalmente considerados como graves, pues esta característica sólo es atendible en los casos de urgencia en que el Ministerio Público goza de la facultad de ordenar, bajo su responsabilidad y mediante escrito en el que funde y motive su determinación, la detención de una persona, respecto de quien exista riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia y no pueda el Representante Social ocurrir ante un juez, por razón de la hora, del lugar u otras circunstancias, a solicitar el libramiento de una orden de aprehensión.” 2º Tribunal Colegiado del 6º Circuito, amparo en Revisión 29/95, José Alfredo González Cabrera, 15 de marzo de 1995.

“FLAGRANCIA EN DELITOS PERMANENTES. COAUTORÍA. Siempre que se trate de la comisión flagrante de los delitos permanentes como lo es, entre otros, el ilícito contra la salud en la modalidad de posesión, no es menester para proceder a la detención del infractor, según el artículo 16 constitucional, tener orden de aprehensión alguna ni oír previamente en juicio al acusado para realizarla; en efecto, en los delitos permanentes, todos y cada uno de sus momentos son de comisión, circunstancia que, por lo consiguiente, involucra permanentemente en su ejecución a quienes enterados de la acción, la admiten (adherencia), o a quienes por preordenación la realizan, y, por tanto, deben responder penalmente como coautores; todo lo cual justifica respecto a estos la flagrancia y la innecesaria orden de detención.” Directo 6845/82, Isaac Osorio Rodríguez, 24 de agosto de 1983, 1ª Sala, S.J.F., Época 7ª, vol. 175 180, parte 2ª, pág. 65.

El caso urgente del párrafo quinto, en cambio, autoriza al Ministerio Público, cumplidos ciertos requisitos, a detener a una persona mientras practica la investigación preliminar correspondiente.

Las detenciones en flagrancia y por caso urgente, constituyen excepciones al principio general, conforme al cual sólo procede la privación de la libertad de los gobernados, en virtud de orden escrita de autoridad judicial, en la que se funde y motive la causa legal del procedimiento, según consigna en el párrafo primero del invocado artículo 16 constitucional.

Este tema se relaciona con el de la temporalidad de la averiguación previa, o sea, con la determinación del tiempo de que dispone el Ministerio Público, conforme a la ley, para instruir la.

Hemos visto que no existe problema en los casos de una averiguación previa sin detenido, que es el caso ordinario, pues al no afectarse la esfera jurídica de nadie, con el hecho de que el Ministerio Público realice su función investigadora

de los delitos, poco importa el tiempo que emplee en ello, y sólo deberá cuidar, en su caso, los problemas de prescripción de la acción penal que pudieran presentarse.

El problema surge en los casos en que la averiguación se instruye con detenido, que es precisamente en los casos de excepción a que nos referimos: en el delito flagrante y en el caso urgente.

La interrogante acerca de cuánto tiempo debe durar la averiguación previa, la resuelve sin dudas, el párrafo séptimo del artículo 16 constitucional reformado. Antes, la indefinición de la doctrina y la jurisprudencia sobre el tema, obedecía la carencia de normatividad expresa en tan delicadas cuestiones, que atañen a la libertad del individuo y que están íntimamente vinculadas con el tema de los derechos humanos.

La flagrancia no es definida por la norma constitucional, y tampoco es correcto que lo hiciera, dice el doctor García Ramírez, porque la Constitución no es el lugar para dar connotaciones terminológicas. Nuestros códigos procesales penales (artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales, reformado el 8 de febrero de 1999, artículo 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, reformado el 13 de mayo en 1996 y artículos 505 y 507 del Código de Justicia Militar) en cambio, estiman que existe delito flagrante en los siguientes casos:

I. El inculpado es detenido en el momento de cometer el delito (**flagrancia propiamente dicha**);

II. Inmediatamente después de ejecutar el delito, el inculpado es perseguido materialmente –y detenido- (**cuasiflagrancia**); y

III. El inculpado es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quién hubiere participado con él en la comisión del delito, o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito, o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su

participación en el delito; siempre que se trate de un delito grave, así calificado por la ley; no haya transcurrido un plazo de 48 horas (72 en el orden común) desde el momento de la comisión de los hechos delictivos; se haya iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiere interrumpido la persecución del delito (**flagrancia por equiparación**).

En estos casos, el Ministerio Público iniciará desde luego la averiguación previa y bajo su responsabilidad, según proceda, decretará la retención del indiciado si están satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merece pena privativa de libertad, o bien, ordenará la libertad del detenido, en los casos en que la sanción no sea privativa de libertad.

Por otra parte, habrá caso urgente (artículos 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, 505 y 507 del Código de Justicia Militar) y el Ministerio Público **podrá ordenar por escrito la detención**, bajo su responsabilidad, fundará y expresará los indicios que acrediten:

a) Que el indiciado haya intervenido en la comisión de un delito catalogado como grave.

b) Otro requisito para justificar la detención por caso urgente, es que exista riesgo fundado de que el inculcado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y finalmente,

c) Que por la hora, lugar o cualquiera otra circunstancia, no pueda ocurrir el Ministerio Público a la autoridad judicial, para solicitar la orden de aprehensión.

La violación de esta disposición hará penalmente responsable al Ministerio Público o funcionario que decrete indebidamente la detención y el sujeto será puesto en libertad inmediata.

El párrafo séptimo del artículo 16 constitucional, de una vez por todas resuelve el añejo problema de la temporalidad de la averiguación previa con detenido, al que hicimos referencia poco antes. Ordena la norma constitucional que **ningún**

**indiciado será retenido por el Ministerio Público, por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición del juez.** La averiguación previa con detenido, durará como máximo cuarenta y ocho horas **salvo el caso de que se trate delincuencia organizada, así establecida por la ley, pues en tal supuesto, podrá prolongarse la detención y por ende la investigación por otras cuarenta y ocho horas más.**

Para la determinación del concepto, delincuencia organizada, en artículo 194 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales remite a la ley federal contra la delincuencia organizada. La ley distrital, en cambio (artículo 268 bis del Código Procedimientos Penales para el Distrito Federal) fija el concepto de delincuencia organizada, así: "...tres o más personas que se organicen bajo las reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento y reiterado o con fines predominantemente lucrativos, los delitos..." en las propias disposiciones legales enlistan.

Sobra decir que si en ese tiempo no se integra la averiguación previa, el Ministerio Público tendrá que ordenar la libertad del detenido.

En ese caso, el órgano de la acusación podrá optar entre proseguir la averiguación previa, sin detenido y por tanto sin limitación por cuanto al tiempo, o bien solicitar el arraigo de indiciado."<sup>27</sup>

## **2.5. La acción penal en la persecución**

"El Ministerio Público también dentro de la función persecutoria actúa en los procesos al ofrecer y desahogar pruebas con las conclusiones y con la impugnación de los recursos que procedan"<sup>28</sup>

En esta fase de la acción penal, en su función persecutoria de delitos, el Ministerio Público, deja de ser autoridad, para pasar a ser parte en el proceso

---

<sup>27</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO. Opus citatus. pp. 116 - 126

<sup>28</sup> BARRAGÁN SALVATIERRA, CARLOS. **DERECHO PROCESAL PENAL**. 2ª Edición, Editorial MacGraw-Hill. México Distrito Federal, 2002. p.286

penal, ahora aquél está considerado como parte en el juzgado del Juez penal que conozca de la causa; aquí, el Ministerio Público tiene que acreditar en sí el cuerpo del delito y la responsabilidad del procesado, a través de las distintas formas probatorias que establecen nuestros códigos procesales; pero también el Representante Social, está facultado para hacer valer las causas de exclusión del delito (causas de exclusión de la responsabilidad penal) de oficio, de igual manera el procesado aunado con su defensor aportará las pruebas que estimen pertinentes a desvirtuar la existencia de los elementos constitutivos del cuerpo del delito y la existencia de los elementos constitutivos de la probable responsabilidad. Observemos esta fase de la acción penal con base en los distintos ordenamientos legales en estudio, pero llevado de la mano con la doctrina mexicana.

“La doctrina sostiene que el proceso penal no se inicia con la preinstrucción, sino al concluir ésta, con el dictado del auto de formal prisión, de sujeción a proceso o auto de libertad por falta de méritos. Otro argumento en apoyo, se afirma que habida cuenta que el artículo 19 constitucional señala que “todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión”, ello implica que antes de la formal prisión no hay proceso, puesto que éste debe perseguirse por el delito o delitos que consigna el citado auto.

Manuel Rivera Silva, en su conocida obra *El Procedimiento Penal*, condensa este pensamiento doctrinario, al expresar que el legislador mexicano, quiso que el proceso se iniciara al saber la certeza de la comisión de un delito y datos que permitieron hacer probable la responsabilidad de alguien, o sea, con el auto de formal prisión. "No es otro el sentido de los artículos constitucionales que se refieren a este punto, cuyo espíritu a tenido que ser forzado no por razones de carácter jurídico... sino práctico".

El auto de radicación o de inicio, es la primera resolución que dicta el juez, dentro ya del procedimiento penal de preinstrucción y después de que el Ministerio

Público ejercita ante su potestad, la acción penal. A partir de ahora, todos los actos, inclusive dicho auto de inicio, serán presididos por la autoridad jurisdiccional.

El auto de inicio (mal llamado por algunos, auto cabeza de proceso, como si la sentencia fuera la cola del mismo) constituye una resolución judicial que habrá de dictar el juez, en el orden común, inmediatamente después de haber recibido la consignación (artículo 286 bis párrafo segundo del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal). En materia federal, si la consignación se hizo sin detenido, dentro de los dos días siguientes a la recepción de la consignación, a menos que se trate de delito grave, pues entonces deberá dictarlo de inmediato, como también habrá de hacerlo de inmediato, si la consignación se hizo con detenido (artículo 134 párrafo segundo del Código Federal de Procedimientos Penales)<sup>29</sup>; expresamente el Código de Justicia Militar no alude al término que tiene el juez para radicar el asunto, simplemente expresa en su artículo 507 que si la detención se realizó en caso de flagrancia o caso urgente, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley; esto hace suponer, que el juez deberá radicar inmediatamente la consignación si fue efectuada con detenido.

“Los efectos del auto de radicación son: desde luego, (en los tres fueros) inicia el procedimiento penal de preinstrucción; fija la jurisdicción del juez, que se traduce en el poder deber, de que ante él se siga el proceso; vincula también a las partes con el juez, para que de manera obligatoria, realicen ante él los actos característicos de acusación y defensa y a partir de dicho auto, el Ministerio Público perderá su carácter de autoridad, para convertirse sólo en una parte procesal.

Otros efectos del auto de radicación, se producirán según que la consignación se haya hecho con o sin detenido.

---

<sup>29</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO. Opus citatus. pp. 148 y 149

### **2.5.1. Auto de radicación con detenido**

En la consignación con detenido, el juez tendrá que dictar de inmediato auto de radicación y el inculpado quedará a su disposición, fundamentalmente para el cómputo del término constitucional, desde el momento mismo en que el Ministerio Público lo interne en el reclusorio o centro de salud que corresponda, dejará constancia de que quedó el detenido a disposición de la autoridad judicial, y entregará copia de ella al encargado del reclusorio o centro de salud, quien asentará el día de recepción.”<sup>30</sup>

En materia militar, la consignación que reciba el juez militar con detenido deberá iniciar con el auto incoación del procedimiento, a petición del Ministerio Público Militar, el cual deberá contener:

- I. “La fecha y hora en que se dicte;
- II. La declaración que haga el juez dando entrada a la consignación;
- III. La fijación de la hora en que deberá celebrarse la audiencia pública para que el detenido, si lo hubiere, rinda su declaración preparatoria;
- IV. La expresión de las diligencias que deban practicarse a petición de Ministerio Público, y
- V. Los nombres del juez que dicte la determinación y del secretario que autorice. De este auto se enviará copia al Supremo Tribunal Militar”<sup>31</sup>.  
(Artículo 551 del Código de Justicia Militar).

“El párrafo sexto del artículo 16 constitucional, ordena como acto crucial, que al recibir la consignación con detenido, el juez ratifique la detención que ordenó el Ministerio Público, si ésta fue realizada en flagrancia o caso urgente, conforme a la ley; en caso contrario, debe decretar la libertad del detenido, con las reservas de ley (artículos 134 párrafo quinto del Código Federal de Procedimientos Penales, 268 bis tercer párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y artículo 507 del Código de Justicia Militar).

---

<sup>30</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO. Opus citatus. pp.150 y 151

<sup>31</sup> SÁNCHEZ SODI, HORACIO. Opus citatus. p.121

Si la detención que realizó el Ministerio Público, excedió los plazos establecidos en el artículo 16 constitucional, se presumirá que el inculcado estuvo incomunicado, y carecerán por ello de validez, las declaraciones que haya emitido. (Artículo 134 párrafo segundo del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, artículo 134 párrafo sexto del Código Federal de Procedimientos Penales y artículo 507 del Código de Justicia Militar, este artículo, alude a que la prolongación de la detención del inculcado será sancionada en los términos de este Código).

### **2.5.2. Auto de radicación sin detenido**

Si se ejercitó la acción penal sin detenido, el juez ordenará o negará la aprehensión, reaprehensión, comparecencia o cateos solicitados por el Ministerio Público, dentro de los diez días contados a partir de la fecha de radicación, dentro de los cinco en el orden común.”<sup>32</sup>

Nuestro Código de Justicia Militar no hace referencia al término para que el Ministerio Público solicite la orden de aprehensión, retención o prisión preventiva, sólo nos indica qué, “fuera del caso de pena impuesta por sentencia irrevocable o de corrección disciplinaria, la libertad de las personas sólo puede ser restringida con el carácter de aprehensión, detención o prisión preventiva; pero es necesario que tal restricción se verifique en los términos de los artículos,16,18 y19 de la Constitución Federal, (artículo 505 del Código de Justicia Militar).”<sup>33</sup>

“Si se consignó por delito grave, así calificado por la ley, resolverá sobre la aprehensión y cateos solicitados por el Ministerio Público, dentro de las veinticuatro horas contadas también a partir de la radicación. (Artículo 142 párrafo tercero del Código Federal de Procedimientos Penales, artículo 286 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal”<sup>34</sup>, el Código de Justicia Militar no indica término para que el juez militar obsequie una orden de aprehensión, sólo

---

<sup>32</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO. Opus citatus. p. 151

<sup>33</sup> SÁNCHEZ SODI, HORACIO. Opus citatus. p.131

<sup>34</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO. Opus citatus. p. 151

indica qué, “son competentes para librar órdenes de aprehensión, los jueces y el Supremo Tribunal Militar en su caso y para que puedan hacerlo se requiere:

- I. Que el Ministerio Público la haya solicitado; y
- II. Que se reúnan los requisitos señalados en el artículo 16 de la Constitución Federal.

Toda orden de aprehensión se notificará al Ministerio Público Militar. (Artículo 508 del Código de Justicia Militar)<sup>35</sup>

Hemos señalado que el juez penal (en los tres fueros) para que libere una orden de aprehensión, debe satisfacer los requisitos de Nuestra Carta Magna, específicamente los enunciados en su artículo 16, ahora explicaremos cuáles son esos requisitos.

#### **2.5.2.1. Requisitos constitucionales para obsequiar la orden de aprehensión, en las consignaciones sin detenido**

“Hemos visto con anterioridad, que el artículo 16 constitucional, regula lo que la doctrina denomina presupuestos generales de la acción penal, y que se traduce en los términos que deberá satisfacer el Ministerio Público, para estar en actitud legal de ejercitar la acción penal:

- a) La existencia de una denuncia o querrela;
- b) Que esa denuncia o querrela, se refieran a hechos señalados en la ley como delitos;
- c) Que la pena con la que se sancionen, sea por lo menos la privativa de libertad;
- d) Que existan datos que acrediten el cuerpo del delito; y
- e) Que existan datos que acrediten la probable responsabilidad del indiciado.

Pues bien, estos son los mismos requisitos que habrá de satisfacer el juez, para el dictado de la orden de aprehensión.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> SÁNCHEZ SODI, HORACIO. Opus citatus. p.132

### 2.5.2.2. Ejecución de la orden de aprehensión

“Una vez que el órgano jurisdiccional confirmó la satisfacción de todos los requisitos examinados, estará en condiciones de obsequiar la orden de aprehensión o comparecencia que le solicitó el Ministerio Público, resolución que deberá contener una relación sucinta de los hechos que la motiven y la clasificación provisional que se haga de los hechos delictuosos, y se transcribirá inmediatamente al Ministerio Público para que éste ordene su ejecución a la policía judicial bajo su autoridad y mando.

El efecto de la reforma constitucional en 1993, es la obligación para la autoridad que ejecute la orden aprehensoria, de poner al inculcado a disposición del juez *sin dilación alguna* y bajo su más estricta responsabilidad (artículo 16 constitucional párrafo tercero) e informará a éste acerca de la fecha, hora y lugar en que se efectuó y dará a conocer al aprehendido el derecho que tiene para designar defensor (Artículo 197 del Código Federal de Procedimientos Penales, Artículo 272 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal,<sup>37</sup> y artículo 509 del Código de Justicia Militar que a la letra enuncia: “los encargados de ejecutar las órdenes de aprehensión, cuidarán de cumplir su encargo, evitarán toda violencia y el uso innecesario de la fuerza; pondrán a disposición el detenido a la autoridad judicial que ordenó su aprehensión.

Los directores de las prisiones no podrán recibir ninguna persona sin que exista constancia de que ya fue puesta a disposición del juez, salvo en el caso de reaprehensión.”<sup>38</sup> En caso de que el militar no se localice con la orden de aprehensión, la policía ministerial militar informará a través del Ministerio Público Militar que no se ha localizado al indiciado, el juez emitirá un auto procesal en que dictará la suspensión del procedimiento hasta en tanto no se localice el presunto responsable.

---

<sup>36</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO. Opus citatus. p.152

<sup>37</sup> Ídem. pp.161 y 162

<sup>38</sup> SÁNCHEZ SODI, HORACIO. Opus citatus. p.132

“La puesta del detenido a disposición del juez en la prisión preventiva o centro de salud, su caso, *implica el inicio del llamado término constitucional*.”

### **2.5.3. Declaración preparatoria. Emplazamiento**

Una vez que el inculcado es puesto a disposición del juez, sea porque el Ministerio Público hizo la consignación con detenido, o bien porque hay consignación sin detenido, fue liberada oportunamente la orden de aprehensión y su cumplimiento por la policía ministerial, empieza a computarse el término constitucional de setenta y dos horas, en las que el juez tendrá que realizar una serie de actos procesales, este término constitucional se podrá ampliar a ciento cuarenta y cuatro horas.

El artículo 19 Constitucional, fija en setenta y dos horas el término máximo de una detención ante autoridad judicial, sin justificarla con un auto de formal prisión, pero también señala que “... la prolongación de la detención en perjuicio del inculcado será sancionada por la ley penal”, ello implica que sí puede prolongarse en beneficio del inculcado.

Por esa razón, los artículos 161 del Código Federal de Procedimientos Penales y 297 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, autorizan la duplicación del término constitucional de setenta y dos horas, si se cumplen estas condiciones:

- a) Que lo solicite el inculcado o su defensor;
- b) Que la petición se formule en la declaración preparatoria (o dentro de las tres horas siguientes, sólo en el Código Federal de Procedimientos Penales); y
- c) Que la ampliación del término tenga como finalidad aportar o desahogar pruebas para que el juez resuelva su situación jurídica.”<sup>39</sup>

En materia militar, ocurre de manera similar, pero con una variante muy importante para la determinación de la ampliación del término constitucional.

---

<sup>39</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO. Opus citatus. p. 162 - 164

El Código de la materia establece que “ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión que llene los siguientes requisitos:

- I. La fecha y hora exacta en que se pronuncie;
- II. Los nombres del juez que tiene en la determinación y del secretario que autorice;
- III. La expresión del delito imputado al indiciado por el Ministerio Público, así como el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución;
- IV. Que se haya tomado al indiciado su declaración preparatoria con las formalidades legales;
- V. El delito o delitos por los que deberá seguirse el proceso;
- VI. Todos los datos que contenga la averiguación que hagan probable la responsabilidad del indiciado;
- VI. Todos los actos que acrediten el cuerpo del delito;
- VII. Que el delito imputado motive la imposición por lo menos pena privativa de libertad;
- VIII. Que no esté justificada, a favor del indiciado, la existencia de alguna circunstancia excluyente: y
- IX. Que no se haya extinguido la acción penal.

El plazo antes señalado se podrá prorrogar por un término igual a solicitud que haga el indiciado, por sí o por conducto de su defensor, al rendir su declaración preparatoria, o dentro de las tres horas siguientes, siempre que dicha ampliación sea con la finalidad de aportar y desahogar pruebas para que el juez resuelva su situación jurídica, **siempre que las mismas no hayan sido aportadas y desahogadas durante la averiguación previa.**<sup>40</sup>

Como podemos observar para que el juez militar conceda la duplicidad del término constitucional, a diferencia de los otros códigos forales, el Código de

---

<sup>40</sup> SÁNCHEZ SODI, HORACIO. Opus citatus. pp. 133 y 134

Justicia Militar establece la condición al juez militar que ha lugar a autorizar dicha duplicidad si el defensor o el inculpado no ofrecen pruebas distintas de las entregadas en la averiguación previa; pensamos que es muy enérgica ésta disposición, ya que si el Ministerio Público Militar no “valoró” correctamente las pruebas durante la fase investigatoria y por ende consignó al detenido indebidamente, y si el defensor considera que con sus pruebas debió no ejercerse acción penal, estamos ante una violación al procedimiento y por lo tanto debe proceder el amparo indirecto en contra de la resolución del juez militar de no admitir las pruebas que se ofrecieron durante la averiguación previa, y más aun, si se llegare a decretar el auto de formal prisión, el juez de amparo debe decretar nula la resolución del juez y restituir la libertad al detenido con reservas de ley, ya que se ha violado la garantía constitucional en el que “al inculpado se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca...” consagrada en el artículo 20 Constitucional apartado A.

“La duplicación del término no podrá solicitarla el Ministerio Público ni decretarla el juez de oficio y de otorgarla al inculpado, se notificará al Director del reclusorio preventivo, para los efectos del artículo 19 Constitucional.

Dentro de las primeras 48 horas, contadas a partir de la puesta a disposición del inculpado, el juez deberá hacerle saber en audiencia pública, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rendirá en este acto su declaración preparatoria. (Artículo 20 Constitucional fracción tercera).<sup>41</sup>

En cambio, el juez castrense, “tomará declaración preparatoria al detenido, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la en que hubiese sido puesto a su disposición.

---

<sup>41</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO. Opus citatus. p.164

El juez militar tendrá la obligación de hacer saber al inculpado, en este acto:

I. El nombre de su acusador, el de los testigos que declaren en su contra, la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo;

II. La garantía para su libertad bajo caución en su caso, cuyo monto y forma deberá ser asequible;

III. El derecho que tiene a una defensa adecuada por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor después de haber sido requerido, el juez le designará un defensor de oficio;

IV. El derecho de que su defensor comparezca en todos los actos del proceso, quien tendrá la obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; de revocar su nombramiento y hacer otro en cualquier estado del proceso; y que si nombrare a varios defensores, deberá designar a aquél con quien deben entenderse las diligencias, y

V. Que no podrá ser obligado a declarar y que si desea declarar podrá hacerlo asistido de su defensor, en forma oral o escrita o dictar sus declaraciones (Artículo 491 y 492 del Código de Justicia Militar).<sup>42</sup>

“Esta diligencia (de la declaración preparatoria), teatro natural del derecho de audiencia del inculpado, es quizás una de las que la Constitución y la ley adjetiva revisten de mayores formalidades, ya que es la primera ocasión en que el detenido tendrá contacto con el juez que habrá de decidir su suerte, y ello ocurrirá en una audiencia pública y en un local al que podrá tener acceso cualquier persona que lo desee, hecha excepción de los testigos que deberán examinarse con relación a los hechos que se investigan.

Comienza la declaración preparatoria con las generalidades del inculpado, incluidos los apodos si los tuviere, el grupo étnico que pertenezca, en su caso, se le designará un intérprete, preferentemente de su misma etnia; a continuación, se le hará saber el derecho que tiene a una defensa adecuada, por sí, por abogado o

---

<sup>42</sup> SÁNCHEZ SODI, HORACIO. Opus citatus. p. 129

por persona de su confianza; a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera.

Si no quiere o no puede nombrar defensor después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. Acto continuo, si no disfruta de él, se le dará a conocer el derecho que tiene para solicitar y obtener su libertad provisional bajo caución y se le hará saber el nombre de su acusador y de quienes declaren en su contra, se le pondrá en conocimiento del contenido de la denuncia, acusación o querrela, así como el delito que se le atribuye, lo que equivale a hacerlo saber de la naturaleza y causa de la acusación, se le facilitarán todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el expediente.

Hecho lo anterior, le harán saber las garantías que le otorga el artículo 20 constitucional y se le interrogará acerca de si es su deseo declarar.”<sup>43</sup>

En el fuero marcial, como hemos visto ocurre de manera similar la toma de la declaración preparatoria, sólo que debido a las funciones y naturaleza del servicio, tendrá algunas variantes y será interrogado así:

I. “Por su nombre, apellido, apodo, edad, profesión u oficio antes de entrar al ejército, nacionalidad, domicilio y residencia, posición militar, servicio o comisión que tenía en la fecha en que se cometió el delito y lugar donde desempeñaba uno y otra;

II. Si ha pasado sus revistas de administración y ha hecho el servicio de su clase; cuando monto su primera guardia; si ha recibido su pre y vestuario con igualdad a sus compañeros y cuáles eran las clases u oficiales por quienes estaba al mando cuando se cometió el delito.

Si se tratare de oficiales, se omitirán las preguntas indicadas en esta fracción.

III. Si ha estado preso o procesado alguna vez, y por qué causa, ante qué tribunal, qué sentencia recayó y si cumplió la pena que se le impuso.

---

<sup>43</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO. Opus citatus. p.164 y 165

IV. Si conoce el instrumento con que fue cometido el delito o cualesquiera otros objetos que con aquél tengan relación, se le mostrarán unos y otros, si fuere posible; y

V. Todos los demás hechos y pormenores que puedan, a juicio del juez, conducir a la averiguación de la verdad o descubrir los antecedentes y causas que motivaron el delito e introdujeron su perpetración (artículo 494 del Código de Justicia Militar)”<sup>44</sup>

“La declaración preparatoria puede formularse de distintas formas, puede rendirla en todo caso asesorado por su defensor, por escrito u oralmente y, dictar directamente, o bien hacer el relato respectivo para que el funcionario que presida la audiencia, haga la redacción correspondiente, con la mayor exactitud posible, en el concepto de que si fueren varios inculpados por los mismos hechos, se les tomará por separado, en una sola audiencia, se cuidará que no comuniquen entre sí ni por interpósita persona.

Tanto la defensa como el Ministerio Público, podrán interrogar al inculpado, el juez podrá ordenar que los interrogatorios se hagan por su conducto, siempre que lo estime necesario, y desechará las preguntas que a su juicio sean capciosas o inconducentes.

El juez podrá interrogarlo sobre su participación en los hechos imputados y mediante petición del inculpado, se practicarán los careos con los testigos que hayan declarado en su contra y estuvieren en el lugar del juicio, para que pueda formularles las interrogantes conducentes a su defensa, por sí o por conducto de su defensor, mismo derecho que se concederá al Ministerio Público.”<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> SÁNCHEZ SODI, HORACIO. Opus citatus. p. 130

<sup>45</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO. Opus citatus. p.166 y 167

### **2.5.3.1. Resoluciones sobre la situación jurídica del imputado dentro del término constitucional**

“Esta fase de la acción penal que analizamos, denominada preinstrucción, puede concluir con el dictado, dentro del término constitucional, con cualquiera de estas tres resoluciones: auto de libertad por falta de elementos para procesar (en el fuero castrense se denomina auto de libertad por falta de méritos artículo 519 del Código de Justicia Militar), auto de formal prisión o auto de sujeción a proceso.

### **2.5.3.2. Auto de libertad por falta de elementos para procesar. Efectos**

Conforme dispone el artículo 19 Constitucional, la detención ante autoridad judicial no puede prolongarse más allá de setenta y dos horas, sin un auto de formal prisión que la justifique, este auto deberá dictarse, siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten la existencia de los elementos constitutivos del cuerpo del delito que se impute al detenido y existan también datos que satisfagan la existencia de los elementos constitutivos de la probable responsabilidad de éste.

Por eso, ante la indemostración de cualquiera de estos datos, lo que procede es que el juez ponga en libertad por falta de elementos al inculpado, sin perjuicio de que por pruebas posteriores se actúe nuevamente en su contra; en estos casos, no procederá el sobreseimiento hasta que prescriba la acción penal (artículos 167 del Código Federal de Procedimientos Penales, 302 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, 519 y 520 del Código de Justicia Militar), además de que el juez, por imperativo del artículo 303 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal<sup>46</sup> y “521 del Código de Justicia Militar, deberá mencionar en su resolución las omisiones en que hayan incurrido el Ministerio Público o la policía, cuando la ausencia de prueba de los elementos del cuerpo del delito o de la probable responsabilidad, sean debidas a ellas, para que se exijan las responsabilidades del caso.”<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> Ídem. p. 167

<sup>47</sup> SÁNCHEZ SODI, HORACIO. Opus citatus. p.135

### **2.5.3.3. Autos de formal procesamiento**

“En cambio, siempre que de lo actuado encuentre el juez que están satisfechos los requisitos que establece el artículo 19 constitucional, deberá dictar auto de formal procesamiento, que puede revestir la forma de un auto de formal prisión o bien de auto de sujeción a proceso.

#### **2.5.3.3.1. Auto de formal prisión**

Acerca de los importantísimos conceptos de “cuerpo del delito”; “probable responsabilidad”, exigidos por la citada norma constitucional, para decretar auto de formal prisión o de sujeción a proceso, nos remitimos a lo expresado sobre ellos en el apartado que habla sobre requisitos constitucionales para obsequiar la orden de aprehensión.

Conforme a la disposición reformada el artículo 19 Constitucional hace mejor uso del lenguaje, al establecer, que la detención ante autoridad judicial es la que constituye el objeto de la regulación constitucional, que se diferencian de otro tipo de detenciones, como las que ocurren en flagrancia o caso urgente.

El artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales, ordena que dentro de las setenta y dos horas siguientes al momento en que inculpado quede a disposición del juez, se dictará auto de formal prisión, si se cumplen los siguientes requisitos:

- I. Que se haya tomado declaración preparatoria al inculpado, o conste que haya rehusado hacerlo;
- II. Que esté comprobado el cuerpo de delito que tenga señalada pena privativa de libertad;
- III. Que esté demostrada la probable responsabilidad; y
- IV. Que no esté comprobada, en favor del inculpado, alguna eximente de responsabilidad o causa extintiva de la acción penal.

El artículo 297 del Código de Procedimientos Penales Para el Distrito Federal exige iguales requisitos que el artículo anterior, sólo agrega que la resolución respectiva deberá contener los nombres y firmas del juez y del secretario que la autorice, aunque alude que no deberá estar probada alguna causa de licitud en favor del inculpado, sin mencionar, como lo hace el Código Federal, las otras excluyentes de responsabilidad ni las causas que extinguen la acción penal.<sup>48</sup>

Nuestro Código de Justicia Militar, no marca requisitos tan especiales como los dos códigos anteriores, como ya lo vimos, este código sólo autoriza restringir la libertad a persona alguna, siempre que se cumplan los requisitos de los artículos 16, 18 Y 19 de la Constitución Federal (artículo 505 del código citado).

“El actual texto constitucional, estatuye que la formal prisión deberá decretarse "siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acredite los elementos del cuerpo del delito que se imputan **al detenido...**” conviene precisar que el dictado del auto de formal prisión no sólo procede en los casos en que el inculpado se encuentre materialmente detenido, sino también será imperativo su dictado, reunidos los requisitos del artículo 19 que se comenta, también en los casos en que se encuentre en libertad provisional bajo caución, sin caución o bajo protesta.

El auto de formal prisión, entre otros, produce los efectos de terminar la preinstrucción, y dar inicio a la instrucción; señala el delito o delitos por los que ha de seguirse el proceso; ordena la identificación dactiloantropométrica (ficha) del procesado; suspende las prerrogativas del ciudadano a que aluden los artículos 35 con relación al 31 fracción II de la Constitución del País; establece el tipo de procesamiento que habrá de seguirse (ordinario o sumario); en ocasiones suspende el pago de salarios (en caso de militares); etc.

---

<sup>48</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO. Opus citatus. p 169 y 170

#### **2.5.3.3.2. Auto de sujeción a proceso**

El auto de sujeción a proceso, es otra de las resoluciones con las que puede concluir la preinstrucción y para su dictado, deben satisfacerse los mismos requisitos que para el dictado de un auto de formal prisión, solamente que el delito por el que se decreta, debe tener señalada en la ley pena alternativa o distinta a la de prisión. (Esto en los tres fueros)

#### **2.5.3.4. Elementos de los autos de formal procesamiento**

Como corolario, diremos que de acuerdo con el artículo 19 del Pacto Federal, es menester para el dictado de un auto de formal prisión o de sujeción a proceso, que el juez tenga por acreditados la existencia de los elementos constitutivos del cuerpo del delito, correspondiente al presunto delito que se impute al inculcado y la existencia de los elementos constitutivos de la probable responsabilidad del inculcado.

La diferencia entre estos autos, deriva de la pena que corresponda al delito atribuido: si es privativa de libertad, procederá la formal prisión; si es alternativa o diferente a la de prisión, procederá el auto de sujeción a proceso.”<sup>49</sup>

Todo esto, es lo que antecede, pero llevados de la mano, a la etapa de la acción penal en la persecución, (o también denominada etapa de la instrucción), que a continuación estudiaremos, en el ámbito de las tres jurisdicciones.

“Instruir, en el sentido en que se emplea procesalmente, quiere decir ilustrar al juez, enseñarle con sujeción a las reglas procesales, las pruebas, con base en las que habrá de realizarse el juzgamiento del inculcado.

El artículo 1º fracción III del Código Federal de Procedimientos Penales, señala que la instrucción es el procedimiento penal que abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales, con el fin de averiguar y probar la existencia

---

<sup>49</sup> Ídem. pp. 170 - 172

del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiares del inculpado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de éste.

Podemos afirmar con base en esa disposición legal, que la instrucción es el momento procesal indicado para que las partes e inclusive el juez, aporten al proceso todas las pruebas que estimen conducentes, para dar contestación a las interrogantes que surgen del conflicto de intereses que busca solución en la sentencia. Esas pruebas habrán de despejar las incógnitas que pueden resumirse en el qué, quién, cómo, cuándo, dónde y por qué.

En la instrucción, las partes ofrecerán las pruebas, se admitirán por el órgano jurisdiccional y se procederá a su desahogo en el proceso, esto puede realizarse en un tiempo breve o uno mayor, según se tramite el juicio de manera sumaria u ordinaria.

Al tratar concretamente del juicio sumario y del ordinario, aludiremos al tiempo que autoriza la ley hacer el ofrecimiento del material probatorio que habrá de aportarse al juicio.

#### **2.5.4. Admisión de pruebas**

Acto diferente al del ofrecimiento de pruebas, es el acto de su aceptación que corresponde propiamente en la ley procesal penal, con el único límite de que no sean contrarias a derecho.

##### **2.5.4.1. Desahogo de pruebas**

Respecto al desahogo de las pruebas, deben recibirse en el curso de la instrucción del juicio si se tramita ordinariamente o bien en la audiencia principal, si el enjuiciamiento es sumario. El artículo 17 Constitucional, señala como una garantía individual, el derecho de todo ciudadano a que se le administre justicia por tribunales que deberán estar expeditos para impartirla gratuitamente, en los

términos y plazos que fijen las leyes, y emitir sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial.

Está reconocida constitucionalmente la garantía de pronto proceso (artículo 20 fracción VIII Constitucional) e impide la prolongación innecesaria del proceso, establece que si el delito materia del proceso tiene señalada en la ley una pena máxima que no exceda de dos años de prisión, éste deberá hacerse en un término inferior a cuatro meses. Para el caso de que la pena el delito exceda de dos años, en procesamiento se hará en un término máximo que no rebasará un año, salvo que el procesado solicite mayor plazo para su defensa.”<sup>50</sup>

A continuación explicaremos los juicios sumario y ordinario tanto en el fuero federal como en el fuero común, pero además explicaremos el procedimiento que se lleva a cabo en los juzgados militares, estos con variantes respecto de aquéllos, ya que expondremos el procedimiento ante el juez militar, el juicio ante Consejo de Guerra Ordinario Permanente y el juicio ante el Consejo de Guerra Extraordinario, cada uno con ciertas peculiaridades que describiremos en su momento.

#### **2.5.5. Juicio sumario federal y su trámite**

“En orden federal, la tramitación del juicio sumario procede en tres casos uno de ellos, el primero, posee una gestión sumarísima (artículos 152 y 307 del Código Federal de Procedimientos Penales):

1) Este primer caso (sumarísimo) procede de manera oficiosa, es decir, sin que lo pidan las partes, **siempre que la pena del delito por el que se decretó la formal prisión, no exceda de dos años, sea o no alternativa o se trate de pena distinta a la prisión.**

En esta hipótesis, se procurará cerrar la instrucción dentro de quince días y a continuación se citará a una audiencia, la que se iniciará con la presentación que

---

<sup>50</sup> Ídem. pp. 175 - 177

haga el Ministerio Público con sus conclusiones, mismas que se pondrán a la vista del acusado y su defensor para que las contesten.

Si las conclusiones del Ministerio Público fueren acusatorias, en la propia audiencia podrán interrogar al inculcado sobre los hechos del juicio: el Juez, el Ministerio Público y la Defensa. También podrán repetirse en la audiencia, las diligencias de prueba practicadas en la instrucción, si ello fuere necesario y posible a juicio del Juez, antes de la citación para la audiencia. De igual manera, se dará lectura a las constancias que señalen las partes, se oirán sus alegatos y finalmente, en la propia audiencia se pronunciará la sentencia o bien dentro de los cinco días siguientes.

2) El segundo caso en que se tramita sumariamente un proceso federal, se presenta **si la pena que corresponde al delito por el que se decretó la formal prisión, exceda de dos años de prisión sea o no alternativa**. También en este caso se decretará la sumariedad de oficio, y se procurará cerrar la instrucción dentro del plazo de treinta días.

Sin embargo, **será necesario, además, que el caso se encuentre en alguna de estas circunstancias:**

- a) Que se trate de delito flagrante;
- b) Que exista confesión judicial o bien que la ministerial esté ratificada ante el juez; o,
- c) Que el término medio aritmético de la pena correspondiente al delito por el que se decretó la formal prisión, no rebase los cinco años de prisión o si excede, sea alternativa.

3) El último caso de sumariedad federal,- que también contempla la legislación del Distrito Federal, según veremos- se da a solicitud de las partes, sea cual fuere la pena del delito materia de la formal prisión, a condición de que se cumplan estas condiciones (artículos 152 Código Federal de Procedimientos Penales):

a) Que al notificarse de la formal prisión o dentro de los tres días siguientes, se allanen a esa resolución, es decir, que expresamente manifiesten su conformidad con ella;

b) Que señalen no tener más pruebas que ofrecer, salvo las referentes a la individualización de la pena o medida de seguridad; y

c) Que el juez no estime necesaria la práctica de otras diligencias.

En este caso, el juez citará a la audiencia que se celebrará de acuerdo con lo establecido para el tratamiento sumario señalado más arriba, en el inciso 1).

Debe decirse que en cualquier caso de tramitación sumaria, el inculpado podrá optar por la ordinaria con sólo solicitarlo dentro de los tres días siguientes a la notificación que se le haga de la sumariedad.

#### **2.5.6. Juicio sumario en el orden común y su tramitación**

En el orden común, con mayor claridad queda establecida oficiosamente la tramitación sumaria, de acuerdo con el artículo 305 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, deberá abrirse:

- 1) Cuando el juicio sea de la competencia de los juzgados de paz;
- 2) Que se trate de flagrante delito,
- 3) Siempre que exista confesión ministerial o judicial; o,
- 4) Que se trate de delito no grave.

Igual que en materia federal, dentro de los tres días siguientes a la notificación correspondiente, en la que se incluirá la información de este derecho, puede revocarse la apertura del procedimiento sumario a solicitud del inculpado y seguirse el juicio ordinario, pero a diferencia del orden federal, también podrá pedir que se abra la sumariedad el defensor, con ratificación en este caso, el inculpado.

El trámite sumario en materia común, de conformidad con los artículos 307 y siguientes del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, es el siguiente:

Notificada la formal prisión o la sujeción a proceso, se darán tres días comunes a las partes para ofrecer pruebas, que se recibirán en una audiencia denominada audiencia principal.

Si al recibirse las pruebas, aparecieren de ellas nuevos elementos probatorios, el juez podrá señalar otro plazo de tres días para aportarlas y fijará otra audiencia dentro de los cinco días siguientes, para su recepción. La denominada audiencia principal se realizará dentro de los cinco días siguientes al auto que resuelva sobre la admisión de las pruebas, auto en el que, además, se fijará la fecha de la mencionada diligencia.

La audiencia, que se desarrollará en un solo día, ininterrumpidamente (salvo que tenga que suspenderse para el desahogo de pruebas, o por otras causas que lo ameriten a criterio del juez) principiará por la recepción de las pruebas, y hecho, las partes deberán formular verbalmente sus conclusiones, cuyos puntos esenciales se harán constar en el acta relativa y ahí mismo podrá dictarse la sentencia, o acaso, tres días después.

Esto significa que idealmente, un proceso sumario puede concluirse por sentencia, a lo sumo en un plazo de quince días, contados a partir de que se ponga al detenido a disposición de la autoridad judicial. Las diferencias que encontramos en el juicio sumario federal y el distrital, pueden resumirse así:

a) En tanto que en el orden federal se regula un procedimiento sumarísimo, como hemos visto, ello no ocurre en el orden común,

b) En materia federal, para el seguimiento de juicio sumario se hace referencia al término medio aritmético de la pena aplicable al delito materia del proceso, lo que no acontece en materia común;

c) En lo federal requiérase para la sumariedad, que la confesión ministerial sea ratificada ante autoridad jurisdiccional, requerimiento que no contempla el Código Distrital;

d) En tanto el Código Federal de Procedimientos Penales autoriza sólo al procesado para solicitar la revocación de la sumariedad para optar por el juicio sumario, esta facultad se extiende, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal al defensor, si ratifica la petición respectiva el inculpado;

e) El Código Federal de Procedimientos Penales es omiso en cuanto al señalamiento del término para el ofrecimiento de pruebas en juicio sumario, pues el artículo 152, incisos a) y b), solamente alude a los parámetros dentro de los que habrá de cerrarse la instrucción. Por su parte, en el orden común, decretado el procedimiento sumario, el juez, abrirá un término de tres días para el ofrecimiento y cinco para el desahogo de pruebas, podrá otorgarse otros tres días para ofrecer nuevos elementos y otros cinco para desahogar éstos;

f) El código adjetivo federal, señala expresamente que al decretarse cerrada la instrucción, se citará a la audiencia de derecho, la que se celebrará dentro de los diez días siguientes y se iniciará ésta, con la formulación de conclusiones por parte del Ministerio Público, para que a continuación las conteste la defensa. El del Distrito Federal, no alude expresamente al cierre de instrucción, puesto que establece que desahogadas las pruebas en la audiencia principal, las partes formularán verbalmente sus conclusiones;

g) En el proceso sumario federal, la sentencia puede dictarse en la audiencia de derecho o dentro de los cinco días siguientes, en tanto que en el distrital, podrá emitirla el juez al terminar la audiencia principal o dentro de los tres días siguientes.

### **2.5.7. Tramitación del proceso ordinario federal**

El juicio ordinario se establece en la ley para la tramitación de los asuntos más graves y complicados que por ello, requieren de mayores tiempos en el enjuiciamiento, con el propósito fundamental de no coartar al inculpado el derecho de defensa.

Los juicios que se tramitarán en la vía ordinaria, por exclusión, serán aquellos que no tengan señalada en la ley una gestión sumaria. En el orden federal, esta será la forma de enjuiciamiento ordinario:

Según mencionamos, un mes antes de que venzan los plazos máximos que para la tramitación de la instrucción señala expresamente el artículo 147, párrafo segundo del Código Federal de Procedimientos Penales (diez meses o tres meses, según el caso) el juez deberá ordenar que se haga una relación de las diligencias pendientes, y también deberá oficiar al superior jerárquico para pedirle, en su caso, que resuelva los recursos pendientes.

Con lo anterior, dará parte a las partes por diez días, para que manifiesten lo que a su derecho convenga. Transcurrido el anterior plazo, o si el juez considera agotada la instrucción, lo hará saber a las partes y les concederá diez días comunes, para que promuevan las pruebas que estimen pertinentes, y que pueden desahogarse dentro de los quince días siguientes, al en que se notifique el auto que recaiga a la solicitud de la prueba.

Durante ese término, el juez podrá ordenar también la recepción de las pruebas que considere necesarias para mejor proveer, e incluso podrá ampliar para su desahogo, hasta por diez días más.

Se declarará cerrada la instrucción siempre que se hubiesen corrido los plazos anteriores o las partes hubieran renunciado a ellos.

#### **2.5.8. Juicio ordinario en el orden común**

Al notificarse el auto de formal prisión, se concederán a las partes quince días comunes para que promuevan las pruebas que estimen pertinentes que contarán a partir del siguiente a la notificación de aquel auto, las que se recibirán dentro de los quince días posteriores, en la inteligencia de que el juez podrá, en ese término, ordenar la práctica de las diligencias que estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad y, en su caso, para la imposición de la pena (artículo 314 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal). Si al desahogar las pruebas, aparecieren nuevos elementos probatorios, el juez podrá

señalar otro plazo de tres días para aportarlas y cinco más, a continuación, para desahogarlas.

Ahora bien, si el juez estima agotada la instrucción, dictará auto en ése sentido y se notificará a las partes. Oficiosamente podrá el juez ordenar el desahogo de las pruebas que estime necesarias para mejor proveer, o bien ampliar el plazo de su desahogo hasta por cinco días más. Corridos o renunciados por las partes los plazos anteriores, o si no se hubiere promovido prueba, el juez declarará cerrada la instrucción, pondrá los autos a la vista de las partes para formular conclusiones, ordenará posteriormente la celebración de la audiencia de vista y finalmente, pronunciará sentencia definitiva (artículo 315 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).<sup>51</sup>

## **2.5.9. Tramitación de los juicios ante juez militar, consejo de guerra ordinario y consejo de guerra extraordinario**

### **2.5.9.1. Juicio ante Juez militar**

Primeramente hablaremos del proceso ante juez militar, debemos destacar que para que el juez militar instruya y dicte sentencia, la competencia de éste, es que la pena tenga un término medio de un año de prisión como máximo.

“La instrucción ante juez militar se practicará a la brevedad posible, a fin de que el procesado sea juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena no exceda de dos años de prisión y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa.

Si el juez creyere que está concluida la instrucción, ordenará que se ponga la causa a la vista de las partes, sucesivamente, por el término de tres días para que promuevan las diligencias que a su derecho convengan, y que puedan practicarse dentro de quince días. El defensor tendrá derecho, antes de fenecidos los plazos anteriores, y si el creyere que con las pruebas que ha ofrecido y desahogado, son

---

<sup>51</sup> Ídem. pp. 178 - 174

bastantes para demostrar la inocencia del procesado, pedirá por escrito al juez militar que dicte sentencia interlocutoria en el sentido de que libere a su defenso por desvanecimiento de datos.

Transcurrido o renunciado los plazos a que se refiere el párrafo anterior, o si no se hubiere promovido prueba, el juez declarará cerrada la instrucción y mandará poner la causa a la vista del Ministerio Público y de la defensa, sucesivamente para que en el término improrrogable de cinco días para cada uno, formulen sus conclusiones. Si el expediente excediere de cien hojas, por cada cuarenta de exceso o fracción, se aumentará un día más al término señalado.

Si las conclusiones del Ministerio Público fueren acusatorias y el delito de la competencia del juez, fenecido el plazo para que la defensa presente las suyas, se citará a una audiencia dentro del tercer día, la que se verificará concurran o no las partes. Estas podrán alegar en audiencia lo que a su derecho convenga.

La citación para la audiencia produce efectos de citación para sentencia y el juez fallará dentro de los ocho días siguientes.

#### **2.5.9.2. Juicio ante consejo de guerra ordinario**

Si de las conclusiones del Ministerio Público apareciere que la causa es de la competencia de un Consejo de Guerra, (para que un Consejo de Guerra pueda conocer de algún asunto, debemos decir, que el término medio de la pena que establece el Código de Justicia Militar debe de exceder de un año como mínimo; debemos aclarar que en estos casos el juez militar sólo va a instruir el proceso pero no dictará sentencia hasta que vote y decida el Consejo de Guerra) el juez lo comunicará al comandante de la guarnición de su adscripción, para que cite a juicio por medio de la orden general de la plaza, y expresará los nombres del Presidente y vocales que deberán formar lo, el juez, agente y acusados.

El comandante de la guarnición comunicará al juez la fecha de celebración del juicio ante el Consejo, a efecto de que notifique a las partes y le enviará un ejemplar de la convocatoria para que sea agregado a los autos.

La citación para la audiencia ante un Consejo de Guerra Ordinario, deberá hacerse, en un término que nunca deberá ser menos de tres días, ni mayor de diez. En la guarnición de la plaza de México, Distrito Federal, los Consejos de Guerra conocerán de todas las causas de su competencia, por riguroso turno, para lo cual se llevará un libro de registro en dicha oficina.

Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la en que se hubiere hecho la notificación del auto por el que señale día para la reunión del Consejo, el Ministerio Público y el acusado o su defensor podrán exhibir la lista de los testigos, que por su parte crean conveniente presentar, a fin de que, además de aquellos que hubieran declarado en el proceso, sean examinados ante el mismo Consejo.

La lista que el acusado presente podrá contener todos los testigos que le convenga presentar, no sólo sobre los hechos, porque se le juzgue, sino también acerca de su honradez, moralidad y buenos antecedentes.

Al dictarse el auto por el que se señale día para la reunión del Consejo, se mandará citar a los testigos y peritos que hubieren sido examinados en el proceso, siempre que se encuentren a una distancia tal, que, sin que se perjudique el servicio, sea posible obtener su asistencia a ese acto, en el día designado para que éste verifique.

El día y hora designados para el juicio, el Presidente del Consejo, propietario o suplente, llamará por lista a todos los que deben componerlo. Si falta alguno de los vocales propietarios, el Consejo quedará definitivamente integrado con el suplente o suplentes a quienes designe el presidente de ese tribunal, y se observarán las disposiciones del artículo 14 del Código de Justicia Militar.

Si no se hubiere reunido el número de vocales propietarios y suplentes necesarios para instalar el Consejo, pasado un cuarto de hora se disolverá la reunión, y el que hubiere funcionado como presidente, dará cuenta al comandante de la guarnición respectivo, a fin de que señale nuevo día para la vista, e impondrá de plano las correcciones disciplinarias que considere justas a los faltistas siempre que fueren de menor rango, en caso contrario, a hacer referencia a esto en el parte, a efecto de que esas correcciones sean impuestas por la autoridad competente. Si los que no hubieren estado presentes al pasarse la lista concurrieren antes de que se haya disuelto la reunión, ésta se llevará adelante, en la forma prevenida anteriormente, pero aquéllos serán amonestados por quien corresponda, si no justificaren la causa de su demora.

El juez, su secretario, el representante del Ministerio Público y el defensor, a quienes corresponda intervenir en el juicio de que se trata, deberán siempre concurrir a éste; y respecto de la falta de asistencia de cualquiera de ellos, se observará por el Supremo Tribunal y el Procurador General lo dispuesto en el párrafo anterior.

El acusado debe comparecer ante el Consejo; si se rehusare hacerlo, el juez le intimará, en nombre de la ley, que cumpla con ese deber y hará constar en el proceso esa intimación y la respuesta del acusado. Si el reo se niega a comparecer, el presidente del Consejo podrá ordenar que sea conducido por la fuerza o que dándose lectura a la razón en que conste su resistencia, se lleven adelante los debates. Si el reo justificare estar impedido para concurrir a la audiencia por causa de enfermedad, el presidente, en vista de las circunstancias, resolverá desde luego, si se suspende el juicio hasta que cese ése impedimento, o si continúa con sólo la asistencia del defensor.

El defensor también está obligado a concurrir al juicio; si no lo hiciere y fuere de oficio, será castigado disciplinariamente, por el jefe del Cuerpo y se hará saber su falta al reo, si hubiere comparecido, para que nombre otro u otros defensores; a

este efecto se le mostrará por el Presidente, una lista de los defensores de oficio y de los oficiales francos, que hubieren asistido a la audiencia, y otra de las demás personas que estuvieren presentes y en aptitud para desempeñar la defensa. Si bajo cualquier pretexto, el procesado se rehusare a nombrar nuevo defensor, o nombrare a alguno que no estuviere presente, o si lo está, tenga impedimento legal para encargarse de la defensa, y si no está obligado a aceptarla, no la acepte, el mismo presidente designará como defensora cualquiera de los de oficio o concurrentes que deban ocupar ese puesto, o que, teniendo aptitud para ello se preste hacerlo voluntariamente. Si el reo, ni su defensor hubieren comparecido, se hará igual designación, sin perjuicio de que se imponga al segundo el castigo disciplinario en que haya incurrido, ni de su responsabilidad para con el primero, tanto en este caso, como en el anterior. Lo mismo se observará si el defensor se presenta después de abierta la audiencia, y entonces podrá ocupar su puesto, sin que por este motivo se altere el curso de aquella.

Una vez que están presentes el juez, su secretario, el representante del Ministerio Público y todos los miembros del Consejo, el Presidente de éste declarará instalado el tribunal y abierta la sesión pública. Acto continuo ordenará al secretario del Consejo, que dé lectura al artículo siguiente (artículo 640 del Código de Justicia Militar) y al artículo 785 del mismo ordenamiento (que a la letra dice: La excusa de los vocales de un Consejo de Guerra Extraordinario, se propondrá en el momento de que éste se instale y se calificará desde luego, por el presidente del mismo. La excusa de éste último la calificará el jefe que haya convocado el consejo. Si la excusa fuere admitida, inmediatamente se practicará el sorteo para sustituir al impedido o impedidos.), y preguntará a los vocales si tienen alguna causa de aquellas que proponer, conforme a lo establecido en esos artículos; en caso de respuesta afirmativa, procederá con lo establecido en el artículo 785 y otro tanto hará si la excusa fuere propuesta en el curso de la audiencia, en virtud de causa conocida con motivo de la lectura del proceso o de lo expuesto durante la etapa de los debates.

Si alguno de los miembros del Consejo no se excusare y apareciere en el acto o posteriormente, que hubiere debido hacerlo, o si se excusare sin motivo legítimo o alegue alguno que resultare falso, será castigado disciplinariamente o sometido a juicio, según la gravedad del caso. Las partes están facultadas para revelar estos actos y pedir que consten en el acta para hacer valer sus derechos en su oportunidad.

Admitido el impedimento de los que se hubieren excusado y substituidos éstos, con arreglo a la ley, se observará con los designados para ese efecto, lo previsto en el artículo 785 del citado ordenamiento militar.

Instalado el Consejo, la defensa o el Ministerio Público pueden impugnar la composición del tribunal, por haberse infringido los preceptos legales que la determinan. Oído el parecer de la parte contraria a la que haga la impugnación, el Consejo resolverá de plano y sin recurso alguno sobre el incidente. Si se declarase que aquél no ha sido bien integrado, el presidente suspenderá la audiencia y el juez dará cuenta con lo ocurrido para los efectos de la debida integración o nueva convocatoria, al comandante de la guarnición, para que éste proceda conforme a sus facultades; si la resolución fuere contraria, el que se considere agraviado tendrá el derecho de que todo lo ocurrido se haga constar en el acta, a fin de poderlo alegar en su oportunidad.

Si no hubo objeción alguna en cuanto a la formación del Consejo, o resuelta en sentido negativo la que se hubiere formulado, el presidente pasará lista de los peritos y testigos que debieron haber sido citados conforme a lo establecido en el Código de Justicia Militar. Si no hubieren concurrido todos, y cualquiera de las partes, por creer indispensable de los que faltaren, pidiere, expresará los motivos en que se funde, para que se difiera la audiencia, el Consejo resolverá sin recurso alguno si es o no accederse a ésta petición.

En el primer caso se disolverá la reunión y se dará parte al comandante de la guarnición que la hubiere convocado a fin de que señale nuevo día y hora en que haya de efectuarse, sin perjuicio de que se imponga a los faltistas el castigo a que hubiere lugar, por quien corresponda, y de que sean a cargo de éstos, todos los gastos que se originen en virtud de la nueva comparecencia de las demás personas que, sin pertenecer al orden judicial militar, estén obligadas a asistir a la audiencia. Sin la presencia del Ministerio Público o el defensor, no podrá celebrarse el juicio, que deberá suspenderse y darán los avisos a que se ha hecho mérito y se comunicará la falta del Representante Social al Procurador, a fin de que obre según sus facultades.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no obsta para que el presidente, hallándose el testigo o perito en el lugar del juicio, pueda ordenar que sea conducido a la audiencia por la fuerza pública. Sólo por una vez se podrá diferir el juicio a falta de un testigo o perito. En consecuencia, si las partes o el Consejo temieren fundadamente que falten a la segunda citación, podrá decretarse que se les amplíe su declaración en los términos que desee la parte que hubiere considerado necesaria su presencia en el juicio y antes del día nuevamente señalado para éste.

Si antes de cerrarse los debates se presentare el testigo o perito que haya faltado, se le permitirá exponer verbalmente sus excusas, y en vista de ellas, se confirmará o levantará el castigo que se le hubiere impuesto.

Si todos los testigos o peritos citados, estuvieren presentes o se hubiese declarado que a pesar de la falta de alguno o algunos de ellos, es de celebrarse la audiencia, el presidente preguntará al acusado su nombre y apellido, su edad, estado civil, profesión, domicilio y lugar de su nacimiento. Estas mismas preguntas se dirigirán por separado, a cada uno de los acusados, si fueren varios, conforme al orden que estableciere el mismo funcionario, para que cada uno, también separadamente, sea sometido al examen; en seguida, y de la propia manera, los

exhortará a producirse con verdad, les hará ver las ventajas que de esto podrán resultarles; les advertirá que tienen el derecho de decir todo lo que crean conveniente para su defensa, pero deberán guardar el respeto debido a la ley y a las autoridades, y los interrogará sobre los hechos que motivaren su presencia ante el consejo.

A continuación el secretario del juez dará lectura a las constancias procesales que justifiquen el cuerpo del delito; a las conclusiones del Ministerio Público y por la defensa; por último, al decreto en que se haya mandado reunir al consejo.

Las partes podrán pedir y el presidente ordenar que se dé lectura a cualesquiera otras constancias del proceso, inmediatamente, o ya en el curso de los debates; pero nunca durante el interrogatorio, ni mientras se esté dando lectura a otras constancias, o si la otra parte hace uso de la palabra.

Terminada la lectura a que se refiere el párrafo anterior, se procederá al examen de los testigos y peritos que hubieren declarado en el proceso y de los testigos comprendidos en las listas que las partes hubieren presentado. Los testigos de cargo serán examinados antes que los de descargo, y todos los que hubieren declarado en el proceso, antes que los comprendidos en las mencionadas listas.

El Presidente del Consejo de Guerra estará investido de un poder discrecional para la dirección de los debates, en virtud del cual durante la audiencia y en todo lo que la ley no prohíba expresamente, tendrá la facultad de hacer cuanto estimare oportuno para el esclarecimiento de los hechos; la ley deja a su honor y a su conciencia el empleo de los medios que puedan servir para favorecer la manifestación de la verdad.

Para los efectos anteriormente expuestos, el Presidente del Consejo, desde el día en que éste hubiere sido convocado, podrá ocurrir al juzgado respectivo, para

imponerse de los procesos en que deba intervenir, sin perjuicio de poder encomendar la dirección de la audiencia, en todo o en parte al juez.

Los peritos serán examinados en la misma forma que los testigos; pero si el presidente lo estimare oportuno, podrá ordenar que asistan a la audiencia o a parte de ella, o que declaren en presencia unos de otros. Los documentos y objetos que puedan servir de piezas de convicción y de descargo, serán presentadas al acusado, a los testigos y peritos, a medida que sean examinados, se harán por medio del Presidente las preguntas que fueren necesarias acerca de tales documentos u objetos, pero se dará previamente lectura a los primeros por el secretario.

Las partes podrán dirigir a cualquiera de los testigos o peritos, inmediatamente después de que hubieren sido interrogados por el presidente, y por medio de éste, o directamente, con su permiso, las preguntas y observaciones que consideren oportunas. Podrán, además, exponer al Consejo cuanto creyeren útil acerca de la imparcialidad y buena fama del testigo o perito, o de la veracidad que deba atribuirse a su dicho, sin valerse para ello de palabras injuriosas u ofensivas.

Los vocales del Consejo podrán por si mismos, pero deberán pedir la palabra al Presidente por medio de él, interrogar a los testigos, peritos o acusados, les harán cuantas preguntas crean conducentes para ilustrar su opinión; pero cuidarán de no dar a entender cuál pueda ser ésta.

Los testigos no podrán interpelarse entre sí. Los careos que resulten entre éstos, se practicará si el presidente lo considera necesario o a solicitud de las partes. Si lo solicitan los acusados serán careados con quienes depongan en su contra.

Después de que todos los testigos hayan declarado, el Presidente podrá, por sí, a solicitud de las partes o de los vocales del consejo, mandar que algunos de

ellos se retiren de la audiencia y que los designados para quedarse sean oídos de nuevo, ya sea en presencia unos de otros, ya separadamente.

Si el examen de un testigo o perito en el curso de la audiencia apareciere motivo suficiente para sospechar que declara con falsedad, el Presidente ordenará que le lean, en lo que fueren conducentes, las disposiciones del libro segundo del Código de Justicia Militar y del código penal del orden común, relativas a falsedad en declaraciones judiciales; en seguida preguntará a la persona en cuestión, si insiste en lo que acabare de declarar. En caso afirmativo, a pedimento del Ministerio Público será detenido desde luego, y se extenderá por el juez, un acta en las que consten las preguntas que a aquél se hubieren dirigido, sus respuestas y los motivos que lo hayan hecho sospechoso de falso testimonio. Esta acta y el detenido, se turnarán a la autoridad correspondiente.

No se hará la consignación de que habla el párrafo anterior, si el testigo o perito retractare espontáneamente su declaración ante de que se cierren los debates, pues en este caso, sólo se le hará un apercibimiento; pero si faltare a la verdad al retractar sus declaraciones, si se hará aquélla.

Concluido el examen de peritos y testigos, el Ministerio Público formulará su acusación, de acuerdo con sus conclusiones. Por regla general, las conclusiones del representante del Ministerio Público, al formular su pedimento estarán basadas en las que se hubiesen presentado, pero podrá, no obstante, retirarlas, modificarlas o alegar otras diversas de ellas, pero sólo cuando exista alguna causa supereminente, siempre y cuando no sea otro delito o delitos señalados en el auto de formal prisión y expondrá con especialidad antes de hacer uso de la palabra para pronunciar su requisitoria, las razones en que se funde para proceder de ésa manera.

Queda absolutamente prohibido al Ministerio Público injuriar de cualquier manera al acusado o dirigir denuestos a la defensa, al hacer uso de la palabra.

En seguida se oirá a la defensa; ésta podrá exponer cuanto crea favorable a sus intereses, se basará, para la apreciación legal de los hechos imputados al acusado, en lo que sobre ese particular se hubiere expuesto en sus conclusiones, las que podrá modificar en los casos que a su juicio hayan cambiado en virtud de las diligencias practicadas en la audiencia, las condiciones de culpabilidad del acusado o cuando la defensa esté representada por persona diversa de la que formuló dichas conclusiones. La franquicia a que se refiere esta última parte, sólo podrá usarse antes de que el Ministerio Público tome la palabra para fundar su acusación; pero si este funcionario hubiere modificado sus conclusiones, podrá hacerlo el defensor en seguida que aquél haga saber el cambio.

Después de que las partes hubieren concluido de hablar, el Presidente del Consejo preguntará al acusado, si quiere hacer uso de la palabra, en caso de contestación afirmativa, se le concederá. El acusado, en tales casos, no tiene más limitación que el respeto a la ley y a las autoridades, deberá también abstenerse de injuriar a cualquier persona.

A continuación, el presidente declarará cerrados los debates, y el juez formulará un interrogatorio conforme a las siguientes reglas:

I. Las preguntas se referirán a los hechos que hayan motivado el proceso, y de ningún modo a otros distintos de ellos; se basará en las conclusiones del Ministerio Público y de la defensa, y en las constancias procesales;

II. Si en las conclusiones formuladas por las partes se encontrare algunas contradictorias, el juez lo declarará así y si no obstante esa declaración, la parte que las haya formulado no retirare ambas o alguna de ellas, para que tal contradicción desaparezca, ninguna de las contradicciones se incluirá en el cuestionario;

III. Los hechos alegados en las conclusiones del Ministerio Público o de la defensa, que no constituyan una circunstancia excluyente o calificativa, de las determinadas por la ley, o que no contenga todos los elementos exigidos por ella para que una de esas circunstancias exista, no serán incluidas en el interrogatorio;

IV. Cuando las conclusiones del Ministerio Público y de la defensa sean contradictorias entre sí, se pondrán en el interrogatorio las anotaciones necesarias para que el Consejo no incurra a su vez en contradicción;

V. Cuando los hechos contenidos en las conclusiones del Ministerio Público o de la defensa sean complejos, se dividirán en el interrogatorio en cuantas preguntas sean necesarias, para que cada una contenga un solo hecho;

VI. No se incluirán en el interrogatorio preguntas sobre la edad o sexo del acusado, víctima o el ofendido ni sobre si están debidamente comprobados los elementos que integran el tipo penal, ni acerca de cualquier otro trámite o constancias propio exclusivamente del procedimiento, ni sobre circunstancia que puedan motivar la atenuación o agravación de la penalidad.

Los hechos a que se refiere esta fracción, los estimará el juez en su sentencia con sujeción a las reglas de la prueba legal, siempre que hayan sido materia de las conclusiones de las partes, con excepción de las causas de atenuación que si puede apreciar aunque no se hayan alegado;

VII. La primera pregunta del interrogatorio se formulará en estos términos: "El acusado N.N. es culpable de: (aquí se asentará el hecho material que constituya el delito de que se trate)" y si para que el delito se determine se requiere la concurrencia de hechos o elementos diversos, se repetirá esa pregunta tantas veces como fuere necesario para hacer referencia separadamente a cada uno de ellos;

VIII. En seguida se pondrán las preguntas relativas a las circunstancias constitutivas, excluyentes y calificativas, en el orden en que quedan mencionadas. Si para que una de esas circunstancias quede constituida se requiere la concurrencia de diversos hechos o elementos, se observará lo mismo que para ese caso se ha establecido antes, en cuanto a la primera pregunta;

IX. En el caso de tener que incluirse alguna circunstancia excluyente en el interrogatorio, la primera pregunta de él se formulará en estos términos: "¿El acusado N.N., es autor de tal hecho?" En tal caso la contestación afirmativa a esa

pregunta equivaldrá a la declaración de culpabilidad, cuando se vote negativamente la excluyente o todas las excluyentes alegadas;

X. Delante de cada una de las preguntas relativas a las circunstancias que hayan ocurrido en la comisión del delito, se pondrá la palabra: "hecho material," "constitutiva," "excluyente," "calificativa," según la calidad de la circunstancia contenida en la pregunta.

Por cada acusado, si hubiere varios, se formará distinto interrogatorio conforme a las reglas establecidas en los párrafos anteriores. Otro tanto se hará por cada delito de los atribuidos a un mismo acusado, cuando los hechos en que aquellos se hagan consistir sean diversos entre sí.

El Ministerio Público y la defensa podrán combatir la redacción del interrogatorio. El juez resolverá si la modifica o no, y en caso negativo, el que hubiere pedido la modificación tendrá derecho a que de este incidente se ponga constancia pormenorizada en el acta, a fin de quedar en aptitud de hacerlo valer oportunamente.

Si el presidente o alguno o algunos de los vocales, no estuvieren conformes con el interrogado sobre el que haya de recaer la votación o con alguna o alguna de las preguntas contenidas en él, el juez resolverá si debe modificarse; y si la resolución fuere afirmativa, el mismo juez hará la modificación de acuerdo con las objeciones, y se dará lectura al nuevo interrogatorio. Las partes, en este caso, podrán también ejercitar los derechos consignados ante este precepto.

Formulado y leído el interrogatorio por el juez, y hechas las modificaciones a que el párrafo que antecede se refiere, o mandada tomar razón en el acto, de este incidente, el Presidente del Consejo, estando todos los concurrentes en pie y la escolta terciando las armas, tomará a los vocales la siguiente protesta:

"¿Protestáis, bajo vuestra palabra de honor, resolver las cuestiones que se os van a someter, conforme a las leyes de la materia, sin tener en cuenta la suerte

que pueda caber al procesado, mirando sólo por la conservación de la disciplina y por el prestigio del Ejército Nacional?"

Cuando los vocales hubieren dado su respuesta afirmativa, el Presidente protestará a su vez, y dirá: protesto bajo mi palabra de honor resolver las cuestiones que se me van a someter, y los demás contenidos después de esta palabra en la fórmula anterior.

Acto continuo, el presidente suspenderá la sesión pública, y entrará con los demás miembros del consejo en sesión secreta, en la que se tendrán a la vista el proceso, los documentos y objetos que hayan servido de piezas de convicción. Desde ese momento, los miembros del consejo no podrán comunicarse sino con el juez, pero en presencia de las partes, cuando creyeren conveniente llamarlo para consultarle acerca de algún punto de derecho, o relativo a la redacción del interrogatorio, ni separarse de la sala de deliberaciones antes de que se pronuncie la resolución que deba dar término a la audiencia.

El Consejo, una vez constituido en sesión secreta, procederá a la deliberación y votación del interrogatorio, se sujetará para ello a lo dispuesto en los párrafos anteriores. El Presidente leerá a los vocales las preguntas contenidas en el interrogatorio sobre el que hayan de votar, las someterá a su deliberación y procederá a recoger los votos acerca de cada una de ellas en el orden en que estuvieren formuladas, comenzará por el vocal que deba desempeñar las funciones de secretario del consejo y concluirá con el suyo, procurará seguir un orden jerárquico de menor a superior grado.

Al votarse cada una de las preguntas se asentará el resultado al pie de ellas, y se expresará claramente si se votó por unanimidad o por mayoría de cuántos votos. Los interrogatorios serán cubiertos al final de ellos con una sola firma de cada uno de los vocales; pero aquel de éstos que vote en contra de la mayoría,

hará constar en antefirma su voto al calce de la pregunta o preguntas en que se hubiere apartado de esa mayoría.

Ninguno de los miembros del consejo podrá abstenerse de votar. Las decisiones de éste serán las que reúnan en su favor la unanimidad o mayoría de votos.

Si el acusado fuere declarado inculpable de un delito, en la votación, bien por haberse votado negativamente la pregunta o preguntas relativas al hecho o hechos constitutivos de ese delito, o bien por haberse votado en sentido afirmativo todas o alguna de las circunstancias excluyentes, no se procederá a recoger la votación acerca de las demás del mismo interrogatorio; y si recogiere, se tendrán por no escritas las respuestas.

Concluida la votación de los interrogatorios, pasará el juez con su secretario, a la sala de las deliberaciones a pronunciar la sentencia que corresponda sobre todos los delitos declarados por el Consejo; cuya sentencia sólo contendrá la parte resolutive. Dentro de los cinco días siguientes al de la audiencia, el juez engrosará la sentencia.

La resolución del consejo será leída íntegra y públicamente en el salón de la audiencia, por el juez, y deberán estar presentes todos los miembros del Consejo, los concurrentes en pie, y la escolta presentando las armas.

Si se hubiese hecho la declaración de inculpabilidad, el juez dispondrá que se ponga desde luego en libertad al acusado, si no debiere quedar detenido por otra causa. Igualmente se pondrá en libertad al reo a quien se dé por compurgado. La lectura de la resolución en el salón de la audiencia, surtirá los efectos de notificación en forma, en cuanto a las partes que hubieren estado presentes en el juicio ante el Consejo, aunque no lo estén en ese momento. En el mismo acto, se

le hará saber al acusado el derecho que tiene para nombrar defensor en segunda instancia.

A los que no hubieren concurrido a la audiencia, se les notificará la resolución por el juzgado, dentro de veinticuatro horas.

### **2.5.9.3. Juicio ante consejo de guerra extraordinario**

(Artículo 73 Del Código de Justicia Militar). Los Consejos de Guerra Extraordinarios; son competentes para juzgar en campaña, y dentro del territorio ocupado por las fuerzas que tuviere bajo su mando el comandante investido de la facultad de convocarlos, a los responsables de delitos que tengan señalada pena de muerte.

Son competentes para convocar Consejo de Guerra Extraordinarios:

- I. Los comandantes de la guarnición;
- II. El jefe de un ejército, cuerpo de ejército o comandante en jefe de fuerzas navales, y los de las divisiones, brigadas, secciones o buques que operen aisladamente.

Los Consejos de Guerra Extraordinarios en los buques de la Armada, son competentes para conocer, en tiempo de paz y sólo si la unidad naval se halle fuera de aguas territoriales, de los delitos castigados con pena de muerte, cometidos, también a bordo, por cualquier militar.(Artículo 74 del Código de Justicia Militar)

Para determinar en los casos expresados en los párrafos que anteceden, la competencia del consejo extraordinario, se necesita, además que concurren las siguientes circunstancias:

- I. Que el acusado haya sido aprehendido en flagrante delito. Se considerará delito flagrante el que se estuviere cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido. Se entenderá sorprendido en el acto de ejecutar el

delito, no sólo el criminal que sea aprehendido en el momento de estarlo cometiendo, sino aún el que fuere detenido al acabar de cometerlo o después, durante la inmediata persecución, mientras no se ponga fuera de alcance de los que lo persigan;

II. Que la no inmediata represión del delito, implique, a juicio del jefe militar facultado para convocar el Consejo, un peligro grave para la conservación o existencia de una fuerza o para el éxito de sus operaciones militares, o afecte la seguridad en las fortalezas y plazas sitiadas o bloqueadas, perjudique su defensa o tienda a alterar en ellas en el orden público. (Artículo 75 del Código de Justicia Militar)

Siempre que en concepto de las autoridades facultadas para convocar, conforme al artículo 73 del Código de Justicia Militar se cometiere un delito de la competencia de un Consejo de Guerra Extraordinario, dicha autoridad, expresará así, y consignará a los presuntos responsables con el pedimento del Ministerio Público, citará a los individuos que deban desempeñar las funciones de juez, y secretario de éste, hará las insaculaciones necesarias para integrar el consejo y señalará la reunión de éste, en un término que no podrá ser menor de veinticuatro horas ni mayor de cuarenta y ocho.

Hechas las insaculaciones, el jefe militar expedirá las credenciales de los que hubieren resultado designados para formar parte del consejo, nombrará a quien deba desempeñar el cargo de presidente. La composición y reunión del Consejo se hará saber por la orden general de la plaza.

El juez, sin pérdida de tiempo, hará saber dicha orden al presunto responsable, lo requerirá para que nombre defensor, y le advertirá que en caso de que no lo haga, se le nombrará uno de oficio, le tomará su declaración indagatoria, practicará sumariamente las diligencias que fuere posible efectuar antes de la reunión del consejo, para la comprobación del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, motivando auto de formal prisión en su caso; citará desde luego,

a los testigos y peritos que en concepto deban concurrir a la audiencia. Las partes podrán entregar al juez la lista de los testigos que por su parte crean conveniente presentar en la audiencia, a fin de que además de aquellos que hubieren sido citados por dicho juez, sean examinados ante el Consejo.

El auto de formal prisión dictado conforme al párrafo anterior no es apelable. El juez entregará el proceso al Presidente del Consejo con la lista de los testigos y peritos a quienes hubiere citado.

Reunido el Consejo, el Presidente pasará lista nominal de los individuos que deben componerlo y el secretario dará lectura a las disposiciones del Código de Justicia Militar relativas a los delitos de la competencia de Consejos de Guerra Extraordinarios y la manera de juzgar a los responsables de ellos. Una vez que el Presidente declare instalado el Consejo practicará sumariamente todo lo que fuere aplicable de lo prevenido, en cuanto al examen del acusado o acusados, testigos y peritos, lectura de constancias procesales y debates, ante un Consejo de Guerra Ordinario.

La audiencia sólo se suspenderá en el caso de excusa de alguno de los miembros del Consejo, que será calificada en los términos del artículo 785 del Código de Justicia Militar o si el mismo Consejo considere indispensable la declaración de algún testigo que no estuviere presente u otra prueba que no pueda ser recibida en el acto; en el concepto de que en cualquiera de esos casos, la suspensión no excederá de seis horas y se observarán cuando hubiere lugar a ello, lo prevenido en el párrafo que precede.

Cuando no puedan traerse a los autos inmediatamente las hojas de servicio o filiaciones de los procesados, se suplirán estos documentos con declaraciones e informes de los jefes inmediatos, y si no los hubiere, de militares que los conozcan, quienes expondrán lo que supieren acerca de la personalidad militar de aquellos.

En caso de lesiones no se esperará el resultado de éstas para la continuación de la causa; ésta seguirá adelante con sólo la comprobación del cuerpo del delito. Concluido los debates el Presidente tomará a los vocales la protesta a que se refiere el artículo 688 del Código de Justicia Militar que a la letra dice:

"¿Protestáis, bajo vuestra palabra de honor, resolver las cuestiones que se os van a someter, conforme a las leyes de la materia, sin tener en cuenta la suerte que pueda caber al procesado, mirando sólo por la conservación de la disciplina y por el prestigio del Ejército Nacional?". Declarará secreta la audiencia y en ella formulará la siguiente pregunta "¿El delito que se imputa al acusado N.N. es de la competencia del Consejo de Guerra Extraordinario, conforme a lo dispuesto en el Código de Justicia Militar?".

Recogida la votación de todos los miembros del Consejo, se procederá en vista de ello, como corresponda, con arreglo a lo que se previene en el párrafo que subsecuente.

Contestada negativamente la pregunta anteriormente formulada, el Consejo entregará el proceso y demás documentos con el acta que haya levantado el secretario del juez, a éste, si es permanente, quien seguirá conociendo del asunto, según su competencia; y si no fuera permanente el juez, el Consejo remitirá al reo, el proceso y documentos por conducto del jefe que lo convocó al juez permanente que tenga competencia.

Si la contestación fuere afirmativa, el juez formulará las preguntas a que se contraen las fracciones VII y VIII del artículo 665 del Código en comento, con arreglo a lo prevenido en ellas y las fracciones IX y X del mismo artículo, y se procederá después conforme a lo dispuesto en el artículo 672 del citado código y siguientes, en todo cuanto esos preceptos fueren aplicables.

Cuando se declare que el acusado es inculpable, se pronunciará su absolución y el Presidente del Consejo dispondrá que se le ponga en libertad, si no debiere quedar detenido por otra causa; todo lo cual se hará constar en el acta.

En la notificación y la ejecución de sentencia, se observarán por la autoridad militar las solemnidades prevenidas por el Código de Justicia Militar y las prescripciones disciplinarias del momento, hasta donde sean compatibles con las circunstancias del delito. Del acta levantada de lo ocurrido en la audiencia, inclusive el fallo, se enviarán copias autorizadas al archivo del detalle de la corporación a que pertenezca el procesado y a la Secretaría de la Defensa Nacional y Marina.

El expediente original será enviado al Supremo Tribunal Militar, para su revisión, la que se reducirá a fijar la responsabilidad de los funcionarios que hayan intervenido, para los efectos del juicio correspondiente, si una vez que se le haya dado vista al Procurador General de Justicia Militar, éste ejercitare acción penal.

Ni la sentencia condenatoria, ni la sentencia absolutoria que se pronuncien por los Consejos de Guerra Extraordinarios **son apelables.**<sup>52</sup>

Hasta éste punto de nuestro trabajo de tesis, hemos observado la persecución del delito que incumbe al Ministerio Público a través de los distintos juicios que se llevan a cabo en las esferas jurídicas que regulan nuestras diversas legislaciones; una vez hecho esto el Ministerio Público estará en aptitud de ejercer de manera concreta sus conclusiones; esto lo explicaremos en el siguiente punto de la investigación.

---

<sup>52</sup> SÁNCHEZ SODI, HORACIO. Opus citatus. pp. 150 - 167

## **2.6. La acción penal en la acusación**

“Concluido el procedimiento penal de instrucción, en el que se ofrecen y desahogan todas las pruebas de las partes y las ordenadas por el juez, con relación al delito, sus circunstancias de comisión y las características del inculpado, así como su responsabilidad o irresponsabilidad penal, se inicia lo que la doctrina ha denominado periodo de juicio. (Esto en los tres fueros).

Las conclusiones constituyen un acto procesal por virtud del cual las partes, con vista de todo el material probatorio existente en la causa, precisan frente al juez, su propia posición y pretensiones en el proceso.

Constituyen las opiniones que cada una de las partes sustentan acerca de los hechos, del derecho y de las pruebas desahogadas; la interpretación que desde su particular posición en el proceso, realizan acerca del material de prueba allegado y también con relación con el derecho aplicable, tendiente a orientar y persuadir al juez en la decisión que pondrá fin al juicio.

### **2.6.1. Clasificación de las conclusiones**

Examinaremos las conclusiones tanto del Ministerio Público como las de la defensa, en el concepto de que aquellas se clasifican en provisionales y definitivas.

### **2.6.2. Conclusiones del Ministerio Público**

En nuestro medio, contrariamente a la esencia de este acto procesal que sólo debería servir como una simple orientación, como una opinión interesada y parcial, las conclusiones del Ministerio Público son vinculatorias para el juez, es decir, lo obligan a resolver conforme al marco jurídico en ellas planteado, lo que evidentemente las desnaturaliza, y convierte al órgano que las formula en una parte privilegiada en el proceso. Si son acusatorias, representa la pretensión punitiva del estado y no pueden ser rebasadas por el juez, de tal manera que en la sentencia, no podrá condenar ni imponer una sanción mayor a la establecida en

dichas conclusiones, pues le está vedado traspasar los límites marcados por la acusación, a riesgo de invadir la esfera de facultades expresamente concedidas al titular de la acción penal.

Al formular conclusiones el Ministerio Público, está facultado para reclasificar los hechos materia de procesamiento y ubicarlos en el tipo penal que estime aplicable, ello sin importar que se haya seguido el proceso por un delito diferente, porque se dice que en el acto de ejercitar la acción procesal penal, sólo consigna "hechos", sin que nada se oponga a que estos hechos, al formular conclusiones, pueda ubicarlos correctamente en el tipo legal que corresponda.

Obedece lo anterior a que el Ministerio Público, conforme al criterio que se examina, **al practicar la averiguación previa realiza actos investigatorios, los cuales se convierten en actos persecutorios, cuando ejercita la acción procesal penal y solamente adquieren el carácter de actos acusatorios al momento de realizar conclusiones en el proceso que es justamente cuando ejercita la acción penal.**

Por eso se afirma que **en las conclusiones y no al consignar, es cuando el Ministerio Público acusa de manera definitiva**, argumentando que al consignar, sólo se ejercita la acción procesal penal, o sea, sólo se excita al órgano jurisdiccional para que dirima una controversia mediante la aplicación de la ley y en cambio, **en las conclusiones acusatorias se ejercita la acción penal propiamente dicha, porque es verdaderamente el momento en que se acusa a un individuo y se pide para él una pena determinada, se puntualiza así el ejercicio de la acción penal.** Sobre este punto, la Suprema Corte tiene establecido: "CONCLUSIONES ACUSATORIAS. En las conclusiones acusatorias se puntualiza el ejercicio de la acción penal." Directo 2085/58, primera sala, sexta época, vol. XXIV, segunda parte, pág. 24.

Aunque guardemos reservas respecto a la pretendida justificación que se otorga al carácter vinculatorio de las conclusiones acusatorias, porque a nuestro juicio es inconstitucional la prosecución de un juicio errático en el que se precise la acusación y por ende el delito materia de la instrucción, no al decretarse la formal prisión, como quiere la norma constitucional - Art. 19 del Pacto Federal- sino hasta que concluya la etapa probatoria, lo cierto es que en nuestro sistema de procesamiento, las conclusiones del Ministerio Público establecen en forma concreta la acusación y fijan el alcance del debate.

Respecto a la forma que deben adoptar las conclusiones acusatorias, la ley ordena que el Ministerio Público haga por escrito una exposición sucinta y metódica de los hechos conducentes, propongan las cuestiones de derecho, cite leyes, ejecutorias o doctrinas aplicables, y concluya su pedimento con proposiciones concretas. Artículos 292, 293 Del Código Federal de Procedimientos Penales, 316, 317 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 618, del Código de Justicia Militar.

Estas proposiciones concretas fijarán los hechos punibles que se atribuyan al acusado, solicitarán la aplicación de las sanciones procedentes y contendrán las pruebas relativas a la comprobación de los elementos integrantes del tipo penal correspondiente al delito de que se trate y las conducentes a establecer la responsabilidad penal de aquél, así como las circunstancias que deben tomarse en cuenta para individualizar la pena o medida de seguridad. Éste último requisito no se exige en el orden común ni en el fuero militar.

#### **2.6.2.1. Conclusiones del Ministerio Público provisionales**

Las conclusiones del Ministerio Público tendrán el carácter de **provisionales** en dos casos (artículos 294 del Código Federal de Procedimientos Penales, 320 Del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 621, 660 Del Código de Justicia Militar):

1) Cuando sean no acusatorias, es decir en los casos que no se concrete la pretensión punitiva; y,

2) Cuando son acusatorias, es decir, concretan en ellas la pretensión punitiva, sean, omisas respecto de algún delito expresado en la formal prisión, o de algunos de los sujetos en contra de quien se decretó dicho auto de formal encarcelamiento.

#### **2.6.2.2. Conclusiones del Ministerio Público definitivas**

Las conclusiones serán **definitivas** siempre que el juez las tenga por formuladas. La diferencia entre unas y otras, radica en que las definitivas ya no podrán ser modificadas por su autor, sino en beneficio del inculpado. Artículo 319 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal.

En el caso de que se esté en presencia de conclusiones provisionales, el juez las enviará al Procurador y éste, o el Subprocurador que corresponda, escuchará el parecer de los funcionarios que deban emitirlo, dentro del plazo de diez días en el orden federal, (que podrá ser hasta de veinte días en el orden común según sea el volumen del expediente), en el fuero militar cuenta con el mismo término que en el orden federal, expresarán si la confirman o modifican. Si transcurrido el plazo no responden, se entenderá que las confirman. (Artículos 295 del Código Federal de Procedimientos Penales, 321 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 621 del Código de Justicia Militar).

En el caso de que las conclusiones acusatorias definitivas se refieran a delito y tenga señalada en la ley una pena alternativa o distinta a la de prisión, el juez pondrá en inmediata libertad al acusado, y le advertirá que queda sujeto al proceso para su continuación, hasta sentencia ejecutoria.

Si las conclusiones definitivas son de no acusación, se sobreseerá el proceso oficiosamente o a petición de parte, se pondrá en inmediata y absoluta libertad al inculpado y se mandará archivar el expediente.

### **2.6.3. Las conclusiones de la defensa**

Las conclusiones acusatorias se darán a conocer junto con todo el proceso al acusado y su defensor, para que en un término igual al concedido al Ministerio Público, las contesten y formulen, a su vez, las que crean procedentes, en la inteligencia de que si fueren varios acusados, el término será común para todos. (Artículos 296 del Código Federal de Procedimientos Penales, 318, 325 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 618 del Código de Justicia Militar). Las conclusiones de la defensa pueden ser cambiadas en cualquier momento por quien las formule.

### **2.6.4. Omisión de conclusiones**

Si el Ministerio Público no formula conclusiones dentro del plazo que para ese fin le concede la ley, el juez notificará la omisión al Procurador que corresponda, para que sea éste quien las formule u ordene su formulación, dentro de un plazo igual al que se otorgó al Ministerio Público. (Artículos 291 del Código Federal de Procedimientos Penales, 315 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 621 del Código de Justicia Militar).

De no formularlas el Procurador dentro del citado plazo, el juez tendrá por formuladas conclusiones de no acusación, pondrá en libertad al procesado y sobreseerá en el proceso.

En cambio, si transcurrido el término que al efecto se concedió al acusado y su defensor, no formulan conclusiones, se tendrán por formuladas las de inculpabilidad en favor de aquél, lo que significa que el juez supondrá, ante su silencio, que el defensor y el procesado se pronuncian por la inculpabilidad de éste último, sin perjuicio de la corrección disciplinaria que se aplique al defensor remiso (Artículos 296, 297 del Código Federal de Procedimientos Penales, 318, 325 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 619 del Código de Justicia Militar).

### **2.6.5. La audiencia de vista del proceso**

Formuladas las conclusiones de la defensa, o luego de que se tengan por formuladas en favor del procesado las de inculpabilidad, se citará a la audiencia de vista que deberá efectuarse dentro de los cinco días siguientes. (Artículos 305 del Código Federal de Procedimientos Penales, 325 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal<sup>53</sup> y “623 del Código de Justicia Militar, que a diferencia de aquéllos, una vez que haya fenecido el plazo para que la defensa presente sus conclusiones, se citará a una audiencia dentro del tercer día la que se verificará concurren o no las partes; siempre que el delito sea de la competencia del juez militar; en caso de que el delito sea de la competencia de un Consejo de Guerra de Extraordinario, en la etapa de votación de los interrogatorios, pasará el juez con su secretario, a la sala de deliberaciones a pronunciar la sentencia que corresponda sobre todos los delitos declarados por el consejo; cuya sentencia sólo contendrá la parte resolutive. Dentro de los cinco días siguientes al de la audiencia, el juez engrosará la sentencia, artículo 677 del código castrense.”<sup>54</sup>

### **2.7. La acción penal en la apelación**

En este apartado, trataremos cómo se desarrolla la acción penal en un ámbito diferente al que hemos estudiado, debemos establecer que lo que a continuación vamos a estudiar, es la esfera jurídica de los recursos, donde el fallo de una sentencia se puede revocar por la autoridad denominada *Ad quem*, quien es la que originalmente tiene la jurisdicción, a su vez éste la ha delegado al juez denominado *A quo*, para la impartición de justicia; expondremos a la apelación en los fueros federal y común, el fuero militar lo desarrollaremos de una manera separada, por tener algunas peculiaridades respecto aquéllos.

**“Concepto.-** La apelación es un recurso ordinario que otorga la ley contra las resoluciones que expresamente establece, tramitado y resuelto por el superior

---

<sup>53</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO. Opus citatus. pp. 247 - 253

<sup>54</sup> SÁNCHEZ SODI, HORACIO. Opus citatus. pp. 150 y 161

jerárquico de la autoridad que emitió la resolución recurrida, y cuyo objeto es examinar si en dicha resolución, no se aplicó la ley correctamente o se aplicó ésta inexactamente; si se violaron los principios reguladores de la valoración de la prueba; si se alteraron los hechos; o no se fundó o motivó correctamente. Artículos 363 del Código Federal de Procedimientos Penales y 414 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

### **2.7.1. Resoluciones apelables**

Según establece el artículo 366 del Código Federal de Procedimientos Penales, según apelables en **ambos efectos**, las sentencias definitivas en que se imponga alguna sanción.

En el **efecto devolutivo**, en cambio, dice el artículo 367 del mismo ordenamiento, son apelables estas resoluciones:

I. Las sentencias definitivas que absuelven al acusado, excepto las que se pronuncien en relación con delitos punibles con no más en seis meses de prisión o con pena no privativa de libertad, en los términos del primer párrafo del artículo 152;

II. Los autos en que se decrete el sobreseimiento en los casos de las fracciones III a IV del artículo 298 y aquéllos en que se niegue el sobreseimiento;

III. Los autos en que se niegue o conceda la suspensión del procedimiento judicial; los que concedan o nieguen la acumulación de autos; los que decreten o nieguen la recusación;

III BIS. Los autos que ratifiquen la constitucionalidad de una detención a que se refiere el párrafo sexto del artículo 16 constitucional;

IV. Los autos de formal prisión; los de sujeción a proceso; los de falta de elementos para procesar; y aquellos que resuelvan situaciones concernientes a la prueba;

V. Los autos en que se conceda o niegue la libertad provisional bajo caución; los que concedan o nieguen la libertad por desvanecimiento de datos, y los que resuelvan algún incidente no especificado;

VI. Los autos en que se niegue la orden de aprehensión o se niegue la citación para preparatoria. Estos autos sólo son apelables por el Ministerio Público;

VII. Los autos que nieguen el cateo, las medidas precautorias de carácter patrimonial, el arraigo del indiciado o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica;

VIII. Los autos en que un tribunal se niegue a declarar, su incompetencia por declinatoria, o a librar el oficio inhibitorio a que se refiere el artículo 436; y

IX. Las demás resoluciones que señala la ley.

El artículo 419 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece salvo determinación expresa en contrario, el recurso de apelación procederá sólo en el **efecto devolutivo** y muy especialmente respecto de las sentencias definitivas que absuelven al acusado. De este modo, el artículo 418 del ordenamiento citado, declara que son apelables:

I. Las sentencias definitivas, inclusive aquellas que se pronuncien en los procesos sumarios;

II. Los autos que se pronuncien sobre cuestiones de jurisdicción o competencia; los que mandan suspender o continuar la instrucción; el de ratificación de la detención; el de formal prisión o de sujeción a proceso o el que los niegue; el que conceda o niegue la libertad;

III. Los autos en que se niegue la orden de aprehensión o de comparecencia, sólo por el Ministerio Público; y

IV. Todas aquellas resoluciones en que este Código conceda expresamente el recurso. (La trampa)

### **2.7.2. Quiénes pueden apelar**

Los artículos 365 del Código Federal de Procedimientos Penales y 417 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal conceden derecho a

apelar al Ministerio Público, al acusado y su defensor y al ofendido o sus legítimos representantes, siempre que hayan sido reconocidos por el juez de primera instancia como coadyuvantes del Ministerio Público, para efectos de la reparación de daños y perjuicios y sólo en lo relativo a ésta. El código federal, agrega también como apelables, a las medidas precautorias conducentes a asegurar la reparación del daño.

### **2.7.3. Interposición y admisión del recurso de apelación**

La apelación podrá interponerse en el acto de la notificación o por escrito o comparecencia dentro de los **cinco días** siguientes si se tratare de sentencia, o de **tres días** si se interpusiere contra un auto (artículo 368 del Código Federal de Procedimientos Penales). El artículo 416 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, agrega "... y de **dos** si se tratare de otra resolución, excepto en los casos en que este Código disponga expresamente otra cosa". (No hay ningún otro caso en el Código).

Hay que advertir que al notificarse al acusado la sentencia definitiva de primera instancia, se le hará saber el término legal para interponer la apelación, lo que se hará constar en el proceso. La omisión de este requisito, surte el efecto de duplicar el término para interponer el recurso, con independencia de la sanción a que se haga acreedor el secretario o actuario que haya incurrido en ella. Interpuesto el recurso dentro del término legal (el artículo 421 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal menciona "plazo legal" y agrega: "... por quien tuviere personalidad para hacerlo"), el tribunal que dictó la resolución apelada lo admitirá de plano si procediere. El auto admisorio de la apelación no es recurrible. Artículo 370 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Si el apelante fuere el procesado, al admitirse el recurso se le prevendrá para que nombre defensor que lo patrocine en la segunda instancia. Artículos 371 del Código Federal de Procedimientos Penales y 421 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Conviene detenerse aquí para explicar los **efectos** en que puede admitirse la apelación y el significado de éstos.

El **efecto devolutivo** es llamado así porque teóricamente el tribunal inferior, recibe su potestad juzgatoria del superior, de modo que al resolver, si hay inconformidad de las partes con lo resuelto, devuelve la jurisdicción recibida, para que sea el superior quien revise. En este efecto conoce de ellos el superior jerárquico del juez que emite la resolución impugnada.

El **efecto suspensivo**, (también denominado **ambos efectos**), se usa para significar que mientras el recurso se substancia, la ejecución de la resolución recurrida queda en suspenso, no puede llevarse adelante.

#### **2.7.4. Tramitación legal del recurso de apelación**

Si la apelación es admitida en ambos efectos, igual que si se trata de sentencia absolutoria, el juez que dictó la resolución apelada (*a quo*) enviará los autos originales al tribunal de apelación respectivo (*ad quem*). Al expediente que se forma en el tribunal de Alzada o *ad quem*, denomínase “Toca”.

Sin embargo, si hubieren otros inculpados que no hubiesen apelado o bien se tratase de apelación admitida sólo en efecto devolutivo, en vez de enviar el original del expediente, se remitirá al tribunal *ad quem*, dentro del plazo de cinco días, un testimonio autorizado de constancias o testimonio de lo que las partes designen y de lo que el tribunal estime conveniente (en la práctica generalmente se envía copia fotostática certificada de todo el expediente).

En el orden común, recibido el proceso o el testimonio en su caso, el tribunal de apelación citará a las partes para la vista del recurso, dentro de los quince días siguientes. Artículo 423 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Al ser citadas o dentro de tres días siguientes, podrán ofrecer pruebas y expresar su objeto y naturaleza y la Sala correspondiente del tribunal de apelación, al día siguiente de hecha la promoción, decidirá sin más trámite si las admite. En caso afirmativo, las desahogará dentro de cinco días.

En el mismo término que se concedió a las partes para ofrecer pruebas, también podrán impugnar la admisión del recurso o el efecto o efectos que se admitió y dentro de los tres días siguientes, la Sala resolverá lo pertinente, devolviendo el expediente al *a quo* si declara que la apelación fue mal admitida, sin revisar la sentencia o el auto apelados.

En lo federal, en cambio, recibido el proceso o testimonio, según el caso, el tribunal lo pondrá a la vista de las partes por tres días, para que ofrezcan pruebas. Si las ofrecen, expresarán el objeto y naturaleza de ellas y dentro de los tres días que sigan a la promoción, el *ad quem* decidirá si las admite. En caso afirmativo, se desahogarán en el plazo de cinco días. Artículo 373 del Código Federal de Procedimientos Penales.

La testimonial sólo se admitirá siempre que los hechos a que se refiera, no hayan sido materia de examen de testigos en primera instancia y la documental pública es admisible mientras no se declare vista la causa. Artículo 378 del Código Federal de Procedimientos Penales. Si la apelación versare respecto de autos de formal prisión, sujeción a proceso o libertad por falta de elementos, el *ad quem* podrá ordenar el desahogo de las pruebas que no se hubiesen practicado, si las partes lo piden. Artículo 379 del Código Federal de Procedimientos Penales.

En el mismo término otorgado para ofrecer pruebas, las partes podrán impugnar la admisión del recurso o el efecto o efectos en que se admitió, y el tribunal dará vista de la promoción a las otras partes, por tres días, y resolverá lo procedente dentro de los tres días siguientes. Si declarare mal admitida la apelación, devolverá el proceso al *a quo*.

El día fijado para la celebración de la vista, principiará la audiencia, y hará el secretario una relación del proceso, después, en caso de concurrir las partes, se concederá el uso de la palabra al apelante y luego a las demás, hecho lo cual se declarará visto el proceso, quedará cerrado el debate y el tribunal pronunciará resolución dentro de los ocho días siguientes en materia federal y dentro de diez en el orden común.

No obstante lo anterior, de estimarlo necesario, el tribunal *ad quem* podrá, después de celebrada la vista, ordenar el desahogo de pruebas para mejor proveer en el caso, dentro del término de diez días. Artículos 384 del Código Federal de Procedimientos Penales y 426 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

En materia de apelación de sentencia definitiva tiene aplicación del principio *non reformatio in peius*, conforme al cual, si sólo fueron a la apelación el inculpado o su defensor, el tribunal *ad quem* no podrá aumentar la sanción impuesta en una sentencia recurrida. Artículos 385 del Código Federal de Procedimientos Penales y 427 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Este principio no podrá invocarse si también apeló la sentencia el Ministerio Público.

Los agravios en la apelación, pueden expresarse desde que se interponga el recurso, hasta la celebración de la vista. Artículos 468 de Código Federal de Procedimientos Penales y 414 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. El agravio sólo existirá siempre que efectivamente se vulnere o restrinja la esfera jurídica del impugnante.

Una manera muy usual de expresarlos, es: señalar primero la parte de la resolución que irroga el agravio; luego, la disposición o disposiciones legales que se estimen violadas y, finalmente, el razonamiento que deja saber porqué esa parte de la resolución, infringe las normas legales señaladas como infringidas.

### **2.7.5. Suplencia y ausencia de los agravios del procesado o sentenciado**

La segunda instancia sólo se abre para resolver los agravios que plantean las partes en contra de la resolución judicial impugnada, esto significa que los agravios son "de estricto derecho", porque marcan el alcance de la apelación, la cual debe ceñirse a la inconformidad planteada y darle solución; de otra manera, este recurso se desvirtuaría al volverse una revisión de oficio y obligado se hallaría el *ad quem* a examinar, aunque las partes no lo solicitaran, la legalidad de toda la resolución.

Este principio general sufre excepciones si se trata del inculpado y su defensor, respecto de quienes se establece la suplencia de la queja deficiente. Artículos 364 del Código Federal de Procedimientos Penales y 415 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. En los casos en que el acusado o su defensor, por ignorancia, torpeza o falta de atingencia no expresen adecuadamente los agravios, surge para el tribunal de apelación, la obligación de suplir esa deficiencia.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha interpretado esta suplencia de manera benéfica para el inculpado y su defensor, pues sostiene que no basta con que el *Ad quem* supla las deficiencias de los agravios mal expresados, sino que debe suplir inclusive, **la queja no expresada** que considera como la máxima deficiencia.

Aunque se afirma que la suplencia es una institución injusta pues el natural equilibrio que debe existir entre las partes procesales, se rompe en favor del acusado y su defensor, lo cierto es que se estima por una parte, que el inculpado es el sujeto débil de la relación procesal penal y, habida cuenta de la especialización que teóricamente posee el órgano de la acusación, debe estimársele con la suficiente preparación para expresar correctamente su queja.

### 2.7.6. Resolución y efectos de la apelación

En materia federal, la resolución del recurso habrá de pronunciarse dentro de los ocho días siguientes a la celebración de la vista, a menos de que se hubieren decretado pruebas para mejor proveer por el *Ad quem*, según hemos visto, pues en este caso se fallará el asunto dentro de los cinco días siguientes a la recepción de las pruebas. Artículos 383 del Código Federal de Procedimientos Penales.

En el orden común, la sentencia que resuelva la apelación se pronunciará dentro de los diez días que sigan a la celebración de la vista, a menos que se reciban pruebas para mejor proveer, se entenderá que en este caso, el término para dictaminar la resolución se computará a partir de la recepción de las pruebas. Artículo 425 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Al resolverse la apelación el *Ad quem* tendrá las mismas facultades que el *A quo* para el dictado de su sentencia, debe aclararse que en materia federal, si se trata de apelación en contra de una formal prisión, de sujeción a proceso, de orden de aprehensión o de citación para preparatoria, podrá cambiarse la clasificación del delito y dictarse por el que aparezca probado.

Notificado el fallo, junto con él se devolverán los autos al inferior para que lo cumplimente en sus términos, tendrá presente que lo ahí resuelto, solamente produce efectos con relación a él o los apelantes, por lo que no beneficia ni perjudica a quienes no interpusieron el recurso.”<sup>55</sup>

Hablaremos ahora de la apelación en el fuero militar, de acuerdo al Código de Justicia Militar. “Siempre que el acusado manifieste su inconformidad al notificársele una resolución judicial, deberá entenderse como interpuesto el recurso que proceda.

---

<sup>55</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO. Opus citatus. pp. 288 - 296

No procederá ningún recurso si la parte agraviada se hubiere conformado expresamente con una resolución o procedimientos, o en caso de que no interponga el recurso dentro de los términos que la ley señala. Ningún recurso podrá desecharse, si claramente se desprende de la promoción, la voluntad de interponer el recurso.

El recurso de apelación tiene por objeto, que el Supremo Tribunal Militar, confirme, revoque o modifique la resolución apelada.

La segunda instancia solamente se abrirá a petición de parte, por resolver sobre los agravios que deberá expresar el apelante al interponer el recurso o en la vista; pero el tribunal de alzada podrá suplir la deficiencia de ellos, siempre que el recurrente sea el procesado o se advierta que sólo por torpeza del defensor no hizo valer debidamente las violaciones causadas en la resolución recurrida.

La apelación podrá interponerse por escrito o de palabra, dentro de tres días de hecha la notificación si se tratare de un auto o de cualquier otra resolución excepto en los casos en que éste Código disponga expresamente otra cosa; y de cinco, si se tratare de sentencia definitiva. Cualquiera de las partes tendrá derecho a apelar.

El recurso de apelación sólo procede:

En el efecto devolutivo, contra:

I. El auto denegatorio de la orden de aprehensión o de comparecencia en su caso;

II. El auto de formal prisión, excepto lo previsto en el artículo 701 del Código de Justicia Militar; el de sujeción a proceso y el de libertad por falta de méritos;

III. El auto denegatorio de libertad caucional;

IV. Los autos denegatorios de prueba;

V. Los autos en que se mande suspender o continuar la instrucción;

VI. Los autos que ordenen la acumulación o separación de procesos;

VII. El auto de desistimiento del juez de requeriente en casos de acumulación;

VIII. Las resoluciones dictadas en cuestiones de competencia, y

IX. El auto que niega la revocación del que imponga una corrección disciplinaria que no sea la de suspensión en el ejercicio de funciones o de profesión.

En ambos efectos, contra:

I. El auto que declare no haber delito que perseguir si no se dictare a pedimento del Ministerio Público;

II. Las sentencias que resuelvan las excepciones fundadas en algunas de las causas que extinguen la acción penal o que concedan la libertad por desvanecimiento de datos, y

III. Las sentencias definitivas excepto en el caso del artículo 717 del Código Castrense. Cuando sean absolutorias, el reo quedará en libertad mientras se resuelve el recurso.

Al notificar la sentencia definitiva, se hará saber al procesado el término que la ley concede para interponer el recurso de apelación, de lo cual se asentará constancia en el proceso. Cuando se omita el dar a saber dicho término, éste quedará duplicado, y se castigará al secretario disciplinariamente por el tribunal de alzada con la corrección que estime conveniente.

En caso de que la apelación se admita en ambos efectos, y no haya otros procesados en la misma causa que no hubieren apelado, y además, no se perjudique la instrucción o en caso de que se trate de sentencia definitiva, se remitirá original el proceso al Supremo Tribunal Militar. Fuera de estos casos, se remitirá testimonio de todas las constancias que las partes designen, y de aquellas que el juez estime conducentes.

Recibido el proceso o el testimonio en su caso, el Supremo Tribunal Militar mandará citar a las partes para la vista del negocio, dentro de los diez días siguientes.

Las partes podrán tomar en la secretaría los apuntes que necesiten para alegar. Pueden, igualmente, dentro de los tres días siguientes a la notificación impugnar la admisión del recurso o el efecto o efectos en que fue admitido, y el tribunal, dentro de los tres días siguientes resolverá lo pertinente y en caso de declarar que la apelación fue mal admitida, sin revisar la sentencia o auto apelado, devolverá la causa al juzgado de su origen, si se la hubiere enviado con motivo del recurso. También podrá el tribunal después de la vista, declarar si fue mal admitida la apelación, cuando no se hubiere promovido el incidente que autoriza el presente artículo, y sin revisar la sentencia o auto apelado devolverá en su caso, la causa al juzgado de su procedencia.

El día señalado para la vista del negocio, comenzará la audiencia por la relación del proceso hecha por el secretario, tendrá enseguida, la palabra la parte apelante, y a continuación las otras en el orden que indique el presidente.

Si fueren dos o más los apelantes, usarán la palabra en el orden que designe el mismo presidente, podrá hablar al último el acusado o el defensor. Si las partes, debidamente notificadas, no concurrieren, se llevará adelante la audiencia.

Declarado visto el proceso, quedará cerrado el debate, y el Supremo Tribunal Militar pronunciará su fallo dentro de quince días a más tardar, excepto en el caso del párrafo siguiente.

Cuando el supremo tribunal militar, después de la vista, creyere necesario para ilustrar su criterio, la práctica de alguna diligencia, podrá decretarla para mejor proveer y la desahogará a la mayor brevedad, tomará en cuenta las disposiciones de este libro y el artículo 20 constitucional.

El Supremo Tribunal Militar al pronunciar su sentencia, tendrá las mismas facultades que el tribunal de primera instancia; pero si sólo hubiese apelado el reo o su defensor, no podrá aumentarse la pena impuesta en la sentencia apelada.

Siempre que cualquiera de las partes quisiera promover alguna prueba, lo hará al ser citada para la vista o dentro de tres días de notificadas, expresará el objeto y la naturaleza de dicha prueba. El Supremo Tribunal Militar al día siguiente de hecha la promoción, decidirá sin trámite alguno si es de admitirse o no; en el primer caso, la desahogará dentro de cinco días. La testimonial no se admitirá en segunda instancia, sino respecto de hechos que no hayan sido materia de examen en la primera.”<sup>56</sup>

## **2.8. La acción penal en la ejecución de sentencia**

“¿Tiene el condenado el deber jurídico de cumplir la pena? o por el contrario, ¿tiene el Estado un derecho de ejecutarla? Los términos del problema, muy atrayente desde el punto de vista doctrinario, hayan fácil solución dentro de la legislación mexicana.

Las penas de confinamiento, sujeción a vigilancia de la policía, prohibición de ir al determinado lugar, y suspensión o inhabilitación para ejercer profesión u oficio, deben ser cumplidas por el condenado, sin necesidad de que el Estado ejerza coacción alguna sobre él. El quebrantamiento de estas penas las extingue y origina el delito de quebrantamiento de sanción, descrito en los artículos 157 a 159 del Código Penal Federal.

Las penas pecuniarias, multa y reparación del daño, originan un derecho de crédito a favor del Estado o el ofendido, respectivamente. El condenado se convierte, en deudor del beneficiario y si no le paga voluntariamente, el primero hace efectivo su crédito mediante el ejercicio de la facultad económico-coactiva, y el segundo por medio de la acción ejecutiva, cuyo título es la sentencia.

Otras penas, en cambio, son ejecutadas por órganos del Estado. Algunas, como la amonestación, por la autoridad judicial, y otras, especialmente las privativas de libertad por la autoridad administrativa. En el primer caso, el acto de

---

<sup>56</sup> SÁNCHEZ SODI, HORACIO. Opus citatus. 184 - 187

ejecución es formalmente jurisdiccional y materialmente administrativo, y en el segundo formal y materialmente administrativo.

### **2.8.1. Bases constitucionales del procedimiento de ejecución de las penas privativas de libertad**

Las bases del procedimiento de ejecución de las penas privativa de libertad que, como ya hemos dicho, es de carácter administrativo, se establecen en el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que después de la reforma de 28 de diciembre de 1964, publicada en diario oficial de la federación del 23 de febrero de 1965, reza: "los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto. Los Gobernadores de los Estados, se sujetarán a lo que establezcan las leyes respectivas, podrán celebrar, con la Federación, convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal".

La jurisprudencia definida de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió, en la tesis No. 590, publicada en el apéndice al tomo CXVIII del semanario judicial de la federación que "aunque los Ejecutivos están facultados para señalar el lugar de extinción de las penas impuestas por sentencias irrevocables, deben hacerlo dentro de la jurisdicción territorial que gobiernan; en consecuencia, aunque tengan arreglos con la Federación no pueden enviar reos a la Colonia Penal de las Islas Marías, pues tal circunstancia implica no sólo una modificación sustancial de la naturaleza de la pena, sino observancia de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 18 constitucional".

Esta tesis jurisprudencial, que obviamente se refería a este precepto tal como estaba redactado con anterioridad a la reforma acabada de mencionar, aparece

reproducida con el número 155 en la segunda parte del apéndice correspondiente a la jurisprudencia sustentada en los fallos pronunciados de 1917 a 1965. Sin embargo, la reforma constitucional de 1964 modifica los efectos de la jurisprudencia transcrita. La relegación a las Islas Marías será anticonstitucional en cuanto constituye una modificación substancial a la pena de prisión, pero no en cuanto a que la pena deba ser cumplida dentro del territorio de los Estados, a partir de la reforma, éstos quedan autorizados para celebrar convenios, de carácter general, con la Federación. De lo contrario, su aplicación violará en artículo 14 constitucional.

### **2.8.2. Fuentes legales del procedimiento de ejecución**

Las fuentes de procedimiento de ejecución, son las siguientes:

- a) El Código Penal Federal (Título Cuarto Capítulo Primero);
- b) Código Penal para el Distrito Federal (Título Cuarto, Capítulo Primero);
- c) El Código Federal de Procedimientos Penales (Título Decimotercero);
- d) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (Título Sexto);
- e) La Ley que establece las normas mínimas sobre la readaptación social de sentenciados, de ocho de febrero 1971, publicada en diario oficial de la federación el 19 de mayo del propio año, en vigor treinta días después (reformada en 10 de diciembre de 1984) y;
- f) Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal (30 de septiembre de 1999);
- g) Los diversos Reglamentos expedidos por el Presidente de la República en uso de la potestad que le concede en artículo 89, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente en todo aquello que no se oponga a la ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo primero transitorio de la misma; cabe mencionar al respecto el reglamento de los Centros Federales de Readaptación Social (diario oficial de la federación de 30 de agosto de 1991). Equiparable a estos dos últimos ordenamientos, en el fuero militar, existe el reglamento de prisiones militares de 22 de noviembre de 1994.

El sistema de ejecución penal, que en el artículo 6° de la ley establece las normas mínimas y a las cuales denomina **tratamiento**, será individualizado, con aportación de las diversas técnicas y disciplinas pertinentes para sus circunstancias personales y tendrá carácter progresivo y técnico y constará, por lo menos de períodos de estudio y diagnóstico y de tratamiento, dividido este último en fases de clasificación tratamiento de clasificación y de tratamiento preliberacional el tratamiento se fundará en los resultados de los estudios de personalidad que se practiquen al reo, los que deberán ser actualizados periódicamente. (Artículo 7° de la ley).

El último párrafo del artículo citado dispone que "se procurará iniciar el estudio de personalidad del interno desde que éste quede sujeto a proceso, en cuyo caso se turnará copia del estudio a la autoridad jurisdiccional de la que aquél dependa".

Este estudio de personalidad incuestionablemente, facilitará la recta aplicación de los artículos 51 y 52 el Código Penal Federal, permitirá individualizar la pena, pero obviamente sólo podrá hacerse del procesado preso, del interno como reza la ley, no del procesado en libertad provisional bajo caución o bajo protesta, ya que éstos no pueden estar sujetos a obligaciones diferentes de las que no les impongan las procesales. Con posterioridad a 1985, se atiende conforme lo dispuesto en la mencionada ley de normas mínimas.<sup>57</sup>

“Nuestro Código Castrense, enuncia qué; las autoridades del fuero de guerra que reciban para su cumplimiento testimonio de una sentencia irrevocable, procederán a ejecutarla con apego a lo prevenido en ella, salvo lo que se establece en éste capítulo.

---

<sup>57</sup> ARILLA BAS, FERNANDO. EL procedimiento penal en México. Opus citatus .pp. 249 - 252

Son irrevocables, y por lo tanto causan ejecutoria:

I. Las sentencias pronunciadas en primera instancia, cuando se hayan consentido expresamente, o cuando expirado el término que la ley fija para interponer algún recurso, no se haya interpuesto.

II. Las sentencias de segunda instancia, y

III. Aquella contra las cuales no conceda la ley recurso alguno.

En toda sentencia condenatoria se prevendrá al reo para que no reincida, advirtiéndosele las penas a que se expone, y de ello se extenderá diligencia en el proceso; pero sin que la falta de ésta obste para hacer efectivas las penas de reincidencia.

Se suspenderá la ejecución de una sentencia, en los siguientes casos:

I. Cuando el sentenciado se encuentre en estado de enajenación mental;

II. Cuando condenado a sufrir la pena de muerte, el sentenciado se encontrare enfermo o herido de gravedad;

III. Cuando el sentenciado hubiere pedido el indulto en alguno de los casos en que proceda y mientras resuelve el Ejecutivo;

IV. En los demás casos especialmente señalados en el Código de Justicia Militar.

La Secretaría de la Defensa Nacional y Marina, previo dictamen de la Procuraduría, resolverá si aprueba la suspensión decretada por el jefe militar, determinará en este caso si hay lugar a la conmutación de la pena, o por cuanto tiempo dure la suspensión, y, en caso contrario, que se lleve a delante la ejecución, consignando a dicho jefe, si hubiere responsabilidad que exigirle.

Los jueces remitirán copia de la sentencia ejecutoria tanto al jefe de la prisión en donde estuviere el sentenciado, como al de aquella al que hubiere de extinguir su condena, en su caso; asimismo, enviará testimonio de ella a la Secretaría de la Defensa Nacional y Marina y a la comandancia de la guarnición.”<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> SÁNCHEZ SODI, HORACIO. Código de Justicia Militar. Opus citatus. pp. 190 y 191

El militar sentenciado debe cumplir su pena en las prisiones militares o en las del orden común, o en el lugar en que designe la Secretaría de la Defensa Nacional y Marina. Si un militar no pierde su personalidad militar, debe cumplir su pena en prisión militar, si se le condena a la destitución del empleo militar, debe cumplir su pena en prisiones del orden común, del lugar de origen donde radicó antes de ingresar al ejército, porque ahí es donde está su familia.

La pena debe ser cumplida de acuerdo con lo que dispone el Código de Justicia Militar, y no con lo que disponga el Código del orden común.

## **2.9. AVERIGUACIÓN PREVIA**

### **2.9.1. Requisitos de procedibilidad, en los fueros Federal, Común y Militar**

#### **2.9.1.1. La denuncia**

“Los requisitos de procedibilidad son aquellas condiciones sin cuya concurrencia no puede iniciarse la averiguación previa o bien, si ya fue iniciada, no puede legalmente continuar.

La denuncia, constituye la llamada *noticia criminis*, que es la forma más usual por la que llega al conocimiento del Ministerio Público, la existencia de un hecho posiblemente delictivo, cuya investigación oficiosa, entonces se vuelve obligatoria. Artículos 113 Del Código Federal de Procedimientos Penales y 262 Del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Por excepción, siempre que las circunstancias del caso impidan su formulación ante dicha autoridad, en materia federal, se faculta a la policía ministerial a recibirla.

De acuerdo con la ley artículos 118 del Código Federal de Procedimientos Penales y 276 Del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, puede expresarla oralmente o por escrito cualquier persona perteneciente a cualquier raza, sexo, credo político o religioso se particular o servidor público, nacional o extranjero, recluso o persona en libertad caucional, etc., se contraerá a describir los hechos que se estimen delictuosos, sin calificarlos jurídicamente, al

denunciante se le tomará previamente protesta para conducirse con verdad, se informará acerca de las penas en que incurren los falsos declarantes, sin que se puedan formular denuncias por medio de apoderado legal, a menos de que se trate de personas morales que podrán actuar por apoderado para pleitos y cobranzas. Artículos 120 del Código Federal de Procedimientos Penales y 264 Del Código Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

La denuncia, así, es el acto procesal por el que cualquier persona, verbalmente o por escrito, ante el Ministerio Público (o ante la policía dependiente de él, en materia federal) relata hechos posiblemente constitutivos de delito perseguible oficiosamente.”<sup>59</sup>

“En materia militar, el artículo 442 del citado ordenamiento establece que, tanto las denuncias de los delitos como las querellas en forma, debe contener, si son por escrito:

- I. La relación del hecho delictuoso;
- II. El nombre del delincuente y demás personas que estuvieren complicadas en la comisión del delito, así como el de aquellas que lo presenciaron, tuvieron o pudieron tener noticia de él;
- III. Todas las circunstancias que puedan coadyuvar, a la averiguación del delito, clasificación de su naturaleza y gravedad, y descubrimientos de los responsables, y
- IV. Las pruebas relacionadas con el hecho delictuoso.

La denuncia hecha por un militar, deberá ser formulada por escrito, y firmada por la persona que la hiciera. Cuando fuere hecha por el superior del delincuente, será acompañada, si fuere posible, con todos los documentos concernientes al mismo delito, y notas y constancias oficiales relativas al delincuente, que obraren en los documentos oficiales del cuerpo o unidad a que pertenezca el presunto

---

<sup>59</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO. Programa de Derecho Procesal Penal. Opus citatus. pp. 95 y 96

responsable. Fuera de los casos enumerados, las denuncias pueden hacerse de palabra o por escrito.

Cuando fueren verbales, se levantará un acta en la que en forma de declaración, se harán constar todas las circunstancias a que se refiere el artículo 442 del citado ordenamiento, firmará el que reciba la denuncia y el denunciante, si supiere, en todas las hojas e imprimirá sus huellas digitales. Si la denuncia fuere por escrito, deberá firmarla el denunciante u otra persona a su ruego; si aquél no supiere o no pudiere hacerlo, deberá tomarse sus huellas digitales y rubricarse en todas sus fojas por el que la reciba.

La autoridad que recibiere una denuncia o querella verbal o escrita, deberá asegurarse desde luego, de la identidad del denunciante, y hará constar tal circunstancia.”<sup>60</sup>

### **2.9.1.2. La querella**

“La querella es también otra forma en que el Ministerio Público se entera de la existencia de un posible delito, para proceder a su investigación.

Igual que la denuncia, la querella constituye una narración de hechos probablemente constitutivos de delito, que se formula ante el Ministerio Público o, en su caso, ante la policía dependiente de él, de manera oral o escrita. La diferencia entre ambas estriba en que:

- 1) La querella debe ser formulada precisamente por el ofendido por el delito o por su representante jurídico;
- 2) Debe referirse a delitos perseguibles a instancia de parte; y,
- 3) Debe contener la expresa manifestación de que se castigue al responsable del hecho delictivo.

---

<sup>60</sup> SÁNCHEZ SODI, HORACIO. Código de Justicia Militar. Opus citatus. pp. 199 y 120.

Desde luego, el derecho a querellarse se halla en la esfera jurídica del ofendido por el delito, forma parte de la universalidad de sus derechos y si bien originariamente la acción penal pertenece al individuo, al gobernado, no ocurre lo mismo respecto su ejercicio, cuya titularidad, conforme hemos visto, está conferida constitucionalmente al Ministerio Público. El derecho que tiene el ofendido a formular querrela en delitos perseguibles a instancia de parte, constituye un derecho potestativo cuyo ejercicio depende solamente del interés o la conveniencia de su titular.

En cambio, la acción penal no se rige por criterios de conveniencia, no por lo menos teóricamente, en nuestra legislación procesal penal, en la que por encima de los intereses del Estado, se hallan los derechos subjetivos del gobernado, de modo que su ejercicio constituye imperativo jurídico para el Ministerio Público, cumplidos los requisitos legales para su ejercicio.

Respecto a la denuncia o querrela como condiciones para el inicio de la averiguación previa por parte del Ministerio Público, no sobra insistir en que nuestra Constitución las establece de manera limitativa, y al disponer el párrafo segundo del artículo 16 que no podrá liberarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela, las destaca como únicas formas de iniciar la investigación de los delitos, no obstante lo cual, aún se inician y autorizan inconstitucionalmente la delación anónima y secreta, la pesquisa general o especial, las llamadas razias y la averiguación oficiosa, como formas paralelas de investigación delictiva, por parte del Ministerio Público.

La delación, es la denuncia que no suscribe el denunciante, quien con asentimiento de la autoridad, oculta su identidad.<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO. Programa de derecho Procesal Penal. Opus citatus. pp. 97 - 100

### **2.9.1.3. La autorización**

“La autorización, al igual que la denuncia y la querrela, constituye un requisito de procedibilidad, una condición sin cuyo cumplimiento, no puede iniciarse o continuarse, la averiguación previa.

Es un axioma que la ley está dictada para aplicarse a todos aquellos que se coloquen bajo su supuesto, lo cual se ha expresado tradicionalmente, con el aforismo: "la ley es igual todos", principio que recogen los artículos 1º, 2º, 12 y 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer en lo conducente, que todo individuo gozará de las garantías otorgadas por la Constitución; que está prohibida la esclavitud en nuestro país; que no se concederá títulos nobiliarios, ni prerrogativas ni honores hereditarios, ni se dará efecto alguno a los otorgados por otro país; y que ninguna persona o corporación puede tener fuero, aunque admite la subsistencia del fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar, pero con la advertencia de que los tribunales militares, no podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejército.

Este planteamiento, en el que se admite como principio de igualdad de todos frente a la ley, se estudia doctrinariamente, dentro del ámbito de validez personal de la ley procesal penal.

Sin embargo, se han reconocido algunas excepciones al principio general antes enunciado, que obedecen a distintas razones, como la importancia del cargo desempeñado por la persona y, por consecuencia, las altas responsabilidades confiadas a ella; la investidura que ostenta y la garantía de independencia de que debe disfrutar en el desempeño de la función; en fin los compromisos internacionales adquiridos por nuestro país y otra serie de motivos similares que justifican, igualmente, los casos de excepción a la aplicación indiscriminada de la ley a todos sus destinatarios.

También doctrinariamente, las excepciones al principio enunciado, se analizan a través de la **inviolabilidad** y la **inmunidad**, esta última llamada igualmente fuero.

La inviolabilidad será **absoluta**, cuando todos los actos del favorecido con ella, estén exentos de la aplicación de la ley; será **relativa**, cuando sólo algunos de esos actos salgan del marco de aplicabilidad legal.

Nuestra ley no registra casos de inviolabilidad absoluta. (En Roma, la tienen el Papa y los Cardenales durante el Cónclave y también son inviolables en sus países, algunos monarcas y dictadores).

No obstante, legalmente existen reconocidos casos de inviolabilidad relativa, como el que confiere el artículo 61 Constitucional, a los Diputados y Senadores, quienes son inviolables por las opiniones que manifiesten en el desempeño de sus cargos, y jamás podrán ser reconvenidos por ellas.

En lo que concierne a la inmunidad, implica un privilegio procesal para el favorecido con ella, porque impide **temporalmente** la aplicación de la ley, por el tiempo en que subsista el impedimento, lo que significa, a diferencia de lo que sucede en la inviolabilidad en que se cancela de plano la aplicación de la ley, que su beneficiario sólo estará eximido de la aplicación de ella, mientras dure el obstáculo relativo, que por su naturaleza es esencialmente transitorio.

Entre las inmunidades que destaca la ley, tenemos:

**1) Inmunidad presidencial.** Deriva del párrafo segundo del artículo 108 constitucional, en tanto establece que el Presidente de la República, durante su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común.

El párrafo cuarto del artículo 111 constitucional, establece la forma de remover la inmunidad, señala que sólo podrá ser acusado por la Cámara de Diputados (en caso de traición a la patria y delitos graves del orden común) ante la de Senadores, que resolverá con base en la legislación penal aplicable.

**2) Inmunidad de otros servidores públicos.** Se contiene en el artículo 111 constitucional, al expresar que para proceder penalmente en contra de los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Consejeros de la Judicatura Federal, los Secretarios de Despacho, los Jefes de Departamento Administrativo, los Representantes a la Asamblea del Distrito Federal, el titular del órgano de gobierno del Distrito Federal, el Procurador General de la República y el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, por delitos cometidos durante su gestión, la Cámara de Diputados declarará por mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión, **si ha o no lugar a proceder** contra el inculpado y sólo en el primer caso, se le pondrá a disposición de la autoridad competente, en el concepto de que será reinstalado en cargo, si es declarado inocente en sentencia.

**3) Inmunidad diplomática.** De la misma manera, disfrutan de esta prerrogativa los Jefes de Estado y Agentes diplomáticos extranjeros que se encuentren oficialmente en el país, a quienes no podrá aplicarse nuestra ley, si bien podrán ser juzgados en su país de origen por delitos cometidos en el nuestro acordes con la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961, publicada en el diario oficial de tres de agosto de 1965 (en derecho internacional, se acepta que la inmunidad alcance también a los familiares de la representación diplomática, al personal de servicio y doméstico, no nacionales, que trabajan para la misión o sus miembros, e incluso, en otro orden de cosas, se otorga trato especial a la "valija diplomática").

**4) Inmunidad de tipo administrativo.** Beneficia a algunos servidores públicos, con el fin esencial de que estén en actitud de cumplir sus funciones sin la angustia y presión que implican necesariamente las investigaciones delictivas. Así, disfrutan de ella conforme a los artículos 672 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 31 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, los magistrados, jueces y agentes del Ministerio Público en el orden común y los agentes del Ministerio Público Federal. En su caso, la autorización para el juzgamiento deberá otorgarse por el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, o por el Procurador de Justicia que corresponda.

Curiosamente, en materia federal, no se otorga la inmunidad a Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito como un requisito de procedibilidad, es decir; como condición para que el Ministerio Público inicie o continúe una averiguación previa en contra de aquéllos, ya que el artículo 81 fracción X y XI de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, señala como requisito previo indispensable, la suspensión en sus cargos que en su caso provea el Consejo de la Judicatura Federal, a solicitud de la autoridad judicial que conozca del procedimiento penal que se siga en su contra, pero solamente para su aprehensión y enjuiciamiento.

El párrafo segundo de la fracción X en estudio, dispone que si llegare a ordenarse o a efectuarse una detención sin que exista la previa suspensión en el empleo, se procederá en términos de la fracción XIX del artículo 225 del Código Penal Federal, que tipifica como delito el abrir un proceso penal contra un servidor público con fuero, sin habérselo retirado previamente conforme a la ley.

Finalmente, hay que señalar que los plazos para la prescripción de la acción penal que señala el Código Penal Federal y del Distrito Federal, se interrumpen en tanto el servidor público desempeñe el cargo del que deriva su inmunidad.

Pues bien, la autorización es precisamente el acto por el cual se remueven legalmente las inmunidades.

La inmunidad constituye un impedimento transitorio para la aplicación de la ley, sólo puede removerse (si no es por renuncia, destitución o por fenecer el término que dure la función que desempeña el favorecido con ella y que genera la inmunidad o fuero), por la citada autorización que se otorgue, en cada caso por el órgano competente, de modo que removido el impedimento, cobrará plena aplicabilidad la ley, pues abraza cumplido con el requisito de procedibilidad correspondiente.”<sup>62</sup>

#### **2.9.1.4. La declaratoria de perjuicios**

“En cuestiones de delitos fiscales, el contrabando o el encubrimiento de contrabando, el Código Fiscal de la Federación señala como requisito para su perseguibilidad, además de la querrela, la declaratoria que habrá de formular la autoridad hacendaría, de que el Fisco Federal, con la conducta del infractor, ha sufrido o pudiera haber sufrido perjuicios, lo que constituye también un requisito de procedibilidad, en tanto el Ministerio Público no podrá iniciar o continuar, según el caso, la averiguación previa, sin satisfacerlo previamente. En estas hipótesis, el artículo 113 del Código Federal de Procedimientos Penales, ordena al Ministerio Público Federal, ponerse en comunicación con la autoridad, para que ésta de estimarlo conducente llene el requisito.”<sup>63</sup>

#### **2.9.1.5. La declaratoria de procedencia**

“La declaratoria de procedencia constituye una forma de remoción de las inmunidades, tratándose de los altos servidores públicos a que alude en artículo 111 constitucional, que hemos comprendido genéricamente dentro de la autorización. Hay que subrayar que esta declaratoria no prejuzga, de ninguna manera, acerca de la inocencia o culpabilidad del servidor público, pues eso tendrá que ser resuelto, en su momento, por la autoridad competente.

---

<sup>62</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO. Opus citatus. pp. 101 - 106

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 107

El juicio de procedencia, solamente tiene el efecto de determinar si se remueve o no la inmunidad o el privilegio procesal del favorecido, y si por ende, se le pone o no a disposición de la autoridad que proceda. El artículo 112 constitucional, aclara que no se requerirá declaración de procedencia de la Cámara de Diputados, si alguno de los servidores públicos referidos en artículo 111, cometa un delito durante el tiempo en que se encuentre separado de su cargo.”<sup>64</sup>

## **2.10. El no ejercicio de la acción penal**

### **2.10.1. El no ejercicio de la acción penal en sus especies provisional y definitiva**

Hemos examinado ya los casos de consignación, sin y con detenido en el punto 1.4 de la parte 1) del presente trabajo de tesis, por lo que nos corresponde ahora aludir a la determinación del Ministerio Público, de no ejercitar la acción penal, admitida regularmente como otra forma de concluir la averiguación previa.

“El Ministerio Público decretará el archivo, o no ejercicio de la acción penal, en alguno de estos supuestos:

a) En caso de que practicada la averiguación previa, no se satisfagan los requisitos del artículo 16 constitucional (en ausencia de denuncia o querrela, a falta de la prueba del cuerpo del delito, o por no estar acreditada la probable responsabilidad);

b) En los casos, en que exista demostrada alguna causa que excluya el delito (se excluye la responsabilidad, más no la culpabilidad);

c) En caso de estar evidenciada alguna circunstancia que extinga la acción penal, como la muerte de indiciado, la prescripción, el perdón del ofendido en delitos perseguibles por querrela necesaria, por resolución judicial irrevocable, etc.

Aludimos más arriba al carácter definitivo o provisional de esta determinación del Ministerio Público, y dejamos asentado que, a nuestro parecer, por sí, no

---

<sup>64</sup> Ídem.

adquiere el rango de cosa juzgada al no tratarse de una resolución judicial, ello conforme al conocido criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al que nos remitimos; sin embargo, no podemos negar su definitividad en el caso de que se decretará el archivo por estar evidenciada alguna causa de extinción de la acción penal, pues en las otras hipótesis arriba citadas, siempre quedará la posibilidad de que se encuentren por el Ministerio Público elementos de prueba para volver a actuar en la averiguación previa, de donde se sigue la precariedad de la determinación de no ejercicio, en esos casos.

Empero, de acuerdo con el artículo 139 del Código Federal de Procedimientos Penales, la determinación de archivo necesariamente tendrá que ser definitiva, lo que significa que producirá el efecto de impedir cabalmente el ejercicio de la acción penal respecto de los hechos que la motiven, si se dictare a que aluden los artículos 137 y 138 de la misma ley, los que expresan: “El Ministerio Público no ejercerá la acción penal: I. Cuando la conducta o los hechos de que conozca no sean constitutivos del delito, conforme a la descripción típica contenida en la ley penal; II. Cuando se acredite plenamente que el inculpado no tuvo participación en la conducta o en los hechos punibles, y sólo por lo que respecta a aquél; III. Cuando, aunque pueda ser delictiva la conducta o los hechos de que se trate, resulte imposible la prueba de su existencia por obstáculo material insuperable; IV. Cuando la responsabilidad penal se haya extinguido legalmente, en los términos del Código Penal Federal, Código Penal para el Distrito Federal y el Código de Justicia Militar; y, V. Cuando de las diligencias practicadas se desprenda plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal.”

El otro artículo reza: El Ministerio Público promoverá el sobreseimiento y la libertad absoluta del inculpado, siempre que durante el proceso aparezca que la conducta o los hechos no sean constitutivos de delito, conforme a la descripción típica contenida en la ley penal; que el inculpado no tuvo participación en el delito que se persigue; que la pretensión punitiva está legalmente extinguida, o que

existe a favor del inculpado una causa excluyente de responsabilidad. También se sobreseerán los procedimientos concernientes a delitos culposos que sólo produzcan daño en propiedad ajena y/o lesiones de las comprendidas en los artículos 289 del Código Penal Federal y 130 del Código Penal para el Distrito Federal, si se cubre la reparación del daño causado a la víctima u ofendido y el inculpado no hubiere abandonado a aquellas ni actuado en estado de ebriedad, o efecto de estupefacientes o psicotrópicos. Lo anterior no se concederá cuando se trate de culpa que se califique de grave conforme a la parte conducente del artículo 60 del Código Penal Federal.

Estas disposiciones no tienen norma correspondiente en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.”<sup>65</sup>

Hemos manifestado lo que es la acción penal en la fase de consignación, pensamos que ésta fase es una de las más trascendentales; como lo mencionamos es la columna vertebral de todo el procedimiento penal, (en los tres fueros), pero desafortunadamente en la vida práctica observamos la negligencia por parte del Representante Social, en cuanto a la integración del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, tienen diversas deficiencias, tanto técnica legal, como ausencia de ética profesional, al dejarse llevar por la putrefacción económica del postulante y por qué no decirlo, de ellos también. Como consecuencia de estos males, toleramos el mal de la impunidad y desmembramiento del espíritu del legislador de Querétaro de 1917.

Debemos pensar y actuar, la presente y futura generación de abogados, en tener una conciencia recta y firme respecto a los valores ético-morales para lograr depurar las Instituciones Públicas y así ejercer el servicio público con honradez y disciplina profesional.

---

<sup>65</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO. Opus citatus. pp. 125 - 132

## 2.11. El desistimiento de la acción penal

“Debemos empezar con el entendimiento de lo que significa la palabra desistimiento, de acuerdo al diccionario de la Real Academia Española, desistimiento significa acción y efecto de desistir, a su vez desistir significa, abdicar o abandonar un derecho o una acción procesal.

El desistimiento de la acción penal, produce como efecto principal hacer cesar toda intervención de autoridad, pero no debe considerarse como un perdón, pero si tomamos en cuenta los efectos que produce, éste puede manejarse bajo ese sentido y sus efectos son plenos, de tal manera que no existe posibilidad de interponer nuevamente la queja por los mismos hechos y en contra de la misma persona.

Un efecto principalísimo es la restitución del goce de la libertad para quien se le ha privado de la misma. El desistimiento de la acción penal es una de las figuras novedosas que se han utilizado en la mayor parte de los códigos de procedimientos penales, de los estados y que debe de cumplir con toda una serie de requisitos que en ellos se expresa para que los efectos y sus consecuencias se manejen de manera subordinada y condicionada según lo preceptuado por dichos ordenamientos y bajo los efectos del autoridad correspondiente de la intervención.”<sup>66</sup>

En nuestro Código de Justicia Militar, encontramos regulado el desistimiento en la acción penal en el artículo 440 que a la letra dice: el querellante que se haya **desistido** no podrá en un ningún caso renovar su querella sobre el mismo hecho criminoso a que la anterior se refería. Cuando se trate de delitos en que es necesaria la querella de parte, el desistimiento de ésta, antes de la citación para consejo o para la audiencia a que se refieren los artículos 623 y 629 del citado ordenamiento, impedirá que el Ministerio Público continúe ejercitando la acción penal.

---

<sup>66</sup> MARTÍNEZ GARNELO, JESÚS. **LA INVESTIGACIÓN MINISTERIAL PREVIA**. 5ª Edición. Ed. Porrúa. México, Distrito Federal, 2000. pp. 354 y 355

## **2.12. La extinción de la acción penal**

La acción penal se extingue por muerte del inculcado (Artículo 91 del Código Penal Federal, 98 Código Penal Distrito Federal y 186 fracción I del Código de Justicia Militar), amnistía (Artículo 92 del Código Penal Federal, 104 del Código Penal para el Distrito Federal y 186 fracción II del Código de Justicia Militar), prescripción (Artículo 100 al 115 del Código Penal Federal, 105 a 118 el Código Penal para el Distrito Federal y 186 fracción IV, al 192 del Código de Justicia Militar) y por resolución judicial irrevocable (Artículo 186 fracción IV y 440 de Código de Justicia Militar).

### **2.12.1. La extinción de la acción penal por muerte del inculcado**

“La muerte del delincuente extingue la acción penal, así como las sanciones que se le hubieren impuesto, a excepción de la reparación del daño, y la de decomiso de los instrumentos con que se cometió el delito y de las cosas que sean efecto u objeto de el, (Artículo 91 del Código Penal Federal); la muerte del inculcado extingue la pretensión punitiva; la del sentenciado, las penas o medidas de seguridad impuestas, a excepción del decomiso y la reparación del daño, (Artículo 98 del Código Penal para el Distrito Federal)”<sup>67</sup>; “nuestro Código de Justicia Militar alude que el acusado (inculcado) puede alegar en cualquier estado del proceso las excepciones enumeradas (Artículo 186 fracción I –Muerte del Inculcado-), y los jueces las suplirán de oficio tan luego, tengan conocimiento de ellas, (Artículo 187 de citado ordenamiento)”<sup>68</sup>

“En el derecho mexicano contemporáneo, la muerte del inculcado trae como consecuencia la extinción de la acción penal y la ejecución de sanciones, pero aquí se debe aclarar que su muerte no extingue sus obligaciones con respecto a la reparación del daño civil, por lo que si la persona fallecida dejó bienes, sus herederos deben responder por ese pago. Lo que es importante determinar es que la acción penal no trasciende y la reparación del daño no significa que trascienda

---

<sup>67</sup> AGENDA PENAL DEL 2005. Código Penal Federal y Código Penal para el distrito Federal. Opus citatus. pp. 26 y 24. respectivamente.

<sup>68</sup> SÁNCHEZ SODI, HORACIO. Código de Justicia Militar. Opus citatus. p. 60

el delito o sus consecuencias a su familia, ya que la reparación es una sanción de carácter civil y por lo mismo los familiares únicamente responden en caso de que haya dejado un caudal hereditario.

Al respecto, el maestro Carrancá y Trujillo sostiene que para efectos del código penal, la muerte del delincuente debe probarse en forma fehaciente con acta de defunción para que proceda la extinción de la acción penal, ya que no se justifica ni por declaración de ausencia o desaparición, lo que puede ser razonable, ya que es factible que el inculpado de un delito se encuentra prófugo de la justicia y sería injusto que civilmente se le declarará ausente y con esta resolución se extinguiera la acción penal, con lo que se le favorecería su aparición posterior.”<sup>69</sup>

#### **2.12.2. La extinción de la acción penal por amnistía**

“La amnistía extingue la acción penal y las sanciones impuestas, excepto la reparación del daño, en los términos de la ley que se dictare concediéndola, y si no se expresaren, se entenderá que la acción penal y las sanciones impuestas se extinguen con todos sus efectos, con relación a todos los responsables del delito, (Artículo 92 del Código Penal Federal); 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, (Artículo 104 del Código Penal para el Distrito Federal);”<sup>70</sup> “la amnistía aprovecha a todos los responsables del delito, aun cuando estén ejecutoriadamente condenados. A los que se hallen presos, se les pondrá desde luego en libertad, (Artículo 199 Del Código de Justicia Militar).”<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> BARRAGÁN SALVATIERRA, CARLOS. Derecho procesal penal. Opus citatus. p. 63

<sup>70</sup> AGENDA PENAL DEL 2005. Código Penal Federal y Código Penal para el Distrito Federal. Opus citatus. pp. 27 y 24. respectivamente.

<sup>71</sup> SÁNCHEZ SODI, HORACIO. Código de Justicia Militar. Opus citatus. p. 62

“El término amnistía tiene sus raíces del vocablo griego *amniestie*, a, privativo y *mnestis*, recuerdo; el intendente entonces, como lo que no se guarda en el recuerdo o en la memoria, que puede interpretarse como la ley del olvido.

De acuerdo con *Pessina*, en la concesión de la amnistía no se toman en cuenta razones de justicia, sino sólo razones de conveniencia general.

De lo anterior se puede concluir que es el acto del poder del Estado que tiene por objeto borrar hechos punibles al impedir, suspender el proceso o anular la condena. Se otorga exclusivamente para los llamados delitos políticos u otros análogos, pero se excluyen a los reos del orden común.

Alberto S. Millán señala que la amnistía es una medida de carácter legislativo, de carácter general, que extingue acción y la pena ya pronunciada, medida que se dicta generalmente con relación a delitos políticos, militares y comunes conexos con ambos, inspirada en propósitos de apaciguamiento y olvido

Ésta extingue la acción penal y las sanciones impuestas, más no la reparación del daño en los términos de la ley que se dictare concediéndola, y si no se expresaron, se entenderá que la acción penal y las sanciones impuestas se extinguen con todos sus efectos, con relación a todos los responsables del delito. Se trata de un acto legislativo de alcance general, a diferencia del indulto, que es administrativo.

Fundamento constitucional en el artículo 73, fracción XII, al señalar que el Congreso tiene facultades: "Para conceder amnistías por delitos cuyo conocimiento pertenezca a los tribunales de la Federación."<sup>72</sup>

---

<sup>72</sup> BARRAGÁN SALVATIERRA, CARLOS. Derecho procesal penal. Opus citatus. pp. 63 y 64

### **2.12.3. La extinción de la acción penal por prescripción**

“Por la prescripción se extinguen la acción penal y las sanciones, conforme a los siguientes artículos.

La prescripción es personal y para ella bastará el simple transcurso del tiempo señalado por la ley. Los plazos para la prescripción se duplicarán respecto de quienes se encuentren fuera del territorio nacional, si por esta circunstancia no es posible integrar una averiguación previa, concluir un proceso o ejecutar una sanción. La prescripción producirá su efecto, aunque no la alegue como excepción el acusado; los jueces la suplirán de oficio en todo caso, tan luego como tengan conocimiento de ella, sea cual fuere el estado del proceso del proceso.

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

- I. A partir del momento en que se consumó el delito, si fuere instantáneo;
- II. A partir del día en que se realizó el último acto de ejecución o se omitió la conducta debida, si el delito fuere en grado de tentativa;
- III. Desde el día en que se realizó la última conducta, si se trata de delito continuado; y
- IV. Desde la cesación de la consumación en el delito permanente.

Los plazos para la prescripción de las sanciones serán igualmente continuos y correrán desde el día siguiente a aquél en que el condenado se sustraiga a la acción de la justicia, si las sanciones son privativas o restrictivas de la libertad, y si no lo son, desde la fecha de la sentencia ejecutoria.

La acción penal prescribe en un año, si el delito sólo mereciere multa, además de estar sancionada con pena privativa de libertad o alternativa, se entenderá a la prescripción de la acción para perseguir la pena privativa de libertad; lo mismo se observará cuando corresponda imponer alguna otra sanción accesoria.

La acción penal prescribirá en un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de libertad que señala la ley para el delito de que se trate, pero en ningún caso será menor de tres años.

La acción penal prescribirá en dos años, si el delito sólo mereciere destitución, suspensión, privación de derecho o inhabilitación, salvo lo previsto en otras normas.

En los casos en que la ley no prevenga otra cosa, la acción penal que nazca de un delito que sólo pueda perseguirse por querrela del ofendido o algún otro acto equivalente, prescribirá en un año, contado desde el día en que quienes puedan formular la querrela o acto equivalente, tengan conocimiento del delito y del delincuente, y en tres, fuera de esta circunstancia. Pero una vez llenado del requisito de procedibilidad dentro del plazo antes mencionado, la prescripción seguirá corriendo según las reglas para los delitos perseguibles de oficio.

En los casos de un concurso de delito, las acciones penales que de ellos resulten, prescribirán cuando prescriba la del delito que merezca pena mayor. Si para ejercitar o continuar la acción penal sea necesaria una resolución previa de autoridad jurisdiccional, la prescripción comenzará a correr desde que se dicte la sentencia irrevocable.

La prescripción de las acciones se interrumpirá por las acciones que se practiquen en averiguación del delito y de los delincuentes, aunque por ignorarse quiénes sean éstos no se practiquen las diligencias contra persona determinada.

Si se dejare de actuar, la prescripción empezará a correr de nuevo desde el día siguiente al de la diligencia.

La prescripción de las acciones se interrumpirá también por el requerimiento de auxilio en la investigación en el delito o del delincuente, por las diligencias que

se practiquen para obtener la extradición internacional, y por el requerimiento de entrega del inculpado que formalmente haga el Ministerio Público de una entidad federativa al de otra donde aquél se refugie, se localice o se encuentre detenido por el mismo o por otro delito. En el primer caso también causarán la interrupción de las actuaciones que se practiquen por la autoridad requerida y en el segundo subsistirá la interrupción hasta en tanto la autoridad requerida niegue la entrega o en tanto desaparezca la situación legal del detenido, que dé motivo al aplazamiento de su entrega.

La interrupción de la acción penal, sólo se podrá ampliar hasta una mitad de los plazos señalados en los artículos 105, 106 y 107 del Código Penal Federal.

Las prevenciones contenidas en los dos primeros párrafos y en el primer caso del tercer párrafo del artículo 110 del Código Penal Federal, no operarán cuando las actuaciones se practiquen después de que haya transcurrido la mitad del lapso necesario para la prescripción. Se exceptúa de la regla anterior el plazo que el artículo 107 fija para que se satisfaga la querrela u otro requisito equivalente.

Si para deducir una acción penal exigiere la ley previa declaración o resolución de alguna autoridad, las gestiones que con ese fin se practiquen, antes del término señalado en el artículo precedente, interrumpirán la prescripción.

Salvo que la ley disponga otra cosa, la pena privativa de libertad prescribirá en un tiempo igual al fijado en la condena y una cuarta parte más, pero no podrá ser inferior a tres años; la pena de multa prescribirá en un año; las demás sanciones prescribirán en un plazo igual al que deberían durar y una cuarta parte más, sin que pueda ser inferior a dos años; las que no tengan temporalidad, prescribirán en dos años. Los plazos serán contados a partir de la fecha en que cause ejecutoria la resolución.

Cuando el reo hubiere extinguido ya una parte de su sanción, si necesitará para la prescripción tanto tiempo como el que falte de la condena y una cuarta parte más, pero no podrá ser menor de un año.

La prescripción de las sanción privativa de libertad sólo se interrumpe si se aprende al reo, aunque la aprehensión se ejecute por otro delito diverso, o por la formal solicitud de entrega que el Ministerio Público de una entidad federativa haga ha otra en que aquél se encuentre detenido, en cuyo caso subsistirá la interrupción hasta en tanto la autoridad requerida niegue dicha entrega o desaparezca la situación legal del detenido que motive aplazar el cumplimiento de lo solicitado.

La prescripción de las demás sanciones se interrumpirá por cualquier acto de autoridad competente para hacerlas efectivas. También se interrumpirá la prescripción de la pena de reparación del daño de carácter pecuniario, por las promociones que el ofendido o persona a cuyo favor se haya decretado dicha reparación haga ante la autoridad fiscal correspondiente y por las actuaciones que esa autoridad realice para ejecutarlas, así como por el inicio de juicio ejecutivo ante autoridad civil, que se usará como título la sentencia condenatoria correspondiente. (Artículos 100 al 115 del Código Penal Federal).

Aunque de manera muy similar, el Código Penal para el Distrito Federal trata a la prescripción de la siguiente manera.

(Efectos y características de la prescripción). La prescripción es personal y extingue la pretensión punitiva y la potestad de ejecutar las penas y las medidas de seguridad, y para ello bastará el transcurso del tiempo señalado por la ley.

La resolución en torno de la prescripción se dictará de oficio o a petición de parte.

(Duplicación de los plazos para la prescripción). Los plazos para que opere la prescripción se duplicaran respecto de quienes se encuentren fuera del territorio del distrito federal, si por esta circunstancia no es posible concluir la averiguación previa, el proceso o la ejecución de la sentencia.

(Plazos para la prescripción de la pretensión punitiva). Los plazos para la prescripción de la pretensión punitiva serán continuos; en ellos se considerará el delito con sus modalidades y se contarán a partir de:

- I. El momento en que se consumó el delito, si es instantáneo;
- II. El momento en que cesó la consumación, si el delito es permanente;
- III. El día en que se realizó la última conducta, si el delito es continuado;
- IV. El momento en que se realizó el último acto de ejecución o se omitió la conducta debida, si se trata de tentativa; y
- V. El día en que el Ministerio Público de la adscripción haya recibido el oficio correspondiente, en los casos en que se hubiere librado orden de reaprehensión o presentación, respecto del procesado que se haya sustraído de la acción de la justicia.

(Plazos para la prescripción de la potestad para ejecutar las penas y medidas de seguridad). Los plazos para la prescripción de la potestad para ejecutar las penas y las medidas de seguridad, serán continuos y correrán desde el día siguiente a aquel en que el sentenciado se sustraiga de la acción de la justicia, si las penas o las medidas de seguridad fueren privativas o restrictivas de la libertad. En caso contrario, desde la fecha en que cause ejecutoria la sentencia.

(Prescripción de la potestad punitiva en los casos de delito perseguible por querrela). Salvo disposición en contrario, la pretensión punitiva que nazca de un delito que sólo puede perseguirse por querrela del ofendido o algún otro acto equivalente, prescribirá en un año, contado desde el día en que quienes puedan formular la querrela o el acto equivalente, tengan conocimiento del delito y del delincuente, y en tres años fuera de esta circunstancia.

Una vez cumplido el requisito de procedibilidad dentro del plazo antes mencionado, la prescripción seguirá corriendo según las reglas para los delitos perseguibles de oficio.

(Prescripción de la pretensión punitiva según el tipo de pena). La pretensión punitiva respecto de delitos que se persigan de oficio prescribirá:

I. En un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de la libertad, incluidas las modalidades del delito cometido, pero en ningún caso será menor de tres años.

Esta regla se aplicará cuando la pena privativa de la libertad este señalada en forma conjunta o alterna con otra diversa.

II. En un año, si el delito se sanciona con pena no privativa de la libertad.

(Prescripción de la pretensión punitiva en caso de concurso de delitos). En los casos de concurso ideal de delitos, la pretensión punitiva prescribirá conforme a las reglas para el delito que merezca la pena mayor.

En los casos de concurso real de delitos, los plazos para la prescripción punitiva empezarán a correr simultáneamente y prescribirán separadamente para cada uno de los delitos.

(Necesidad de resolución o declaración previa). Cuando para ejercitar o continuar la pretensión punitiva sea necesaria una resolución previa de autoridad jurisdiccional, la prescripción comenzará a correr desde que se dicte la sentencia irrevocable.

Si para deducir la pretensión punitiva la ley exigiere previa declaración o resolución de alguna autoridad, las gestiones que con ese fin se practiquen dentro de los términos señalados en el artículo 111 de este código, interrumpirán la prescripción.

(Interrupción de la prescripción de la pretensión punitiva). La prescripción de la pretensión punitiva se interrumpirá por las actuaciones que se practiquen en averiguación del delito y de los delincuentes, aunque por ignorarse quienes sean estos, no se practiquen las diligencias contra persona determinada.

La prescripción de la pretensión punitiva se interrumpirá también por el requerimiento de auxilio en la investigación del delito o del delincuente, por las diligencias que se practiquen para obtener la extradición internacional, y por el requerimiento de entrega del inculcado que formalmente haga el Ministerio Público al de otra entidad federativa, donde aquel se refugie, se localice o se encuentre detenido por el mismo delito o por otro. En el primer caso también se interrumpirá con las actuaciones que practique la autoridad requerida y en el segundo subsistirá la interrupción, hasta en tanto esta niegue la entrega o desaparezca la situación legal del detenido que de motivo al aplazamiento de su entrega.

Si se dejare de actuar, la prescripción empezará a correr de nuevo desde el día siguiente al de la última diligencia

(Excepción a la interrupción). No operará la interrupción de la prescripción de la pretensión punitiva, cuando las actuaciones se practiquen después de que haya transcurrido la mitad del lapso necesario para la prescripción, contados a partir de los momentos a que se refieren las fracciones I a IV del artículo 108 de este código.

(Lapso de prescripción de la potestad de ejecutar las penas). Salvo disposición legal en contrario, la potestad para ejecutar la pena privativa de libertad o medida de seguridad, prescribirá en un tiempo igual al fijado en la condena pero no podrá ser inferior a tres años.

La potestad para ejecutar la pena de multa prescribirá en un año. Para las demás sanciones prescribirá en un plazo igual al que deberían durar estas, sin que pueda ser inferior a dos años.

La potestad para ejecutar las penas que no tengan temporalidad prescribirá en dos años y la de la reparación del daño en un tiempo igual al de la pena privativa de libertad impuesta.

Los plazos serán contados a partir de la fecha en que cause ejecutoria la resolución.

(Cuando el sentenciado hubiere extinguido ya una parte de su sanción, se necesitará para la prescripción tanto tiempo como el que falte de la condena). Cuando el sentenciado hubiere extinguido ya una parte de su sanción, se necesitara para la prescripción tanto tiempo como el que falte de la condena.

La prescripción de la potestad de las demás sanciones se interrumpirá por cualquier acto de autoridad competente para hacerlas efectivas. También se interrumpirá la prescripción de las penas pecuniarias, por las promociones que el ofendido o persona a cuyo favor se haya decretado dicha reparación, haga ante la autoridad correspondiente y por las actuaciones que esa autoridad realice para ejecutarlas, así como por el inicio de juicio ejecutivo ante autoridad civil usando como título la sentencia condenatoria correspondiente.

(Autoridad competente para resolver la extinción). La extinción de la pretensión punitiva será resuelta por el titular del Ministerio Público durante la averiguación previa o por el órgano jurisdiccional en cualquier etapa del proceso.

La declaración de extinción de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad corresponde al órgano jurisdiccional.

(Facultad jurisdiccional en la ejecución). Si durante la ejecución de las penas o medidas de seguridad se advierte que se había extinguido la pretensión punitiva o la potestad de ejecutarlas, tales circunstancias se plantearán por la vía incidental

ante el órgano jurisdiccional que hubiere conocido del asunto y este resolverá lo procedente. (Artículos 105 al 120 del Código Penal para el Distrito Federal).<sup>73</sup>

En una forma más clara, específica, sencilla y bondadosa, el Código de Justicia Militar explica a la prescripción así:

“La prescripción es personal y para ella bastará el simple transcurso del tiempo del tiempo señalado por la ley.

Los términos para la prescripción de la acción penal serán continuos y se contarán desde el día en que se cometió el delito, si fuere instantáneo y desde que cesó, si fuere continuo.

Las acciones penales prescribirán en los plazos siguientes:

I. En un año si el término medio de la pena privativa de libertad fuere menor de ese tiempo o fuere la de suspensión de empleo o comisión;

II. En tres años si el término medio de la pena de prisión fuere de un año o más, sin exceder de tres; o si la acción naciere de delito que tenga señalada como única pena la destitución de empleo;

III. En un tiempo igual al término medio de la pena si éste debiere exceder de tres años, y

IV. En quince años si la pena fuere la de muerte.

Cuando haya acumulación de delitos castigados con pena privativa de libertad, las acciones penales que de ellos resulten, prescribirán en un término igual al de la pena que correspondiera aplicar, según lo dispuesto en los artículos 160 a 163 del Código de Justicia Militar. Cuando concurra una pena corporal con la destitución o la de suspensión, éstas últimas no se tomarán en cuenta.

La prescripción de la acción penal se interrumpirá por las actuaciones judiciales en averiguación del delito aunque no se practiquen las diligencias contra persona determinada; excepto en el caso en que haya transcurrido la mitad del

---

<sup>73</sup> AGENDA PENAL DEL 2005. Código Penal Federal y Código Penal para el Distrito Federal. Opus citatus. pp. 26 - 28 y 28 - 30 respectivamente.

término necesario para la prescripción, pues entonces sólo se interrumpirá por la aprehensión. (Artículo 186 al 192 del Código de Justicia Militar).<sup>74</sup>

#### **2.12.4. La extinción de la acción penal por resolución judicial irrevocable**

Ésta surge de la resolución que emite el juez al dictar el auto de libertad por falta de méritos. Expliquemos ésta situación:

“El auto de libertad de un detenido, se fundará en la falta de pruebas relativas a la existencia del cuerpo del delito o a la presunta responsabilidad del inculcado; contendrá los requisitos señalados en las fracciones I, II y III del artículo 515 del Código de Justicia Militar, así como todos los plazos que arroje la averiguación y motiven las consideraciones que funden dicho auto.

El auto de libertad por falta de méritos, no impedirá que posteriormente, con nuevos datos, se proceda en contra del indiciado. Las diligencias practicadas, estarán en calidad de averiguación a cargo del Ministerio Público, quien deberá practicar todas las diligencias que estime conducentes, y el indiciado dentro de un término que no excederá de ciento veinte días; transcurrido el cual, si no hubiere nuevos datos que funden la detención y formal prisión, en su caso, declarará a petición de cualesquiera de las partes si hay o no delito que perseguir.

Después de los ciento veinte días, debemos realizar un escrito dirigido al juez, y solicitarle que declare extinguida la acción penal, por resolución judicial irrevocable, con fundamento en el artículo 186 fracción IV del Código de Justicia Militar.<sup>75</sup>

Debemos decir, que aunque el Código Penal Federal y el Código Penal para el Distrito Federal no contemplan expresamente la extinción de la acción penal por resolución judicial irrevocable, en su parte relativa a la extinción de la pretensión

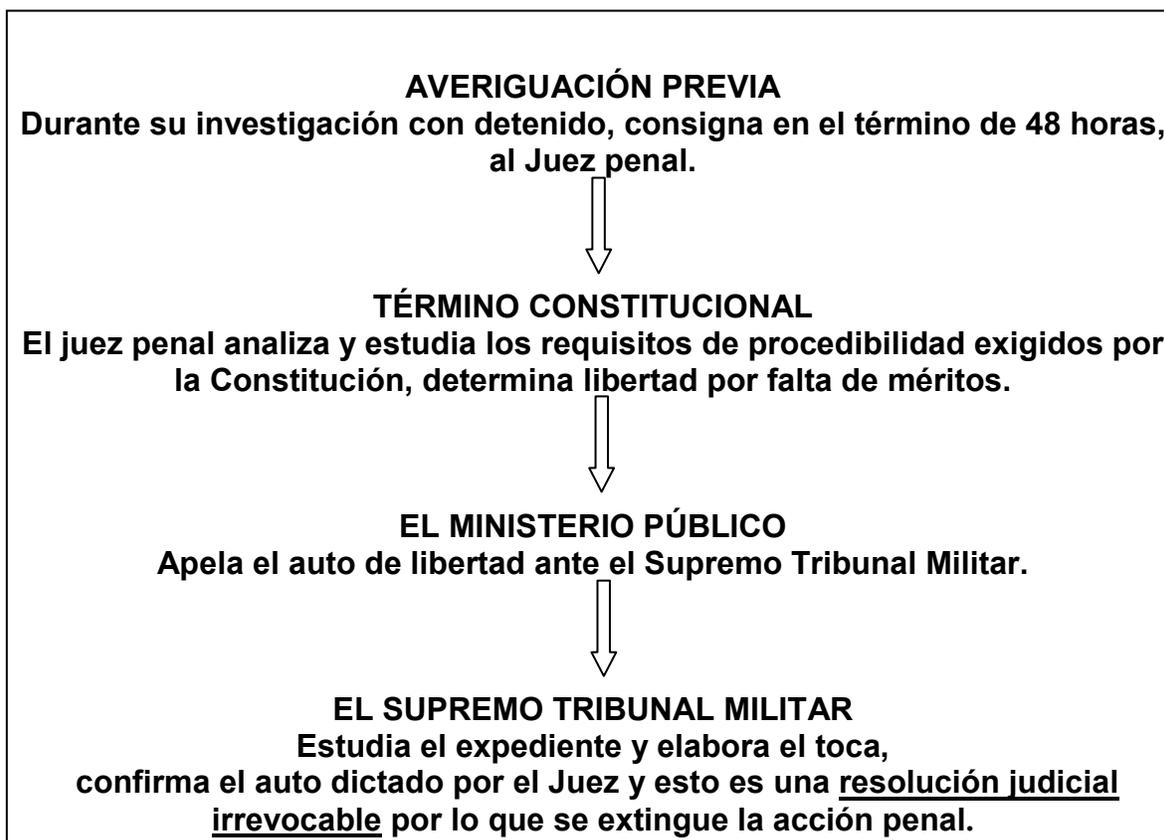
---

<sup>74</sup> SÁNCHEZ SODI, HORACIO. Código de Justicia Militar. Opus citatus. pp. 60 y 61

<sup>75</sup> SÁNCHEZ SODI, HORACIO. Código de Justicia Militar. Opus citatus. p. 135

punitiva y de la potestad de ejecutar la penas y medidas de seguridad, pero de cierta forma, sí es aplicable en los dos fueros en mención aquélla forma de extinguir la acción penal.

Lo explicaremos de la siguiente forma:



## **CAPÍTULO 3**

### **LA ACCIÓN PENAL EN EL DERECHO COMPARADO**

#### **3.1. La acción penal en la legislación Argentina**

Ahora hablaremos cómo contemplan la figura jurídica de la acción penal en la legislación penal del Estado Argentino; a grandes rasgos expondremos:

- a) Concepto.
- b) Tipos de acciones que nacen del delito.
- c) Formas de manifestar y ejercitar la acción penal. Presupuestos para que proceda la acción penal.
- d) Iniciación y ejercicio de las acciones.
- e) La acción fiscal.
- f) El Ministerio Público Fiscal como parte del proceso penal.

##### **3.1.1. Concepto de acción Penal en la legislación Argentina**

Antes de entrar al fondo del tema que nos ocupa, debemos exponer dónde se encuentra jerárquicamente ubicada la acción penal en la legislación Argentina. La acción penal no está especificada como tal en la Constitución Nacional de Argentina, sino que podemos inferir de su texto, que la acción penal está conferida al Ministerio Público Fiscal, pero no monopolizada por éste; transcribimos el texto para su mayor entendimiento:

Artículo 120. El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República.

Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca.

Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones.

De una manera descendente jerárquicamente, se contempla la acción penal en el título XI del Código Penal Argentino, denominado “Del ejercicio de las acciones” en sus artículos 71 al 76 que a la letra dicen:

## **Título XI**

### **Del ejercicio de las acciones**

**Art. 71.** Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes:

- 1°. Las que dependieren de instancia privada;
- 2°. Las acciones privadas.

**Art. 72.** "Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos:

1°. Los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91.-

2°. Lesiones leves, sean dolosas o culposas. Sin embargo, en los casos de este inciso se procederá de oficio cuando mediaren razones de seguridad o interés público.-

3°. Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes.-

En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido

contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador.-

Cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre alguno de éstos y el menor, el fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquél".

**Art. 73.** Son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos:

1º. Adulterio; (derogado por la Ley [Nº. 24.453](#))

2º. Calumnias e injurias;

3º. Violación de secretos, salvo en los casos de los artículos 154 y 157;

4º. Concurrencia desleal, prevista en el artículo 159;

5º. Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuere el cónyuge.

**Art. 74.** (derogado por la Ley [Nº. 24.453](#))

**Art. 75.** La acción por calumnia o injuria, podrá ser ejercitada sólo por el ofendido y después de su muerte por el cónyuge, hijos, nietos o padres sobrevivientes.

**Art. 76.** En los demás casos del artículo 73, se procederá únicamente por querrela o denuncia del agraviado o de sus guardadores o representantes legales.

De una forma un poco más clara, el Código Procesal Penal Argentino observa a las diferentes clases de acciones que nacen a consecuencia del delito; éstas son:

### **3.1.2. Tipos de acciones que nacen del delito**

#### **Capítulo I. ACCION PENAL**

##### **3.1.2.1. Acción pública**

Art. 5. La acción penal pública se ejercerá por el Ministerio Fiscal, el que deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley.

##### **3.1.2.2. Acción dependiente de instancia privada**

La acción penal dependiente de instancia privada no se podrá ejercitar si las personas autorizadas por el Código Penal no formularen denuncia ante autoridad competente.

##### **3.1.2.3. Acción privada**

La acción privada se ejerce por medio de querrela, en la forma especial que establece este Código.

Hemos observado que las diferentes legislaciones de la Nación Argentina exponen a la acción penal, más no su concepto como tal. “Jorge A. Clariá Olmedo, autor Argentino, conceptúa a la acción penal como, el poder de presentar y mantener ante el órgano jurisdiccional una pretensión fundada en la afirmación de la existencia de un delito, postulando una decisión sobre ese fundamento que absuelva o condene al imputado”<sup>1</sup>

##### **3.1.2.4. Acciones que se ejercen en un proceso penal**

“Con referencia directa a los sistemas procesales y en especial a los que nos interesan en este estudio, podemos observar que en el título de las “Acciones” se

---

<sup>1</sup> CLARIÁ OLMEDO, JORGE A. **DERECHO PROCESAL PENAL**. Tomo I. Actualizado por Jorge E. Vázquez Rossi. Edición Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina, 2001. p. 163

sostiene que hay dos tipos de acciones que pueden ejercitarse en el proceso penal. Una es la **acción penal**, y otra es la **acción civil**.<sup>2</sup>

### **3.1.3. Formas de manifestar y ejercitar la acción penal**

#### **3.1.3.1. Presupuestos para que proceda la acción penal**

“Las formas de manifestarse en el procedimiento, se muestra de tres maneras distintas, a saber:

- Como acción pública promovible de oficio.
- Como acción dependiente de instancia privada.
- Como acción privada.

Esta manifestación procesal de la acción penal en sus diversas formas deriva de la norma material prevista en el artículo 71 del Código Penal, el cual las clasifica en tres categorías y sostiene como *principio* que “todas” las acciones penales deben ejercerse de oficio, con “excepción” de las que dependan de instancia privada o de las acciones privadas. La interpretación de separar a las acciones en *tres clases distintas*, en tanto y en cuanto se tenga presente el modo de originarse la investigación de los delitos, la cual se efectuará según la naturaleza del hecho producido, ya que los tipos de acciones se diversifican por disposición legal a través de un mecanismo cuya alteración afectará eventualmente la procedibilidad de su ejercicio.

Así, razonamos que: si el homicidio es un delito de acción penal pública que debe iniciarse de oficio, la violación es un delito de acción penal dependiente de instancia privada que no puede iniciarse de oficio sino por denuncia del agraviado, y la injuria corresponde a un delito de acción privada que no puede iniciarse de oficio ni por denuncia del agraviado, sino por interposición de querrela criminal, resulta categóricamente claro que las tres acciones no son la misma cosa, ni tampoco puede sostenerse que los delitos de acción pública sean a la vez

---

<sup>2</sup> GRANARA, ALBERTO DAVID. **DERECHO PROCESAL PENAL I**. Editorial Jurídica Nova Tesis. Rosario, Santa Fe, Argentina, 2003. p. 148

dependientes de instancia privada; pues, si en esencia tienden a asimilar resultados y con procedimientos también parecidos, no por ello son iguales y asimilables en su inicio (aunque sí lo sean al momento de su ejercicio).

Algunos autores dividen a la acción penal en dos: públicas y privadas; fraccionan a las primeras en públicas propiamente dichas y dependientes de instancia privada. Sobre esta división (que es sostenida por la doctrina mayoritaria), se podrá coincidir o no, pero igualmente, y cualquiera que sea la clasificación o categorías, siempre tendremos tres maneras distintas de iniciar la pretensión penal (las ya mencionadas), cuyos fundamentos acabamos de sintetizar.”<sup>3</sup>

#### **3.1.4. Iniciación y ejercicio de las acciones**

“Como acción promovible de oficio el Código Procesal Penal de la Nación, le otorgan el inicio y el ejercicio de la acción penal pública al Ministerio Público Fiscal. Si bien la susodicha acción es de promoción automática, no siempre es ejecutable, porque tiene como presupuestos previos el conocimiento, estudio y análisis de los hechos que se presentan o descubren como constitutivos de presuntos delitos; y en caso de ser procedente lo activa con singularidad. Pero puede también no ser promovida, porque de los hechos puestos a su conocimiento los hay que no presentan las características del delito, en cuyo caso la investigación no podrá tener principio de ejecución.

En otros sistemas procesales provinciales la acción está inicialmente en cabeza de las autoridades policiales y en otros más nace con la promoción ante el propio Juez de Instrucción o Juez de Garantías, con algunas derivaciones al Fiscal de Instrucción. De modo entonces que la acción penal puede ser iniciada por el Fiscal de Instrucción en forma directa, por la Policía con indicación e intervención del Fiscal competente, o por el Fiscal de Instrucción en forma indirecta mediante la atribución que le delega el Juez Instructor del proceso o por el propio Juez de

---

<sup>3</sup> GRANARA, ALBERTO DAVID. Opus citatus pp. 150 y 151

Instrucción.”<sup>4</sup> Así lo establecen los siguientes artículos del Código Procesal Penal de la Nación:

#### **3.1.4.1. Competencia del juez de instrucción**

“Art. 26. El juez de instrucción investiga los delitos de acción pública de competencia criminal, excepto en los supuestos en los que el ministerio fiscal ejercite la facultad que le otorga el art. 196.

#### **3.1.4.2. EL MINISTERIO FISCAL**

##### **Función**

Art. 65. El ministerio fiscal promoverá y ejercerá la acción penal en la forma establecida por la ley.

##### **Atribuciones del agente fiscal**

Art. 68. El agente fiscal actuará, en su caso, ante los jueces de instrucción y en lo correccional, cumplirá la función atribuida por el artículo anterior y colaborará con el fiscal del tribunal de juicio cuando éste lo requiera. En los supuestos en los que en virtud de lo dispuesto por el art. 196 mantendrá la dirección de la investigación de los delitos de acción pública y quede a cargo del agente fiscal, deberá ajustar su proceder conforme a las reglas establecidas en el título II del libro II de este Código.

##### **Denuncia ante el agente fiscal**

Art. 181. Cuando la denuncia sea presentada ante el agente fiscal, éste procederá conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 196 o requerirá la desestimación o remisión a otra jurisdicción. Se procederá luego, de acuerdo con el artículo anterior.

---

<sup>4</sup> Ibídem, pp. 151 y 152

## **Denuncia ante la policía o las fuerzas de seguridad**

Art. 182. Cuando la denuncia sea hecha ante la policía o las fuerzas de seguridad, ellas actuarán con arreglo al art. 186.

## **Capítulo II**

### **ACTOS DE LA POLICÍA JUDICIAL Y DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD**

#### **Función**

Art. 183. La policía o las fuerzas de seguridad deberán investigar, por iniciativa propia, en virtud de denuncia o por orden de autoridad competente, los delitos de acción pública, impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los culpables y reunir las pruebas para dar base a la acusación.

Si el delito fuera de acción pública dependiente de instancia privada, sólo deberá proceder cuando reciba la denuncia prevista por el art. 6.

#### **Atribuciones, deberes y limitaciones**

Art. 184: (según Ley N° 25.434) Los funcionarios de la policía o de las fuerzas de seguridad tendrán las siguientes atribuciones:

1. Recibir denuncias.
2. Cuidar que los rastros materiales que hubiere dejado el delito sean conservados y que el estado de las cosas no se modifique hasta que lo disponga la autoridad competente.
3. Disponer, en caso necesario, que ninguna de las personas que se hallaren en el lugar del hecho o sus adyacencias, se aparten de aquél ni se comuniquen entre sí mientras se llevan a cabo las diligencias que correspondan, de lo que deberá darse cuenta inmediatamente al juez.

4. Si hubiera peligro de que cualquier demora comprometa el éxito de la investigación, hacer constar el estado de las personas, de las cosas y de los lugares, mediante inspecciones, planos, fotografías, exámenes técnicos y demás operaciones que aconseje la policía científica.

5. Disponer con arreglo al artículo 230, los allanamientos del artículo 227, las requisas e inspecciones del artículo 230 bis y los secuestros del artículo 231, dando inmediato aviso al órgano judicial competente.

6. Si fuere indispensable, ordenar la clausura del local en que se suponga, por vehementes indicios que se ha cometido un delito grave, o proceder conforme al artículo 281 dando inmediato aviso al órgano judicial competente.

7. Interrogar a los testigos.

8. Aprender a los presuntos culpables en los casos y formas que este Código autoriza y disponer su incomunicación cuando concurren los requisitos del artículo 205, por un término máximo de diez (10) horas, que no podrá prolongarse por ningún motivo sin orden judicial.

En tales supuestos deberá practicarse un informe médico a efectos de verificar el estado psicofísico de la persona al momento de su aprehensión.

9. En los delitos de acción pública y únicamente en los supuestos del artículo 285, requerir del sospechoso y en el lugar del hecho noticias e indicaciones sumarias sobre circunstancias relevantes para orientar la inmediata continuación de las investigaciones. Esta información no podrá ser documentada ni tendrá valor alguno en el proceso.

10. No podrán recibir declaración del imputado. Sólo podrán dirigirle preguntas para constatar su identidad, previa lectura que en ese caso se le dará en alta voz de los derechos y garantías contenidos en los artículos 104, párrafo 1° y último, 197, 295, 296 y 298 de este Código, de aplicación analógica al caso, todo ello bajo pena de nulidad en caso de así no hacerse, sin perjuicio de la

comunicación que hará el juez a la autoridad superior del funcionario a los efectos de la debida sanción administrativa por el incumplimiento.

Si hubiese razones de urgencia para que el imputado declare, o éste manifestara su deseo de hacerlo, y el juez a quien corresponda intervenir en el asunto no estuviere próximo, se arbitrarán los medios para que su declaración sea recibida por cualquier juez que posea su misma competencia y materia.

#### 11. Usar de la fuerza pública en la medida de la necesidad.

Los auxiliares de la policía y de las fuerzas de seguridad tendrán las mismas atribuciones, deberes y limitaciones que los funcionarios para los casos urgentes o cuando cumplan órdenes del tribunal.”<sup>5</sup>

Estudiado esto, debemos plantearnos la siguiente pregunta, ¿cuáles son las acciones públicas? “Son las que nacen de aquellos delitos cuyo comienzo investigativo queda a cargo exclusivo del Ministerio Público Fiscal, que podrá actuar de oficio ya sea mediante su iniciación o prosecución, aunque nadie haya asumido la calidad de parte interesada en el desarrollo del proceso penal en sí.

Hay que resaltar, que en estos delitos de **acción pública**, a la par del órgano judicial, puede actuar en forma conjunta el querellante, aunque separadamente, durante todo el trámite del proceso; participan en el mismo por razones legales diferentes: El fiscal lo hace con un doble objetivo: a) dirigir la instrucción e investigación del hecho histórico ocurrido, practicará y hará practicar los actos necesarios para lograr encontrar la verdad de cómo se produjo, e individualizar a sus autores; b) actuar en nombre del Estado y de la Sociedad, procurará llegar a la acusación formal y a las instancias decisivas de una sentencia mediante una serie de requerimientos dirigidos al juez, activará así la jurisdicción, para que ésta, actúe en el dictado de la sentencia que ponga fin al proceso. Por su lado, el querellante actúa en el proceso para acreditar el hecho delictuoso y la responsabilidad penal

---

<sup>5</sup> Internet Explorer, Sitio Web [http:// todoedure.com.ar/](http://todoedure.com.ar/) Código Procesal Penal de la Nación.

del imputado, y si bien aparece como la persona con facultad de promover y ejercitar la acción penal, no tiene el derecho ni la oportunidad procesal para efectuar acusación que de lugar a la elevación de la causa al juicio plenario o de debate (juicio propiamente dicho).

En cuanto a la **acción penal que dependa de instancia privada**, entendemos que aquella sólo podrá iniciarse si el ofendido por el delito o, en orden excluyente, sus representantes legales, tutor o guardador, formulasen denuncia ante autoridad competente para recibirla.

Como acción dependiente de instancia privada, los delitos que aparecen como referidos a este tipo de acción están distinguidos en el artículo 72 del Código Penal de la Nación (violación, estupro, raptó, abuso deshonesto o sexual, lesiones leves, dolosas o culposas, violación de domicilio e insolvencia fraudulenta).

Ahora bien, las normas procesales invocan un “orden” para la formulación de la denuncia, es primordial que ella se haga por el propio ofendido por el delito. La característica puntual de este tipo de denuncia que se formula en los delitos dependiente de instancia privada es la de ser siempre **facultativa** (a diferencia de los de acción pública, en que resulta obligatoria en algunos casos particulares, y según la calidad del sujeto que toma conocimiento del hecho delictivo, como por ejemplo los funcionarios públicos, los médicos, parteras, farmacéuticos, etc.) y el sujeto que la practica debe estar relacionado con el hecho producido (ofendido directamente). Se diferencia de la denuncia “común” en que ésta no necesariamente debe estar vinculada o ser ofendido o damnificado por el delito, sino que su facultad u obligación de denunciar nace del hecho mismo que llega a su conocimiento en forma directa, y a través de su percepción. La particularidad de esta acción es que los delitos dependientes de instancia privada no pueden ser investigados sin una denuncia concreta del interesado que le dé base de sustentación; pero una vez radicada ante la autoridad correspondiente, sirve como

principio de ejecución para la investigación de oficio por parte de la Policía, del Fiscal Penal de instrucción o del Juez Penal de Instrucción.

Puede verse entonces que en definitiva ninguna acción dependiente de instancia privada puede tener comienzo de ejecución o investigación sin que medie impulso del interesado en tal sentido. Así es que la “garantía” para el proceso de la misma está brindada por quien tiene el derecho de ejercer la acción, y el “progreso” de la investigación tiene dependencia directa de aquella formalidad que le sirve de garantía y le da legitimidad y legalidad a la instrucción posterior.

Por último, relativo a la expresión “ejercicio” de la acción, debe notarse que el Código de Procedimientos Penales, sostiene la imposibilidad de **"ejercer"** la acción si no mediare denuncia previa del ofendido, pero no prohíben que se puedan **"iniciar"** actuaciones e investigaciones hasta en tanto se formalice o radique esta última, por lo que nuestra interpretación es que tal formalidad o requisito de exigencia legal puede ser subsanado hasta antes de que el órgano acusador fiscal intente poner en práctica el **"ejercicio"** de la acción, la cual se produce al momento de la acusación.”<sup>6</sup>

### **3.1.5. La acción fiscal**

“Durante el trámite del investigación penal, llamada la etapa de instrucción o del sumario (o de la instrucción sumaria o investigación fiscal, o de la investigación penal como fiscal preparatoria, si se prefiere) es casi unánimemente normado en los digestos de forma exclusiva la actividad del Ministerio Fiscal, tendiente a buscar la verdad sobre los hechos traídos a su consideración, y procurar descubrir a sus autores; cuyo corolario es la petición al Juez lo que el resultado de sus conclusiones preliminares le imponen. El Ministerio Público Fiscal tiene la fuerza jurídico-legal suficiente para provocar con validez genuina la intervención de la Jurisdicción, y requerirá una decisión (positiva o negativa) respecto de su investigación.

---

<sup>6</sup> GRANARA, ALBERTO DAVID. Opus citatus pp. 152 - 160

Su requerimiento positivo (que se traduce en el pedido de elevación a juicio del asunto investigado) es nada más y nada menos que el **ejercicio mismo de la Acción Penal**, la cual se efectúa mediante la formal petición de la **Acusación** ante el órgano jurisdiccional, obligado a emitir una decisión.

La actitud inculpativa que ejerce el Fiscal de Instrucción a través de la acusación tiene una acción defensiva por parte del inculpativo, consistente en oponerse fundadamente a ella, es ésta la primera manifestación real del principio constitucional de la defensa en juicio. Es por eso que **"la única manera de hacer actuar al poder jurisdiccional para la aplicación de la ley penal a través del proceso es mediante la acción penal"**, la cual **"persigue básicamente dos finalidades: lograr la intervención del juzgador y obtener la actuación de la ley sobre el sujeto"**.

En esta misión está embarcado el Ministerio Fiscal, único representante de la delegación que el Estado le otorga para la defensa de sus intereses y de la comunidad, porque **"El derecho de castigar a cargo del Estado está representado por el Magistrado con jurisdicción, quien se manifiesta en tal sentido a través de su sentencia, al aplicar la norma al caso concreto. El Ministerio Fiscal no tiene esa misión, sino tan solo la de formalizar acusación, si el caso así se lo permite, pero no posee para sí el derecho y el deber de aplicar la sanción pertinente, la que queda a cargo del que ejerce la jurisdicción"**.

La esencial característica es, el reemplazo casi total de la labor de los jueces de instrucción en esta fase preliminar, se le atribuye a los Fiscales la tarea de investigar la verdad con relación al hecho, para constatar la existencia de una conducta típica y antijurídica y la consecuente individualización del o los autores de la misma, recabará todas las pruebas necesarias tendientes a buscar el fundamento de la acusación o bien requerir el sobreseimiento."<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Ibidem, pp. 225 - 228

### 3.1.6. El Ministerio Público Fiscal como parte en el proceso penal

“El Ministerio Fiscal, conforme al sistema acusatorio en vigencia no puede ser sino parte del proceso, ya que el Ministerio Fiscal se **"enfrenta"** al imputado.

Su función es precisamente la de iniciar de oficio la investigación penal preparatoria, la cual no puede llevarla a cabo sin ser esencialmente una de las partes fundamentales de la instrucción. En este sentido, debe decirse que el Ministerio Fiscal tiene **"todos"** aquellos poderes que lo hacen caer en la necesaria obligación de que los mismos sean controlados. Tener poderes **"frente"** al imputado no lo excluyen de su condición de parte para convertirse en amo y señor del procedimiento. No puede ni debe autocontrolarse sino que debe ser controlado. Y tal control debe ser ejercido no por un órgano superior sino por uno distinto.

El Ministerio Público Fiscal es parte en el proceso, al igual que el imputado, con un tercero que administra justicia entre ambos. En nuestro sistema procesal penal nacional, el Fiscal no tiene rol superpuesto con el del Juez, sino que tales roles están perfectamente otorgados y definidos, aunque ambos sean órganos de la justicia; pero el primero es investigador natural y exclusivo sin necesidad de directivas jurisdiccionales, con atribuciones plenas para impulsar o no el proceso; el segundo en cambio es el controlador del respeto a las garantías constitucionales, legales y procesales hasta que se excite su jurisdicción, ya sea que la provoque el propio Fiscal o el mismo imputado, lo cual no puede ocurrir durante todo el tiempo de la investigación preparatoria hasta llegar a la etapa del requerimiento fiscal, donde sí resulta obligado a intervenir para resolver la contienda.

El Fiscal actúa con particular tecnicismo, es parte fundamental en la investigación, y necesaria en la etapa de juzgamiento.

Si es o no parte del proceso penal, es una cuestión que aparece como tangencial a la hora de verificar su participación en el mismo, puesto que todos los códigos adjetivos le otorgan la preeminencia funcional frente a quien le toque ser investigado por un hecho ilícito. Podrá tener o no a su cargo la tarea investigativa y colección de pruebas suficientes para incriminar, pero en las instancias de definiciones relativas a considerar la situación provisoria o definitiva del inculpado su rol aparece como decisivo. Ello se muestra con mayor eficiencia siempre que el Tribunal, al decidir sobre el hecho en su sentencia definitiva, carga en sus espaldas una petición de ampliación de la acusación fiscal, o una acusación "**alternativa**" fundada en un hecho declarado diverso, o en definitiva si en la estación procesal oportuna el Fiscal de juicio pide la absolución del imputado o desiste de la originaria acusación atribuida. En todos estos momentos el órgano jurisdiccional ha de contemplar obligatoriamente el actuar del órgano fiscal y procede en consecuencia."<sup>8</sup>

### **3.2. La acción penal en la Legislación Alemana**

Toca hablar de la figura de la acción penal en la legislación alemana, ellos la denominan acción pública, encomendada a la Fiscalía; debemos decir que ésta figura encuentra mucho parecido con nuestra figura jurídica; empecemos con el siguiente estudio.

#### **3.2.1. La Fiscalía**

##### **3.2.1.1. La configuración de la Fiscalía**

“La fiscalía es el órgano estatal competente para la persecución penal; es una autoridad de la justicia estructurada jerárquicamente. No disfruta del privilegio, propio del juez, de la independencia objetiva y subjetiva: "los funcionarios de la fiscalía deben seguir las instrucciones de servicio de su superior". El fiscal individual no actúa con plenitud de poder propio, sino que interviene siempre como representante del primer funcionario de la fiscalía, quien puede, en todo momento,

---

<sup>8</sup> Ibídem, pp. 249-251

tomar a su cargo la causa (**derecho de devolución**) o encargársela a otro fiscal con sus observaciones (**derecho de sustitución**).

### **3.2.1.2. La actividad de la fiscalía**

Las diversas tareas de la fiscalía en el proceso penal, resumidamente, son las siguientes: la fiscalía debe recibir denuncias de instancias penales, dirigir o conducir el procedimiento de investigación, ordenar detenciones provisionales, secuestros, requisas, establecer puestos de control, asegurar cosas, determinar identidades y realizar otras medidas de averiguación, sólo en el caso de peligro en la demora; y **decidir si debe ser ejercida la acción pública**.

En el juicio oral debe defender la acusación, además, la fiscalía debe controlar que la ordenanza procesal penal sea correctamente aplicada y de un modo distinto que el defensor debe denunciar inmediatamente toda lesión de sus normas, además podrá interponer recursos en el proceso.

### **3.2.1.3. La posición jurídica de la fiscalía en el proceso penal**

La fiscalía es una autoridad de la justicia que no puede ser atribuida ni al ejecutivo ni al tercer poder (poder judicial), sino que se trata de un **órgano independiente de la administración de justicia** que está entre ambos.

El fiscal del proceso penal alemán **no es "parte"**. Por ello no tiene que reunir, unilateralmente, material de cargo contra el imputado, sino que "debe investigar también las circunstancias que sirvan de descargo". Todo lo contrario pudiese considerarse irreconciliable con su obligación hacia la verdad y la justicia. Puede interponer recursos también a favor del imputado, y previsión con el fin de conseguir la absolución de un condenado. Incluso, él debe proceder de esta manera, pues sólo de este modo contribuirá a lograr una decisión correcta.

La fiscalía, en principio, está **obligada a acusar** ante la existencia de acciones punibles (o bien el llamado, principio de legalidad); por ejemplo, un fiscal que,

contra la verdad y la justicia, deja de perseguir un hurto, sería punible por encubrimiento personal en el ejercicio del cargo.”<sup>9</sup>

Debido a que posteriormente en el desarrollo del presente tema, se tocará el punto del principio de legalidad; nos damos a la tarea de aprender sobre el mismo en el derecho comparado alemán.

“El **principio de legalidad** enuncia, por un lado que la fiscalía debe realizar investigaciones si existe la sospecha de que se ha cometido un hecho punible y, por otra parte, está obligada a formular la acusación si después de las investigaciones continúa la existencia de esa sospecha vehemente.

#### **3.2.1.4. La obligación de acusar de la fiscalía**

En la ordenanza procesal penal rige como **máxima** el principio de legalidad: la fiscalía está obligada, en principio, a practicar las investigaciones a consecuencia de todo hecho punible y perseguible, en tanto existan indicios materiales suficientes; si las investigaciones ofrecen motivos suficientes para ello, debe promover también la acusación. Junto al monopolio de la acusación se coloca la obligación de perseguir y de acusar.

El principio de legalidad es asegurado por el **procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública**, y por la grave amenaza penal del encubrimiento personal cometido por algún funcionario público. También el derecho de dar instrucciones del Ministro de Justicia encuentra su límite en ese tipo penal.

#### **3.2.1.5. Excepciones a la obligación de acusar por parte de la fiscalía**

Sin embargo, el principio mencionado es quebrantado por tantas excepciones que en el ámbito de la criminalidad más leve y, en gran parte, también en el de la

---

<sup>9</sup> ROXIN, CLAUD. **DERECHO PROCESAL PENAL**. 25ª Edición Alemana. Editores del Puerto Buenos Aires. Argentina, 2003, pp. 50 – 53. Traducción al castellano por, Córdoba E. Gabriela y Pastor R. Daniel.

criminalidad media, rige en la práctica el **principio de oportunidad**<sup>10</sup> (éste consiste en: “sustituye totalmente al principio de legalidad en el procedimiento referente a los jóvenes. Aquí se trata en primer término de educar y no de castigar. El artículo 45 de la ley sobre tribunales para menores ofrece al Ministerio Público la posibilidad de prescindir de la persecución y de sugerir al juez de menores otras medidas educativas)”<sup>11</sup>. “No obstante, ello sólo es correcto para la fiscalía; la policía no tiene facultad para sobreseer discrecionalmente, de modo que para ella el principio de legalidad rige de forma invitada. La ordenanza procesal penal distingue en la actualidad cuatro grupos en los cuales el procedimiento penal puede ser sobreseído pese a existir la sospecha del hecho:

- a) En caso de que el reproche por el hecho es **insignificante** y no existe ningún interés en la persecución penal;
- b) En caso de que el interés en la persecución penal puede ser satisfecho de otro modo;
- c) Cuando a él le son opuestos intereses estatales prioritarios; o
- d) Cuando el ofendido puede llevar adelante por sí mismo la persecución penal.”<sup>12</sup>

“La solicitud de reemplazo de un fiscal, dirigida por el imputado al superior en el servicio, debe ser acogida favorablemente "en caso de que exista un motivo de los que conducen a la exclusión del juez o, desde la perspectiva del imputado, esté justificado el temor de parcialidad"; el tribunal de acuerdo con el principio del *fair trail* (justo proceso).

### **3.2.2. La Policía**

Para la realización del procedimiento de investigación preliminar la fiscalía tiene a su disposición, a la policía. La policía no está sometida a la fiscalía, desde el punto de vista de su organización, sino que depende de los ministerios de

---

<sup>10</sup> ROXIN, CLAUS. Opus citatus. pp. 89 y 90

<sup>11</sup> MARTÍNEZ GARNELO, JESÚS. Opus citatus. p. 531

<sup>12</sup> ROXIN, CLAUS. Opus citatus. p. 90

interior de los estados federados; pero la ley la subordina funcionalmente a la fiscalía.

En cuanto a sus actividades de investigación, la policía debe asumir **por sí misma** las investigaciones tan pronto como tome conocimiento de una conducta. Sólo tiene el derecho y la obligación de la **primera intervención**: debe "tomar todas las medidas autorizadas que no admitan demora"; después debe remitir sus investigaciones a la fiscalía sin retraso. Con ello se quiere asegurar que la fiscalía conserve el señorío sobre el procedimiento de investigación preliminar. Sólo si la policía estima necesaria la realización urgente de un acto de investigación judicial enviará el expediente inmediatamente al Tribunal Municipal. En ese caso, él debe decidir si tiene que intervenir, pero, tan pronto como sea posible, tiene que dejar a cargo de la fiscalía la posterior disposición."<sup>13</sup>

### **3.2.3. La realización del procedimiento de investigación**

#### **3.2.3.1. La tarea de investigación**

"La fiscalía tiene que **averiguar los hechos**; para ello, tiene que reunir, con el mismo empeño, tanto los elementos de cargo como los de descargo y, sobre todo, tiene que procurar la producción de aquella prueba y procurar que ésta no resulte con la pérdida de la misma.

Para la averiguación de los hechos, la fiscalía puede practicar o hacer practicar **toda clase de diligencias**. El procedimiento de investigación es, en principio, secreto. No obstante, la ordenanza procesal penal le concede al imputado y a su defensor ciertos derechos de participación.

Con ello, la ley tiene en cuenta el hecho de que ya la formulación de la acusación significa un perjuicio social importante y de que el imputado sin motivo debe tener la posibilidad de defenderse de ella. El imputado y su defensor no tienen derecho a estar presentes cuando la fiscalía realiza investigaciones.

---

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 56 - 58

Actualmente, cuando se trata de un interrogatorio judicial de un testigo o de un perito, y de la realización de una inspección ocular judicial, les está permitido asistir a la fiscalía, al imputado y al defensor. Sin embargo, el derecho a la presencia directa sufre una restricción en los cuales, en caso de peligro para el bienestar del testigo, el juez, toma la declaración en forma separada de las personas autorizadas para estar presentes; ellos acceden al interrogatorio por transmisión en video.

En la declaración del imputado ante el juez, o ante el fiscal, el defensor tiene, asimismo, derecho a estar presente –y en el primer caso también la fiscalía. Pero al defensor no se le informa el momento de realización del acto si con ello se pondría en peligro el éxito de la investigación. La falta de comunicación al imputado o a su defensor, debido al peligro existente para el éxito de la investigación, sólo puede estar fundada en que la demora temporal, provocada por la comunicación, amenaza con frustrar la obtención de la prueba.

También tiene gran importancia el derecho a examinar los autos que le corresponde al defensor (¡no al imputado!), en principio, ya en el procedimiento de investigación; la respuesta negativa para examinar los autos sólo es admisible, como excepción, en caso de que exista peligro para el fin de la investigación.

### **3.2.3.2. La constancia del cierre**

Cuando la fiscalía ha puesto término a sus investigaciones, de modo tal **que decide promover la acción pública**, hace constar el cierre de las investigaciones en acta. Por consiguiente, esta constancia de cierre separa la parte de investigación de la parte de decisión del procedimiento preliminar. Ella es importante para los siguientes conceptos:

- a) En adelante, el defensor tiene un derecho ilimitado a examinar los autos;
- b) En los casos de defensa necesaria está indicado ahora el nombramiento de su defensor.

### **3.2.4. Conclusión del procedimiento de investigación, sobreseimiento y promoción de la acción pública**

El procedimiento de investigación se cierra cuando una causa está tan aclarada que el fiscal puede decidir si se debe o no promover la acción pública. La decisión de la fiscalía puede consistir en sobreseer el procedimiento o en promover la acción.

#### **3.2.4.1. Sobreseimiento del procedimiento**

En la mayoría de los casos, el procedimiento investigación no concluye con la promoción de la acción, sino con el sobreseimiento. El procedimiento se sobresee:

1. Por motivos **procesales**; por ejemplo cuando se comprueba la existencia de un impedimento procesal (tal como la prescripción);

2. Por motivos **del derecho material**; por ejemplo, en caso de que el hecho como tal no sea punible;

3. Por motivos **fácticos**; ya sea porque resulte la inocencia del imputado, o porque no se pueda comprobar que él cometió el hecho.

4. En el supuesto del **principio de oportunidad**.

La decisión de sobreseimiento de la fiscalía **no tiene fuerza de cosa juzgada**, esto es, la fiscalía puede reanudar en todo momento el procedimiento (diferente, en parte, en caso de sobreseimiento en virtud del principio de oportunidad). Para ello, no es necesario que hayan aparecido nuevos hechos de cargo.

El imputado debe ser informado del sobreseimiento (sin que se le deban dar motivos) cuando él había prestado declaración como tal o en caso de que se hubiese expedido una orden de prisión en su contra; para ello basta ya interrogatorio "como imputado" realizado por la policía. Además, la decisión de sobreseer debe ser comunicada en caso de que el imputado lo ha solicitado o en

caso de que exista un interés especial evidente en su notificación. Más allá de ello, siempre está permitido dar a conocer la decisión y los motivos.

El **querellante** debe ser informado siempre, pero no así el denunciante, si no tiene un interés personal en la persecución penal. Esta decisión, debe estar fundada, para que el querellante pueda analizar si ha de realizar o no el procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública.

#### **3.2.4.2. Promoción de la acción pública**

Si el procedimiento de investigación no concluye a través de un sobreseimiento, el fiscal, a menos que se trate de un delito de acción privada, está obligado a **promover la acción pública**, siempre que “las investigaciones ofrezcan motivos suficientes para la promoción de la acción pública”, es decir, que exista una sospecha suficiente sobre la comisión del hecho punible.

La opinión dominante interpreta esto en el sentido de que existe una obligación de acusar, en caso de que probablemente, el tribunal llegará a una condena. De modo correcto, deberá considerarse decisivo el propio pronóstico del fiscal, de modo tal que ello dependa exclusivamente de si probablemente al final del juicio oral, él llegará a requerir la condena. Esto no se deriva sólo de la función de la fiscalía como guardiana independiente de la ley, sino también del hecho de que, según la opinión general, en el caso contrario la fiscalía puede acusar por un comportamiento que ella considera punible, aunque los tribunales, hasta el momento, lo consideren exento de punibilidad.

La acción en la petición al tribunal de actuar autónomamente en una causa penal. El tribunal sólo puede actuar siempre que la acción ha sido promovida.

### 3.2.5. Efectos de la promoción de la acción pública

La promoción de la acusación contiene cinco efectos:

1. La acción funda la **litispendencia** en un determinado tribunal. Conforme al llamado principio de prioridad, la causa en la que ya ha sido promovida en la acción debe ser sobreseída por el segundo tribunal ante el cual ha sido llevada la causa penal (excepción de litispendencia). Sin embargo, si el segundo tribunal, sin saber de la anterior promoción de la acción, abre el procedimiento, entonces le corresponde a él la prioridad, en tanto el primer tribunal, por su parte, no haya abierto el procedimiento con anterioridad.

2. El **señorío del procedimiento** pasa al tribunal. Señorío sobre el procedimiento significa que el tribunal es responsable por el desarrollo posterior del procedimiento y que en sus decisiones, sobre la actuación de la ley penal, no está vinculado a los requerimientos formulados. El traspaso del dominio del procedimiento al tribunal no significa que la fiscalía, para el desarrollo posterior del procedimiento, esté sujeta a sus propias apreciaciones y requerimientos. Así, el representante de la fiscalía que en el juicio oral se convence de la inocencia del acusado puede alegar por la absolución - incluso debe hacerlo-, aun si en la acusación se sostiene otro punto de vista.

3. Queda establecido el **objeto del proceso**; la "cognición y la decisión judicial se extienden sólo al hecho descrito en la querrela y a las personas imputadas por ella". Este efecto de la promoción de la acción es muy importante:

a) La vinculación temática del tribunal es una consecuencia del principio acusatorio: por principio, el juez sólo puede ocuparse de hechos y de personas que previamente han sido acusadas ante él.

b) Se debe proteger al imputado de que el tribunal extienda arbitrariamente la obtención. Se establece el objeto del proceso, se pretende evitar abusos como los que han sido conocidos en los procesos inquisitivos antiguos.

4. La **jurisdicción** del **domicilio** se establece por el domicilio del imputado al momento de la promoción de la acción pública.

5. A través de la promoción de la acción pública el "imputado" se convierte en procesado.

### **3.2.6. La acusación en particular**

La acusación, según su contenido, es el requerimiento al tribunal decisor de que se debe realizar un juicio oral.

La fiscalía, en virtud del principio de legalidad, está obligada a acusar en caso de que las investigaciones ofrezcan motivos suficientes para la promoción de la acción pública, esto es, en caso de que exista una sospecha suficiente sobre la comisión del hecho punible.

El contenido de la acusación tiene que contener:

- ✓ El nombre del procesado;
- ✓ El hecho que se le imputa, esto es, la mención de los hechos (de las acciones y omisiones) que se le reprochan (¡ese acontecimiento histórico, ese conjunto de hechos determina el objeto del proceso!);
- ✓ Los elementos legales del hecho punible (ejemplo los del hurto);
- ✓ Los preceptos penales aplicables.

Con respecto al nombre del procesado y a los elementos penales aplicables, esta es la parte de la acusación que el fiscal tiene que exponer en el juicio oral; las apreciaciones de la prueba no forman parte de la hipótesis acusatoria. Una hipótesis acusatoria que no concreta de modo suficiente el reproche por el hecho, por tanto, que no cumple con su función delimitadora, fundamenta un impedimento procesal, sobre la problemática análoga que se presenta con respecto al auto de apertura.

- ✓ Los elementos de prueba.
- ✓ El tribunal ante el cual debe llevarse a cabo el juicio oral.
- ✓ El nombre del defensor.
- ✓ Finalmente, en la acusación se debe mencionar también el resultado esencial de las investigaciones.

### **3.2.7. Procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública**

El procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública le da la posibilidad al ofendido de que un tribunal independiente examine el cumplimiento del principio de legalidad por parte de la fiscalía. A pesar de que la fiscalía, en principio, no está vinculada a la jurisprudencia de los tribunales superiores y, en sus funciones oficiales, es independiente de los tribunales, excepcionalmente se le puede obligar, de este modo, a promover una acusación que se opone a su propia convicción.

El procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública representa un procedimiento ajustado, para la **protección** de los derechos públicos subjetivos del **ofendido** por el hecho punible, derivados del principio de legalidad y del monopolio acusatorio del Estado.

#### **3.2.7.1. Su estructuración en particular**

##### **Presupuestos**

En caso de que la fiscalía se niegue a promover una acción pública (ya sea porque, desde un principio, no da curso a una denuncia o porque, posteriormente sobresee el procedimiento), el solicitante debe ser notificado; si el solicitante es, a la vez, el ofendido, debe instruírsele sobre los recursos.

Contra la noticia negativa sólo aquel denunciante que, al mismo tiempo, es el **ofendido** por el hecho punible, puede instar el procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública. El concepto de ofendido es discutido, anteriormente predominaba la opinión de que sólo se refería al portador del bien

jurídico protegido por el tipo penal. De acuerdo con ello, por ejemplo, en los delitos de homicidio no fuese posible realizar un procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública. Por el contrario, según la opinión preponderante en la actualidad se debe considerar ofendido aquél que "resulta tan afectado en sus intereses legítimos a través de la acción punible afirmada, que su demanda de persecución penal supera una necesidad retributiva reconocible como legítima".

El procedimiento judicial para compeler a la promoción de la acción pública sólo es admisible en caso de que se trate de hechos punibles para los que rige el principio de legalidad. En caso de los delitos de acción privada, el procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública no es necesario, porque aquí el ofendido puede ejercer la acción por sí mismo.

Según el derecho vigente, al ofendido también le queda la queja ante la fiscalía general. El procedimiento judicial para compeler a la promoción de la acción pública también es admisible en caso de que la fiscalía, siempre que el delito para el que rige el principio de legalidad, invoca erróneamente el principio de oportunidad.

### **3.2.8. Procedimiento jurisdiccional para compeler a la promoción de la acción pública**

Contra la noticia negativa en la fiscalía general se puede solicitar una **decisión judicial** dentro del plazo en mes.

Para ello es competente el Tribunal Superior Estadual. Se ha elegido a este tribunal porque los tribunales inferiores, que son competentes para el procedimiento principal eventual, no deben ser expuestos al peligro de soportar, de antemano, una tacha de parcialidad.

El **requerimiento** debe indicar los motivos y los medios de prueba (por consiguiente, también los indicios suficientes sobre la identidad del imputado) que

fundamentan las sospechas suficientes y debe estar firmado por un abogado; de este modo se pretende impedir requerimientos infundados y querellantes. La jurisprudencia también exige, equivocadamente, que el requerimiento analice contradictoriamente el auto de sobreseimiento de la fiscalía. Además, el requerimiento debe ser tan completo que coloque al Tribunal Superior Estadual en condiciones de efectuar un examen de sus fundamentos, sin recurrir a las actas de la investigación.

Asimismo el requerimiento debe de mostrar detalladamente el cumplimiento del plazo para la queja. En la praxis, estos requerimientos excesivos son el motivo principal para el fracaso de la mayoría de los procedimientos para compeler a la acción pública.

Para el esclarecimiento de los hechos, el Tribunal Superior Estadual, en uso de un poder discrecional conforme a Derecho, puede consultar las actas de la fiscalía u ordenar también por sí mismo diligencias y encomendar su realización a un juez comisionado o requerido.

También durante el procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública, la fiscalía puede retomar sus propias investigaciones; sin embargo, aquel procedimiento no se termina ni por esa reanudación, ni por su nuevo sobreseimiento, sino, dado el caso sólo si la fiscalía promueve la acción.

El Tribunal Superior Estadual decide sobre el requerimiento en forma de **auto**. Si no existe una sospecha suficiente sobre la comisión del hecho punible, este tribunal lo rechaza con costas; si el requerimiento está fundado, decide la promoción de la acción pública. Si la fiscalía se ha negado a realizar investigaciones propias desde un principio (por ejemplo por motivos jurídicos), el Tribunal Superior Estadual puede ordenar su realización.

El auto de promoción de la acción tiene que cumplirlo la fiscalía, con un escrito de acusación. El auto del Tribunal Superior Estadual **no** establece otras obligaciones para la fiscalía. Ella es independiente en la conducción posterior del proceso. Para compensar esta situación el ofendido tiene la facultad de sumarse al procedimiento como acusador adhesivo, una vez promovida la acción pública.

Contra el auto del Tribunal Superior Estadual que promueve la acción, el imputado no tiene recurso alguno a su disposición.

El auto del Tribunal Superior Estadual que rechaza el requerimiento para compeler a la promoción de la acción pública tiene efecto de **cosa juzgada material limitada**. Conforme a ello, la acción pública solo puede ser promovida con fundamento en nuevas circunstancias (esto es, no conocidas hasta el momento por el Tribunal Superior Estadual). Lo mismo debe regir también para la cuestión controvertida de si un procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública, que no tuvo éxito, puede ser reiterado.”<sup>14</sup>

### 3.2.9. La acción privada

“Después de que el proceso penal público inquisitivo –qué rigió desde la CCC por más de 300 años- fue reemplazado en Alemania, a mediados del siglo XIX, por el proceso acusatorio la facultad de formular la acusación sólo le correspondía, en un primer momento a la fiscalía, la que (siguió el ejemplo del derecho francés) la promovía o no, según su poder discrecional. Pero pronto se exigió una acción privada subsidiaria general para proteger al ofendido contra una eventual denegación de justicia. Sin embargo, esta exigencia no se impuso en la ordenanza procesal penal; antes bien, la acción privada sólo fue admitida por determinados delitos (injurias y lesiones corporales leves), posteriormente (después de 1921) también para otros delitos perseguibles a instancia de parte y más tarde aún fue extendida también más allá del círculo de estos delitos perseguibles a instancia de parte, a las lesiones corporales graves y al delito de amenaza.

---

<sup>14</sup> Ibídem, pp. 330 - 347

Así, en contraposición con la fiscalía, el acusador privado no tiene el deber de perseguir, ni el deber de objetividad. Por ello de modo distinto que la fiscalía, él tampoco puede interponer recursos a favor del acusado que ha sido condenado.

El acusador privado puede desistir la acción privada incluso después de la apertura del procedimiento principal –sin embargo, en ciertas circunstancias sólo de conformidad con el acusado.

El procedimiento de acción privada **no es un verdadero procedimiento de partes**. Así, también el procedimiento de acción privada, el Tribunal debe inquirir por sí mismo, esto es, debe reunir, con responsabilidad propia, el material fáctico que contribuye a fundar su sentencia.

El legislador no acoge favorablemente la acción privada, esta posición se manifiesta en muchos aspectos:

El acusador privado está obligado a pagar el anticipo de las costas del proceso (eventualmente también debe prestar caución por las costas ocasionadas al imputado). La acción privada rechazada por la falta de pago del anticipo de tasas, puede ser promovida nuevamente.

El tribunal puede sobreseer el procedimiento en todo momento, si considera que la culpabilidad del autor es leve. Junto con la obligación de soportar las costas, este precepto es muy adecuado para desalentar la promoción de una acción privada.

El tribunal determina la extensión de la recepción de la prueba. En ciertas circunstancias, el tribunal puede rechazar eventuales requerimientos de prueba. Si el actor privado es vencido, esto es, si la acción contra el imputado es rechazada o éste es absuelto o el procedimiento es sobreseído el acusador privado debe

pagar, además de las costas del procedimiento, también los gastos necesarios del imputado originados por ella.

### **3.2.9.1. Delitos de acción privada**

La acción privada sólo es admisible para determinados delitos leves. Se trata de los siguientes ocho delitos o grupos de delitos; de violación de domicilio, injurias, violación del secreto postal, lesiones corporales y amenazas, daño, delitos relativos a la competencia empresarial, así como infracciones a derechos de patentes, de autor, de registro de marcas, de registro de diseños gráficos para el consumo o la moda.

Si un delito de acción privada concurre idealmente o conforma un concurso de leyes con un delito de persecución oficial (por ejemplo injurias y delito sexual) la acción privada no es admisible. En ese caso el delito de acción privada, también puede ser perseguido conjuntamente de oficio.

### **3.2.9.2. Relación con la acción pública**

Con relación a la acción pública, la acción privada no es exclusiva ni subsidiaria.

**No es exclusiva**, es decir que el Estado sigue facultado junto con el actor privado, para promover la acción por su parte. Empero, en caso de delitos de acción privada, la acción pública sólo es promovida en caso de interés público.

Para la fiscalía existen tres posibilidades.

- ✓ Ella puede renunciar a toda intervención.
- ✓ Ella puede comparecer a la audiencia como observador y a la expectativa.
- ✓ Ella puede promover la acción pública: desde un principio, de modo tal que ya no se puede promover la acción privada, de manera alguna; o,

posteriormente, a través de la persecución y, por cierto, en el estado en el que se haya el proceso.

La acción privada **no** es **subsidiaria**, ella puede ser promovida desde un principio, de suerte tal que el facultado para la acción privada no tiene que dirigirse primeramente a la fiscalía, ni queda habilitado para promover la acción privada sólo si la fiscalía ha rechazado el ejercicio de la acción pública.

### **3.2.9.3. Legitimados para ejercer la acción privada**

El primer legitimado para ejercer la acción es el ofendido.

También tienen derecho a promover la acción privada, además del ofendido el superior jerárquico en el servicio y los miembros de la familia del fallecido que, tienen un derecho autónomo a instar la persecución penal.

Sí el ofendido no es capaz para actuar procesalmente en el sentido del derecho procesal civil, el derecho a ejercer la acción privada le corresponde, en su lugar al representante legal, esto en dos casos:

- ✓ En caso de que el ofendido sea menor de edad o un incapaz para contratar, y
- ✓ Cuando el ofendido es una asociación de personas, por ejemplo en caso de violaciones a la ley de patentes, injurias, etc. En este caso, el representante legal promueve la acción privada en nombre del ofendido.

Si hay varios ofendidos, por ejemplo en caso de que una expresión a injuriado a varias personas (“canallas”), cada una de ellas está facultada para ejercer la acción privada. Sin embargo para evitar una pluralidad de procedimientos y de condenas por una acción, después de que uno de los ofendidos promovió la acción privada los demás ya no pueden ejercer acciones independientes, sino que sólo pueden ingresar al procedimiento en el estado en el que se halla en ese

momento. Toda decisión pronunciada en la causa tiene eficacia, a favor del imputado, frente a todos.

#### **3.2.9.4. Promoción de la acción. Apertura del procedimiento**

No existe aquí un procedimiento preliminar; el procedimiento comienza **con la promoción de la acción**. La promoción de la acción se realiza por escrito u oralmente, por acta ante el actuario. En caso necesario, junto con ella se debe presentar el certificado que acredita el fracaso del intento de conciliación.

El escrito de acción privada debe contener los mismos requisitos que necesita el Fiscal para ejercer o promover la acción pública, y son:

- ✓ El nombre del procesado;
- ✓ El hecho que se le imputa, esto es, la mención de los hechos (de las acciones y omisiones) que se le reprochan (¡ese acontecimiento histórico ese conjunto de hechos determina el objeto del proceso!);
- ✓ Los elementos legales del hecho punible (ejemplo, los del hurto);
- ✓ Los preceptos penales aplicables.
- ✓ Los elementos de prueba.
- ✓ El tribunal ante el cual debe llevarse a cabo el juicio oral.
- ✓ El nombre del defensor.
- ✓ Finalmente, en la acusación se debe mencionar también el resultado esencial de las investigaciones. **Por cierto, no debe constar el resultado esencial de las investigaciones.**

Si la querrela no fue interpuesta correctamente debe ser rechazada por auto. El actor privado puede acusar nuevamente una vez superado el defecto. Si la querrela ha sido promovida regularmente, el Tribunal la comunica al imputado y le dará determinado plazo para su manifestación. Después de producirse la decisión del tribunal sobre la apertura del procedimiento principal; si la culpabilidad del autor es leve, el tribunal puede sobreseer el procedimiento.”<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Ibídem, pp. 526 - 531

### **3.2.10. La acción adhesiva**

En la acción adhesiva, junto a la fiscalía, se presenta una persona privada que dispone de derechos procesales propios, el llamado acusador adhesivo. La acción adhesiva pretende dar intervención en el procedimiento a personas que fueron ofendidas por un hecho punible, para su desagravio, para controlar a la fiscalía, así como también salvaguardar sus demás derechos.

#### **3.2.10.1. Posición del acusador adhesivo**

El acusador adhesivo no tiene que comparecer personalmente al juicio oral, sino que puede hacerse representar por un abogado. El acusador adhesivo también puede ser interrogado como testigo; en la práctica, la mayoría de las veces él es el principal testigo de cargo, cuya declaración debe ser valorada con cuidado, a causa de su interés personal en una condena.

El acusador adhesivo puede recibir una ayuda para las costas del proceso, para el nombramiento de un abogado; más allá de ello, en determinados hechos graves o con víctimas menores de edad, existe el derecho de nombrar un abogado como asistente.

El acusador adhesivo puede interponer recursos independientemente de la fiscalía, pero sus requerimientos deben ser firmados por un letrado.

El plazo para interponer recursos para el acusador adhesivo comienza, por regla general, con el pronunciamiento de la sentencia; únicamente cuando él no estuvo presente en absoluto en el juicio oral o ni siquiera estuvo representado por un abogado, el plazo comienza sólo con la notificación a él de la parte resolutive de la sentencia. Si el acusador adhesivo manifiesta su adhesión sólo después del dictado de la sentencia, con el fin de interponer un recurso. El plazo para fundar el recurso comienza con la expiración del plazo de interposición de recursos vigente para la fiscalía, pero, como muy temprano, con la notificación de la sentencia al acusador adhesivo.

Un auto que sobresee el procedimiento, en general, es inimpugnable para el acusador adhesivo; sólo le corresponde la queja inmediata contra un sobreseimiento, si se trata de un hecho del que resulta la facultad de acusar de manera adhesiva.

### **3.2.10.2. Admisibilidad**

En general, la acción adhesiva es promovida en el procedimiento penal.

Acusador adhesivo es considerado:

El ofendido por uno de los delitos, pertenecientes al ámbito de los hechos punibles contra la autodeterminación sexual, por injurias, por lesiones corporales y por hechos punibles contra la libertad personal;

El ofendido por una tentativa de asesinato o de homicidio;

Aquel que ha llevado a cabo con éxito el procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública; de este modo se elimina el peligro de que la fiscalía, obligada a acusar en contra de su voluntad, continúe en trámite el procedimiento con poco esmero;

Los parientes cercanos o el cónyuge de una persona fallecida como consecuencia de un hecho antijurídico;

Toda persona autorizada para ejercer la acción privada;

### **3.2.10.3. Procedimiento**

El ingreso de una persona autorizada para ejercer la acción adhesiva, que es admisible en cualquier estado del procedimiento, se realiza a través de la presentación por escrito de una manifestación de adhesión ante el tribunal. La legitimación para la adhesión debe ser declarada por un auto de admisión (declaratorio) del tribunal, después de haber oído a la fiscalía.

Empero, si únicamente el acusador adhesivo interpone un recurso, y no recurre a la fiscalía, ésta última debe actuar en la siguiente instancia, aunque sólo solicite el rechazo del recurso. En caso de muerte del acusador adhesivo, la manifestación de adhesión pierde su efecto.

#### **3.2.10.4. Costas**

Los gastos necesarios del acusador adhesivo, en general, deben ser impuestos al acusado si él es condenado por un hecho que afecta al acusador adhesivo; si ello resultara injusto, el tribunal puede prescindir de tal decisión, total o parcialmente.

Si el imputado ha interpuesto un recurso sin éxito o lo ha desistido él debe soportar los gastos necesarios que se originaron por él para el acusador adhesivo. En el caso inverso, el acusador adhesivo, si el recurso interpuesto sólo por él no tuvo éxito o lo ha desistido, tiene que cargar con los gastos necesarios del imputado derivados de él.”<sup>16</sup>

### **3.3. La acción penal en la Legislación Francesa**

En continuación con nuestra investigación respecto de la acción penal en el derecho comparado, toca la oportunidad de manifestar a ésta figura en la legislación francesa, ellos la denominan “acción de acusación pública”; explicaremos una breve introducción, cómo se compone el Ministerio Público, las características de éste y el ejercicio de la acción de acusación pública; comencemos.

#### **3.3.1. La acción de acusación pública**

##### **3.3.1.1. Introducción**

La acción de acusación pública queda definida por el artículo número 1º de la Ley de Enjuiciamiento criminal bajo el nombre de “acción de acusación pública para la aplicación de las condenas”.

---

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 533 - 537

Se trata por consiguiente, de concretar el derecho de castigar inherente a la sociedad, es decir al Estado que de ella emana y que actúa por intermedio de sus representantes especialmente nombrados por la Ley: LOS MAGISTRADOS DEL MINISTERIO PÚBLICO.

En el derecho francés, principalmente a partir del siglo XII, el proceso de tipo inquisitorio se impuso gradualmente en cuanto a la puesta en marcha de la acción de acusación pública, así como lo fue en las sociedades de poder central dominante, tales como lo fueron la Roma imperial, las jurisdicciones eclesiásticas y la monarquía francesa.

### **3.3.2. El Ministerio Público**

Típica institución del Derecho judicial francés de los tiempos del antiguo régimen, el Ministerio Público dispone de un estatuto y de una organización específica y presenta los siguientes particularismos:

#### I. Estatuto y organización del Ministerio Público.

El Ministerio Público se compone de Magistrados. En Francia, los Magistrados de la Fiscalía y los Jueces constituyen un cuerpo judicial único (artículo 1 del Ordenamiento del 22-12-58, relativo al Estatuto de la Magistratura).

De ahí:

- Igual reclutamiento.
- Igual juramento.
- Igual carrera con simétricos niveles jerárquicos, paso de Juez a Fiscal y recíprocamente.

La independencia de **todos** los Magistrados queda garantizada por el Presidente de la República (artículo 64 de la Constitución).

El Ministro de la Justicia, encargado de aplicar la política general criminal determinada por el Gobierno, encabeza la organización del Ministerio Público. Tiene autoridad sobre los Fiscales Generales, los cuales tienen autoridad sobre

los Fiscales de la República (artículos 35, 36 y 37 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); esta subordinación jerárquica se manifiesta de manera evidente en la puesta en marcha y el ejercicio de la acción de acusación pública.

El Fiscal de la República, es el único en poseer el ejercicio de la acción de acusación pública, nadie puede actuar en su lugar a no ser por su delegación directa. En cuanto a la puesta en marcha de la acusación pública, los textos evocan únicamente las instrucciones escritas “positivas” pero, si el Fiscal de la República, en el supuesto de que pudiesen existir, ignorase unas restricciones de no diligenciar, la acción de acusación pública quedaría legítimamente entablada.

El Ministerio Público conlleva también ciertas características puestas de relieve con motivo del ejercicio de la acción de acusación pública.

### **3.3.3. Características del Ministerio Público**

- ✓ Es irrecusable.
- ✓ Es indivisible.
- ✓ Forma parte integrante de la jurisdicción criminal.

Es **irrecusable**, lo que significa que, en aplicación del artículo 699 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los Magistrados del Ministerio Público no pueden ser recusados. Parte principal del enjuiciamiento criminal, no puede ser recusado en el sentido en que un litigante, si puede recusar a su Juez, no puede recusar a su adversario.

Es **indivisible**, en el sentido en que cualquier acto realizado por un Magistrado de Fiscalía es considerado haber sido hecho por el Ministerio Público en su conjunto. Cada Fiscalía está compuesta, bajo la dirección de su jefe, Fiscal de la República o Fiscal General, por un grupo de Magistrados indivisible.

**Forma parte de la jurisdicción criminal** la cual no puede legítimamente resolver sin su presencia pero es independiente frente a los tribunales. Lo cual implica que las jurisdicciones no pueden dirigir mandamientos al Ministerio Público ni ordenarle ejercite diligencias, ni censurar o valorar, en sus decisiones, la actitud del Ministerio Público.

El Ministerio Público también es independiente cara a los justiciables:

1. Sus informes no pueden dar lugar a ninguna acción de difamación. Se beneficia de la inmunidad prevista por la ley.

2. No queda obligado a dar seguimiento a una querrela, ni queda ligado por cualquier renuncia a aquella querrela en cuanto a la puesta en marcha de la acción de acusación pública.

Conviene destacar que los Magistrados, miembros del Ministerio Público, no son agentes del poder ejecutivo sino que están al servicio de la ley y del interés general. Las competencias del Ministerio Público son innumerables y no es ninguna casualidad si los mejores autores han renunciado a establecer su lista exhaustiva (vigilancia del Registro Civil, disciplina de los auxiliares de Justicia... Ejecución de las decisiones civiles... Vigilancia de los enjuiciamientos criminales...). No obstante, su principal atribución la que hoy nos interesa es **el ejercicio de la acción de acusación pública.**

### **3.3.4. Ejercicio de la acusación pública**

#### **3.3.4.1. La puesta en marcha de la acción de acusación pública**

El fundamento de la puesta en marcha de la acción de acusación pública reside en el hecho de que el Ministerio Público dispone de un monopolio moderado por la acción de la víctima. El artículo 40 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal consagra otro principio fundamental: el de la **oportunidad de las diligencias**. El Fiscal de la República recibe las querellas y las denuncias y evalúa el seguimiento que conviene darles.

Este sistema, fundado sobre la libertad del Ministerio Público para actuar o no, se opone al principio llamado **legalidad de las diligencias**, vigente en ciertos países europeos.

Presenta numerosas ventajas: flexibilidad, adaptación y selección de los asuntos que merecen ser sometidos a la jurisdicción de juzgado, según la importancia de la perturbación del orden público.

La voluntad del Ministerio Público de no entablar diligencias se manifiesta por una decisión de “archivar sin efecto” la cual no puede constituir una “denegación de justicia” pero que, sin embargo, ha de ser notificada a la víctima.

El Ministerio Público no puede desistirse de su decisión de archivar un asunto sin explicación, salvo si mientras tanto ha surgido una causa de extinción de la acción de acusación pública (prescripción, amnistía, fallecimiento del autor).

Según el principio de que la acción de acusación pública pertenece al Estado, los Magistrados del Ministerio Público no disponen de ella, sino que sólo disponen de su puesta en marcha y ejercicio.

El Ministerio Público, tras haber entablado las diligencias, ya no puede desistirse de la acción de acusación pública. Puede “abandonar las diligencias” pero eso liga al Tribunal que ha de resolver y queda apelado.

El Ministerio Público tampoco puede asentir a las sentencias pronunciadas, es decir, renunciar a las vías de recurso o desistirse de una vía de recurso ya entablada.

La inercia del Ministerio Público en cuanto a la puesta en marcha de la acción de acusación pública puede dañar a los intereses de la víctima. Esta última

dispone entonces de dos vías principales para **poner marcha la acción de acusación pública**:

1. La citación directa ante la jurisdicción de sentencia para los delitos de infracción;

2. La querrela con constitución de parte civil ante el Juez de instrucción para los crímenes y delitos.

Mediante dicha acción la víctima pone también en marcha la acción de acusación pública, y puede actuar con el único objetivo de ver reconocida la culpabilidad del autor pidiendo una indemnización simbólica.

A diferencia del Ministerio Público, la víctima puede poner en marcha la acción de acusación pública pero sin poseer su ejercicio, en el sentido en que no dispone de las mismas competencias durante el desarrollo del enjuiciamiento, en particular durante el de la instrucción.

Durante el ejercicio de la acción de acusación pública, el Ministerio Público está presente en todas las fases del enjuiciamiento criminal.

#### **3.3.4.2. El ejercicio de la acción de acusación pública**

Al tener como objeto y meta el hacer comprobar por el Juez competente el hecho castigable, al establecer la culpabilidad del autor, el conseguir se pronuncie una sanción penal dictada por la Ley y hacer ejecutar dicha sanción, la acción de acusación pública integra una serie de fases de enjuiciamiento que se podrían clasificar según un orden cronológico simplificado:

- La fase anterior a la sentencia,
- La fase de sentencia,
- La fase ulterior a la sentencia.

**La fase anterior a la sentencia** queda constituida por las investigaciones realizadas bajo el régimen de la encuesta (encuesta preliminar o de flagrante) y de la instrucción.

El Ministerio Público dirige las actuaciones de los Oficiales de Policía judicial que diligencian las encuestas (artículo 41 de la Ley de Enjuiciamiento criminal).

En teoría como en práctica, se le tiene informado de manera frecuente y detallada de las encuestas más importantes. Los Oficiales Judiciales lo solicitan, cada vez que se plantea la posibilidad de una medida coercitiva o parece ésta necesaria.

Nombra al Oficial de Policía Judicial o al servicio de Policía o de Gendarmería (artículo D.1 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento criminal), encargado de las investigaciones por realizar.

Al terminar dichas investigaciones, el Magistrado de Fiscalía habrá de tomar una **decisión importante de enjuiciamiento en cuanto al ejercicio de la acción de acusación pública**. Podrá decidir hacer comparecer al autor de una infracción ante el Tribunal según un enjuiciamiento de **comparecencia inmediata**, de **citación directa** o de **convocatoria por Oficial de Policía Judicial** o bien hacer proceder a unas investigaciones más amplias, interponiendo ante el Juez de Instrucción (enjuiciamiento de la información).

En este último caso el Juez de Instrucción (Magistrado del Tribunal) el que, después de los informes de la Fiscalía, se pronunciará sobre el hecho de saber si las cargas recogidas son o no suficientes para mandar al presunto autor ante la jurisdicción de sentencia.

**Durante las fases de sentencia** el ejercicio de la acción de acusación pública consiste, para el Ministerio Público, en apoyar oralmente a la acusación durante la audiencia de la jurisdicción de sentencia.

Cabe recordar que la libertad de expresión del Magistrado durante la audiencia es total y que se beneficia, al igual que los Abogados de las partes, de una “inmunidad de jurisdicción”.

La acción del Ministerio Público durante la **fase ulterior a la sentencia** consiste en ejercer, si cabe, las vías de recurso y, sobre todo, de hacer ejecutar las sanciones pronunciadas.

Para concluir, conviene destacar que, si las normas que determinan la puesta en marcha de la acción de acusación pública son relativamente sencillas y estables desde hace bastantes años, siendo las que conciernen al ejercicio de la acción de acusación pública cada vez más numerosas y complejas.

La tendencia general del enjuiciamiento criminal francés se orienta hacia una “complejificación” creciente, la cual genera cierta “inseguridad jurídica” y fragiliza un número cada vez más importante de diligencias.”<sup>17</sup>

### **3.4. La acción penal en la Legislación Inglesa**

De una manera hermenéutica expondremos cómo está regulada la acción penal en el derecho anglosajón; pensamos que de la manera en que está regulada esta figura no permite el monopolio de la acción por parte del Fiscal, sino que está distribuida a una institución distinta a la Fiscalía y al particular.

“El fiscal de la Corona para Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte es el principal asesor legal de la administración Británica, y puede representar a la Corona en causas civiles y criminales. Adicionalmente, es responsable de la aplicación del derecho penal en Inglaterra, Gales e Irlanda del norte y, en el ejercicio de sus funciones es por completo independiente del Gobierno en el poder, y responde sólo ante el parlamento. En su misión aplicativa de la ley no puede recibir órdenes del Primer Ministro ni del Gabinete, y pudiese llegar a considerarse

---

<sup>17</sup> DUMAS, RAYMOND. “LA ACCIÓN DE ACUSACIÓN PÚBLICA”. **REVISTA JUSTICIA**. Barcelona, España. Núms. I – II, 1993, pp. 159 - 157

constitucionalmente incorrecto que cualquier Ministro intentará presionarle en cuanto a la decisión de iniciar o no casos penales”.<sup>18</sup>

### 3.4.1. El Fiscal General del Estado

“La Fiscalía del Estado (*Crown Prosecution Service*), organismo creado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1985 (*Prosecution of Offences Act 1985*), está constituida por Fiscales del Estado (*Crown Prosecutors*) y lo dirige el director de encauzamientos públicos (*Director of Public Prosecution*), conocido por las siglas DPP; éste, a su vez, depende del Fiscal General (*Attorney-General*), quien es en última instancia responsable ante el Parlamento. Con frecuencia el DPP encarga, mediante contrato, los servicios de la acusación del Estado a abogados (*barristers, solicitors*) que no pertenecen a la Fiscalía.

Mediante la aludida ley la fiscalía del Estado se han separado, por una parte, las facultades de detención e investigación (*arrest and investigation*), que ejerce la policía, y por otra, las de encauzamiento (*prosecution*) que corresponden a la Fiscalía.”<sup>19</sup>

Hablaremos de cómo se desarrolla el proceso penal a grandes rasgos en el sistema jurídico anglosajón y cómo se desarrolla la acción penal a través del Fiscal.

### 3.4.2. Los delitos y el derecho penal

“El Derecho penal (*criminal law*) entiende de los delitos y de las penas; en este sentido, se puede afirmar que su finalidad es sentar las bases para que se pueda aprender (*apprehend*), procesar (*prosecute*), juzgar (*try*) y condenar (*convict*), tras dictar la sentencia (*sentence*) correspondiente, a quienes infringen (*violate*) las normas básicas (*Basic rules*) de la convivencia social (*group existence*). De esta manera, la justicia penal (*criminal justice*), aparte de disuadir (*deter*) a posibles

---

<sup>18</sup> ROSAMUND, THOMAS. “EL FISCAL DE LA CORONA PARA INGLATERRA, GALES E IRLANDA DEL NORTE: SU PAPEL EN PROCESOS CIVILES Y CRIMINALES”. *REVISTA INTERNACIONAL DE CIENCIAS ADMINISTRATIVAS*. Madrid, España, Vol. 57, Núm. 2, Junio 1991, p. 41

<sup>19</sup> ALCARAZ VARÓ, ENRIQUE. *EL INGLÉS JURÍDICO*. 4ª Edición, Editorial Ariel. Barcelona, España, 2000. p. 32

transgresores de la ley (*lawbreakers*), ofrece la posibilidad de convertir a los delincuentes en ciudadanos cumplidores de la misma (*law-abiding citizens*).

Aunque la palabra que se ha utilizado tradicionalmente para referirse a los delitos es *crime*, en las sentencias y en los repertorios de jurisprudencias, la palabra *offence*, mientras que el término *crime* se reserva la mayoría de las veces para los delitos más graves, como el asesinato, bien de ciudadanos corrientes (*morder*) o de dirigentes políticos y sociales (*assassination*), el homicidio (*manslaughter*) o el incendio provocado intencionalmente (*arson*) también llamados con frecuencia en forma pleonástica, *criminal offences*.

A partir de que se promulgó la acción penal en 1967 las conductas se clasifican en:

- Delitos flagrantes (*arrestable offences*), en los que la policía, sin necesidad de una orden judicial de detención (*a warrant of arrest*), está facultada para detener a los sospechosos; y
- Delitos en los que la policía no puede detener a los presuntos delincuentes sin orden de detención judicial (*non-arrestable offences*).

### **3.4.3. Los tribunales, los procedimientos y los delitos**

El procedimiento seguido en el sistema penal inglés se basa en el principio acusatorio (*accusatorial procedure*). En este procedimiento el juez actúa como árbitro (*umpire*) que dirige los debates sin tomar para que ellos, aunque pueda intervenir para aclarar algunas cuestiones. Como árbitro que es, se limita las más de las veces a escuchar, espera que la verdad de los hechos surja de la contienda que llevan a cabo los letrados (*barristers*) de la acusación (*counsel for prosecution*) y los de la defensa (*counsel for defense*). El que dará el veredicto final de este duelo es el jurado (*jury*); por eso, se dice que toda la energía del enfrentamiento se gasta en ganarse las simpatías y los corazones de sus miembros, más que en demostrar si el acusado (*the accused*) perpetró o no el delito (*commit the offence*) que se le imputa.

Para los ingleses, el sistema penal del continente europeo se basa, en parte, en el régimen o procedimiento inquisitivo (*inquisitorial procedure*), debido a la importancia de la labor investigadora llevada a cabo por el juez instructor (*examining magistrate*) en la primera fase de un proceso (*case*), ya que a éste le corresponde interrogar a los testigos y tomar iniciativas respecto a actos de investigación, llevar a término en su caso la práctica de pruebas anticipadas (*examine the evidence*).

En el derecho penal inglés los **procedimientos** de las causas penales son dos:

a) Procedimiento rápido, abreviado o sumario (*summary trial*), que se sigue en cualquiera de los muchos *Magistrates Courts* que hay en Inglaterra y Gales, y que se aplica a los delitos menores o menos graves (casi el 90% de los procesos penales).

b) Procedimiento con escrito de acusación formal (*trial on indictment*) en los delitos graves (asesinato, homicidio, etc.) o muy graves (*tradición*, etc.), que se celebra en un juicio con jurado (*trial by/with jury*) en *the Crown Court*, donde el tribunal estará formado por uno o más jueces. El **indictment** es el escrito de acusación formal que contiene el cargo o cargos a que debe hacer frente el imputado (*the charges that the accused faces*); en caso de que sea más de un delito, siempre que se refieran a los mismos hechos, cada uno de ellos irá especificado en párrafos separados, llamados cargos de acusación (*counts*).

Los tribunales que entienden de lo penal son, en principio, dos: Los Tribunales de Magistrados (*The Magistrates Courts*) y el Tribunal de la Corona (*The Crown Court*). Los primeros, están compuestos por magistrados, que en inglés son jueces legos (*lay judges*), y juzgan los delitos menores y menos graves; el segundo, constituido por jueces profesionales o de carrera (*qualified judges*), entiende de los más graves.

Ahora clasificamos los delitos en atención a su gravedad, como al procedimiento que se sigue contra ellos y, consecuentemente, al tribunal que los ha de juzgar, en tres grupos:

a) Delitos menores o menos graves (*summary offences*), por ejemplo, agresión o insulto a la policía (*assault on police*), que juzgan directamente, y mediante un procedimiento rápido, abreviado o sumario caracterizado por la rapidez, de los Tribunales de Magistrados;

b) Delitos graves y muy graves (*indictable offences*), por ejemplo, asesinato (*murder*), que se juzgan en *The Crown Court* en un juicio con jurado, tras el encauzamiento que se formaliza mediante el escrito de acusación (*indictment*), después de que lo hayan decidido magistrados; y

c) Delitos de tipo intermedio (*offences triable either way*), por ejemplo, robo (*theft*), que se pueden juzgar por cualquiera de los dos procedimientos anteriores.

La ley, al tipificar un delito, define la clase a la que pertenece (*summary offence, indictable offence, offence triable either way*), por ejemplo, en el tipificado por el artículo (sección) 20 de la Ley de Delitos contra las Personas de 1981 (*offences against the Person Act 1981*), que lo define como delito intermedio (*triable either way*), y señala la pena que le corresponde:

*Whosoever shall unlawfully and maliciously wound or inflict any grievous bodily harm upon another person, either with or without any weapon or instrument, shall be guilty of an offence triable either way and being convicted thereof shall be liable to imprisonment for five years.*

Para que a alguien se le pueda imputar (*charge*) la comisión de un delito, se debe probar que hubo a la vez "**comisión u omisión ilícitas de un hecho determinado**", es decir, la realización de una conducta tipificada como antijurídica (*actus reus*) y "**culpabilidad**" (*mens rea*).

#### 3.4.4. La iniciación del proceso penal. El Tribunal de Magistrados

El Tribunal de Magistrados es el tribunal de primera instancia que lo penal, ante el cual deben comparecer y responder los denunciados y los acusados de haber cometido algún delito.

**Cuando se presenta una denuncia contra alguien en un juzgado** (*layan informacion before a magistrate*) por un supuesto delito (*allegad offence*), el magistrado, si estima que tiene jurisdicción suficiente, puede dictar una citación judicial (*issue a summons*) contra la persona a quien se le imputa el supuesto delito (*the person that is chared wiht the allegad offence*), como el que sigue a continuación:

##### *UUPER READING MAGISTRATES COURT*

*You are summoned to appear on March 1992 at 11:00 a.m. before the Magistrates Court at 24 Caversham Road, Upper Reading to answer to the following information laid on 10 January that you at King ´s Cross, reading did drive a motor vehicle without due care and attention contrary to s. 3 and Sch 4 of the road traffic act, 1972.*

*Informant: Police constable John Smith.*

La denuncia (*the laying of an information before a magistrate*) normalmente la hace el Fiscal (*prosecutor*) o la policía, aunque en teoría la puede presentar cualquier particular (*individual, private party*); su finalidad es poner en conocimiento del Tribunal de Magistrados un supuesto delito o conducta delictiva, para que éste dicte (*issue*) una citación (*summons*) o **una orden de detención** (*warrant for arrest*); éstas dos figuras procesales reciben el nombre genérico de *process*.

En otras circunstancias, sin embargo, el presunto delincuente (*the presumed offender*) no es denunciado por nadie, si no detenido directamente por la policía. Existe, no obstante, contra la detención arbitraria de la policía, el procedimiento legal de ***habeas corpus***, mediante el cual el privado de libertad (o su cónyuge,

sus hijos, etc.) puede solicitar su inmediata puesta a disposición judicial por haber sido detenido ilegalmente.

#### **3.4.4.1. Formas de iniciar un proceso penal**

Consecuentemente con todo lo dicho, **tres son las formas más usuales de iniciar un proceso penal:**

- 1) A instancias de la policía, tras la detención (*police arrest*) y práctica de las diligencias policiales (*police enquiry*);**
- 2) Por denuncia de un particular (*laying an information before a magistrate*),  
y**
- 3) De oficio, por la Fiscalía,**

En el primero de los supuestos, la policía habitualmente interroga (*question*) al detenido y luego lo pone a disposición judicial (*he is brought before a Magistrate*). Antes de comenzar el interrogatorio se le debe **advertir al detenido** (*caution a suspect*) que no está obligado declarar, pero que, si lo hace, cualquier cosa que diga se podrá usar como prueba contra él. La fórmula que se suele usar es la siguiente:

You do not have to say anything unless you wish to do so, but what you say may be given in evidence.

Mientras es interrogado dentro de los plazos que marca la ley, el detenido queda bajo la custodia de policía judicial (*custody officer*) existente en todas las comisarías. Éste es responsable del trato adecuado que debe recibir el detenido; le informa de sus derechos, entre ellos la posibilidad que tiene de consultar al abogado de guardia (*duty solicitor*) antes del interrogatorio policial (*police questioning*), y le orienta en otros puntos, como, por ejemplo, la solicitud de asistencia letrada (*legal aid*) para todo el procedimiento.

Acabadas las diligencias policiales, que se deben llevar a cabo dentro de los plazos legales, si la policía considera que puede haber motivos (*sufficient evidence*) para seguir un procedimiento judicial por vía penal contra el acusado (*prosecute the accused*), la causa pasa a la Fiscalía del Estado (*Crown Prosecution Service*), la cual decidirá lo que se debe hacer. Mientras tanto, si la policía le ha imputado algún cargo al detenido (*lay charges*), corresponde a la propia policía decidir si lo pone en libertad (*release an accused*) con fianza (*on bail*) o sin fianza (*without bail*). Si no es puesto en libertad, el acusado deberá pasar inmediatamente a disposición judicial (*is brought before a Magistrates' Court*).

Aunque corresponde a la policía instar las diligencias procesales (*initiate criminal prosecutions*), incumbe a la Fiscalía del Estado (*Crown Prosecution*) hacerse cargo, salvo en raras excepciones, de la conducción de proceso instado por aquélla y determinar el rumbo que se debe seguir.

La documentación o expediente (*case papers*) que la Policía remite a la Fiscalía es registrada (*recorded*) antes de ser asignada (*allocated*) a un Fiscal, y pasa a un expediente (*put in a file cover*), labor realizada por el personal administrativo (*administrative staff*) de la Fiscalía.

Es de la entera responsabilidad de la Fiscalía decidir, en última instancia, si se prosigue o se archiva la causa (*the case is abandoned*), con independencia del parecer o del informe de la policía, debido al hecho de que la carga de la prueba (*the burden of proof*), es decir, probar, sin que queden dudas razonables (*beyond any reasonable doubt*), que se ha cometido un delito (*prove its case*), le corresponde en exclusiva al Ministerio Fiscal, ya que todo imputado o acusado es inocente (*is presumed innocent until proved guilty*) o, en su caso, presunto delincuente, hasta que no sea condenado (*convicted*). Para tomar las decisiones pertinentes a cada causa, los fiscales examinan el contenido de las declaraciones (*statements*) e interrogatorios policiales (*police questioning*) de los supuestos

delincuentes (*alleged offenders*), así como las declaraciones de los testigos de cargo (*prosecution witnesses*), y se guían por dos criterios establecidos (*laid down*) en el reglamento de la fiscalía (*code for Crown Prosecutors*): **que haya indicios suficientes (*sufficient evidence*) de criminalidad y que el asunto sea de interés público.**

En los delitos contra el Estado (*offences against the State*), las diligencias sólo las puede incoar (*proceedings can only be instituted*) el Fiscal General o, en su caso (*where appropriate*), deben contar con su autorización (*with his/her consent*).

**Los particulares también pueden querellarse (*bring criminal prosecutions against somebody*) directamente en los *Magistrates' Courts*.** No obstante, son pocos los que utilizan la querrela (*private criminal prosecution*) directa en los juzgados; la gran mayoría prefiere el proceso (*prosecution*) iniciado mediante la denuncia a la policía, ya que si se pierde el juicio en caso de que sea el querellante, con toda probabilidad se tendrán que pagar las costas (*court costs*), incluidas las del acusado, y, además, se estará expuesto a la demanda civil (*civil action*) que por daños y perjuicios éste le presente (*sue for damages*).

#### **3.4.5. La vista preliminar en el tribunal de Magistrados**

El día que comparece el acusado ante *The Magistrates' Court*, se celebra en primer lugar la vista preliminar o fase previa (*a preliminary hearing/enquiry*), que sirve para que los jueces decreten la libertad del detenido (*discharge the suspect of an accusation*), o para que le imputen un delito (*charge him with a crime*), en cuyo caso deberán establecer si se trata de un delito menor o menos grave (*a summary offence*), de un delito grave o muy grave (*an indictable offence*), o de un delito de tipo intermedio (*an offence triable either way*), que se puede juzgar por cualquiera de los dos procedimientos anteriores.

Si determinan los Magistrados que el delito que se imputa al detenido es grave (*indictable offence*), debido en parte a que prosperan las tesis de la Fiscalía

(*prosecution*) de que se trata de un delito claro o irrefutable (*prima facie case*) y que, por tanto, ellos carecen de la competencia para juzgarlo (*try it*), automáticamente se convierten en jueces instructores (*examining justices*), e iniciarán las diligencias (*institute the proceedings*) correspondientes para investigar el delito (*inquire into the offence*) las cuales probablemente concluirán “con el decreto de apertura del juicio oral con jurado” (*commit him for trial*) contra el procesado, a fin de que sea juzgado en una de las secciones o divisiones del Tribunal Superior de lo Penal o Tribunal de la Corona (*The Crown Court*), siempre que estén convencidos, como hemos apuntado antes, de que hay indicios racionales suficientes (*sufficient evidence*) contra el acusado para que un jurado lo declare culpable.

A esta fase se le conoce con el nombre de “instrucción del sumario” o “diligencias de procesamiento” (*committal proceedings, pre-trial proceedings*), la cual es un trámite abreviado cuya finalidad principal es “filtrar” sólo las causas en las que haya, a los ojos de los Magistrados, indicios claros de criminalidad (*sufficient evidence*); de esta manera, se evita a los ciudadanos sobre los que no pesan los indicios de criminalidad, la vergüenza de comparecer ante el Tribunal Superior de lo Penal o *The Crown Court*.

Sirven también estas diligencias para que la defensa conozca exactamente los cargos que pesan sobre el procesado, ya que durante las mismas, la acusación expondrá sus argumentos (*case*), aportará las pruebas y presentará a los testigos, los cuales serán interrogados por ambas partes; por lo cual implica que durante el procedimiento final en el *The Crown Court* la acusación no podrá recurrir a nuevos testigos ni hacer valer nuevos argumentos.

La defensa, aunque también puede exponer sus alegatos, aducir sus pruebas y presentar a sus testigos, en la práctica, durante esta fase permanece en silencio, entre otras razones, para no dar pistas a la acusación sobre los posibles puntos más frágiles de su argumentación (*case*) y para no revelar la tesis jurídica (*theory*

*of the case*) que empleará en su defensa durante la vista en el *The Crown Court*. No obstante, tiene la obligación de comunicar en el plazo de siete días contados a partir de la fecha del procesamiento (*committal for trial*) si piensa ofrecer una cuartada (*produce an alibi*), en cuyo caso deberá facilitar la relación de los testigos que convocará en apoyo a la misma.

Todas las diligencias de procesamiento (*committal proceedings*), sin olvidar las declaraciones de los testigos (*depositions from all the witnesses*), autenticadas (*authenticated*) con la firma del Magistrado que las tomó (*take depositions from the witnesses*), serán enviadas al *The Crown Court* junto con las pruebas aportadas por la Fiscalía.

Mientras espera el acusado la celebración del juicio, corresponde a los jueces de *The Magistrates' Court* decidir si le conceden la libertad provisional (*the accused is released*) o si ésta sufre de restricciones. En el segundo de los supuestos, los jueces pueden devolverlo a la cárcel (*remand him in custody*), a un centro o pabellón de preventivos (*a remand prison*), o concederle la libertad provisional bajo fianza (*remand him on bail*).

#### **3.4.6. El procedimiento rápido en el Tribunal de Magistrados**

Si los jueces, en la vista preliminar, deciden que se trata de un delito menor (*summary offence*) para el que tienen competencia, el acusado deberá comparecer (*attend court*) ante el Tribunal de Magistrados en la fecha fijada para juicio (*the date fixed for trial*), que aparecerá en la lista diaria de señalamientos (*court's daily case list*).

Muchas veces no hace falta que el acusado comparezca (*appear in person*) ante el tribunal; puede declararse culpable (*plead guilty*) por correo, o enviar a un letrado, si la sanción que corresponde a la imputación (*charge*) que se le ha hecho no es superior a tres meses de cárcel (*three months imprisonment*), por ejemplo en casos de crueldad con los animales (*cruelty to animals*). También

puede el tribunal en ocasiones conceder un aplazamiento (*grant an adjournment*), a petición justificada o razonada de la defensa (*counsel for defense*) o de la acusación (*counsel for prosecution*), en cuyo caso habrá un nuevo señalamiento (*a new date will be fixed*).

La acusación corresponde a un Fiscal (*prosecutor*) de la Fiscalía del Estado (*Crown Prosecution Service*), aunque en faltas o delitos leves (*misdemeanours*) se permite que la haga directamente el policía que presentó la denuncia o que obtuvo en su caso, al acusado. Si la lleva acabo la Fiscalía, el Fiscal (*counsel for prosecution*) expondrá sus argumentos de forma esquemática (*a brief explanation of the case*) ante los magistrados, y después se llamará a los testigos de cargo y de la defensa (*witnesses are called*) para que testifiquen (*testify*) y aporten pruebas (*give evidence*).

Terminando el interrogatorio de los testigos, la Fiscalía y la defensa expondrán de forma resumida (*will make short speeches*) la calificación definitiva, con los motivos (*summarizing the reasons*) por los que se debe o no se debe condenar al acusado. A continuación los magistrados, tras examinar los hechos probados (*the facts as found*) y los fundamentos de derecho (*the questions of law*), dan su veredicto (*give their verdict*), que puede consistir en: a) condenar al acusado (*convict the accused*), b) desestimar la pretensión punitiva (*dismiss the case*), o c) dictar una sentencia absolutoria (*acquittal*). Se llama condena sumaria (*summary conviction*) a la dictada por los magistrados, que es la fórmula normal empleada *We find the case proved*.

Corresponde al Tribunal de Magistrados dictar la sentencia (*pass sentence*) dentro de sus atribuciones. Si el acusado a sido declarado culpable (*find guilty*), antes de dictar sentencia deberán los magistrados comprobar sus antecedentes penales (*previous convictions recorder against him*) para lo que llamarán al funcionario de policía con el fin de que los lea.

En resumen, en los juicios de estos procedimientos rápidos o abreviados (*trial on informations summarily*) los magistrados son responsables de cuatro cuestiones procesales:

- a) Comprobar los hechos (*facts*);
- b) Determinar los fundamentos de derecho (*the points of law*);
- c) Pronunciar el veredicto (*give a verdict*), y
- d) Dictar la sentencia (*pass the sentence*).

### 3.4.7. Los juicios con jurado en el Tribunal de la Corona

Transcurridos los plazos legales necesarios para que la acusación y la defensa preparen los argumentos y estrategias (*case*) de la vista oral, desde que los magistrados (*magistrates*) en función de (*actino as*) jueces instructores (*examining magistrates*) ordenaron la apertura de juicio oral (*commit for trial*), se celebra el primer acto del juicio en el Tribunal de la Corona (*trial in the Crow Court*), llamado “lectura formal de la acusación” (*arraignment*), que consiste en: a) la identificación del procesado, b) la lectura del escrito de acusación formal (*indictment*) y c) la solicitud de manifestación de culpabilidad del delito que se le imputa, mediante la cual debe declararse culpable, (*plead guilty*) o no culpable (*not guilty*). En este acto la defensa puede presentar cuestiones de previo pronunciamiento (*pleas in bar*) para intentar demostrar que los cargos carecen de base legal suficiente, que si prosperan (*succeed*), impiden la continuación del juicio. Entre éstas, destacan las llamadas ***autrefois acquit*** (ya absuelto), *autrefois convict* (ya condenado).

La acusación formal (*indictment*) es un documento que contiene la imputación que se le hace al acusado, y la especificación del delito, además de una introducción (*introductory matters*) en la que se hace referencia al tribunal (*court of trial*) y al nombre del acusado (*name of the defendant*), introducción que comienza con el nombre del monarca:

*THE QUEEN v. (Defendant) charged as follows...*

Si el delito es “estatutario”, si fue legislado y tipificado por ley parlamentaria (*created by statute*) se hará referencia a los artículos (*sections*) pertinentes de

dicha ley. Los detalles de la acusación deben ser muy precisos, de forma que se conozca debidamente la naturaleza de los cargos o imputación.

Si el acusado acepta la culpabilidad (*the pleads guilty*), si confiesa ser el autor de los hechos que se imputan, el proceso queda reducido al mínimo. La acusación (*counsel for the prosecution*) presentará un resumen (*summary*) de las pruebas (*evidence*) junto con los datos de los antecedentes (*background and record*). La defensa, a continuación, expondrá los atenuantes (*a plea for mitigation*), y seguidamente, el juez dictará el veredicto y la sentencia. También puede ocurrir que el acusado no acepte los cargos que la acusación, pero que esté dispuesto a declararse culpable de un delito inferior (*a lesser offence*); en este caso, se dice que ha habido un cambio en las alegaciones en la defensa (*a change of plea*), al que se puede llegar a la transacción (*plea bargaining*) entre ésta y la acusación, con la aprobación del juez. Esta transacción es un pacto entre las partes de una causa penal consistente en que el acusado acepte declararse culpable a cambio de la sustitución del delito imputado por otro menos grave, de la retirada de alguno de los cargos, si hay varios, o de la garantía de una rebaja en la pena impuesta por el juez. Tales negociaciones se llevan a cabo entre el juez, el fiscal (o la acusación) y el abogado defensor, pero el acusado no puede intervenir directamente en las mismas, aunque no puede haber acuerdo sin su consentimiento. Requieren mucho tacto, ya que el juez no puede dar garantías absolutas ni debe indicar en ningún momento la pena que ha pensado aplicar en cada proceso penal.

#### **3.4.7.1. El jurado**

Si durante el proceso, el acusado (*accused*) se declara no culpable (*plead not guilty*), si no asume la acción delictiva, será necesario constituir un jurado (*a jury of 12 persons must be sworn in*) de 12 personas (*jurors*) para que emita el veredicto correspondiente (*renders its verdict*), aunque la sentencia la dictará el tribunal (*pass the sentence*).

Si el veredicto es de inocencia (*not guilty*), la sentencia dictada será la absolución (*acquittal*); en caso contrario, será la condena (*conviction*).

La defensa tiene el derecho de pedir la tacha (*challenge*) de todos los miembros de la lista de candidatos a miembros del jurado (*array/panel*) si puede demostrar parcialidad en el funcionario que confeccionó dicha lista. Igualmente puede solicitar la tacha de determinados miembros del jurado (*challenge to the separate polls*) si la petición está motivada o razonada (*supported by reasons*). En el acto de jura o promesa (*affirmation*) los jurados dicen:

*I swear by Almighty God that I will faithfully try the defendant and give a true verdict according to the evidence.*

La fórmula de la promesa es:

*I do solemnly, and sincerely and truly declare and affirm that I will, etc.*

Es importante tener en cuenta que corresponde al juez, como hemos dicho antes, orientar o dar directrices (*direct*) al jurado sobre el punto o cuestión que ha de constituir el centro de su deliberación para llegar al veredicto de culpabilidad o inocencia. Las directrices o instrucciones técnicas que dé el juez al jurado sobre lo que debe juzgar deben ser muy precisas. Debe dar instrucciones adecuadas sobre lo que debe constituir el objeto de su decisión. El jurado, fiel al juramento o promesa de cada uno de sus miembros, debe dar en conciencia su veredicto (*return a verdict*), de acuerdo con las pruebas.

#### **3.4.7.2. La vista oral. El discurso de apertura**

Durante la vista oral, los miembros del jurado (*jurors*) ocupan el estrado o panel del jurado (*jury box*) mientras que el acusado permanece sentado (*the accused is seated*) en el banquillo (*in the dock*) acompañado de dos guardianes (*police guardians*), y todo acto estará presidido por un juez.

En la vista oral interviene en primer lugar el abogado de la acusación (*barrister for the prosecution*), quien en su discurso de apertura (*opening speech*), tras comunicar a los miembros del jurado que corresponde a la acusación la carga de la prueba (*the burden of proof*), es decir, establecer la culpabilidad del acusado sin que queden dudas razonables (*beyond a reasonable doubt*), expondrá su tesis (*theory of the case*), bosquejará su argumentación (*outline his case*) y llamará a los testigos de cargo (*witnesses for the prosecution*), quienes declararán (*give evidence*), aportando una prueba testifical (*a testimony*) bajo juramento (*on oath*) o promesa (*by affirmation*).

La prueba testifical (*testimony*) es la declaración (*statement*) que aporta un testigo como prueba (*evidence*) de la verdad proclamada (*proof of the truth*). Se llama interrogatorio (*examination*) a las preguntas (*questioning*) que se hacen a los testigos, bajo juramento o promesa (*on oath or affirmation*); el interrogatorio puede ser de tres tipos:

1. Primer interrogatorio o interrogatorio directo (*direct examination or examination-in-chief*);
2. Interrogatorio por la parte contraria o contra-interrogatorio (*cross-examination*), y
3. El segundo interrogatorio o repreguntas (*re-examination*).

El primer interrogatorio lo hace la parte que convoca al testigo, y su objetivo es aportar datos favorables a su tesis; no obstante, no se pueden hacer preguntas capciosas (*leading questions*) que guíen (*lead*) o insinúen la respuesta, es decir que contengan, en todo o en parte, la contestación esperada o que la sugieran, por ejemplo, no pueden empezar así: cuando le atacó por la espalda, ¿cómo se defendió usted?, porque la pregunta ya va cargada con la aseveración de que fue atacado por la espalda.

El contra-interrogatorio, lo lleva a cabo la parte contraria, y, como es de suponer, estas preguntas intentan desbaratar o desvirtuar (*destroy*) las tesis

primeras. Se intenta sembrar dudas (*cast doubts*) sobre la exactitud de la prueba (*on the accuracy of evidence*) se llama contra-interrogatorio sobre el fondo de la cuestión (*cross-examination to the issue*); si las preguntas intentan poner en duda la credibilidad del testigo (*credibility of witness*) estamos ante un contra-interrogatorio sobre la credibilidad.

Las repreguntas (*re-examination*) o segundo interrogatorio sólo pueden tratar de las cuestiones que surgieron en el contra-interrogatorio (*cross-examination*). Si se quieren introducir nuevos puntos se tiene que contar con la autorización del juez (*leave of the judge*).

La acusación (*counsel of the prosecution*), en su primer interrogatorio (*examination-in-chief*), llamará a sus testigos. Después, la defensa (*counsel for the defence*) en el contra-interrogatorio (*cross-examination*) a los testigos presentados por la acusación sí podrá hacérseles preguntas capciosas (*leading questions*), e incluso poner de relieve sus incoherencias en lo que afecta a las aseveraciones que acaban de hacer, respecto a las que hicieron anteriormente en las declaraciones (*depositions*) de la fase de instrucción (*the committal proceedings*), ya que la función de la defensa es desacreditar las pruebas de los testigos (*evidence given by witnesses*) de la acusación. Si las incoherencias son graves, la defensa puede pedir al juez que declare que no ha lugar a la acusación (*submissions of no case to answer*) y que absuelva al acusado. Si así lo cree el juez, pedirá al jurado que dé un veredicto de absolución (*acquittal*).

Si no prosperan las tesis de la defensa, continuará el juicio con el primer interrogatorio (*examination-in-chief*) a los testigos convocados por esa parte, seguido del interrogatorio por la parte contraria o contra-interrogatorio (*cross-examination*), y el segundo interrogatorio o repreguntas (*re-examination*). El acusado (*defendant*), sin embargo, no está obligado a declarar (*is not obliged to give evidence at all*) si no quiere, aunque puede dirigirse al jurado o al tribunal y pedir atenuación (*a statement in mitigation*) en sus decisiones.

### 3.4.7.3. El discurso final. La carga de la prueba. Las eximentes

La condena (*conviction*) la establece el jurado y, por esta razón, se da gran importancia a la parte de la vista oral en que la acusación y la defensa se dirigen a él en donde exponen sus conclusiones definitivas, ya que ésta es la última ocasión que tienen para influir en sus miembros. A esta parte de la vista se le llama “discurso final” (*final argument, closing argument statement*), o “escrito de conclusiones al jurado” (*jury summation*), dado que sus miembros son sus destinatarios directos del mismo.

Interviene en primer lugar la acusación (*council for the prosecution*), en quien reside, la carga de la prueba (*the burden of the proof*), ya que rige el principio de presunción de inocencia.

Para que el acusado sea declarado culpable (*find the accused guilty*) de un delito, debe la acusación probar que en su contra ha habido, a la vez, **comisión u omisión ilícitas** (*actus reus*) y **culpabilidad** (*mens rea*), o sea, una acción antijurídica. Y, además, tendrá que demostrar que no se cumplen ninguna de las eximentes generales (*general defences*) que el acusado pueda alegar.

La mayoría de las eximentes son alegaciones hechas por la defensa (*counsel for defence*) con las que se pretende demostrar que no hubo delito. Estas eximentes pueden ser generales y específicas (*the mentally abnormal offender*), la legítima defensa (*self-defence*), el estado de necesidad (*necessity*), la coacción (*duress*), el ejercicio legítimo de un cargo (*legal performance of duty or office*), etc. La diferencia entre las eximentes generales y las específicas radica en el hecho en que corresponde a la acusación probar que las primeras no existieron, mientras que en las segundas es tarea de la defensa demostrar su existencia.

La defensa pronuncia su discurso final siempre en último lugar, es decir, goza del privilegio de decir la última palabra.

Terminados los dos discursos finales, el juez se dirigirá a los miembros del jurado y les resumirá las pruebas aducidas y les explicará que les corresponde a ellos emitir el veredicto de culpabilidad o no culpabilidad del acusado, y que deben tener en cuenta que la carga de la prueba reside en la acusación, es decir, esa parte tiene que haber demostrado, sin que quede lugar a una duda razonable, que el acusado es culpable.”<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> ALCARAZ VARÓ, ENRIQUE. Opus citatus. pp. 35 – 54.

## CAPÍTULO 4

### DESMONOPOLIZACIÓN DE LA FACULTAD DE EJERCER LA ACCIÓN PENAL EN LOS FUEROS FEDERAL, COMÚN Y MILITAR.

#### 4.1. Necesidad de desmonopolizar la acción penal

Debemos iniciar con el estudio de nuestro tema, para ello explicaremos el ¿por qué? de éste. Pensamos que el presente tema y propuesta puede traer beneficios para el derecho procesal penal, litigantes, servidores públicos y en general, a la población afectada por algún delito.

A lo largo de la historia, hemos visto, que el Ministerio Público fue creado como una institución de buena fe, encargada constitucionalmente de perseguir los delitos y a los presuntos delincuentes, de llevar a cabo las investigaciones necesarias para el esclarecimiento de la verdad histórica del delito y de esta manera cumplir con el objetivo del **ius punendi** (derecho punible) que es castigar a toda aquella persona que infrinja las leyes sustantivas penales.

Desafortunadamente hemos observado que desde hace algunos años, los Agentes de Ministerio Público han traído deshonra a la Institución para la que sirven, las Procuradurías de Justicia, han mal interpretado sus facultades, y caído en la desconfianza de la ciudadanía y de las propias autoridades judiciales. Por esas razones, el primero de enero de 1995, hubo reformas a la Ley de Amparo, donde se pretendió controlar el no ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, y se le dio la oportunidad a la víctima del delito de interponer una demanda de amparo en contra del no ejercicio de la acción penal, la Ley de Amparo después de la reforma, quedó de la siguiente manera:

“TÍTULO SEGUNDO. Del juicio de amparo ante los Juzgados de Distrito.

Capítulo I. De los actos materia del juicio.

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

I. Contra leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos expedidos por el Presidente de la República de acuerdo con la fracción I del artículo 89 constitucional, reglamentos de leyes locales expedidos por los gobernadores de los Estados, u otros reglamentos, decretos o acuerdos de observancia general, que por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de aplicación, causen perjuicios al quejoso;

II. Contra actos que no provengan de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo.

En estos casos, cuando el acto reclamado emane de un procedimiento seguido en forma de juicio, el amparo sólo podrá promoverse contra la resolución definitiva por violaciones cometidas en la misma resolución o durante el procedimiento, si por virtud de estas últimas hubiere quedado sin defensa el quejoso o privado de los derechos que la Ley le conceda, a no ser que el amparo sea promovido por persona extraña a la controversia.

III. Contra actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo ejecutados fuera de juicio o después de concluido.

Si se trata de actos de ejecución de sentencia, sólo podrá promoverse el amparo contra la última resolución dictada en el procedimiento respectivo, pudiendo reclamarse en la misma demanda las demás violaciones cometidas durante ese procedimiento, que hubieren dejado sin defensa al quejoso.

Tratándose de remates, sólo podrá promoverse el juicio contra la resolución definitiva en que se aprueben o desaprueben.

IV. Contra actos en el juicio que tengan sobre las personas o las cosas una ejecución que sea de imposible reparación.

V. Contra actos ejecutados dentro o fuera de juicio, que afecten a personas extrañas a él, cuando la Ley no establezca a favor del afectado algún recurso ordinario o medio de defensa que pueda tener por efecto modificarlos o revocarlos, siempre que no se trate del juicio de tercería.

VI. Contra leyes o actos de la autoridad federal o de los Estados, en los casos de las II y III del artículo 1º de esta Ley; y

**VII. *Contra las resoluciones del Ministerio Público que confirmen el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, en los términos de lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 21 Constitucional.***<sup>1</sup>

Con esta fracción y el cuarto párrafo adicionado al artículo 21 de nuestra Carta Magna, se dio el carácter de garantía individual al no ejercicio o desistimiento de la acción penal, por parte del Ministerio Público, así lo marca la siguiente tesis jurisprudencial:

No. Registro: 190,691  
Jurisprudencia  
Materia(s): Constitucional, Penal  
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

---

<sup>1</sup> EDICIONES FISCALES ISEF. Agenda de amparo 2005. 9ª Edición, México Distrito Federal, enero 2005. Ley de amparo pp. 38 y 39

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.

Como podemos observar, la reforma adicionó la séptima fracción a la Ley de Amparo, donde se contempló, una vez que el Ministerio Público confirme el no ejercicio o desistimiento de la acción penal debe proceder el juicio de amparo, en esa demanda de amparo el quejoso pretende demostrar al Juez de Distrito los errores que ha cometido el Ministerio Público en su resolución de propuesta de no ejercicio de la acción penal, el Juez de Distrito juzgar éste asunto, decidirá en su sentencia si el Ministerio Público ha de ejercer la acción penal o no.

A pesar de lo anterior, observamos que la realidad de los Agentes del Ministerio Público no cumplen con las funciones encomendadas, tienen desinterés, apatía, en cuanto a las investigaciones, no son desarrolladas como debiesen llevarse a cabo, todo esto debido a un pretexto, (hay mucha carga de trabajo), además, entra un factor importantísimo para ejercer o no la acción penal, la corrupción, la falta de ética en el ejercicio de su profesión y sus labores como representantes de la sociedad.

Debido a todas estas circunstancias, nos hemos dado a la tarea de profundizar sobre el estudio de la acción penal y en especial, cómo hacer para que el Ministerio Público no sea el único en ejercer la acción penal, sino dar oportunidad a diferentes instituciones de colaborar con esta tarea tan sinuosa que se la ha

encomendado por mandato constitucional. Es necesario, que el Ministerio Público no sea ya, el monopolizante de la acción penal, debe darse apertura a reformas bien estructuradas para que aquél cumpla rigurosamente con sus funciones.

#### **4.2. Modificación de los artículos constitucionales y leyes adjetivas que contemplan la exclusividad de ejercer la acción penal al Ministerio Público**

Al proponer estas reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, leyes adjetivas penales, como también a cada ley orgánica de la materia, debemos empezar con un orden jerarquizado, plasmaremos cómo está el ordenamiento jurídico actual, y cómo debe de quedar con la reforma propuesta, al cual antecederá una letra **(R)** y una letra **(C)** que indica es de nueva creación, empecemos:

##### **4.2.1. Propuesta de modificación a artículos constitucionales que contemplen la figura de la acción penal**

**“Artículo 16.** Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

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

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la

misma prontitud, a la del Ministerio Público.

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

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.”<sup>2</sup>

**(R) Artículo 16.** Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

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

---

<sup>2</sup> EDICIONES FISCALES ISEF. Agenda de amparo 2005. 9ª Edición, México Distrito Federal, enero 2005. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos p. 9

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, **a la del Ministerio Público o al Juez instructor.**

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, **el Ministerio Público o el Juez Instructor podrán**, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

Ningún indiciado podrá ser retenido por el **Ministerio Público o por el Juez Instructor** por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

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

pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.”<sup>3</sup>

**(R) 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, al Juez Instructor que tendrá cede en cada juzgado penal sea del fuero federal, común o militar, los cuales se auxiliarán con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato.** Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

**“Artículo 102.**

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

Incumbe al Ministerio Público de la Federación la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculcados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los

---

<sup>3</sup> Ibidem p. 14

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.”<sup>4</sup>

**(R) Artículo 102.**

**A.** La ley organizará al Ministerio Público de la Federación, **cuyos funcionarios serán nombrados por concurso, de acuerdo con la ley del Servicio Profesional de Carrera y removidos de su cargo salvo mala conducta en el desempeño de sus funciones, de acuerdo con la ley respectiva. El Ministerio Público de la Federación estará presidido por un Procurador General de la República, designado por votación de alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, cada una votará por una vez en la designación de éste y no podrán votar aquéllas dos veces continuamente, pero la Cámara que haya votado en la designación de éste pasará el resultado de la votación a la Cámara que no votó en la designación de aquél ratificará o hará observaciones si fueren necesarias, si no hubiese observaciones ratificarán el nombramiento.** Para ser Procurador se requiere: ser ciudadano mexicano por nacimiento; tener cuando menos treinta y cinco años cumplidos el día de la designación; contar, con antigüedad mínima de diez años, con título profesional de Licenciado en Derecho; gozar de buena reputación, y no haber sido condenado por delito doloso. **El Procurador podrá ser removido salvo mala conducta en el desempeño de sus funciones y por el procedimiento establecido en el artículo 110 Constitucional.**

Incumbe al Ministerio Público de la Federación **y al Juez Instructor la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal, pero éste sólo podrá perseguir, a petición de la víctima, los delitos perseguibles por querrela, sin que esto imposibilite al Ministerio Público la persecución de los delitos por querrela en caso de que la víctima o sus familiares acudirán con éste; y, por lo mismo a ellos corresponderá solicitar las órdenes de**

---

<sup>4</sup> *Ibidem* p. 62

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.

#### **4.2.2. Propuesta de modificación a artículos del Código Federal de Procedimientos Penales que contemplen la figura de la acción penal**

“**Artículo 1o.** El presente código comprende los siguientes procedimientos:

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

IV. El de primera instancia, durante el cual el Ministerio Público precisa su pretensión y el procesado su defensa ante el tribunal, y ,este valora las pruebas y pronuncia sentencia definitiva;”<sup>5</sup>

**(R) Artículo 1o.** El presente código comprende los siguientes procedimientos:

I. El de averiguación previa a la consignación a los tribunales, que establece las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público **o el Juez Instructor puedan resolver, en sus respectivas competencias**, si ejercitan o no la acción penal; **en caso de no ejercitar la acción penal, por alguno de los dos encomendados para hacerlo, la víctima del delito podrá, acudir ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos para que ésta interponga el recurso o juicio que proceda conforme a derecho en beneficio de la víctima del delito y de la sociedad.**

IV. El de primera instancia, durante el cual el Ministerio Público **o el Juez Instructor, precisarán** su pretensión y el procesado su defensa ante el tribunal, y éste valora las pruebas y pronuncia sentencia definitiva;

---

<sup>5</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. “CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES”. LEGISLACIÓN PENAL Y SU INTERPRETACIÓN POR EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. México Distrito Federal, 2004.

**“Artículo 2o.** Compete al Ministerio Público Federal llevar a cabo la averiguación previa y ejercer, en su caso, la acción penal ante los tribunales.

En la averiguación previa corresponde al Ministerio Público:

- I. Recibir las denuncias o querellas que le presenten en forma oral o por escrito sobre hechos que puedan constituir delito;
- II. Practicar y ordenar la realización de todos los actos conducentes a la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, así como a la reparación del daño;
- III. Solicitar a la autoridad jurisdiccional las medidas precautorias de arraigo, aseguramiento o embargo que resulten indispensables para la averiguación previa, así como las órdenes de cateo que procedan;
- IV. Acordar la detención o retención de los indiciados cuando así proceda;
- V. Dictar todas las medidas y providencias necesarias para proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas;
- VI. Asegurar o restituir al ofendido en sus derechos en los términos del artículo 38;
- VII. Determinar la reserva o el ejercicio de la acción penal;
- VIII. Acordar y notificar al ofendido o víctima el no ejercicio de la acción penal y, en su caso, resolver sobre la inconformidad que aquéllos formulen;
- IX. Conceder o revocar, cuando proceda, la libertad provisional del indiciado;
- X. En caso procedente promover la conciliación de las partes; y
- XI. Las demás que señalen las leyes.”<sup>6</sup>

**(R) Artículo 2o.** Compete al Ministerio Público Federal o al Juez Instructor llevar a cabo la averiguación previa y ejercer, en su caso, la acción penal ante los tribunales.

En la averiguación previa **corresponde al Ministerio Público o al Juez Instructor:**

---

<sup>6</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Opus citatus.

- I. Recibir las denuncias o querellas que le presenten en forma oral o por escrito sobre hechos que puedan constituir delito;
- II. Practicar y ordenar la realización de todos los actos conducentes a la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado; **recibir todas aquellas pruebas que la víctima del delito o sus familiares ofrezcan para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, así como para pedir** la reparación del daño;
- III. Solicitar a la autoridad jurisdiccional las medidas precautorias de arraigo, aseguramiento o embargo que resulten indispensables para la averiguación previa, así como las órdenes de cateo que procedan;
- IV. Acordar la detención o retención de los indiciados cuando así proceda;
- V. Dictar todas las medidas y providencias necesarias para proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas;
- VI. Asegurar o restituir al ofendido en sus derechos en los términos del artículo 38;
- VII. Determinar la reserva o el ejercicio de la acción penal;
- VIII. Acordar y notificar al ofendido o víctima el no ejercicio de la acción penal y, en su caso, resolver sobre la inconformidad que aquéllos formulen;
- IX. Conceder o revocar, cuando proceda, la libertad provisional del indiciado;
- X. En caso procedente promover la conciliación de las partes; y
- XI. Las demás que señalen las leyes.

**“Artículo 133.** Cuando en vista de la averiguación previa el agente del Ministerio Público a quien la Ley Reglamentaria del artículo 102 de la Constitución General de la República faculte para hacerlo, determinare que no es de ejercitarse la acción penal por los hechos que se hubieren denunciado como delitos, o por los que se hubiere presentado querrella, el denunciante, el querellante o el ofendido, podrán ocurrir al procurador general de la República dentro del término de quince días contados desde que se les haya hecho saber esa determinación, para que este funcionario, oyendo el parecer de sus agentes auxiliares, decida en definitiva si debe o no ejercitarse la acción penal.

Contra la resolución del procurador no cabe recurso alguno, pero puede ser motivo de responsabilidad.”<sup>7</sup>

**(R) Artículo 133.** Cuando en vista de la averiguación previa el agente del Ministerio Público a quien la Ley Reglamentaria del artículo 102 de la Constitución General de la República faculte para hacerlo **o el Juez instructor**, determinaren que no es de ejercitarse la acción penal por los hechos que se hubieren denunciado como delitos, o por los que se hubiere presentado querrela, el denunciante, el querellante o el ofendido, podrán ocurrir al procurador general de la República dentro del término de quince días contados desde que se les haya hecho saber esa determinación, para que este funcionario, oyendo el parecer de sus agentes auxiliares, decida en definitiva si debe o no ejercitarse la acción penal. **Queda excluido ese derecho, si la víctima del delito acudió a querrellarse ante el Juez Instructor, y sólo podrá ocurrir ante el Juez de Distrito acompañado si éste así lo quiere, por algún miembro de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para hacer valer el derecho establecido en el artículo 21 Constitucional párrafo cuarto.**

Contra la resolución del procurador no cabe recurso alguno, pero puede ser motivo de responsabilidad **conforme a lo establecido en el artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.**

**“Artículo 136.** En ejercicio de la acción penal, corresponde al Ministerio Público:

- I. Promover la incoación del proceso penal;
- II. Solicitar las órdenes de comparecencia para preparatoria y las de aprensión, que sean procedentes;
- III. Pedir el aseguramiento precautorio de bienes para los efectos de la reparación del daño;

---

<sup>7</sup> Ídem.

- IV. Rendir las pruebas de la existencia de los delitos y de la responsabilidad de los inculpados;
- V. Pedir la aplicación de las sanciones respectivas; y
- VI. En general, hacer todas las promociones que sean conducentes a la tramitación regular de los procesos.”<sup>8</sup>

**(R) Artículo 136.** En ejercicio de la acción penal, corresponde al Ministerio Público, **al Juez Instructor y al Querellante:**

- I. Promover la incoación del proceso penal;
- II. Solicitar las órdenes de comparecencia para preparatoria y las de aprensión, que sean procedentes;
- III. Pedir el aseguramiento precautorio de bienes para los efectos de la reparación del daño;
- IV. Rendir las pruebas de la existencia de los delitos y de la responsabilidad de los inculpados, **que serán ofrecidas y desahogadas de acuerdo a sus facultades o con la figura de la coadyuvancia de la víctima del delito, o sus familiares, o su representante legal;**
- V. Pedir la aplicación de las sanciones respectivas; y
- VI. En general, hacer todas las promociones que sean conducentes a la tramitación regular de los procesos. **El querellante podrá ejercer la acción penal, sólo en el supuesto de que se haya conformado como coadyuvante de acuerdo con el artículo 20 apartado B fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y se hayan satisfecho los requisitos de procedibilidad de acuerdo con el artículo 16 Constitucional párrafo segundo, y sólo en las averiguaciones previas que no venzan en el término de cuarenta y ocho horas.**

**“Artículo 137.** El Ministerio Público no ejercitará la acción penal:

---

<sup>8</sup> Ibídem.

- I. Cuando la conducta o los hechos de que conozca no sean constitutivos de delito, conforme a la descripción típica contenida en la ley penal;
- II. Cuando se acredite plenamente que el inculpado no tuvo participación en la conducta o en los hechos punibles, y sólo por lo que respecta a aquél;
- III. Cuando, aun pudiendo ser delictivos la conducta o los hechos de que se trate, resulte imposible la prueba de su existencia por obstáculo material insuperable;
- IV. Cuando la responsabilidad penal se halla extinguida legalmente, en los términos del Código Penal; y
- V. Cuando de las diligencias practicadas se desprenda plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal.”<sup>9</sup>

**(R) Artículo 137.** El Ministerio Público o el Juez Instructor no ejercitarán la acción penal:

- I. Cuando la conducta o los hechos de que conozca no sean constitutivos de delito, conforme a la descripción típica contenida en la ley penal;
- II. Cuando se acredite plenamente que el inculpado no tuvo participación en la conducta o en los hechos punibles, y sólo por lo que respecta a aquél;
- III. Cuando, aun pudiendo ser delictivos la conducta o los hechos de que se trate, resulte imposible la prueba de su existencia por obstáculo material insuperable;
- IV. Cuando la responsabilidad penal se halla extinguida legalmente, en los términos del Código Penal; y
- V. Cuando de las diligencias practicadas se desprenda plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal; **en caso de que el Ministerio Público o el Juez Instructor hayan ejercitado la acción penal, y en sentencia ejecutoriada se absuelva al sentenciado, por que éste es penalmente responsable pero legalmente ha operado una excluyente de responsabilidad, el juez de primera instancia dará vista al Ministerio Público para que inicie la averiguación previa correspondiente por el delito de ejercicio indebido de servicio público consagrado en el artículo 214 del**

---

<sup>9</sup> *Ibidem.*

**Código Penal Federal, en contra de quien haya ejercido la acción penal sin haber realizado las investigaciones pertinentes.**

“**Artículo 141.** En todo procedimiento penal, la víctima o el ofendido por algún delito tendrá derecho a:

- I. Recibir asesoría jurídica y ser informado, cuando lo solicite, del desarrollo de la averiguación previa o del proceso;
- II. Coadyuvar con el Ministerio Público;
- III. Estar presente en el desarrollo de todos los actos procesales en los que el inculpado tenga este derecho;
- IV. Recibir la asistencia médica de urgencia y psicológica cuando lo requiera; y

En virtud de lo anterior, podrán proporcionar al Ministerio Público o al juzgador, directamente o por medio de aquél, todos los datos o elementos de prueba con que cuenten, que conduzcan a acreditar los elementos del tipo penal y a establecer la probable o plena responsabilidad del inculpado, según el caso, y la procedencia y monto de la reparación del daño.

En todo caso, el Juez, de oficio, mandará citar a la víctima o el ofendido por el delito para que comparezca por sí o por su representante designado en el proceso, a manifestar en éste lo que a su derecho convenga respecto a lo previsto en este artículo.”<sup>10</sup>

**(R) Artículo 141.** En todo procedimiento penal, la víctima o el ofendido por algún delito tendrá derecho a:

- I. Recibir asesoría jurídica y ser informado, cuando lo solicite, del desarrollo de la averiguación previa o del proceso;
- II. **Conformarse como Coadyuvante del Ministerio Público o del Juez Instructor, ésta coadyuvancia consistirá en que la víctima del delito, los ofendidos por el delito, a través de su representante legal o por sí mismos**

---

<sup>10</sup> *Ibídem.*

**aporten los datos que consideren necesarios, con la finalidad de que se integre correctamente la averiguación previa, así los encargados de ejercer la acción penal estén en posibilidad de consignar ante el Juez de Primera Instancia;**

III. Estar presente en el desarrollo de todos los actos procesales en los que el inculpado tenga este derecho **y poder realizar las preguntas necesarias al procesado a fin de conocer la verdad histórica;**

IV. Recibir la asistencia médica de urgencia y psicológica cuando lo requiera; y

En virtud de lo anterior, podrán proporcionar al Ministerio Público **o al Juez Instructor o al juzgador de primera instancia**, directamente o por medio de aquél, todos los datos o elementos de prueba con que cuenten, que conduzcan a acreditar los elementos del tipo penal y a establecer la probable o plena responsabilidad del inculpado, según el caso, y la procedencia y monto de la reparación del daño.

En todo caso, el Juez, de oficio, mandará citar a la víctima o el ofendido por el delito para que comparezca por sí o por su representante designado en el proceso, a manifestar en éste lo que a su derecho convenga respecto a lo previsto en este artículo.

**“Artículo 168.** El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley.”<sup>11</sup>

**(R) Artículo 168.** El Ministerio Público, **el Juez Instructor o el Coadyuvante acreditarán** el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley.

**“Artículo 180.** Para la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad el indiciado, el Ministerio Público y los tribunales gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen

---

<sup>11</sup> *Ibídem.*

conducentes según su criterio, aunque no sean de los que menciona la ley, siempre que estos medios no sean contrarios a derecho.”<sup>12</sup>

**(R) Artículo 180.** Para la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad el indiciado, **el Ministerio Público, el Juez Instructor o el Coadyuvante en su caso, a través de éstos**, y los tribunales gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes según su criterio, aunque no sean de los que menciona la ley, siempre que estos medios no sean contrarios a derecho.

#### **4.2.3. Propuesta de modificación a artículos del Código Penal Federal que contemplen la figura de la acción penal**

**“Artículo 214.** Comete el delito de ejercicio indebido de servicio público, el servidor público que:

- I. Ejerza las funciones de un empleo, cargo o comisión, sin haber tomado posesión legítima, o sin satisfacer todos los requisitos legales;
- II. Continúe ejerciendo las funciones de un empleo, cargo o comisión después de saber que se ha revocado su nombramiento o que se le ha suspendido o destituido;
- III. Teniendo conocimiento por razón de su empleo, cargo o comisión de que puedan resultar gravemente afectados el patrimonio o los intereses de alguna dependencia o entidad de la administración pública federal centralizada, del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresa de participación estatal mayoritaria, asociaciones y sociedades asimiladas a éstas y fideicomisos públicos, del Congreso de la Unión o de los Poderes Judicial Federal o Judicial del Distrito Federal, por cualquier acto u omisión y no informe por escrito a su superior jerárquico o lo evite si está dentro de sus facultades;
- IV. Por sí o por interpósita persona, sustraiga, destruya, oculte, utilice, o inutilice ilícitamente información o documentación que se encuentre bajo su custodia o a la

---

<sup>12</sup> Ibídem.

cual tenga acceso, o de la que tenga conocimiento en virtud de su empleo, cargo o comisión.

V. Teniendo obligación por razones de empleo, cargo o comisión, de custodiar, vigilar, proteger o dar seguridad a personas, lugares, instalaciones u objetos, incumpliendo su deber, en cualquier forma propicie daño a las personas, o a los lugares, instalaciones u objetos, o pérdida o sustracción de objetos que se encuentren bajo su cuidado.

Al que cometa alguno de los delitos a que se refieren las fracciones I y II de este artículo, se le impondrán de tres días a un año de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la comisión del delito y destitución en su caso, e inhabilitación de un mes a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Al infractor de las fracciones III, IV, o V, se le impondrán de dos años a siete años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos años a siete años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.”<sup>13</sup>

**(R) Artículo 214.** Comete el delito de ejercicio indebido de servicio público, el servidor público que:

- I. Ejerza las funciones de un empleo, cargo o comisión, sin haber tomado posesión legítima, o sin satisfacer todos los requisitos legales;
- II. Continúe ejerciendo las funciones de un empleo, cargo o comisión después de saber que se ha revocado su nombramiento o que se le ha suspendido o destituido;
- III. Teniendo conocimiento por razón de su empleo, cargo o comisión de que puedan resultar gravemente afectados el patrimonio o los intereses de alguna

---

<sup>13</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. “CÓDIGO PENAL FEDERAL”. **LEGISLACIÓN PENAL Y SU INTERPRETACIÓN POR EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN**. México Distrito Federal, 2004.

dependencia o entidad de la administración pública federal centralizada, del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresa de participación estatal mayoritaria, asociaciones y sociedades asimiladas a éstas y fideicomisos públicos, del Congreso de la Unión o de los Poderes Judicial Federal o Judicial del Distrito Federal, por cualquier acto u omisión y no informe por escrito a su superior jerárquico o lo evite si está dentro de sus facultades;

IV. Por sí o por interpósita persona, sustraiga, destruya, oculte, utilice, o inutilice ilícitamente información o documentación que se encuentre bajo su custodia o a la cual tenga acceso, o de la que tenga conocimiento en virtud de su empleo, cargo o comisión.

V. Teniendo obligación por razones de empleo, cargo o comisión, de custodiar, vigilar, proteger o dar seguridad a personas, lugares, instalaciones u objetos, incumpliendo su deber, en cualquier forma propicie daño a las personas, o a los lugares, instalaciones u objetos, o pérdida o sustracción de objetos que se encuentren bajo su cuidado.

**VI. En cumplimiento de una averiguación previa, consigne al presunto responsable, sin haber realizado todas la investigaciones pertinentes para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, y una vez comprobado éstos, opere en la decisión de ejercer la acción penal una o varias excluyentes de responsabilidad conforme al artículo 15 de este código.**

**VII. Una vez ejercida la acción penal por el Ministerio Público o por el Juez Instructor, y durante el proceso quedare demostrada plenamente por sentencia ejecutoriada alguna de las excluyentes de responsabilidad a favor del sentenciado, estipuladas por el artículo 15 de este código.**

Al que cometa alguno de los delitos a que se refieren las fracciones I y II de este artículo, se le impondrán de tres días a un año de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la comisión del delito y destitución en su caso, e inhabilitación de un mes a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Al infractor de las fracciones III, IV, o V, se le impondrán de dos años a siete años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos años a siete años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

**Al infractor de las fracciones VI ó VII, se le impondrán de cuatro a ocho años de prisión y multa de cincuenta a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de tres a seis años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.**

#### **4.2.4. Propuesta de modificación a artículos del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que contemplen la figura de la acción penal**

**“Artículo 2o.** 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 Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.”<sup>14</sup>

**(R) Artículo 2o.** Al Ministerio Público y al Juez Instructor corresponde el ejercicio de la acción penal, **pero sólo el Juez Instructor, y excepcionalmente en caso de que la víctima del delito se conforme como coadyuvante podrá, conjuntamente ejercer ésa acción en casos de delitos perseguibles por querrela;** 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;

---

<sup>14</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. “CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL”. LEGISLACIÓN PENAL Y SU INTERPRETACIÓN POR EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. México Distrito Federal, 2004.

III. Pedir la reparación del daño, en los términos especificados en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

**“Artículo 3o.** Corresponde al Ministerio Público:

I. Dirigir a la Policía Judicial en la investigación que ésta haga para comprobar el cuerpo del delito ordenándole la práctica de las diligencias que, a su juicio, estime necesarias para cumplir debidamente con su cometido, o practicando él mismo aquéllas diligencias;

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

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

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

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

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

VII. Pedir la libertad del detenido cuando ésta proceda.”<sup>15</sup>

**(R) Artículo 3o.** Corresponde al Ministerio Público **y al Juez Instructor:**

I. Dirigir a la **Policía Ministerial** en la investigación que ésta haga para comprobar el cuerpo del delito **y la probable responsabilidad**, ordenándole la práctica de las diligencias que, a su juicio, estime necesarias para cumplir debidamente con su cometido, **practicarán ellos mismos, conjunta o separadamente con la Policía que está bajo su mando las diligencias necesarias para integrar debidamente la averiguación previa y así poder estar en aptitud de ejercer la acción penal o no ejercer la acción penal;**

---

<sup>15</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Opus citatus.

- II. Pedir al Juez a quien se consigne el asunto la práctica de todas aquellas diligencias que, a su juicio, sean necesarias para comprobar la existencia del delito y de sus modalidades;
- III. Ordenar, en los casos a que se refiere el artículo 266 de este código la detención o retención según el caso, y solicitar cuando proceda la orden de aprehensión;
- IV. Interponer los recursos que señala la ley y seguir los incidentes que la misma admite;
- V. Pedir al Juez la práctica de las diligencias necesarias para comprobar la responsabilidad del acusado;
- VI. Pedir al Juez la aplicación de la sanción que en el caso concreto estime aplicable; y
- VII. Pedir la libertad del detenido cuando ésta proceda.

**“Artículo 3o. bis.** En las averiguaciones previas en que se demuestre plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal, se actuará de conformidad con lo siguiente:

I. Siempre que se trate de la integración de una averiguación previa con detenido, dentro del plazo a que se refiere el artículo 268 Bis de este Código, el Ministerio Público, previa autorización del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, determinará el no ejercicio de la acción penal y ordenará la libertad inmediata del detenido.

Si para integrar la averiguación previa fuese necesario mayor tiempo del señalado en el párrafo anterior, el detenido será puesto en libertad bajo las reservas de ley, sin perjuicio de que la indagatoria continúe sin detenido.

II. Siempre que se trate de la integración de una averiguación previa sin detenido, se seguirán los plazos y formalidades a que se refiere este Código para la integración de las averiguaciones previas en general.

En cualquiera de los casos a que se refiere este artículo, la determinación del no ejercicio de la acción penal se notificará al querellante, denunciante u ofendido, mediante notificación personal, para el ejercicio, en su caso, del derecho a que alude el cuarto párrafo del artículo 21 Constitucional.”<sup>16</sup>

**(R) Artículo 3o. bis.** En las averiguaciones previas en que se demuestre plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal, se actuará de conformidad con lo siguiente:

I. Siempre que se trate de la integración de una averiguación previa con detenido, dentro del plazo a que se refiere el artículo 268 Bis de este Código, el Ministerio Público, previa autorización del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, **o el Juez Instructor bajo su más estricta responsabilidad**, determinarán el no ejercicio de la acción penal y ordenará la libertad inmediata del detenido.

Si para integrar la averiguación previa fuese necesario mayor tiempo del señalado en el párrafo anterior, el detenido será puesto en libertad bajo las reservas de ley, sin perjuicio de que la indagatoria continúe sin detenido.

II. Siempre que se trate de la integración de una averiguación previa sin detenido, se seguirán los plazos y formalidades a que se refiere este Código para la integración de las averiguaciones previas en general.

En cualquiera de los casos a que se refiere este artículo, la determinación del no ejercicio de la acción penal se notificará al querellante, denunciante u ofendido, mediante notificación personal, para el ejercicio, en su caso, del derecho a que alude el cuarto párrafo del artículo 21 Constitucional.

**III. En caso de que el Ministerio Público o el Juez Instructor hayan ejercitado la acción penal, y en sentencia ejecutoriada se absuelva al sentenciado, por que éste es penalmente responsable pero legalmente ha operado una excluyente de responsabilidad, el juez de primera instancia dará vista al Ministerio Público para que inicie la averiguación previa correspondiente por el delito de ejercicio indebido de servicio público consagrado en el artículo**

---

<sup>16</sup> Ídem.

**214 del Código Penal Federal, en contra de quien haya ejercido la acción penal sin haber realizado las investigaciones pertinentes.**

**“Artículo 9o.** Los denunciantes, querellantes y las víctimas u ofendidos por la comisión de un delito tendrán derecho, en la averiguación previa o en el proceso, según corresponda:

- I. A que el Ministerio Público y sus auxiliares les presten los servicios que constitucionalmente tienen encomendados con legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, profesionalismo, eficiencia y eficacia y con la máxima diligencia;
- II. A que los servidores públicos los traten con la atención y respeto debido a su dignidad humana absteniéndose de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o deficiencia de dicho servicio, abuso o ejercicio indebido de la autoridad;
- III. A que ningún servidor público por sí o por interpósita persona les soliciten, acepten o reciban, beneficios adicionales a las contraprestaciones comprobables que el Estado les otorga por el desempeño de su función;
- IV. A presentar cualquier denuncia o querrela por hechos probablemente constitutivos de delito y a que el Ministerio Público las reciba;
- V. A que se les procure justicia de manera pronta, gratuita e imparcial respecto de sus denuncias o querellas, practicando todas las diligencias necesarias para poder determinar la averiguación previa;
- VI. A recibir asesoría jurídica por parte de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal respecto de sus denuncias o querellas y, en su caso, a recibir servicio de intérpretes traductores cuando pertenezcan a un grupo étnico o pueblo indígenas, no conozcan o no comprendan bien el idioma español, o padezcan alguna discapacidad que les impida oír o hablar;
- VII. A ratificar en el acto la denuncia o querrela siempre y cuando exhiban identificación oficial u ofrezcan los testigos de identidad idóneos;
- VIII. A contar con todas las facilidades para identificar al probable responsable;

- IX. A recibir en forma gratuita copia simple de su denuncia o querrela ratificada debidamente o copia certificada cuando la solicite, de conformidad con lo previsto por el presente código y por el Código Financiero del Distrito Federal;
- X. A coadyuvar con el Ministerio Público en la integración de la averiguación y en el desarrollo del proceso;
- XI. A comparecer ante el Ministerio Público para poner a su disposición todos los datos conducentes a acreditar el cuerpo del delito, la responsabilidad del indiciado y el monto del daño y su reparación y a que el Ministerio Público integre dichos datos a la averiguación;
- XII. A tener acceso al expediente para informarse sobre el estado y avance de la averiguación previa;
- XIII. A que se les preste la atención médica de urgencia cuando la requieran;
- XIV. A que se realicen el reconocimiento o diligencias de identificación o confrontación en un lugar en el que no puedan ser vistos o identificados por el probable responsable. En los casos de delitos que atenten contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, o en los que el menor sea víctima, el Juez o el Ministerio Público de oficio deberán acordar que la diligencia de confronta o identificación se efectúe en un lugar donde no puedan ser vistos o identificados por el probable responsable;
- XV. A que el Ministerio Público solicite debidamente la reparación del daño y a que se les satisfaga cuando ésta proceda;
- XVI. A recibir auxilio psicológico en los casos necesarios, y en caso de delitos que atenten contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, a recibir este auxilio por una persona de su mismo sexo;
- XVII. A ser restituidos en sus derechos cuando estos estén acreditados;
- XVIII. A quejarse ante la Contraloría Interna de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y a denunciar ante la Fiscalía para Servidores Públicos o ante cualquier agente del Ministerio Público, por violaciones de los derechos que se señalan para su investigación y responsabilización debidas;
- XIX. A impugnar las determinaciones de no ejercicio de la acción penal; y

XX. En caso de que deseen otorgar el perdón, a ser informada claramente del significado y la trascendencia jurídica de ese acto.

XXI. A que el Ministerio Público, sus auxiliares y el Juez, mantengan en confidencialidad su domicilio y número telefónico así como el de los testigos de cargo, en caso de delitos graves e igualmente en caso de delitos no graves, cuando así lo solicite.

El sistema de auxilio a la víctima del delito dependerá de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.”<sup>17</sup>

**(R) Artículo 9o.** Los denunciantes, querellantes y las víctimas u ofendidos por la comisión de un delito tendrán derecho, en la averiguación previa o en el proceso, según corresponda:

I. A que el **Ministerio Público, el Juez Instructor** y sus auxiliares les presten los servicios que constitucionalmente tienen encomendados con legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, profesionalismo, eficiencia y eficacia y con la máxima diligencia;

II. A que los servidores públicos los traten con la atención y respeto debido a su dignidad humana absteniéndose de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o deficiencia de dicho servicio, abuso o ejercicio indebido de la autoridad;

III. A que ningún servidor público por sí o por interpósita persona les soliciten, acepten o reciban, beneficios adicionales a las contraprestaciones comprobables que el Estado les otorga por el desempeño de su función;

IV. A presentar cualquier denuncia o querrela por hechos probablemente constitutivos de delito **ante el Ministerio Público o el Juez instructor y a que éstos se las reciban;**

V. A que se les procure justicia de manera pronta, gratuita e imparcial respecto de sus denuncias o querrelas, practicando todas las diligencias necesarias para poder determinar la averiguación previa, **inclusive él mismo podrá aportar todos los**

---

<sup>17</sup> *Ibíd.*

**datos que sean necesarios para la debida integración de la averiguación previa;**

VI. A recibir asesoría jurídica por parte de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal respecto de sus denuncias o querellas y, en su caso, a recibir servicio de intérpretes traductores cuando pertenezcan a un grupo étnico o pueblo indígenas, no conozcan o no comprendan bien el idioma español, o padezcan alguna discapacidad que les impida oír o hablar;

VII. A ratificar en el acto la denuncia o querella siempre y cuando exhiban identificación oficial u ofrezcan los testigos de identidad idóneos;

VIII. A contar con todas las facilidades para identificar al probable responsable;

IX. A recibir en forma gratuita copia simple de su denuncia o querella ratificada debidamente o copia certificada cuando la solicite, de conformidad con lo previsto por el presente código y por el Código Financiero del Distrito Federal;

**X. Conformarse como coadyuvante del Ministerio Público o del Juez Instructor en la integración de la averiguación y en el desarrollo del proceso; esta coadyuvancia consistirá en que la víctima del delito, los ofendidos por el delito, a través de su representante legal o por sí mismos aporten los datos que consideren necesarios, con la finalidad de que se integre correctamente la averiguación previa, así los encargados de ejercer la acción penal estén en posibilidad de consignar ante el Juez de Primera Instancia;**

XI. A comparecer ante el Ministerio Público, **o ante el Juez Instructor**, para poner a su disposición todos los datos conducentes a acreditar el cuerpo del delito, la responsabilidad del indiciado y el monto del daño y su reparación y a que el Ministerio Público **o el Juez instructor** integre dichos datos a la averiguación;

XII. A tener acceso al expediente para informarse sobre el estado y avance de la averiguación previa;

XIII. A que se les preste la atención médica de urgencia cuando la requieran;

XIV. A que se realicen el reconocimiento o diligencias de identificación o confrontación en un lugar en el que no puedan ser vistos o identificados por el probable responsable. En los casos de delitos que atenten contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, o en los que el menor sea víctima, el Juez o el

Ministerio Público de oficio deberán acordar que la diligencia de confronta o identificación se efectúe en un lugar donde no puedan ser vistos o identificados por el probable responsable;

XV. A que el Ministerio Público, **el Juez Instructor, o él mismo**, solicite debidamente la reparación del daño y a que se les satisfaga cuando ésta proceda;

XVI. A recibir auxilio psicológico en los casos necesarios, y en caso de delitos que atenten contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, a recibir este auxilio por una persona de su mismo sexo;

XVII. A ser restituidos en sus derechos cuando estos estén acreditados;

XVIII. A quejarse ante la Contraloría Interna de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y a denunciar ante la Fiscalía para Servidores Públicos o ante cualquier agente del Ministerio Público, por violaciones de los derechos que se señalan para su investigación y responsabilización debidas;

XIX. A impugnar las determinaciones de no ejercicio de la acción penal; y

XX. En caso de que deseen otorgar el perdón, a ser informada claramente del significado y la trascendencia jurídica de ese acto.

XXI. A que el Ministerio Público, **el Juez Instructor**, sus auxiliares y el Juez, mantengan en confidencialidad su domicilio y número telefónico así como el de los testigos de cargo, en caso de delitos graves e igualmente en caso de delitos no graves, cuando así lo solicite.

El sistema de auxilio a la víctima del delito dependerá de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

**“Artículo 122.** El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

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.

La probable responsabilidad del indiciado, se tendrá por acreditada cuando de los medios comprobatorios 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.”<sup>18</sup>

**(R) Artículo 122.** El Ministerio Público, el Juez Instructor, o el Coadyuvante acreditarán el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

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.

La probable responsabilidad del indiciado, se tendrá por acreditada cuando de los medios comprobatorios existentes se deduzca su obrar doloso o culposo en el

---

<sup>18</sup> *Ibídem.*

delito que se le imputa, y no exista acreditada en su favor alguna causa de exclusión del delito.

**“Artículo 286 bis.** Cuando aparezca de la averiguación previa que existe denuncia o querrela, que se han reunido los requisitos previos que en su caso exijan la ley y que se ha acreditado la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, el Ministerio Público ejercerá la acción penal ante el órgano jurisdiccional que corresponda.”<sup>19</sup>

**(R) Artículo 286 bis.** Cuando aparezca de la averiguación previa que existe denuncia o querrela, que se han reunido los requisitos previos que en su caso exijan la ley y que se ha acreditado la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, el Ministerio Público, **el Juez Instructor, o el Coadyuvante, esté de acuerdo con los lineamientos de este código,** ejercerán la acción penal ante el órgano jurisdiccional que corresponda.

#### **4.2.5. Propuesta de modificación a artículos del Código de Justicia Militar que contemplen la figura de la acción penal**

**“Artículo 36.** El Ministerio Público es el único capacitado para ejercer la acción penal, y no podrá retirarla o desistirse de ella, sino cuando lo estime procedente o por orden firmada por el Secretario de Guerra y Marina o por quien en su ausencia lo substituya; orden que podrá darse cuando así lo demande el interés social, oyendo, previamente, el parecer del Procurador General de Justicia Militar.”<sup>20</sup>

**(R) Artículo 36.** El Ministerio Público Militar y el Juez Instructor Militar, **son los encargados de ejercer la acción penal,** y no podrán retirarla o desistirse de ella, sino cuando lo estime procedente o por orden firmada por el Secretario de Guerra y Marina o por quien en su ausencia lo substituya; orden que

---

<sup>19</sup> Ibídem.

<sup>20</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. “CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR”. **LEGISLACIÓN PENAL Y SU INTERPRETACIÓN POR EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.** México Distrito Federal, 2004.

podrá darse cuando así lo demande el interés social, oyendo, previamente, el parecer del Procurador General de Justicia Militar. **Ambas instituciones podrán ejercer la acción penal, pero sólo el Ministerio Público Militar ejercitará la acción penal en los delitos perseguibles de oficio, pero ambos podrán ejercer la acción penal en los delitos perseguibles por querella.**

“**Artículo 37.** Toda denuncia o querella, sobre delitos de la competencia de los tribunales militares, se presentará, precisamente, ante el Ministerio Público; y a éste harán la consignación respectiva, las autoridades que tengan conocimiento de una infracción penal.”<sup>21</sup>

**(R) Artículo 37.** Toda denuncia o querella, sobre delitos de la competencia de los tribunales militares, se presentará, precisamente, ante el **Ministerio Público Militar o ante el Juez Instructor Militar**; y a estos harán la consignación respectiva, las autoridades que tengan conocimiento de una infracción penal.

“**Artículo 453.** La base del procedimiento penal es la comprobación de la existencia de un hecho o de una omisión reputados por la ley como delito; sin ella no puede haber procedimiento ulterior.

Para la comprobación del cuerpo del delito, tendrán todo su valor legal los medios de prueba admitidos por este código, debiendo tenerse como preferentes los señalados en el presente capítulo, gozando las autoridades de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes, siempre que no estén prohibidos por la ley.

Para resolver sobre la probable responsabilidad, la autoridad deberá constatar que no existe acreditada en favor del inculpado alguna causa de exclusión del delito, y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.”<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Opus citatus.

<sup>22</sup> Ídem.

**(R) Artículo 453.** La base del procedimiento penal es la comprobación de la existencia de un hecho o de una omisión reputados por la ley como delito; sin ella no puede haber procedimiento ulterior.

Para la comprobación del cuerpo del delito, tendrán todo su valor legal los medios de prueba admitidos por este código, debiendo tenerse como preferentes los señalados en el presente capítulo, gozando las autoridades de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes, siempre que no estén prohibidos por la ley.

Para resolver sobre la probable responsabilidad, la autoridad deberá constatar que no existe acreditada en favor del inculpado alguna causa de exclusión del delito, y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad. **En caso de que el Ministerio Público Militar o el Juez Instructor Militar hayan ejercitado la acción penal, y en sentencia ejecutoriada se absuelva al sentenciado, porque éste es penalmente responsable pero legalmente ha operado una excluyente de responsabilidad, el juez de primera instancia dará vista al Ministerio Público Militar para que inicie la averiguación previa correspondiente por el delito de ejercicio indebido de servicio público consagrado en el artículo 214 del Código Penal Federal, en contra de quien haya ejercido la acción penal sin haber realizado las investigaciones pertinentes.**

**“Artículo 454.** El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal. La autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor de aquél alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.”<sup>23</sup>

**(R) Artículo 454. El Ministerio Público Militar y el Juez Instructor Militar acreditarán** el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal. La autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor de aquél alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

#### **4.3. Institución encargada de ejercer la acción penal**

Para dar legalidad y certeza jurídica a la nueva figura jurídica, denominada Juez Instructor encargada también de ejercer la acción penal, hemos visto que será un órgano investigador y persecutor de los delitos perseguibles por querrela; debemos incluirlo en cada ley orgánica de la institución que hemos analizado para procurar formalizar ésta propuesta.

Como institución encargada de ejercer la acción penal en nuestro país, debemos efectuar ciertos cambios a la Institución del Ministerio Público, estas modificaciones deberán aplicarse a todas las esferas de competencia de éste, que son: federal, común y militar; comencemos.

---

<sup>23</sup> *Ibídem.*

La institución denominada Ministerio Público gozará de autonomía, tanto de técnica jurídica como en lo concerniente a su estructura gubernamental. No dependerá más del Poder Ejecutivo, continuará como asesor de éste, y abogado de la Nación Mexicana, pero no estará subordinado a éste. Explicaremos ¿por qué?, como hemos visto, con los acontecimientos recientes y relativos a quitar la inmunidad constitucional al Jefe de Gobierno del Distrito Federal, el Procurador General de la República, Licenciado Rafael Macedo de la Concha, en el desempeño de sus funciones consideró que el Jefe de Gobierno del Distrito Federal (pensamos que por órdenes políticas) había cometido un presente delito, el Procurador al consignar la averiguación previa, el Juez de Distrito argumentó que no se reunieron los requisitos de procedibilidad, regresó la averiguación a la Procuraduría General de la República para que ésta perfeccionara dicha averiguación previa y estuviese en aptitud de ejercer nuevamente la acción penal en contra del mencionado Jefe de Gobierno, hubo manifestaciones sociales al respecto, presión política y no jurídica respecto al tema. Sin más ni más, al ver estos acontecimientos, el Procurador General de la República, presenta renuncia a su cargo como Procurador, ésa misma noche, el Presidente del República acepta “tristemente” la renuncia del señor Procurador y en el cargo coloca a otra persona en sustitución de aquél.

Pensamos que más que una renuncia voluntaria, fue una renuncia “por instrucción presidencial”, ya que el Presidente de la República es el Jefe inmediato del Procurador General de la República, esto por mandato Constitucional consagrado en el artículo 102 A, donde establece que “el titular del poder ejecutivo, nombrará y removerá libremente al Ministerio Público de la Federación, así como al Procurador General de la República”. Esto no puede ser posible, con ésta atadura al Ejecutivo Federal, y las razones partidistas, el titular del Ministerio Público, sea del fuero federal, común o militar, no puede, se encuentra obstaculizado para desempeñar sus funciones jurídicas como deben de desempeñarse, así que no podemos resignarnos a que el Ejecutivo Federal pisotee el principio de legalidad, es por éstas razones que proponemos:

1. Autonomía estructural al Ministerio Público,
2. Autonomía jurídica en sus decisiones,
3. Desmonopolizar la acción penal encomendada constitucionalmente al Ministerio Público y
4. Creación de una figura judicial, encargada de apoyar el ejercicio de la acción penal en los delitos perseguibles por querrela.

Esto quedará y deberá establecerse de la siguiente manera:

El Ministerio Público, sea (federal, común o militar) contará con autonomía de mandato y presupuestaria, personalidad jurídica propia y patrimonio propio. **La autonomía estructural como jurídica, a la que tanto hacemos alusión consistirá en que: Para el desempeño de sus funciones, atribuciones y en el ejercicio de su autonomía, el Ministerio Público (federal, común o militar) no recibirá instrucciones o indicaciones de autoridad o servidor público alguno.**

Los motivos de desmonopolizar la facultad de ejercer la acción penal, han quedado explicados en el punto 1) de este capítulo.

La creación de la nueva figura jurídica, denominada Juez Instructor, y las nuevas facultades consagradas a la figura del Coadyuvante, tanto del Ministerio Público, como del Juez Instructor, tiene como finalidad inmediata dar mayor confiabilidad a la ciudadanía, protección, observancia y estudio de los derechos que ampara el orden jurídico penal y penal militar mexicano.

Comencemos con la colocación de esta figura en los siguientes ordenamientos:

- ✓ Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.
- ✓ Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y
- ✓ Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos.

✓ **Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación**

**Capítulo Único**

**De los órganos del Poder Judicial de la Federación.**

**(R) Artículo 1º.** El Poder Judicial de la Federación se ejerce por:

I. La Suprema Corte de Justicia de la Nación;

II. El tribunal electoral;

III. Los tribunales colegiados de circuito;

IV. Los tribunales unitarios de circuito;

V. Los juzgados de distrito,

VI. El Consejo de la Judicatura Federal;

VII. El Jurado Federal de ciudadanos;

**VIII. Los Juzgados de Instrucción;**

IX. Los tribunales de los Estados y del Distrito Federal en los casos previstos por el artículo 107, fracción XII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los demás en que, por disposición de la Ley deban actuar en auxilio de la Justicia Federal.

**(C) TÍTULO DUODÉCIMO**

**DE LOS JUZGADOS DE INSTRUCCIÓN.**

**De su integración.**

**Artículo 242.** Los juzgados de instrucción se compondrán de un juez y el número de secretarios auxiliares, actuarios y empleados que se requieran.

**Artículo 243.** En los lugares en que no resida el Juez Instructor, los Jueces de Instrucción del orden común practicarán las diligencias que les encomienden las leyes en auxilio de la justicia federal.

**DE SUS ATRIBUCIONES**

**Artículo 244.** Los Jueces de Instrucción conocerán de todos los asuntos a que se refiere el presente Título.

**Artículo 245.** En los lugares donde se establezcan los juzgados de instrucción, éstos tendrán una o varias oficinas de correspondencia común, las cuales recibirán las promociones, las registrarán por orden numérico riguroso y las turnarán inmediatamente al órgano que corresponda.

**Artículo 246.** Los Jueces de Instrucción conocerán y deberán:

- I. Recibir, y dar trámite a las querellas presentadas ante ellos, de los delitos federales, perseguibles únicamente por querrela.
- II. Perseguir, investigar y analizar las correspondientes averiguaciones previas.
- III. Ejercer en su caso, la acción penal individualmente como Institución o conjuntamente con el coadyuvante conforme a lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y con el Código Federal de Procedimientos Penales o no ejercer la acción penal.
- IV. Aportar todas las pruebas necesarias para el esclarecimiento del o de los hechos delictuosos y así conocer la verdad histórica.
- V. Analizar las causas de exclusión de responsabilidad al momento de cometerse el delito, establecidas en el artículo 15 del Código Penal Federal, para estar en aptitud de ejercer o no la acción penal.
- VI. Las demás que le confieran las leyes.

✓ **Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.**

## **TÍTULO CUARTO DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS JUZGADOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA.**

### **CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES**

**(R) Artículo 48.** En el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, los órganos jurisdiccionales de primera instancia lo conforman:

- I. Jueces de lo Civil y los Jueces de Paz Civil, éstos en los asuntos que no sean de única instancia;
- II. Jueces de lo Penal y los Jueces de Paz Penal;

- III. Jueces de lo familiar;
- IV. Jueces de arrendamiento inmobiliario;
- V. El Juzgado Mixto, ubicado en las Islas Marías;

**VI. Los Juzgados de Instrucción.**

- VII. Derogada.

**(C) TÍTULO DÉCIMO QUINTO.**

**DE LOS JUZGADOS DE INSTRUCCIÓN.**

**De su integración.**

**Artículo 242.** Los juzgados de instrucción se compondrán de un juez y el número de secretarios auxiliares, actuarios y empleados que se requieran.

**DE SUS ATRIBUCIONES**

**Artículo 244.** Los Jueces de Instrucción conocerán de todos los asuntos a que se refiere el presente Título.

**Artículo 245.** En los lugares donde se establezcan los juzgados de instrucción, éstos tendrán una o varias oficinas de correspondencia común, las cuales recibirán las promociones, las registrarán por orden numérico riguroso y las turnarán inmediatamente al órgano que corresponda.

**Artículo 246.** Los Jueces de Instrucción conocerán y deberán:

- I. Recibir, y dar trámite a las querellas presentadas ante ellos, de los delitos del orden común, perseguibles únicamente por querella.
- II. Perseguir, investigar y analizar las correspondientes averiguaciones previas.
- III. Ejercer en su caso, la acción penal individualmente como Institución o conjuntamente con el coadyuvante conforme a lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y con el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal o no ejercer la acción penal.
- IV. Aportar todas las pruebas necesarias para el esclarecimiento del o de los hechos delictuosos y así conocer la verdad histórica.

V. Analizar las causas de exclusión de responsabilidad al momento de cometerse el delito, establecidas en el artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, para estar en aptitud de ejercer o no la acción penal.

VI. Las demás que le confieran las leyes.

✓ **Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos.**

**TÍTULO TERCERO NIVELES DE MANDO EN EL EJÉRCITO Y FUERZA AÉREA MEXICANOS**

**CAPÍTULO III ALTO MANDO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**ÓRGANOS DEL FUERO DE GUERRA**

**Artículo 26.** El Fuero de Guerra es competente para conocer de los delitos y las faltas contra la disciplina militar de acuerdo como lo establece el Artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

**Artículo 27.** Los Órganos del Fuero de Guerra conocerán de los delitos en los términos que establece el Código de Justicia Militar.

**(R) Artículo 28.** Los Órganos del Fuero de Guerra son:

- I. Supremo Tribunal Militar;
- II. Procuraduría General de Justicia Militar; y
- III. Cuerpo de Defensores de Oficio.
- IV. Los Juzgados de Instrucción.**

**(R) Artículo 29.** La organización y funcionamiento del Supremo Tribunal Militar, Procuraduría General de Justicia Militar, Cuerpo de Defensores de Oficio **y Juzgados de Instrucción**, quedan establecidos en el Código de Justicia Militar.

#### **4.4. Procedimiento y término para resolver sobre el ejercicio de la acción penal o no ejercicio de la acción penal**

A continuación expondremos el procedimiento, para que cualquiera de las dos Instituciones en estudio, esté en aptitud de ejercer la acción penal o emitan su resolución de archivo.

Una vez que se haya cometido un delito o presunto delito, la víctima del delito, el ofendido por éste o su representante legal, acudirá al Juzgado de Instrucción, el Juez de Instrucción, sus secretarios auxiliares, o Agencia del Ministerio Público, procederán a recibirlo de la manera más atenta posible, le preguntarán en qué le pueden ayudar, los afectados por el delito narrarán lo acontecido, el Juez Instructor o sus secretarios auxiliares o el Ministerio Público, al escuchar lo acontecido le explicarán los derechos que tiene y puede hacer valer, éstos son los siguientes:

- a) Querellarse en contra de la persona o personas que cometieron el presunto delito, y dejar que el Juzgado de Instrucción o Agencia del Ministerio Público, realice todas las investigaciones pertinentes, para estar en aptitud de consignar o archivar la averiguación previa.
- b) Querellarse en contra de la persona o personas que cometieron el presunto delito, y aportar todos los datos que éstos tengan para que las autoridades elaboren aún mejor la averiguación previa correspondiente.
- c) Querellarse en contra de la persona o personas que cometieron el presunto delito, y conformarse con base en el artículo 20 Constitucional como Coadyuvante del Juez Instructor o Ministerio Público, sólo que aquí la víctima del delito, ofendido por el delito o su representante legal, se convierte en coadjutor de la autoridad, con la facultad de que una vez que se haya integrado correctamente la averiguación estarán en aptitud,

de ejercer la acción penal o no ejercer la acción penal por haber operado alguna excluyente de responsabilidad.

En el supuesto del inciso a), el Juzgado de instrucción o Agencia del Ministerio Público, al recibir la querrela, realizará y recabará todos los datos suficientes para estar en aptitud de ejercer la acción penal. Una vez consignado el expediente ante el Juez Penal de Primera Instancia, el Juez Instructor o el Ministerio Público, de ser autoridad en la averiguación previa, pasan a ser parte en el proceso penal y simplemente al Juez instructor se le denominará **Instructor**, éste buscará acreditar el delito y la responsabilidad del procesado. Al finalizar el juicio, al igual que el Ministerio Público expondrá sus conclusiones de acusación o no acusación. Si el Juez Penal llegase a absolver, y el Instructor considerase que el sentenciado es culpable, el Instructor, podrá apelar la resolución del Juez de Penal de Primera Instancia (sea del fuero federal, común o militar) e incluso llegar hasta el juicio de garantías.

En la hipótesis del inciso b), el querellante aportará los datos que tenga y correspondan al hecho delictuoso, el Juzgado de Instrucción o Agencia Investigadora del Ministerio Público se apegarán a los lineamientos del párrafo anterior.

Situación distinta es la del inciso c), aquí, el querellante se conforma como Coadyuvante del Juzgado de Instrucción o Ministerio Público, es coadjutor de éstos. El Coadyuvante se convierte en un investigador más, para aclarar lo hechos que posiblemente puedan considerarse como delictivos.

El Coadyuvante está inmerso en las investigaciones que realice el Juzgado de Instrucción o Agencia Investigadora del Ministerio Público, la policía ministerial o policía judicial, aquél, podrá solicitar, a través del Juzgado de Instrucción o Agencia Investigadora, los informes que crea conveniente durante la averiguación previa y el proceso, podrá interponer escritos aún en el desarrollo

del proceso, interponer pruebas en el proceso, solicitar su desahogo e inclusive desahogarlas conjuntamente con el Instructor o Ministerio Público adscrito al Juzgado Penal de Primera Instancia; lo que no podrá hacer el Coadyuvante, será pedir alguna pena para el procesado, esto debido al sentimiento que guarda respecto del procesado, los únicos facultados para solicitar en su escrito de conclusiones alguna pena, será el Instructor o Ministerio Público, lo que si podrá hacer es interponer los recursos que establece la ley e inclusive el juicio de garantías.

El Coadyuvante deberá informar tanto al Ministerio Público o al Instructor de las actuaciones que interponga, en ningún momento se le vedará facultad de interponer lo que a su derecho convenga. El Ministerio Público y el Instructor bajo su más estricta responsabilidad actuarán a la par con el Coadyuvante y realizarán lo pertinente para el buen desarrollo del juicio.

El Coadyuvante tendrá una facultad muy especial, si durante la averiguación previa, en cualquiera de las dos instituciones encargadas de ejercer la acción penal, éste, estuviese tan inmerso en la averiguación, haya solicitado y aportado todo lo concerniente para satisfacer los requisitos de procedibilidad, aunado a las investigaciones del Juzgado de Instrucción o Agencia Investigadora del Ministerio Público, se haya comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculgado, y aún así el Juzgado de Instrucción o Agencia Investigadora del Ministerio Público no ejerza la acción penal, el Coadyuvante ejercitará la acción penal el mismo, y será de la siguiente manera:

Comprobados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del presunto responsable, conforme a lo establecido en el artículo 16 Constitucional, y el Coadyuvante se haya conformado como tal, y la o las autoridades no ejerzan la acción penal, el Coadyuvante solicitará copia de todo lo actuado en la averiguación previa, hará una breve síntesis de lo acontecido, explicará cómo han quedado satisfechos los presupuestos generales de la acción penal y

acudirá al Juzgado Penal de Primera Instancia, y solicitará al Juez Penal incoe proceso en contra del presunto responsable o presuntos responsables. Aquí el Juez Penal de Primera Instancia, analizará el escrito, y si el Coadyuvante fallara en algún concepto o trámite, el Juez Penal lo subsanará, pero si llegasen a faltar más actuaciones por realizar, el Juez Penal le hará esa observación a él y al Juzgado de Instrucción o Ministerio Público, para que la subsanen y así estar en aptitud de ejercer nuevamente la acción penal.

Si la víctima del delito, no se conformase como Coadyuvante, sino simplemente como querellante, pero aún así, él al revisar la averiguación previa, considerase que se han satisfecho los presupuestos generales de la acción penal y el Juzgado de Instrucción o Ministerio Público no ejerciera la acción penal, la víctima del delito podrá acudir a la Comisión Nacional de Derechos Humanos y solicitar a ésta interponga el recurso de queja ante la Agencia Investigadora del Ministerio Público por no ejercer la acción penal o acudir en nombre de la víctima del delito ante el Juez de Distrito a interponer juicio de garantías por no ejercer la acción penal. En caso de ser procedente, la víctima del delito y la Comisión Nacional de Derechos Humanos estarán facultadas, y el Juez de Distrito de oficio, dará vista al Ministerio Público para que se inicie juicio de responsabilidad administrativa en contra del Ministerio Público o Juez de Instrucción negligente.

Para no dejar a la víctima del delito en estado de indefensión en caso de que el Juzgado de Instrucción, no ejerciera la acción penal o se desistiera de ésta, y la víctima del delito no su hubiese conformado como Coadyuvante de ésta autoridad, hemos propuesto una sencilla reforma a la Ley de Amparo respecto a lo concerniente, y deberá de quedar así:

**(R) TÍTULO SEGUNDO.** Del juicio de amparo ante los Juzgados de Distrito.

Capítulo I. De los actos materia del juicio.

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

I.- Contra leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos expedidos por el Presidente de la República de acuerdo con la fracción I del artículo 89 constitucional, reglamentos de leyes locales expedidos por los gobernadores de los Estados, u otros reglamentos, decretos o acuerdos de observancia general, que por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de aplicación, causen perjuicios al quejoso;

II.- Contra actos que no provengan de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo.

En estos casos, cuando el acto reclamado emane de un procedimiento seguido en forma de juicio, el amparo sólo podrá promoverse contra la resolución definitiva por violaciones cometidas en la misma resolución o durante el procedimiento, si por virtud de estas últimas hubiere quedado sin defensa el quejoso o privado de los derechos que la Ley le conceda, a no ser que el amparo sea promovido por persona extraña a la controversia.

III.- Contra actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo ejecutados fuera de juicio o después de concluido.

Si se trata de actos de ejecución de sentencia, sólo podrá promoverse el amparo contra la última resolución dictada en el procedimiento respectivo, pudiendo reclamarse en la misma demanda las demás violaciones cometidas durante ese procedimiento, que hubieren dejado sin defensa al quejoso.

Tratándose de remates, sólo podrá promoverse el juicio contra la resolución definitiva en que se aprueben o desaprueben.

IV.- Contra actos en el juicio que tengan sobre las personas o las cosas una ejecución que sea de imposible reparación.

V.- Contra actos ejecutados dentro o fuera de juicio, que afecten a personas extrañas a él, cuando la Ley no establezca a favor del afectado algún recurso ordinario o medio de defensa que pueda tener por efecto modificarlos o revocarlos, siempre que no se trate del juicio de tercería.

VI. Contra leyes o actos de la autoridad federal o de los Estados, en los casos de las II y III del artículo 1º de esta Ley; y

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

En cuanto al término para ejercer la acción penal, nos abstendremos de determinarlo, ya que si pusiésemos alguno, las autoridades encargadas de ejercer la acción penal no realizarían las investigaciones como deben de hacerse y de plasmar alguno, los delincuentes estarán en aptitud de burlar a la justicia, simplemente para el término de ejercer dicha acción, nos apegaremos a los términos de la prescripción, estudiados y analizados en el punto 2.5.2, del Capítulo 2 de la presente investigación.

## CONCLUSIONES

1. La figura jurídica de la acción penal, en sus orígenes, comenzó con la denominada Ley del Talión, en la que ha de hacerse al delincuente lo que él hizo a la víctima, (ojo por ojo, mano por mano) aquí las personas tomaban justicia por su propia mano, por supuesto, esto sucedió en los pueblos bárbaros; posteriormente en Roma, con un sentido más gentil, los romanos aportaron al derecho la figura de la amigable composición, en la que si el presunto trasgresor no llegaba a un acuerdo con el afectado, ha de dañarse de la misma manera al trasgresor.

2. Con el paso del tiempo surgió en el derecho romano la figura jurídica *Delatio*, que significa denuncia o acusación, donde, los ciudadanos nombraban a una persona para que llevara ante el tribunal del pueblo al trasgresor de la ley y se le enjuiciara. Con esto se evitó que la víctima del delito lleno de ira y rencor llevara al inculpado al tribunal, y se depositó en manos de un tercero ajeno, la facultad de llevar ante el tribunal al responsable del delito; para que éste tercero ajeno procurara su culpabilidad o su inculpabilidad.

3. Debemos hacer notar, que la acción penal evolucionó en Roma de modo tal, que ahí fue donde surgieron los verdaderos juicios orales, ya que en Roma se tuvo la facultad de que el actor del juicio le diera a conocer al acusado la lista de cierto número de jurados, de los cuales el acusado tuvo la facultad de elegir cincuenta, y una vez elegidos, el actor elegía otros cincuenta, más el presidente del tribunal, la unión de estos formaban al tribunal que había de juzgar al acusado. Como vemos es aquí donde surgen los juicios orales y no en los países bárbaros sajones, como algunos autores afirman.

4. Durante el desarrollo de nuestra investigación, propusimos una definición de acción penal, debido a la carencia de la misma en nuestra legislación constitucional y en nuestras legislaciones adjetivas: **Acción penal es el poder y deber jurídico del Estado para investigar, perseguir y buscar penalmente a quien o quienes infrinjan el orden jurídico penal aplicable, conferida al**

**Ministerio Público como encargado de las precitadas funciones en contra de la conducta punible y así activar al órgano jurisdiccional para que dirima el conflicto planteado por aquél.** También deberá ser conferida a la víctima del delito, al ofendido por el delito o a su representante legal, pero sólo podrán ejercerla en los delitos perseguibles por querrela, de conformidad con lo planteado y sus limitantes.

5. Por otra parte, nos permitimos proponer la siguiente definición de averiguación previa: **La averiguación previa son todas aquellas diligencias que conforme a derecho, realizadas por el Ministerio Público y/o coadyuvadas por las víctimas del delito, u ofendidos, encaminadas a determinar la existencia de los elementos constitutivos del cuerpo del delito y la existencia de los elementos constitutivos de la probable responsabilidad, con la finalidad de activar al órgano jurisdiccional a través del ejercicio de la acción penal, y así lograr el objetivo del procedimiento penal; que es que se castiguen todos los actos punibles a través de las sanciones establecidas en las leyes sustantivas.** Con esta propuesta pretendemos dar mayor participación a las víctimas del delito, u ofendidos por el delito o a su representante legal, para lograr una mayor transparencia y eficacia en las actuaciones del Ministerio Público, y así lograr una mejor procuración de justicia, junto con la actuación del defensor.

6. Debemos realizar una crítica respecto del artículo 515 del Código de Justicia Militar, ya que la esencia del artículo mencionado, enuncia que dentro del término constitucional como condición *sine qua non*, para solicitar la ampliación del mismo, podrán aportar pruebas y desahogar las mismas, siempre que las pruebas no hayan sido aportadas y desahogadas durante la averiguación previa.

Como podemos observar, para que el juez militar conceda la duplicidad del término constitucional, el Código de Justicia Militar establece la condición al juez militar que ha lugar a autorizar dicha duplicidad si el defensor o el inculcado **no**

**ofrecen pruebas distintas de las entregadas en la averiguación previa;** pensamos que es muy enérgica ésta disposición, ya que si el Ministerio Público Militar no “*valoró*” correctamente las pruebas durante la fase investigatoria, por ende consignó al detenido indebidamente, si el defensor considera que con sus pruebas debió no ejercerse acción penal, estamos ante una violación al procedimiento, por lo tanto debe proceder el amparo directo, de acuerdo a la fracción VI del artículo 160 de la Ley de Amparo, en contra de la resolución del juez militar de no admitir las pruebas que se ofrecieron durante la averiguación previa, más aun, si se llegare a decretar el auto de formal prisión, el Tribunal de amparo debe decretar nula la resolución del juez de origen y restituir la libertad al detenido, o bien, decretar nula dicha resolución y reponer el procedimiento hasta el momento de la garantía transgredida, ya que se ha violado la garantía constitucional en que “al inculpado se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca...” consagrada en la fracción V del artículo 20 constitucional apartado A.

7. Hemos propuesto, que la víctima del delito, los ofendidos por el delito o su representante legal, tengan más participación desde la averiguación previa, proceso en primera instancia y procedimiento en segunda instancia (apelación), ya que en nuestros días, la figura jurídica denominada coadyuvante, carece de representatividad directa y participación activa en las etapas del proceso penal, ya que sólo el Ministerio Público (podemos decirlo así) es el representante de la sociedad y de la víctima del delito u ofendidos por el mismo; debemos darle participación activa y objetiva a la figura del coadyuvante del Ministerio Público, a través de las distintas etapas del proceso penal.

8. Sabemos que el Ministerio Público una vez que realiza sus conclusiones acusatorias establece ante el juez de la causa sus verdaderas pretensiones, éstas pueden ser acusatorias o inacusatorias; somete al juzgador los razonamientos concretos por los que considera que el procesado deberá ser sentenciado; por lo tanto deja en manos del juzgador la suerte de aquél.

9. Consideramos que algunos Agentes del Ministerio Público de la República Mexicana, no aplican en sus escritos de consignación la figura jurídica denominada “excluyentes de responsabilidad”; éstas las tenemos contempladas en los distintos ordenamientos penales tanto federal, común y militar; la observación respecto de éstas, es que en ocasiones los Agentes del Ministerio Público consignan a una persona, sin percatarse que puede operar una excluyente de responsabilidad en beneficio del presunto responsable, más aún, la misma ley les ordena que antes de realizar la consignación y tener por acreditada los elementos esenciales constitutivos de la probable responsabilidad, deben asegurarse de la posibilidad de que opere a favor del inculpado alguna causa de licitud o alguna excluyente de responsabilidad. Observamos que en la realidad el Ministerio Público necesita una mejor preparación tocante a las excluyentes de responsabilidad, ya que el Agente mencionado prefiere, consignar ante el Juez, a pesar de que opere a favor del inculpado alguna excluyente de responsabilidad; prefiere consignar y que posteriormente en el proceso el juez absuelva al procesado por haber operado al momento de la realización del delito alguna causa de licitud, que estudiar y colocar verdaderos razonamientos jurídicos bien cimentados en los que determinen la no consignación porque ha operado a favor del presunto responsable una excluyente de ilicitud.

10. Después de analizar y estudiar a lo largo del presente trabajo a la acción penal y a su titular, debemos concluir “no más ejercicio exclusivo de la acción penal por parte del Ministerio Público”, sino también por la víctima del delito, el ofendido por el delito o su representante legal, con lo que se rompería el monopolio jurídico de la acción penal por parte del Ministerio Público.

## BIBLIOGRAFÍA

1. ALCARAZ VARÓ, ENRIQUE. **EL INGLÉS JURÍDICO**. 4ª Edición, Editorial Ariel. Barcelona, España, 2000.
2. ARILLA BAS, FERNANDO. **EI PROCEDIMIENTO PENAL EN MÉXICO**. 22ª Edición, Editorial Porrúa. México, Distrito Federal 2003.
3. BARRAGÁN SALVATIERRA, CARLOS. **DERECHO PROCESAL PENAL**. 2ª Edición, Editorial MacGraw-Hill. México, Distrito Federal 2002.
4. BAEZ MARTÍNEZ, ROBERTO. **COMPILACIÓN PROCESAL PENAL**. Editorial Sista, S.A. de C.V., México, Distrito Federal, 1991.
5. CASTELLANOS TENA, FERNANDO. **LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL**. 41ª Edición, Editorial Porrúa. México, Distrito Federal, 2000.
6. CASTILLO SOBERANES, MIGUEL ÁNGEL. **EL MONOPOLIO DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL DEL MINISTERIO PÚBLICO EN MÉXICO**. 1ª UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas) México, Distrito Federal 1992.
7. CLARÍA OLMEDO, JORGE A. **DERECHO PROCESAL PENAL**. Tomo I. Actualizado por Jorge E. Vázquez Rossi. Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina, 2001.
8. COLÍN SÁNCHEZ, GUILLERMO. **DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES**. 13ª Edición, Editorial Porrúa. México, Distrito Federal 1992.
9. COLÍN SÁNCHEZ, GUILLERMO. **DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES**. 18ª Edición, Editorial Porrúa. México, 2002.

10. DÍAZ DE LEÓN, MARCO ANTONIO. **CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES COMENTADO**. 7ª Edición, Editorial Porrúa México, Distrito Federal, 2003.

11. EDICIÓN PREPARADA POR: SÁNCHEZ SODI, HORACIO. **CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR**. 1ª Greca, México, Distrito Federal, 2001.

12. GRANARA, ALBERTO DAVID. **DERECHO PROCESAL PENAL I**. Editorial Jurídica Nova Tesis. Rosario, Santa Fe, Argentina, 2003.

13. HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO. **PROGRAMA DE DERECHO PROCESAL PENAL**. 9ª Edición, Editorial Porrúa. México, Distrito Federal, 2002.

14. JENKS, EDWARD. **EL DERECHO INGLÉS**. 3ª Edición Inglesa, Editorial Reus. Madrid España, 1930.

15. LÓPEZ BETANCOURT, EDUARDO. **DERECHO PROCESAL PENAL**. Iure editores. Estado de México, 2003.

16. M. MORELLO, AUGUSTO. **EL PROCESO JUSTO**. Editorial Librería Editora Platense, Buenos Aires Argentina, 1994.

17. MARTÍNEZ GARNELO, JESÚS. **LA INVESTIGACIÓN MINISTERIAL PREVIA**. 5ª Edición, Editorial Porrúa. México, Distrito Federal, 2000.

18. MOMMSEN, TEODORO. **DERECHO PENAL ROMANO**. 2ª Edición, Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1999.

19. OSORIO Y NIETO, CÉSAR AUGUSTO. **LA AVERIGUACIÓN PREVIA**. 13ª Edición, Editorial Porrúa México, Distrito Federal, 2002.

20. RABASA, OSCAR. **EL DERECHO ANGLOAMERICANO**. 2ª Edición, Porrúa. México, Distrito Federal, 1982.

21. RIVERA SILVA, MANUEL. **EL PROCEDIMIENTO PENAL**. 31ª Edición, Editorial Porrúa. México Distrito Federal, 2002.

22. ROSALES AGUILAR, RÓMULO. **FORMULARIO DEL JUICIO DE AMPARO**. Decimotercera Edición, Editorial Porrúa, México, Distrito Federal, 2005.

23. ROXIN, CLAUS. **DERECHO PROCESAL PENAL**. 25ª Edición Alemana. Ed. Editores del Puerto Buenos Aires. Argentina, 2003. Traducción al castellano por, Córdoba E. Gabriela y Pastor R. Daniel.

24. SALAS CHÁVEZ, GUSTAVO R. **EL SISTEMA PENAL MEXICANO**. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, Distrito Federal, 2002.

25. SILVA SILVA, JORGE ALBERTO. **DERECHO PROCESAL PENAL**. Editorial Harla, México, Distrito Federal, 1990.

26. TAPIA IBARRA, AMANDO Y CRUZ TAPIA, DAYANARA. **EL MINISTERIO PÚBLICO MILITAR, FORMULARIO DE ACTUCACIONES**. Editorial Sista, México Distrito Federal.

27. V. CASTRO, JUVENTINO. **EL MINISTERIO PÚBLICO EN MÉXICO**. 11ª Corregida y aumentada Editorial Porrúa México, Distrito Federal, 1999.

#### **Enciclopedias y Diccionarios.**

28. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA**. 21ª Edición, Editorial Espasa Calpe. España, 1999.

## **Legislación.**

29. COMPILACIÓN VERSIÓN COSIDA. **AGENDA PENAL DEL DISTRITO FEDERAL 2005.** Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

30. COMPILACIÓN VERSIÓN COSIDA. **AGENDA PENAL DEL DISTRITO FEDERAL 2005.** 10ª Edición, Ediciones fiscales Isef. México Distrito Federal 2005 pp. 9 y 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

31. COMPILACIÓN VERSIÓN COSIDA. **AGENDA PENAL DEL DISTRITO FEDERAL 2005.** 10ª Edición, Ediciones fiscales Isef. México, Distrito Federal 2005 p. 1 del Código Federal de Procedimientos Penales.

32. COMPILACIÓN VERSIÓN COSIDA. **AGENDA PENAL DEL D.F. 2005.** 10ª Ed. Ediciones fiscales Isef. México D.F. 2005 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal.

33. EDICIONES FISCALES ISEF. **AGENDA DE AMPARO 2005.** 9ª Edición, México, Distrito Federal, enero 2005.

34. EDICIONES FISCALES ISEF. **AGENDA DE AMPARO 2005.** 9ª Edición, México, Distrito Federal, enero 2005. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

35. EDICIONES FISCALES ISEF. **AGENDA PENAL DEL DISTRITO FEDERAL 2005.** Código Federal de Procedimientos Penales, y Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

36. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. "CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR". **LEGISLACIÓN PENAL Y SU INTERPRETACIÓN POR EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.** México, Distrito Federal, 2004.

37. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. “CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL”. **LEGISLACIÓN PENAL Y SU INTERPRETACIÓN POR EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN**. México, Distrito Federal, 2004.

38. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. “CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES”. **LEGISLACIÓN PENAL Y SU INTERPRETACIÓN POR EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN**. México, Distrito Federal., 2004.

39. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. “CÓDIGO PENAL FEDERAL”. **LEGISLACIÓN PENAL Y SU INTERPRETACIÓN POR EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN**. México, Distrito Federal, 2004.

#### **Hemerografía.**

40. DUMAS, RAYMOND. “LA ACCIÓN DE ACUSACIÓN PÚBLICA”. **REVISTA JUSTICIA**. Barcelona, España. Núms. I – II, 1993.

41. ROSAMUND, THOMAS. “EL FISCAL DE LA CORONA PARA INGLATERRA, GALES E IRLANDA DEL NORTE: SU PAPEL EN PROCESOS CIVILES Y CRIMINALES”. **REVISTA INTERNACIONAL DE CIENCIAS ADMINISTRATIVAS**. Madrid, España, Vol. 57, Núm. 2, Junio 1991.

#### **Páginas webbs.**

42. Internet Explorer, Sitio Web <http://tododere.com.ar/> Código Procesal Penal de la Nación.

#### **Otros (Notas).**

43. HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO. **Apuntes de la materia Derecho Procesal Penal**. Relativo al octavo semestre de la licenciatura, 19 de Mayo de 2003.

44. HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO. **Apuntes de la materia Derecho Procesal Penal.** Relativo al octavo semestre de la licenciatura, 21 de Mayo de 2003.