



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
“ARAGÓN”**

**“CRITICA A LA REFORMA DEL ARTÍCULO 21
PÁRRAFO SEGUNDO DE LA CONSTITUCIÓN
POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS
MEXICANOS”**

T E S I S
PARA OBTENER EL TÍTULO DE :
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
“ALEJANDRO RENE GORDILLO PONCE”

ASESOR:

MAESTRA MARÍA GRACIELA LEÓN LÓPEZ



BOSQUES DE ARAGÓN, ESTADO DE MÉXICO, SEPTIEMBRE 2010



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.

Son muchas las personas especiales a las que me gustaría agradecer su amistad, apoyo, ánimo y compañía en las diferentes etapas de mi vida. Algunas están aquí conmigo y otras en mis recuerdos y en mi corazón. Quiero darles las gracias por formar parte de mí, por todo lo que me han brindado y por todas sus bendiciones.

Mamá eres la mejor de todo el mundo, gracias por todo tu esfuerzo, tu apoyo y por la confianza que depositaste en mí. Gracias porque siempre aún en momentos difíciles has estado conmigo. Te quiero...

Papá, este logro lo quiero compartir contigo, gracias por ser mi papá, y por creer en mí. Quiero que sepas que ocupas un lugar muy especial...

A mi hermano, que siempre has estado cuando te he necesitado, te dedico este logro que gracias a mucho de tu apoyo, me encuentro en esta etapa de mi vida. Gracias...

A mis hermanas que aunque ha habido momentos difíciles siempre han estado ahí para apoyarme y darme ánimos para seguir adelante, con su apoyo incondicional...

A las personas que me han apoyado con su tiempo y comprensión siempre dándome un poco de ellas mismas para poder seguir adelante, impulsándome en el camino para no claudicar y hasta hoy llegar a este momento...

A mi asesora que incondicionalmente me ha dado su apoyo y confianza para elaborar el presente trabajo de investigación, así como a mis maestros que me han conducido en mi formación como profesionalista...

INDICE

INTRODUCCIÓN	I
---------------------	----------

CAPITULO I

TEORÍA DEL PROCESO PENAL

1.1. CONTENIDO.	1
1.2. TERMINOLOGÍA.	1
1.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO.	7
1.4. OBJETO Y FINES DEL PROCESO.	14
1.5. SISTEMAS PROCESALES.	21
1.5.1. SISTEMA INQUISITIVO.	22
1.5.2. SISTEMA ACUSATORIO.	22
1.5.3. SISTEMA MIXTO.	23
1.6. SISTEMA MEXICANO.	24
1.7. SUJETOS DE LA RELACIÓN PROCESAL.	26

CAPITULO II

AVERIGUACIÓN PREVIA

2.1. CONCEPTO Y FINALIDAD.	28
2.2. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.	33
2.2.1. DENUNCIA.	35
2.2.2. QUERRELLA.	37
2.3. DETERMINACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.	43
2.3.1. EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.	43
2.3.2. CONSIGNACIÓN SIN DETENIDO CON PEDIMENTOS DE ORDEN DE APREHENSIÓN.	45
2.3.3. DIFERENCIA ENTRE ORDEN DE APREHENSIÓN Y ORDEN DE COMPARECENCIA.	46
2.3.4. CONSIGNACIÓN CON DETENIDO, FLAGRANTE DELITO Y CASOS URGENTES. CUASI FLAGRANCIA.	51
2.3.5. CONSIGNACIÓN SIN DETENIDO. CON PEDIMENTO DE ORDEN DE COMPARECENCIA Y SUS EFECTOS.	58

2.3.6. EL NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL EN SUS ESPECIES PROVISIONALES Y DEFINITIVAS.	58
2.3.7. LA INCOMPETENCIA Y EL DESGLOSE.	59
2.3.8. EL RECURSO PROCESAL QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 21 CONSTITUCIONAL EN CONTRA DEL NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.	59

CAPITULO III ACCIÓN PENAL

3.1. CONCEPTO DE ACCIÓN PENAL.	62
3.2. NATURALEZA JURÍDICA.	64
3.3. CARACTERÍSTICAS.	67
3.4. TITULARIDAD DE LA ACCIÓN PENAL.	72
3.5. DISTINCIÓN ENTRE ACCIÓN PROCESAL Y ACCIÓN PENAL.	74
3.6. CAUSAS DE LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.	77
3.7 EL SOBRESEIMIENTO COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.	83

CAPITULO IV REFORMA CONSTITUCIONAL AL ARTÍCULO 21 CONSTITUCIONAL PUBLICADA EL 18 DE JUNIO DEL 2008

4.1. EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL POR LOS PARTICULARES.	91
4.2. DELITOS EN LO QUE ES PROCEDENTE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL POR LOS PARTICULARES.	96
4.3. REQUISITOS PARA CUMPLIMENTAR LA ACCIÓN PENAL POR LOS PARTICULARES.	99
CONCLUSIONES.	103
BIBLIOGRAFÍA.	105

INTRODUCCIÓN

Con el presente trabajo de investigación se pretende abordar un tema novedoso, producto de la reforma a nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el dieciocho de junio del año dos mil ocho, en el que entre otros se faculta a los particulares a acudir directamente ante un órgano jurisdiccional, con la posibilidad de ejercitar la acción penal, como forma de acceder al órgano jurisdiccional y sin la necesidad de presentarse ante una instancia previa que es ante el Agente del Ministerio Público Investigador en el inicio de una averiguación previa, con las figuras que conocemos como requisitos de procedibilidad, mismo que como lo hemos visto en el desarrollo de algunos asuntos no resulta tan viable su participación, más aun cuando se esta frente a un asunto de poca trascendencia e impacto para la sociedad para la sociedad, pero sin dejar de considerar que son actos que la ley penal considera como delito y debe ser observado por las autoridades penales, lo anterior procurando retomar los aciertos y practicidad en otras materias como lo es en la materia familiar o civil que no resulta necesario cuando se cuentan con todos los elementos que la ley así lo requiere acudir a una instancia prepara solicitar se dirima un conflicto ante un juzgador, sin olvidar que el derecho de sancionar corresponde al Estado y con este ejercicio por los particulares, veremos que no se verá limitado pues el sigue conservando su *ius puniendi* o derecho a sancionar.

Mencionando que esta reforma trata de apegarse al nuevo sistema de procesos penales en el que se apega a lo que se conoce como sistema penal acusatorio mismo que se hablara en el presente trabajo, para poder cubrir las actuales exigencias y retos a los que se encuentra inmersa tanto la seguridad nacional, como la dinámica en los procesos penales.

En el presente trabajo de investigación se abordaran temas como lo son; los conceptos básicos en un proceso penal, su naturaleza y porqué de su importancia y estudio, así como conocer, los diferentes sistemas procesales y qué papel ocupan en el desarrollo del proceso, cuáles son los fines y diversas acepciones de los doctrinarios y estudiosos del derecho en cuanto a lo que es el procedimiento o proceso, para llegar a un fin determinando.

Abordando posteriormente la etapa procedimental conocida como la averiguación previa, conocer en qué consiste, quién es el facultado para realizarla y cuáles son los requisitos que deben existir para que pueda subsistir una averiguación previa, como parte procedimental importante en la investigación y persecución de los delitos, así como las diversas determinaciones con que culmina.

Sabemos que una de las finalidades de la averiguación previa es el ejercicio de la acción penal y es menester comprenderla pues es, un eslabón importante en el presente trabajo, toda vez que la reforma constitucional aludida, faculta a los particulares a su ejercicio, pero no podemos hablar de está, sin antes conocer acerca de su funcionamiento.

Una parte importante de este trabajo de investigación es el capítulo IV, en el que se aborda el tema como tal del ejercicio de la acción penal por los particulares, en el que la conoceremos, para tomar una postura en que fue correcta, o un error legislativo, procurando ver con que fines se realiza esta modificación al párrafo segundo del artículo 21 de nuestra Carta Magna.

CAPITULO I

TEORÍA DEL PROCESO PENAL

1.1. Contenido.

La teoría del proceso penal tiene por objeto el estudio de un conjunto de materias indispensables, como instituciones procedimentales relacionadas entre sí para su subsistencia, son: no sólo para conocer su contenido, sino también para justificar el porqué de la regulación jurídica por parte del legislador. Observando la aplicabilidad en el mundo real.

Los aspectos que debe abarcar, tienen gran repercusión en la materia procedimental penal y sólo a través de un estudio teórico del proceso se puede entender la esencia, objetivo y fines, para así alcanzar una adecuada impartición de justicia en la disciplina penal, obteniendo una igualdad procesal entre las partes que intervienen, así como una objetiva aplicabilidad de la legislación penal.

1.2. Terminología

Procedimiento, proceso y juicio, son conceptos básicos procesalmente hablando mismos que, frecuentemente confundidos en su connotación jurídica real y, no es raro observar que tanto en la legislación como en el uso general del idioma, se les otorgue una sinonimia que fatalmente, conduce a errores.

Comúnmente se habla del procedimiento más adecuado para llevar a cabo alguna cosa, o sea, de los actos sucesivos, enlazados unos a otros, que es necesaria realizar para el logro de un fin específico. El procedimiento, puede señalar o ser la forma, el método, de cuya aplicación al objeto, dependerá la realización de un objetivo, mismo concepto que es aplicado no solo en el área jurídica sino también en la vida cotidiana, verbigracia la proposición de la realización de un fin determinando, con la elección del procedimiento a seguir más adecuado.

Encaminado a la materia penal, menciono algunas opiniones de diversos doctrinarios:

1. Tomás Jofre, define el procedimiento penal, como: “una serie de actos solemnes, mediante los cuales el juez natural, observando formas establecidas por la ley, conoce del delito y de sus autores, a fin de que la pena se aplique a los culpables”¹

De la anterior definición descrita por este autor podemos destacar los elementos siguientes:

- Es una serie sucesiva de actos solemnes con formas establecidas en la ley, actos que se encuentran regulados por la legislación penal aplicable, por ejemplo el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, debiendo cumplir con la formalidad y términos que la misma ley nos exige para su plena validez.
 - El juzgador, quien es una parte en el proceso investido de jurisdicción para resolver los asuntos que ante él se plantean.
 - Conocer del delito cometido y sus autores, este elemento lo tenemos como una de las finalidades del proceso mismas que más adelante se retomará.
 - Con la finalidad de aplicar la pena a sus autores, siendo un fin del proceso en el que se retomará más adelante con la finalidad de castigar a quien comete el delito, asimismo realizando una readaptación en la sociedad del sujeto que cometió la acción delictiva.
2. Máximo Castro, afirma “El procedimiento penal es el que se ocupa de los medios y formas de investigación de los delito que caen bajo la sanción del Código Penal.”

¹ COLIN SANCHES, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 19 edición, Editorial Porrúa, México 2006, pág. 69.

En la definición dada por el Maestro Castro encontramos que nos habla de los siguientes elementos:

- Medios y formas de investigación de los delitos, entendiendo por estos los actos que principalmente realiza el órgano del Estado para la investigación de los delitos, pudiendo ser la averiguación previa.
- Delitos que caen bajo la sanción del Código Penal, este elemento se encuentra en concordancia de lo que prescribe el artículo 1 del Código Penal para el Distrito Federal “...**Artículo 1** (Principio de legalidad). A nadie se le impondrá pena o medida de seguridad, sino por la realización de una acción u omisión expresamente prevista como delito en una ley vigente al tiempo de su realización, siempre y cuando concurren los presupuestos que para cada una de ellas señale la ley y la pena o la medida de seguridad se encuentren igualmente establecidas en ésta...”

3. Juan José González Bustamante, acertadamente, manifiesta: “El procedimiento penal está constituido por un conjunto de actuaciones: sucesivamente interrumpidas y reguladas por las normas de Derecho Procesal Penal, que se inicia desde que la autoridad tiene conocimiento de que se ha cometido un delito y procede a investigarlo y termina con el fallo que pronuncia el tribunal.”²

Encontramos en el anterior concepto lo elementos que son:

- Conjunto de actuaciones sucesivas interrumpidas y reguladas por el Derecho Penal, el nos menciona acerca de las actuaciones realizadas en el procedimiento penal, con el objeto de conocer la verdad histórica del hecho y sancionar al delincuente.
- Inicia desde que la autoridad tiene conocimiento del delito, debemos entender que un procedimiento penal lo iniciamos desde que el agente del Ministerio Público, que es el órgano encargado de recibir las denuncias y querellas por

² Idem.

los delitos que se cometen, y desde este momento que el particular acude ante el órgano investigador, para hacerle saber de la comisión de un ilícito se comienza el procedimiento penal.

- Termina con el fallo o sentencia, ésta es un elemento esencial en el que después de haber seguido una serie de pasos para conocer la verdad, así como los autores del delito, se culminará con una sentencia en la que se impondrá una pena a los responsables del delito.

Con los elementos estudiados podemos decir: el procedimiento penal, es el conjunto de actos, formas formalidades legales que se observan por los intervinientes en una relación jurídica material de derecho penal, susceptible de generar una relación jurídica procesal que, en su momento, defina a la anterior, y de esa manera, se aplique la ley a un caso concreto.

Ha lugar a concluir que, el procedimiento tiene dos acepciones fundamentales: una lógica y otra jurídica.

Desde el punto de vista lógico, es una sucesión de fenómenos vinculados entre sí a través de relaciones de causalidad y finalidad; jurídicamente, es una sucesión de actos que se refieren a la investigación de los delitos, de sus autores, y a la instrucción del proceso. Todos esos actos, están, debidamente, unidos a lo dispuesto en los Ordenamientos jurídicos, correspondientes; determinan el avance procedimental, de acuerdo con las formas y formalidades que el caso concreto amerite, para así, facilitar un fin determinado.

Bajo ese supuesto, el procedimiento será la forma, será el método empleado para que el proceso pueda llevarse a cabo, por ende, el primero, es un concepto general que normalmente incluye al proceso y, éste al juicio.

Hablando del segundo término básico que es el “proceso” deriva de *procederé*, cuya traducción es “caminar adelante”; por ende, primariamente, proceso y procedimiento son formas o derivados de proceder o caminar adelante. Pudiendo tener al procedimiento como una serie de pasos a seguir sin dejar de tomar en cuenta que el proceso constituye todo un método para cumplir la

finalidad propuesta. Siendo que ambos se encuentran íntimamente ligados uno con otro.

En relación a este tema tan controvertido diversos autores nos han proporcionado conceptos sobre lo que debemos entender por proceso penal y procedimiento penal, mismos que cito algunos:

1. El proceso, a Juicio de Jiménez. Asenjo, es: “el desarrollo que evolutiva y resolutivamente ha de seguir la actividad judicial, para lograr una sentencia”.³

Los elementos que destaco son:

- El desarrollo de la actividad judicial, misma que podemos hablar según el Maestro Jiménez Asenjo de proceso penal hasta que se inician actuaciones ante la autoridad judicial, misma que se iniciará con el debido ejercicio de la acción penal ante él.
 - Proceso que culmina con una sentencia, con la finalidad de la aplicabilidad de la ley en un caso concreto.
2. Para José Luís Estévez, es: “el conjunto de los actos concretos, previstos y regulados en abstracto por el Derecho Procesal Penal, cumplidos por sujetos públicos o privados, competentes o autorizados, a los fines del ejercicio de la jurisdicción penal, hechos valer mediante la acción o en orden a otra cuestión legítimamente presentada al juez penal, constituye la actividad judicial progresiva que es el proceso penal”.

Este autor en su definición nos habla de:

- Actos concretos, previstos y regulados por el Derecho Procesal Penal, nos cita la solemnidad y respeto al principio de legalidad que deben de ser observados en todo proceso. Este principio lo encontramos previsto en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos “...mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan

³ Idem.

las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho...”

- Cumplidos por sujetos públicos o privados, competentes y autorizados, de acuerdo a las partes que pueden legalmente intervenir en un proceso penal, verbigracia: el juez, el Agente del Ministerio Público, el Procesado, etc.
 - Nos destaca el ejercicio de la función jurisdiccional, mismo quien será el juez el encargado de resolver el hecho concreto que ante el se plantea, según lo establecido en la ley vigente.
 - Hechos valer mediante la acción, mismo elemento que nos habla el momento en que se iniciará el proceso penal con el ejercicio de la acción por parte del Agente del Ministerio Público o en los casos que la ley lo prevea por los particulares.
- 3 Según Jorge A. Claría Olmedo: “El proceso penal es el único medio legal para la realización efectiva del Derecho Penal integrador, es el instrumento proporcionado al Estado por el Derecho Procesal Penal, como único medio idóneo para que sus órganos judiciales y particulares interesados colaboren, frente a un caso concreto, para el descubrimiento de la verdad, y en consecuencia, actúen la Ley Penal Sustantiva”.⁴

Este autor nos indica el proceso como un instrumento proporcionado por el Derecho Penal al Estado, para tener la herramienta jurídica y así poder solucionar los casos específicos en materia Penal que se presenten.

- 4 Para Eugenio Florián: “Es el conjunto de actividades y formas, mediante las cuales los órganos competentes preestablecidos por la ley, observando ciertos requisitos, proveen juzgando a la aplicación de la ley penal en cada caso concreto, para definir la relación jurídico-penal concreta y eventualmente, las relaciones secundarias conexas”.⁵

⁴ COLIN SANCHES, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 19 Edición, Editorial Porrúa, México 2006, pág. 70.

⁵ Idem.

Teniendo la anterior definición podemos hablar del conjunto de actos por medio del cual los jueces, quienes son los órganos competentes para realizar los procesos penales, siempre observando la correcta aplicación de la ley penal y procesal para el correcto desarrollo de los asuntos que se plantean.

- 5 Manuel Rivera Silva, estima que al definir el proceso, la mayor parte de los autores trasplantan las doctrinas del Derecho Civil al campo penal, incurriendo en confusiones, por lo cual, para obtener un concepto preciso, es necesario olvidar toda postura civilista, de tal manera que el proceso, es: “el conjunto de actividades debidamente reglamentadas y en virtud de las cuales los órganos jurisdiccionales resuelven sobre una relación jurídica que se les plantea”.⁶

De los anteriores conceptos analizados encontramos que los autores se encuentran de acuerdo con decir que el proceso son las actividades debidamente reglamentadas, realizadas por el órgano jurisdiccional, con la finalidad de la aplicación de la ley penal, en sus debidas etapas reglamentadas en la ley penal.

Abordando el tercer elemento que es el juicio (de *judicium*, decidir) significa resolver, este implica el momento procesal en que el Juez que conozca de un asunto determinado, valorara el cumulo de pruebas vistas en el proceso, para llegar a un fallo determinador para llegar a una aplicación de la ley penal, siendo el momento en que el derecho es declarado, siempre a cargo de la autoridad judicial.

El juicio no debe ser sinónimo de lo anterior: es la etapa procedimental, en la cual, mediante un enlace conceptual se determina, desde un punto de vista adecuado, el objeto del proceso, que culmina con una resolución, conocida como sentencia.

1.3 NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO.

Para abordar este tema citaré dos teorías; la primera denominada Teoría civilista y la teoría de la relación jurídica procesal:

⁶ Idem.

a) Teoría civilista.- Considera principalmente como elemento del proceso la voluntad, para precisar la naturaleza jurídica del proceso, Aubry et Rau, Demolombe y Pothier, lo consideraron como un “cuasi contrato”, en virtud de que el principio de todo juicio es una demanda y una contestación a la misma; en consecuencia, el proceso viene a ser una convención entre el actor y el demandado.⁷

Esta teoría, tiene un carácter eminentemente civilista y no es aceptable en la actualidad. Los especialistas de la materia sostienen que el consentimiento de las partes no debe ser elemento esencial del cual se parta; además, es comúnmente conocido que el demandado por lo general comparece contra su voluntad, al estar con la necesidad de contestar una demanda por mencionar la materia civil o el comparecer como probable responsable ante un proceso penal, también lo es que los poderes del juez no provienen de la voluntad de las partes, sino de la ley de acuerdo a la jurisdicción de cada órgano, que el ejercicio de la jurisdicción no es una actividad privada, sino de carácter público, y que no es indispensable la presencia del demandado en el proceso, pues éste puede seguirse en rebeldía⁸.

No puedo extender esto al campo del Derecho Procesal Penal, sobre todo en el medio mexicano, en donde se requiere la presencia del indiciado para la iniciación del proceso penal; por eso, no es aplicable el criterio de los sostenedores de la doctrina contractualista y en donde dependiendo la gravedad del delito en el que se le atribuye su comisión, por lo general es recluido contra su voluntad en un Centro Preventivo para la continuidad del proceso penal.

Por lo regular, en el ámbito civil, ha predominado una tendencia encaminada a hacer prevalecer la verdad formal, misma que la encontramos en la celebración de actos; en cambio, en el campo penal lo trascendente es la verdad real, principalmente en cuanto hace a la forma de la comisión de los delitos.

⁷ COLIN SANCHES, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 19 edición, Editorial Porrúa, México 2006, pág. 73

⁸ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, Curso de Derecho Procesal Penal, cuarta edición, Porrúa, México, 1983, pág. 16.

b) Teoría de la relación jurídica procesal. La teoría, viene a ser superada con la aparición de la teoría de la relación jurídica, formulada por Hegel, a quien siguieron Oscar Von Bulow, Bettham y Holwey. Bulow entre otros autores, la independencian conceptual del proceso, más tarde desarrollada por Chiovenda, en forma clara y precisa.⁹

La teoría de la relación jurídica procesal, determina la actividad de las partes y del juez, la cual esta regulada por el ordenamiento jurídico, presuponiendo en todo momento el cumplimiento de ciertos requisitos orgánicos (presupuestos procesales), y se sucede entre todos los que en el proceso intervienen, creando derechos y obligaciones para cada uno de ellos, mismos que convergen en un mismo fin común: la actuación de la ley.

Esta tesis, al decir de Calamandrei, no debe entenderse como un conjunto intersubjetivo de intereses regulados por el Derecho, sino como colaboración de intereses en que pueden encontrarse dos o más personas cuando cooperan al logro de una finalidad común.

Goldschmidt, pretende destruir lo afirmado, con lo que él llamó teoría de la situación jurídica; manifestó al respecto: “que es de absoluta inutilidad científica”. Porque, los llamados presupuestos procesales no son condiciones para la existencia de una relación jurídica, sino para la de una sentencia de fondo válida; porque no puede hablarse en el proceso de derechos y obligaciones de las partes, sino de cargas procesales, las cuales tienen su origen en la relación de derecho público que, fuera del proceso, existe entre el Estado, el órgano encargado de la justicia y los individuos, y porque el deber del juez de decidir la controversia no es de carácter procesal, sino constitucional.

Calamandrei, acertadamente replica: la teoría de la situación jurídica, lejos de negar la de la relación, la presupone, porque en toda situación jurídica se supone una relación jurídica, y, además, tal tesis considera al proceso no como

⁹ Ibidem, pág. 18

debe ser, sino como a veces es, no como un medio para actuar el Derecho, sino para hacer valer como Derecho, lo que no es.¹⁰

Por último, y objetando lo anterior, Jaime Guasp, considera al proceso como una institución jurídica, partiendo de que las instituciones son, de acuerdo con el Derecho Administrativo, “organizaciones jurídicas al servicio de las ideas”, concibe el proceso “como una organización puesta al servicio de la idea de la justicia”.

Agrega: “El proceso se compone de dos elementos, la idea objetiva y el conjunto de voluntades que se adhieren a ella para lograr su realización. La idea objetiva propia del proceso es la actuación o denegación de la pretensión, y las voluntades adheridas a esa idea son los diversos sujetos (juez y partes) entre quienes la idea común era una serie de vínculos de carácter jurídico.”

Goldschmidt, crítica a Guasp, y al respecto dice: Guasp, olvida la diferencia entre el enfoque estático del proceso (relación jurídica) y el dinámico (situación jurídica) y concede prevalencia a la idea sobre la función prescindiendo de la estructura del proceso para definirlo por su objeto.

Eugenio Florián, sostiene la teoría de la relación jurídico-procesal; considera formalmente al proceso, como: “una relación jurídica que se desarrolla progresivamente entre varias personas ligadas por vínculos jurídicos”¹¹.

La afirmación de Florián, circunscrita al proceso penal, es innegable; el proceso crea vínculos jurídicos entre todas las personas que en él intervienen, principalmente entre las “partes” y el juez como “órgano imparcial de la justicia” y de cuya responsabilidad frente a las “partes”, depende el equilibrio indispensable para el desarrollo de dicha relación.

La importancia de esta tesis se incrementa porque se adapta, tanto al proceso civil, como al proceso penal, y aunque en el primero existen excepciones, en el segundo no, porque las disposiciones que le dan vida, son de naturaleza eminente pública. Al considerar al indiciado como sujeto de dicha relación, queda

¹⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, op. Cit. Pp. 74-75

¹¹ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, op. Cit. Pág. 75.

investido de facultades para hacer valer todos aquellos derechos que patentizan la prevalencia de la garantía de legalidad y que la actuación del agente del Ministerio Público al pedir la aplicación de la ley, al caso concreto, tiene límites a través de las facultades y restricciones establecidas en los Ordenamientos Jurídicos al juez, para que así, pueda resolver justamente la situación jurídica planteada.

A la anterior agregó que si bien es cierto se compone de una relación jurídicamente establecida por la ley, en la que la participación de las partes se encuentra bien definida teniendo al juez, denunciante, procesado entre otros, con la finalidad de llegar a una sentencia ajustada a derecho, salvaguardando en todo momento los derechos de las partes que intervienen.

Es posible también afirmar la teoría de la relación procesal, es una consecuencia natural de la superación de las instituciones, cuyo avance innegable, es producto de los postulados contemporáneos en que se apoya en la ciencia del Derecho.

En la legislación mexicana, dicha teoría tiene plena vigencia; el proceso es una relación jurídica pública, se lleva a cabo progresivamente, entre el juez y los demás sujetos intervinientes, quienes están íntimamente ligados por vínculos o nexos jurídicos, de tal manera que, los actos de unos originan a su vez, los actos de otros, pero siempre regidos en todo por la ley.

Citando como ejemplo el ejercicio de la acción penal, misma que provoca el surgimiento de la relación procesal, iniciándose un conjunto de relaciones de orden formal en las que intervendrán: el Agente del Ministerio Público, el juez, el acusado, el defensor, el particular ofendido por el delito, y aun, en forma secundaria, policías, testigos, peritos, etc.

En el aspecto procedimental, las situaciones que se presentan con motivo la comisión del delito, son distintas de aquellas que se suceden a partir de la consignación.

Al cometerse el ilícito penal, nace la llamada relación jurídica material de Derecho Penal entre el representante del Estado y una persona física (probable autor) porque aquel esta investido de facultades legales suficientes para procurar,

en su caso, el castigo del infractor; en consecuencia, la relación jurídico-procesal, surge al llevarse a cabo el ejercicio de la acción penal ante la autoridad judicial.

A mayor abundamiento, corresponde, en efecto, al Estado, a través de subórganos específicamente determinados, el deber de aplicar la ley. Esto, explica que, en cuanto el agente del Ministerio Público (Subórgano del Estado), toma conocimiento de una conducta o hecho que infringe alguna disposición penal se vincule jurídicamente con el ofendido y el probable autor del delito, y estos, a la vez, con aquel y de esta manera se lleve a cabo la actividad necesaria para determinar la posición jurídica que facilite el nacimiento de la relación jurídico procesal.

La relación jurídico-material, es independiente de la relación jurídica-procesal, puede darse sin que, necesariamente, sea el presupuesto para el nacimiento de ésta; empero, la primera siempre y en todo caso, es presupuesto lógico de la segunda. Pero es el momento que podemos hablar de una relación entre los sujetos, misma que en ningún caso es voluntaria.

Con base en lo expresado, importa destacar que si bien, los actos que lleva a cabo el agente del Ministerio Público en el procedimiento generado por la relación jurídico-material de Derecho Penal, en su origen corresponden a quien detenta el poder público (Estado), también a este incumbe llevar a cabo muchos otros que encomienda a sujetos específicamente determinados. Tal es el caso de la potestad que se confiere a la persona física juez, quien al conocer del ejercicio de la acción penal, manifiesta su actuación por medio de actos de decisión.

En cuanto al Agente del Ministerio Público ejercita la acción penal, queda vinculado jurídicamente con el juez y también con el procesado. De igual manera, el ofendido y el defensor también estarán vinculados.

Cuando esto ocurre así, puedo afirmar que se ésta ante un proceso, sin omitir que la dinámica de este implica la concurrencia de otros sujetos: policías, testigos, peritos, personal judicial, etc.

Ahora bien el ejercicio de la acción penal, es un acto de acusación que genera un acto de defensa y este constituye el antecedente de un consecuente, un acto de decisión. Así, sucesivamente, ocurrirán, tantos actos de los

mencionados, como sean necesarios para que, en su oportunidad, se defina la pretensión punitiva estatal.

En la relación jurídico-procesal concurrirán, indispensablemente, tres sujetos, fundamentales o básicos, vinculados jurídicamente entre sí: el Agente del Ministerio Público, el juez y el procesado.

Al primero, incumben los actos de acusación; al segundo, los actos de decisión y el tercero, juntamente con el defensor, conforman la defensa y, por ende, generan los actos correspondientes a su naturaleza.

Ahora bien, el ejercicio de la acción penal, es un acto de acusación que genera un acto de defensa y éste constituye el antecedente de un consecuente, un acto de decisión. Así, sucesivamente, ocurrirán, tantos actos de los mencionados, como sean necesarios para que, en su oportunidad, se defina la pretensión punitiva estatal.

Adviértase que esta trilogía de actos, compele estrictamente a cada uno de los sujetos mencionados y que ninguno de ellos, deben ser generados por quien no tenga la competencia para esos Fines.

También, como quedó enunciado en renglones inmediatos anteriores, los demás intervinientes mencionados, son terceros colaboradores del proceso y que al ser llamados a intervenir, en alguna forma, quedan vinculados jurídicamente, y en forma recíproca, con los sujetos principales, fundamentales o básicos.

Para la existencia del proceso es requisito indispensable, no solo el ejercicio de la acción penal, sino también la trilogía de sujetos principales, fundamentales o básicos, a grado tal, de que la falta de uno de ellos entorpece la marcha normal del proceso, la insubsistencia e ilegalidad de los actos que se hubieren realizado o diversas consecuencias jurídicas que menoscaban el principio de legalidad, base de sustentación del mismo.

Por lo hasta el momento expuesto, el proceso tiene como antecedente una relación jurídica -material de Derecho Penal y se traduce, a la vez, en una relación, también jurídica, entre sujetos fundamentales o básicos que atendiendo a su naturaleza generan: uno, actos de acusación, otro, actos de decisión y el último, actos de defensa, mismos que dentro de su secuencia, se constituyen en

antecedentes de otros consecuentes y que de esa manera hacen surgir tantos actos, como sean necesarios, para que con base en ellos, se defina la pretensión punitiva estatal que surgió al tener conocimiento del ilícito penal.

1.4 OBJETO Y FINES DEL PROCESO.

Precisada la naturaleza jurídica del proceso, es conveniente señalar su objeto y fines, y concluir, si son aspectos distintos de una misma cuestión o, por el contrario, si se funden en una sola idea. Precisada la naturaleza jurídica del proceso, es conveniente señalar su objeto y fines.

- a) Escuela clásica.- Francesco Carrara, de la escuela clásica, apuntó: “el proceso penal será siempre llevado a cabo para **prevenir los delitos** aplicando la ley a quienes deben responder de sus actos por ser sujetos de libre albedrío, pero conociendo las causas sociales que los originaron.”¹²

En su conjunto, en sentido objetivo, y subjetivo, manifiesta además: el último fin del proceso coincide con el de la pena, lo cual, equivale a decir que es el restablecimiento del orden turbado por el delito, y considerando al juicio en sus relaciones con este último fin (que respecto al juicio subjetivo es un fin mediato), tiene un carácter eminentemente político; es un instrumento para reparar el mal político del delito.

El fin mediato del juicio, es la represión del desorden; el fin inmediato, el descubrimiento de la verdad.

Pero como lo dice el Citado Maestro Francesco Carrara, se respeta el derecho de defensa. Y resaltando que para esta escuela su principal idea es la de prevenir los delitos.

- b) Escuela Positiva.- Los positivistas, consideraron que el proceso, necesariamente conduce a la **imposición de la pena como un medio de defensa social**, de tal manera que el fin del proceso es el restablecimiento de la igualdad de derechos y garantías entre los individuos delincuentes y la

¹² Ibidem, p. 78.

sociedad honrada, para obviar las exageraciones individualistas de la Escuela Clásica; con base en los indicios proporcionados por la ontología del propio tribunal, se podrá determinar a qué categoría antropológica pertenecen y, por tanto, cual sea su temibilidad; en consecuencia, durante el proceso procederá averiguar si el imputado es realmente el autor del hecho de que se trate, determinando las causas y las circunstancias, y ya fijada la relación causal, entre el agente y el acto, se podrá pedir y discutir la absolución o la condena del sujeto, de tal manera, que el objeto del juicio penal consistirá en el examen físico del delincuente, para inducir, no el grado de su responsabilidad moral, sino el de su temibilidad, ya que los delincuentes no presentan una unidad de tipo abstracto, y es preciso estudiarlos según su diversa temibilidad deducida de los factores naturales del delito cometido, porque tal y como lo expusieron Garófalo y Bertillón, el estudio de los factores antropológicos del delito, determinando los caracteres orgánicos y psíquicos del delincuente y el vario concurso de la edad, sexo, estado civil, profesión, etc., en las diferentes clases de delitos, ofrecerán a la Policía judicial, la ayuda de nuevos y más seguros medios para la búsqueda de los culpables, así se disminuye en cuanto es posible, la idea de la casualidad de los juicios criminales que son verdaderos juegos de azar para los delincuentes y para la sociedad, y de esta manera, finalmente, queda la justicia serena y severa, sin ser indecorosa escuela de delitos, ni espectáculos de jueces inexpertos e ignorantes, de acusadores agresivos y de abogados declamadores.

Tomando en cuenta las opiniones de Garófalo, César Lombroso y Enrico Ferri, si la pena constituye un medio de defensa social y se toma en cuenta la anormalidad de quien delinque, el objeto del proceso será el conocimiento y determinación de los factores antropológicos del delito, precisando los caracteres orgánicos y psíquicos del delincuente; y la finalidad del mismo, estará representada por la defensa social a través de la aplicación de las penas, resaltando que el objetivo es sancionar la peligrosidad del tipo de delincuente que se trate y así sancionarlo.

- c) Escuela de la Política criminal.- De los postulados de la Escuela de la Política Criminal, se intuye que, el fin del proceso es la aplicación de las penas y

medidas de seguridad, como medios de lucha para combatir el delito; y el objeto, es el delincuente como sujeto imputable, cuyo comportamiento social debe estar normando por la ley y por aquellos actos que ocurren en la sociedad; por ello, de determinarse la etiología del fenómeno a través de los estudios que el caso aconseje.

La doctrina actual, señala con claridad el objeto y fines del proceso penal: son conceptos distintos, cuya precisión no ofrece dificultad; consecuentemente, el proceso tiene un objeto y un fin.

Las posiciones doctrinales existentes, aluden al objeto con un hecho concreto, y también lo estudian desde el punto de vista de su finalidad.

- a) El objeto como hecho concreto.- En cuanto al objeto como un hecho concreto, distinguen el hecho jurídico. Con referencia al hecho puro del hecho jurídico. Con referencia al hecho puro, Orbaneja manifiesta: “el objeto de cada proceso es un hecho y no una determinada figura delictiva, ni una determinada consecuencia penal; identificándose la acción penal sólo desde el punto de vista objetivo, la acción puede identificarse con el hecho sobre el que recae la acusación, y si el objeto del proceso fuera un delito y no un hecho, bastaría que se cambiara la tipicidad del delito para que fuera juzgado un mismo sujeto bajo dos puntos de vista diferentes.

En esta teoría, no se toma en consideración que, dentro del ámbito jurídico, únicamente determinados hechos conciernen a la materia procesal, y que muchos otros no son tomados en cuenta por ella.

La teoría del hecho jurídico, es expuesta, fundamentalmente, por Beling y Florián.

Beling, sostiene: “El objeto procesal es el asunto de la vida en torno al cual gira el proceso y cuya resolución constituye la tarea propia del proceso, los demás asuntos de que los tribunales deben ocuparse se enfrentan con el objeto, éstos pueden ser los asuntos procesales mismos (relación, acción, etc.), que constituyen actos anteriores a los que recaen sobre el objeto del proceso. Cabe distinguir, además, asuntos que no se refieren al proceso, pero el objeto procesal penal no

se encuentra constituido por cualquier asunto de la vida, sino por asuntos penales, estos casos de Derecho Penal, o sea casos en que, si bien son de la vida, considerados desde el punto de vista del Derecho Penal, pero el asunto penal sólo lo tomamos desde un punto de vista hipotético, puesto que sólo mediante el proceso podemos determinar que hechos han acaecido efectivamente y si existe o no punibilidad.

Florián indica: “El objeto fundamental del proceso penal es una determinada relación de Derecho Penal que surge de un hecho que se considera delito, y se desarrolla entre el Estado y el individuo al cual se atribuye el hecho, con el fin de que sea aplicada a este último la ley penal. Desde luego, no es necesario que la relación exista como verdad de hecho, basta que tenga existencia como hipótesis.”¹³

Podemos distinguir el objeto del proceso a diferencia del contenido diciendo: objeto del proceso es la averiguación de la certeza jurídica sobre la subsistencia de la pretensión punitiva deducida en consideración a una persona (imputado). La actividad por medio de la cual, la persona en averiguación de la imputación se presenta para hacer el objeto de la misma.

En cuanto al contenido, lo divide en material y formal. El contenido material, está en la pretensión punitiva estatal y en las otras pretensiones de derecho sustantivo que se hacen valer en el proceso. El contenido formal, se da al lado de los actos y formas procesales reguladas en la ley para la actuación de los fines del proceso.

b) En cuanto a su finalidad.- Por lo que toca a las teorías que estudian el objeto procesal, desde el punto de vista de su finalidad, Fenech señala: debe entenderse como objeto del proceso como aquello sobre lo que recae la actividad que en el mismo desarrollan sus sujetos, no debiendo confundirse con el fin, puesto que éste es lo que se propone conseguir.

Agrega: los sujetos del proceso desarrollan una serie de actos cuya fuente legal los conduce a un fin común; giran en torno a una petición, a una defensa y, por

¹³ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, op. Cit. Pág. 80.

último, a una actividad de examen y decisión que armoniza la petición y la defensa.

Goldschmidt, al igual que Fenech, tiende a considerar el objeto del proceso como la exigencia punitiva hecha valer en el mismo.

A mi juicio, el objeto del proceso: es la conducta o hecho que genera la relación jurídica-material de derecho penal, que hace surgir al proceso mismo y que, por ende. Dado el caso, y en el momento, de la definición de la pretensión punitiva estatal se generaran las consecuencias correspondientes, puesto que siempre he considerado que la punibilidad no es elemento del delito, sino consecuencia de este.

FINES DEL PROCESO

Con relación al fin o fines del proceso, existe discrepancia entre los autores, mientras algunos aluden a los fines, otros únicos se concretan al fin; por ello, es conveniente precisar: si se hace referencia al fin, significa lo que se persigue a través de una actividad; de tal manera que, cuando esta es realizada, podrá obtenerse un resultado o varios a la vez, en consecuencia, ya sea que se utilice el término fin o fines, con eso se esta indicando claramente lo que se quiere significar; una minuciosidad, en contrario, es inútil jactancia con pretensión de complicarlo todo acudiendo para ello a posturas pseudo-científicas.

Los fines del proceso se clasifican en: generales y específicos.

- a) *Generales*. - Muchos procesalistas, seguramente con pretensión de abarcar íntegramente el resultado del proceso se refieren para ello a fines generales, mediatos e inmediatos.

El fin general inmediato es: "la relación a la aplicación de la ley a caso concreto"¹⁴, ya que aquella no contiene sino prevenciones abstractas, por lo tanto, en el proceso se debe comprobar si el hecho constituye un delito, y posteriormente fijar, si esto sucede, la responsabilidad del delincuente.

Considero que si se alude a fines y luego a ello se agrega la palabra general o generales, ya se trate de lo calificado como mediato e inmediato, esto último

¹⁴ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, op. Cit. pág. 2.

resulta innecesario por ser obvio, ya sea que se refieran a la ley penal sustantiva o a la adjetiva, una y otra integran el Derecho Penal in genere, por no ser comprensible la existencia de una sin la otra; por ende, el pensamiento común esta consiente que la investigación de los hechos delictuosos y la dinámica encaminada a al imposición de una pena están siempre dirigidos a la represión de la delincuencia, ejemplarizando al imponer una pena al infractor de la ley.

b) Específicos.- los fines específicos del proceso, son la verdad histórica y la personalidad del delincuente:

1. Verdad histórica.- de gran trascendencia es el conocimiento de la verdad sobre las causas, naturaleza, efectos y consecuencias de la conducta o hecho que motivo el ejercicio de la acción penal. Es necesario determinarla, por lo cual toda la tarea de los intervinientes, tanto en la relación jurídica-material de Derecho Penal, como en la relación jurídica procesal está encaminada a obtenerla.

La verdad, es “la concordancia entre un hecho real y la idea que de él se forma el entendimiento, por ende, la verdad es lo real, lo acontecido, y cuando existe una adecuación de; la idea a esa realidad se puede establecer que se conoce la verdad.

Frecuentemente, se alude a tres verdades: histórica, material y formal.

La verdad histórica, es la que se procura obtener siempre que se quiera asegurar de la realidad de los acontecimientos, de algunos hechos realizados en el tiempo y en el espacio. Como su nombre lo indica, siempre versa sobre el pasado, por eso se le califica como histórica.

La verdad material podemos indicar que es aquella que se encuentra probada, o es como en realidad sucedieron los hechos o acontecimientos.

Verdad formal: “es aquella que se tiene por tal únicamente en vista de que es el resultado de una prueba que la ley reputa infalible. Verdad material es la que se fija en el pensamiento del juez como certeza y como consecuencia de la libre apreciación, por él mismo realizada de la prueba”

En general, la verdad formal, tiene como fuente inmediata directa la

voluntad del legislador, quien así lo considera para el logro del objetivo y Fines que se persiguen, ejemplo: en el proceso civil al ser emplazado el demandado se le señala el límite de tiempo para contestar la demanda y se le indica que de no hacerlo así se le tendrá por confeso y el Juicio se seguirá en rebeldía.

Con relación al procedimiento penal: solamente debe perseguirse una sola verdad, porque esto ha sido siempre la meta del procedimiento y lo que sucede es que “al fin y al cabo la perspectiva ha mudado para los hombres conforme al carácter histórico desde el cual han querido conocerla”.

Independientemente de la discusión filosófica, en cuanto a la esencia de la verdad y si existen varias clases de ésta; insisto en el Derecho de Procedimientos Penales a partir del momento de la comisión del delito, toda la actividad de los servidores públicos del Estado competentes, procurarán la obtención de la verdad real, o material, para así con base en la misma realizar el último fin del proceso, calificando la conducta o hecho.

2 Personalidad del delincuente.- la personalidad del delincuente, o más bien, el estudio psicosomático social del sujeto de imputación, versará sobre el conocimiento del mismo, sobre los elementos familiares, ambientales e investigación social, para conocer su personalidad, y el juez, con base en esos elementos resuelva de acuerdo con las previsiones legales y, dado el caso, ordene el tratamiento más adecuado al sentenciado.

Los positivistas, señalan: el proceso no debe constituirse en un simple duelo de carácter judicial entre la defensa y el Ministerio Público, sino en un conjunto de actos de carácter técnico en los que prevalezca la razón y el sentimiento humanitario.

Podemos hablar de fin mediato e inmediato, el primero, afirma que es de carácter sociológico y en ello no hay controversia; lo que se pretende es lograr la defensa de la sociedad mediante la aplicación de la ley penal. El proceso, considerado desde el punto de vista de su fin inmediato, colabora al logro de dicha defensa, sustituyendo la venganza privada con la actuación jurisdiccional.

Niceto Alcalá Zamora, dice: “son dos los fines del proceso que cabrían llamar represivo y preventivo, es decir, restaurar el orden (jurídico) perturbado y evitar que se perturbe el orden (público) por obra de la autodefensa; pero los procesalistas reducen el desarrollo de esas ideas a su mínima expresión y dan casi por entendida a la autodefensa, que tiene y seguirá teniendo variadísimas manifestaciones lícitas unas e ilícitas otras, y cuya huella o impregnación se descubre, además, a poco que se ahonde, en diversas instituciones procesales”¹⁵.

No podemos decir que exista un fin general si no es con relación a los intereses que cada elemento de la citada representa (alude al juez, al Ministerio Público), al sujeto activo del delito y al ofendido). Y así tendremos que en cuanto al juez, el proceso persigue como fin el que éste tenga una base para dictar sentencia, respecto al Ministerio Público; garantizar la vida de su acción; en cuanto al procesado que tenga libre el ejercicio de defensa; por lo que se retire a la sociedad, se le repare el daño aplicando el medio justo mediante el cual se readapte al delincuente y, finalmente, por lo que se refiere al ofendido; resarciéndose de los daños materiales y morales que hubiere sufrido por la comisión del delito”.

1.5 SISTEMAS PROCESALES.

Se ha concebido el proceso como una relación jurídica entre diversos sujetos, quienes manifiestan su actuación a través de actos denominados procesales: empero estos están regulados por lo dispuesto en el código Procedimental de que se trate. Su fuente de procedencia es siempre la ley, deben ser uniformes y adecuados y estar revestidos de formas específicas, mismas que son determinantes para calificar el sistema procesal al que pertenecen.

He concebido el proceso como una relación jurídica entre diversos sujetos, quienes manifiestan su actuación a través de actos denominados procesales. Su fuente de procedencia es siempre ley, deben ser uniformes y adecuados y estar revestidos de formas específicas, mismas que son determinantes para calificar al sistema proceso que pertenecen.

¹⁵ COLÍN SANCHEZ, Guillermo, op. Cit. Pág. 82

De la historia del proceso penal a tres sistemas procesales: inquisitivo, acusatorio y mixto¹⁶.

1.5.1 SISTEMA INQUISITIVO.

Los antecedentes históricos del sistema inquisitivo datan del Derecho Romano (de la época de Dioclesiano); se propagan con los emperadores de Oriente en toda Europa, hasta alcanzar institucionalidad en el siglo XII, bajo los auspicios de Bonifacio VIII y en Francia, en 1670, por Luis XIV.

Este sistema, es propio de los regímenes despóticos, tiene las siguientes características: impera la verdad material, misma que solo importa por su naturaleza; y frente a la participación humana es nugatoria. La privación de la libertad esta sujeta al capricho de quien ostenta la autoridad; el uso del tormento prevalece comúnmente para obtener la confesión. La delación anónima, la incomunicación del detenido, el carácter secreto del procedimiento y la instrucción escrita, son bases fundamentales en que se apoya. Los actos de acusación, de defensa y decisión residen en el juzgador, para quien no existen limitaciones respecto a las investigaciones encaminadas a obtener la amplia información sobre los hechos.

El proceso, se seguía a espaldas del inculpado, la defensa era casi nula, y cuando por excepción se llevaba a cabo, la realizaba el juez, en cuyo caso, para resolver la suerte del acusado, se fundamentaba en todo aquello que, caprichosamente, se utilizaba como medio de prueba.

1.5.2. SISTEMA ACUSATORIO.

Es considerado como la forma primitiva de los juicios criminales, debido a que, históricamente mientras prevaleció el interés privado, sólo se iniciaba el juicio previa acusación del ofendido o de sus familiares; después, tal atribución se delegó a la sociedad en general.

¹⁶ Ibidem, pág. 87.

En la actualidad, ha sido adoptado por aquellos países organizados bajo el régimen democrático y sus características son las siguientes:

Los actos procesales de acusación, defensa y decisión, no se ejercen por una sola persona, se encomiendan a sujetos distintos: los actos de acusación, los encomienda el Estado al Ministerio Público, los actos de defensa al inculpado, ya sea por sí, o por medio de un defensor que lo representa, defensor que puede ser un particular, o designarlo en su nombre el Estado, es él llamado defensor de oficio, y los actos de decisión, a la persona física juez, magistrado, etc.

En este sistema, el representante del Estado señalado es el titular de la acción penal, misma que si no ha sido ejercitada, no es posible la existencia del proceso; la libertad de las personas, está asegurada por un conjunto de garantías instituidas legalmente y sólo admite las excepciones que la necesidad procedimental demanda; por ende, imperan los principios de igualdad, moralidad, publicidad, y concentración de los actos procesales. Por último, corresponde a “las partes” la aportación de pruebas, y la valoración de éstas al juez.

1.5.3. SISTEMA PENAL MIXTO.

Algunos historiadores del Derecho, consideran que los vestigios de este sistema datan de la etapa de transición de la República al Imperio Romano y tiempo después alcanzó vigencia en Alemania, en donde había imperado el sistema acusatorio, independientemente del sistema inquisitivo que sólo existía en forma subsidiaria.

El sistema mixto, adquirió mayor importancia al ser nutrido con elementos de la ideología emanada de la Revolución Francesa.

Se caracterizó por algunos principios de los sistemas acusatorios e inquisitivos.

El proceso, nace con la acusación formulada por un sujeto, específicamente determinado por el Estado, por lo que, en situaciones diversas, el juez está impedido para tomar conocimiento de la conducta o hecho punibles; durante la instrucción procesal, se observan la escritura y el secreto; en el juicio privan, como

formas de los actos procesales; oralidad, publicidad, y contradicción. La defensa, es relativa, por que aunque tiene a su cargo la asistencia del procesado, no disfruta de la amplitud necesaria para cumplir su cometido. El juez, tiene amplias facultades para justipreciar el material probatorio.

1.6. EL SISTEMA MEXICANO.

El proceso penal en México, en opinión de algunos tratadistas, es acusatorio (Franco Sodi, González Bustamante); sin embargo, otros sostienen que es mixto (Rivera Silva).

González Bustamante, indica “es un proceso de partes cuyas funciones están delimitadas por la ley”. Franco Sodi, mantiene firmemente su criterio, en relación a que el proceso penal en México es de tipo acusatorio y no de tipo mixto, y manifiesta: por mandato constitucional así debe ser, y las argumentaciones en contrario carecen de justificación; el hecho de que en muchas ocasiones la averiguación previa se practique a espaldas del inculpado, no puede servir de base para sustentar dicha tesis, pues en ese instante procedimental no podemos aún hablar de un proceso penal judicial.

Manuel Rivera Silva, considera: el sistema adoptado por la legislación mexicana es mixto; la tesis consistente en que nuestro sistema es acusatorio “se encuentra totalmente desvirtuada por el hecho de que nuestra ley permite al juez cierta inquisición en el proceso, lo cual riñe, de manera absoluta, con el simple decidir que lo caracteriza en el sistema acusatorio, cita como ejemplo, los artículos, 314 y 315, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

El criterio anterior, sustentado bajo esas bases, no es aceptable, pues si bien es cierto que el juez ordena la práctica de diligencias, en los casos que estima pertinentes, es con el objeto de conocer la verdad en todas sus formas, puesto que él es quien en s momento, debe decidir. Esto último, no podría tener lugar, por lo menos en forma eficaz, si no le fueran otorgadas amplias facultades

para el conocimiento de los hechos; al juez puede tomar iniciativas en materia de prueba, puesto que de no ser así tendría que absolver en ciertos asuntos.

Ejercitada la acción penal, es perfectamente lícito que para el cumplimiento de sus funciones, practique las diligencias necesarias que le permitan el conocimiento de la verdad histórica y la personalidad del delincuente, para facilitar bases de sustentación para resolver la situación jurídica planteada, y sin que por ello se esté avocando a la llamada carga de la prueba, invadiendo de esa manera funciones del agente del Ministerio Público o del defensor.

La doctrina más generalizada, observando una minuciosidad extrema, acepta que el proceso está gobernado por los siguientes principios: legalidad, obligatoriedad, necesidad, identidad del juez, autonomía de las funciones procesales, oralidad, contradicción, publicidad, etc.

Bajo este supuesto, no se diferencian ni se aprecian similitudes, derivaciones o si se trata de verdaderos principios o de formas o formalidades de los actos procesales.

Por este motivo, tomando como base la estructura y los perfiles del sistema acusatorio, considero que el procedimiento penal y, por ende, el proceso en los Estados Unidos Mexicanos, se rige por el principio fundamental de legalidad, mismo que es el principio de todos los llamados principios, la obligatoriedad, la inmediación, misma que podemos entender que el juez obtenga el conocimiento a través del contacto con los sujetos de la relación procesal, para adquirir el material necesario que le permita pronunciar la resolución del caso. Esto, también, obedece a un mandato expreso de la ley; la concentración de los actos procesales, misma que implican desenvolvimiento ininterrumpido y ordenado de los actos procesales, de tal manera que, unos dan lugar al nacimiento de otros y así sucesivamente, hasta llegar al momento culminante del proceso: la sentencia¹⁷.

Tomando en consideración lo anterior tenemos que antes las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación nos encontrábamos ante, un

¹⁷ Ibidem, pág. 90

proceso penal mixto, porque el Juez en su haber, realizaba en algunos asuntos actos encaminados a investigar y acusar al procesado, pero como se ha replanteado el proceso mexicano, se convierte en un proceso acusatorio adversarial, con las facultades de los sujetos intervinientes, debidamente limitadas.

1.7. SUJETOS DE LA RELACIÓN PROCESAL.

Concebido el proceso como relación jurídica, es necesario precisar entre quienes se establece y cuál es la personalidad de los intervinientes. El juez, ha sido siempre la figura central del “drama procesal”, tiene a su cargo los actos de decisión: no actúa aisladamente, requiere de la colaboración de sujetos, específicamente determinados, que generen con sus propios actos la dinámica que facilite el inicio y avance del proceso hasta alcanzar la meta deseada.

En un sistema procesal acusatorio, como el imperante en el medio mexicano, es el agente del Ministerio Público, a través del ejercicio de la acción penal, quien provoca que el juez dicte las resoluciones procedentes y eso, a su vez, origine actos de defensa a cargo del probable autor del delito y defensor, mismos que generan otros actos del titular de la función acusatoria y que son el antecedente de la decisión respectiva, cuyos efectos provocan nueva defensa, etc.

Toda esta actividad, en conjunto con otros elementos, precisan las fases o etapas procedimentales que faciliten la realización del fin último del proceso, empero, lo hasta el momento indicado no podría darse sin la colaboración de: policías, testigos etc.

Por lo hasta aquí expuesto, los sujetos intervinientes en el proceso, en atención a las funciones que desempeñan, los clasifico en: *principales, necesarios y auxiliares*.

Los primeros, son: el Agente del Ministerio Público, a cuyo cargo están los actos de acusación; el juez, a quien incumben los actos de decisión; el denominado, “sujeto activo del delito” que juntamente con el defensor llevan a

cabo los actos de defensa; y el “sujeto pasivo del delito” (con la peculiar situación en que el legislador lo ubica en el medio mexicano).

Los segundos, son: los testigos, los peritos, los intérpretes y los órganos de representación, autorización o asistencia de los incapaces (padres, tutores o curadores).

Los auxiliares, son: el personal policíaco, los secretarios, los oficiales judiciales, los directores y el personal de los establecimientos carcelarios.

Es conveniente recordar que, tradicionalmente, todo aquel contendiente en el proceso es designado o conocido con el nombre de “parte”. Esto es causa que motiva se piense en una contienda o pugna que habrá de dilucidarse.

Quienes sostienen que el concepto “parte” no deben operar en el campo del derecho penal, se fundan en el concepto tradicional y en las características de las “partes” en el proceso civil, en que el inculpado es un órgano de prueba y, por ello, no puede ser “parte” y, en que el Agente del Ministerio Público interviene en muchas ocasiones a favor del propio inculpado, quebrantándose así la connotación precisa del concepto.

Otto Mayer, manifiesta: El Ministerio Público no es “parte”, es tan solo un “órgano del Estado” y tampoco el Estado puede ser considerado “parte”. Dentro de la administración de justicia hay dos clases de esta: la “parte” única o uniforme y la de “partes” (El concepto “partes”, es de procedencia civilista y ha adquirido en esa rama un carácter institucional, de tal manera, que partiendo de esa base se explica el porque algunos autores le niegan el carácter de parte al agente del Ministerio Público y hasta al inculpado.) contrarias; en todo proceso. Cada una asume un papel determinado, y cuando esta organizado de tal manera que admite papeles contrapuestos, tanto para la autoridad, como para la persona privada, de lo único que se trata, es de hacer una distribución formal de los papeles de “parte”, para que pueda llevarse a cabo un procedimiento contradictorio y disciplinado.

CAPITULO II

AVERIGUACIÓN PREVIA.

2.1. CONCEPTO Y FINALIDAD

Averiguación se define como una facultad que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos otorga al Ministerio Público para investigar los delitos. En el desarrollo y práctica de la Averiguación Previa comprende desde la denuncia o querrela hasta la determinación del ejercicio o no de la acción penal. Pero podemos conceptualizarla desde tres puntos de vista: como atribución del ministerio público; fase del procedimiento penal y expediente. Conforme al primer enfoque la averiguación previa es la facultad que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos otorga al Ministerio Público para investigar los delitos; en tanto que fase del procedimiento penal puede definirse la averiguación previa como la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para conocer la verdad histórica de un hecho posiblemente delictivo y en su caso comprobar o no, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal; finalmente considerada como expediente, la averiguación previa es el documento que contiene todas las diligencias realizadas por el órgano investigador para conocer la verdad histórica de un hecho posiblemente delictivo y en su caso comprobar o no, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal.¹

Aunado a lo anterior la preparación del ejercicio de la acción penal se realiza en la Averiguación Previa llamada también Fase Preprocesal. Esta es la etapa procedimental en la que el Estado por conducto del Procurador y de los Agentes del Ministerio Público, con auxilio de la Policía Judicial, practica las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar, la acción penal, debiendo estar acreditados los elementos de tipo penal y la probable

¹ OSORIO Y NIETO, César Augusto, La Averiguación Previa, 19ª Edición, Porrúa, 2009, México. Pág. 5.

responsabilidad. El tipo como descripción de conducta prohibida presenta elementos objetivos y subjetivos que permiten concluir su existencia, cuando falte alguno de éstos puede surgir alguna causa de atipicidad u otra condición que impida el inicio o continuación de la imputación correspondiente, de aquí la necesidad de distinguir entre los elementos positivos y negativos del tipo frente la conducta, conforme a lo dispuesto en la fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal, y el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales es necesario para la existencia del tipo que se cumpla con los requisitos que se plantean: como elementos positivos tenemos que es una actividad, típica, antijurídica, imputable, culpable, existan condiciones objetivas de punibilidad y la punibilidad; sin que lleguen a existir los elementos negativos, lo que es una falta de acción, ausencia del tipo, causa de justificación, causas de inimputabilidad, causa de inculpabilidad, falta de condición objetiva, y una excusa absolutoria.

Debiendo realizarse dentro del plazo que marca la constitución, tomando en cuenta lo siguiente:

- Debe determinarse si es con detenido o sin detenido.
- Cuando es con detenido, Const. Art. 16, párrafo 7° establece solo podrá durar 48 horas. Este plazo podrá duplicarse en casos de delincuencia organizada. Entendiendo por delincuencia organizada lo que nos dice la siguiente tesis jurisprudencial:

Registro No. 174276 **Localización:** Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIV, Septiembre de 2006 Página: 1194 Tesis: II.2o.P. J/22 Jurisprudencia Materia(s): Penal.

DELINCUENCIA ORGANIZADA, NATURALEZA DEL DELITO DE.

Conforme al artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la hipótesis delictiva se actualiza cuando: tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos que en diversas fracciones se precisan de manera limitativa en el

propio numeral. De lo anterior se obtiene que, desde el punto de vista de la dogmática jurídica penal, el aludido delito puede clasificarse como de naturaleza plurisubjetiva, puesto que se requiere de un número mínimo de activos, que es de tres personas; de comisión alternativa, pues puede actualizarse mediante la hipótesis conductual de "organizarse, o bien, por el hecho de acordar hacerlo"; ello con la finalidad de realizar conductas que por sí mismas o unidas a otras, que regula a su vez el fin o resultado de cometer alguno o algunos de los delitos que limitativamente se precisan; por tanto, requiere de un elemento subjetivo específico (distinto del dolo), que se traduce en esa particular finalidad; además, puede clasificarse como de aquellos que la doctrina denomina "de resultado anticipado o cortado" puesto que para su configuración es irrelevante el que se logre o no la consumación, materialización, o simplemente exteriorización de las conductas que pudieran integrar a los diversos delitos que conformaren en abstracto la finalidad perseguida por la organización. Además, es sin duda un delito doloso, en donde el dolo debe abarcar el conocimiento de los aspectos objetivos y la voluntad del autor o aceptar tal integración, esto es, el saber y querer de esa pertenencia al grupo que deliberadamente se organiza o acuerda organizarse.

- Sin embargo se dan casos de excepción en la práctica como el arraigo "domiciliario".

Entendemos como arraigo domiciliario el acto por el cual se obliga a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia, a permanecer en un domicilio bajo la vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora, trae como consecuencia la inmovilidad de su persona en un inmueble, por tanto, es un acto que afecta y restringe la libertad personal. Previsto por el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

En la averiguación previa encontramos que existen diversos aspectos que comprenden su estudio:

- A) La noticia del delito (notitia criminis): 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;
- B) Los requisitos de procedibilidad (denuncia y querella).
- C) Actos de la Policía Judicial en auxilio de la realización de diligencias o investigaciones ordenadas por el Agente del Ministerio Público; y
- D) Determinación del Ministerio Público.

Debemos mencionar que en la actualidad el titular de la averiguación previa es el Ministerio Público; tal afirmación se desprende de lo establecido en el artículo 21 Constitucional, que contiene la atribución del Ministerio Público de averiguar, de investigar, de perseguir los delitos, evidentemente si el Ministerio Público tiene la atribución de orden constitucional de averiguar los delitos y esta atribución la lleva a cabo mediante la averiguación previa, la titularidad de la averiguación previa corresponde al Ministerio Público.

Además del apoyo de orden constitucional, disposiciones de ley secundaria, atribuyen la titularidad de la averiguación previa al Ministerio Público, el artículo 3 fracción I del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, otorga la calidad de titular de la averiguación previa al Ministerio Público, en igual sentido los artículos 1 y 2 fracciones I y II de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, confieren tal atribución al Ministerio Público.

Con la finalidad de ejercer la función persecutoria, que entendemos por un conjunto de actividades que desarrolla el Ministerio Público para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal del inculpado y llegar a saber quién o quiénes los realizaron y con ello estar en condiciones de solicitar la intervención del órgano jurisdiccional, para que, en su caso, se impongan las penas y así también actuar en los procesos, ofreciendo y desahogando pruebas, formulando conclusiones y en su caso también interponer los recursos en fiel persecución de los delitos.

La actividad del Ministerio Público tendiente a comprobar los delitos y a descubrir quienes los cometieron, se va reuniendo en un expediente al que se le denomina Averiguación Previa y de aquí desprendemos que el propio Ministerio Público en esta averiguación previa va a desarrollar dos tipos de actividades, pues por una parte desplegará una *labor investigadora* y terminada ésta ejercerá la *acción penal* o procesal penal.

En la labor investigadora el Ministerio Público actúa como una verdadera autoridad, de naturaleza administrativa, pues las actuaciones se practican por y ante el Ministerio Público, de lo que se desprende que la Averiguación Previa es un procedimiento penal de naturaleza administrativa; en el entendido de que la labor investigadora deberá obedecer a los siguientes principios, plasmados en los artículos 262 del C.P.P.D.F. y 113 del C.F.P.P.:

- A) Principio de Obligatoriedad: se establece que el Ministerio Público, una vez que tiene conocimiento de la conducta delictiva, mediante la denuncia o la querella, llamados requisitos de procedibilidad o noticia críminis, está obligado a intervenir en la investigación de esa conducta delictiva.
- B) Principio de Oficiosidad: debemos decir que el Ministerio Público, para realizar su labor investigadora, no necesita esperar a que lo estén instando mediante promociones que hagan el denunciante, el querellante, la víctima o el ofendido.
- C) Principio de Legalidad: aún cuando el artículo 124 del C.P.P.D.F., establece que para la comprobación de los elementos del tipo y la probable o plena responsabilidad del inculpado, el Ministerio Público gozará de la acción más amplia para emplear los medios de prueba que estime conducentes, según su criterio, aunque no sea de los que define el Código; pero siempre y cuando esos medios no estén reprobados por la propio ley. Si bien es cierto, esto también lo es el hecho de que el Ministerio Público, en su labor, debe de ceñirse o ajustarse a lo que se ordena en los códigos de procedimientos penales, en los sendos capítulos de averiguación previa, a tal grado que el artículo 286 del C.P.P.D.F., establece ese principio de legalidad diciendo: "las diligencias practicadas por el Ministerio Público y por la Policía Judicial, tendrán valor probatorio pleno siempre que se ajuste a las reglas relativas de ese Código de Procedimientos Penales".

2.2. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.

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

Para que se inicie el procedimiento y pueda darse válidamente el proceso, doctrinaria y legalmente son necesarios algunos elementos que le den vida; lo cual me conduce al estudio de los denominados presupuestos procesales.

Pero los presupuestos procesales sin los cuales no pueden haber un legítimo procedimiento penal, presupone a su vez un elemento meramente material o material-formal; indispensable para la consideración práctica.

Eugenio Florián, los presupuestos son: los requisitos mínimos cuyo cumplimiento es necesario para que exista, genéricamente, un proceso en el cual el órgano judicial puede proveer.²

Raúl Alberto Frosali, llama presupuestos procesales a los requisitos para la existencia jurídica de una relación de naturaleza procesal; admite que si estos no se dan, ningún acto puede adquirir esa naturaleza, ni ninguna decisión puede llegar a tener un carácter jurisdiccional. En consecuencia los presupuestos procesales son la capacidad para promover la acción penal y la capacidad jurisdiccional.³

Miguel Fenech, señala los presupuestos procesales, propiamente dichos, son aquellos de los cuales dependen la admisibilidad y eficacia del proceso mismo y los presupuestos de los actos, por referirse a un acto particular.⁴

Manzini, manifiesta “Los presupuestos procesales son aquellas condiciones de existencia, los requisitos esenciales para el nacimiento y la válida constitución de la relación procesal considera en si misma y en sus fases diversas.”⁵

² COLIN SANCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 19 Edición, Porrúa, México, 2006: página 319.

³ Ibidem, pág. 318.

⁴ Idem.

La mayor parte de los autores no emplean el término elementos sino el de presupuestos cuya connotación se refiere a los antecedentes jurídicos previos a la realización del proceso.

Algunos estudios y también autores de la materia penal, reiteradamente se refiere a las condiciones objetivas de punibilidad e inadecuadamente utilizan la palabra condición o condiciones, haciendo caso omiso de que dicho vocablo en lo jurídico tiene universalmente la aceptación: acontecimiento futuro de realización incierta, del cual depende la eficacia de la resolución de un derecho o de una obligación.

En cambio los requisitos de procedibilidad son también exigencias que legalmente deben satisfacerse para proceder en contra de quien infringió una norma del Derecho Penal Sustantivo.

Estos son condiciones que legalmente deben satisfacerse para que se pueda proceder en contra de quien a cometido un hecho delictuoso y que sin que se dieran estas condiciones, el Agente del Ministerio Público al haber realizado la averiguación previa y haber ejercitado la acción penal, no podría llevar a cabo el desarrollo normal del procedimiento.

Este elemento, es el hecho jurídico de la noticia del delito (*notitia criminis*), noticia que puede vincularse a determinados actos jurídicos que influyen en la constitución de la relación procesal (denuncia, querella, excitativa, etc.), o puede provenir de otra fuente, determinando la actividad del órgano competente para promover la constitución de dicha relación".

En algunos casos, para que se inicie el procedimiento, es necesario que se den los requisitos mencionados, y aunque pudiera ser que el agente del Ministerio Público, aun sin satisfacerlos, hubiera realizado la averiguación previa, y la consignación de los hechos, esto podría impedir que se diera un proceso válido.

⁵ Idem.

2.2.1. DENUNCIA

Entendemos la denuncia como la comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público de la posible comisión de un delito perseguible de oficio.⁶

La palabra denuncia o el verbo denunciar desde el punto de vista gramatical, significa: aviso, poner en conocimiento de autoridad competente verbalmente o por escrito, lo que se sabe respecto a la comisión de hechos que son o pueden ser delictivos. Actualmente se ha implementado por parte de las autoridades, la figura de la denuncia anónima misma que no hará prueba en cuanto hace al desarrollo del proceso penal, pero si motivara la actuación del Ministerio Público en el desarrollo e investigación de los delitos, de conformidad con la tesis jurisprudencial siguiente:

Registro No. 168946 **Localización:** Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII, Septiembre de 2008, Página: 1052, Tesis: XVII.1o.P.A. J/19, Jurisprudencia, Materia(s): Penal.

DENUNCIA ANÓNIMA. JUSTIFICA LA ACTUACIÓN DE LA INSTITUCIÓN MINISTERIAL PARA LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS, PERO CARECE DE VALOR PROBATORIO. Si bien es cierto que la denuncia anónima no constituye en sí una denuncia formal, pues no satisface lo dispuesto en el artículo 119 del Código Federal de Procedimientos Penales, y por tal motivo no se le confiere valor probatorio alguno, también lo es que tal tipo de denuncia, al tener como función poner en conocimiento un hecho delictuoso, es decir, constituir la información del delito (notitia criminis), justifica la actuación de la institución ministerial para iniciar la indagatoria correspondiente, toda vez que el Ministerio Público está obligado a proceder de oficio en la investigación de los delitos de los cuales tenga noticia, sin que para ello sea necesario agotar un requisito de

⁶ OSORIO Y NIETO, César Augusto, op. Cit. Pág. 9

procedibilidad, como en el caso de los ilícitos perseguidos por querella.

Para los objetivos y fines perseguidos a través de esta disciplina, es importante distinguir la denuncia como medio informativo y como requisito de procedibilidad.

Como medio informativo, es utilizada para hacer del conocimiento del agente del ministerio público, lo que se sabe acerca del delito; ya sea que, el propio portador de la noticia haya sido el afectado; o bien, que el ofendido sea alguna otra persona. Y como requisito de procedibilidad misma que debe cumplirse para que pueda el ministerio público justificar su actuación, en la persecución del delito, así como un medio necesario para que el juzgador se encuentre en la capacidad de dictar una orden de aprehensión. Podemos decir como requisito de procedibilidad, incumbe únicamente al procurador de justicia o al agente del ministerio público, por ser el primero sin titular, hecha la excepción de la acción popular

La denuncia puede presentarla cualquier persona en cumplimiento de un deber impuesto por la ley denunciar los delitos, es de interés general por que al quebrantarse lo dispuesto en algún ordenamiento jurídico se provoca un sentimiento de repulsión hacia el infractor; a todos importa que, previa la observancia de las formalidades esenciales del procedimiento, en su caso se determine la sanción y esta se cumpla⁷.

En el medio mexicano, atendiendo al contenido del artículo 16, de la constitución política de los estados unidos mexicanos, vigente adviértase que, el legislador incluye la palabra denuncia (entre otros elementos necesarios para poder dictar una orden de aprehensión).

Comúnmente no se entiende el alcance de la palabra mencionada y, algunos la consideran como “condición” para que el agente del ministerio público se avoque a su función característica, durante la averiguación previa.

Manuel Rivera Silva, considera la denuncia en el orden común y corriente, y, por ende, afirma “La obligatoriedad de la presentación de la denuncia es parcial y no

⁷ ZAMORA PIERCE, Jesús, Garantías y Proceso Penal, Séptima Edición, Editorial Porrúa, México 1994, pág. 15.

absoluta, ya que para hablar de obligatoriedad se requiere que exista la sanción. Y no podemos hablar de dicha obligatoriedad puesto que no existe en nuestras leyes penales, sanción alguna por omitir realizar una denuncia ante autoridades competentes, lo que nos llevaría únicamente a pensar en una necesidad social y como medio de procurar una disminución de la delincuencia así como del hecho de quien cometa un delito sea procesado, y reciba una sanción por la comisión u omisión de dicho acto considerado como delito. Reiterando que la denuncia del delito, en general puede ser presentado 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.

2.2.2. QUERELLA

La querella es el derecho o facultad que tiene una persona a la que se designa querellante, víctima de un hecho ilícito penal, para hacerlo del conocimiento del procurador de justicia o del agente del Ministerio Público, y con ello dar su anuencia para que se investigue la conducta o hecho y satisfechos que fueren los requisitos previstos en el artículo 16, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente, se lleve a cabo el proceso correspondiente⁸.

En todo delito, en el que se requiera la anuencia del ofendido, para su investigación, no sólo el agraviado, sino también su legítimo representante, lo harán del conocimiento del agente del Ministerio Público, para que éste se avoque a la investigación; por ende, esta autoridad está impedida para proceder sin que medie la manifestación de voluntad del que tiene ese derecho. De acuerdo con la siguiente tesis jurisprudencial:

Registro No. 186608 **Localización:** Novena Época Instancia:
Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la
Federación y su Gaceta XVI, Julio de 2002 Página: 1127 Tesis:
VI.1o.P. J/35Jurisprudencia Materia(s): Penal

⁸ Ibidem, pág. 17.

DELITOS QUE SE PERSIGUEN DE OFICIO. SON TODOS AQUELLOS QUE LA LEY NO CONTEMPLA EXPRESAMENTE QUE LO SEAN A PETICIÓN DE PARTE OFENDIDA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). El artículo 56 del código adjetivo penal señala que la averiguación de hechos delictuosos puede incoarse de oficio o por querella necesaria, y el artículo 59 del mismo ordenamiento legal, a la letra dice: "Es necesaria la querella de la parte ofendida en los casos expresamente determinados en el Código de Defensa Social."; por lo que de una interpretación a contrario sentido del precepto antes mencionado, se aprecia que los delitos que se persiguen de oficio son todos aquellos que no prevén expresamente que se persigan a petición de parte ofendida.

Carlos Binding, no es partidario de la querella; al respecto indica: cuando el Estado delega sus facultades en manos de los particulares, y el delito no se castiga, ya sea porque el querellante no presenta a tiempo su queja o porque está en manos de un representante inactivo, aquélla, no alcanza su objeto y la justicia sufre una lesión; además, el que se deje en manos de un particular la persecución del delito, propicia la inmoralidad en la administración de justicia⁹.

Los positivistas --principalmente Enrique Ferri--, también se muestran inconformes con la querella, fundamentándose en que, si los presuntos delincuentes significan un peligro para la sociedad, es incuestionable que deben perseguirse y no dejar su castigo al arbitrio de los particulares. Por otra parte, si dichas conductas, dado el carácter público del Derecho Penal, únicamente afectan intereses particulares, debieran desaparecer del código.

Los autores citados, consideran el problema desde un aspecto netamente doctrinal, olvidan las consecuencias que la persecución en contra de las personas, como presuntos responsables de algunos hechos produce en quienes han resentido la ofensa. Piénsese, en la publicidad de la conducta ilícita penal de un

⁹ COLIN SANCHEZ, Guillermo, op. Cit. Pág. 322.

sujeto, que puede dañar aún más, al ofendido, por ello es que, dada la naturaleza de algunas infracciones penales, lo correcto es dejar que los particulares otorguen su anuencia para que el agente del Ministerio Público investigue los hechos y, en su caso, se persiga al infractor.

Esto es de importancia capital para quien resiente la acción dañina, porque tiene oportunidad de valorar los pros y contras de un proceso en el que la situación muy personal del sujeto es la que, valga el uso de la expresión, está en juego.

La voluntad de los particulares no debe proscribirse, cuando el bien jurídico tutelado corresponde a ámbitos en los que, más que ofensa social, lo que se lesiona con el delito es el aspecto íntimo del ser humano o de núcleos como la familia que, en países como el nuestro es una institución fundamental sobre la cual está estructurada la organización social. La querella y su ubicación en el Derecho de Procedimientos Penales, es manifestación inequívoca de humanismo; no se olvide que el Derecho, es un producto humano y que está al servicio de los humanos, motivo por el que no es admisible que bajo esos supuestos no se torne en consideración a aquéllos a quienes se aplica, porque éstos ante cualquier hipótesis nunca claudican de su esencia.

Respecto a la colocación adecuada de la querella en el campo que, en sentido general, abarcan las cuestiones penales, existen dos tendencias: la primera, la ubica en la parte general del Derecho Penal, considerándola como una exigencia objetiva de punibilidad; y la segunda, como un instituto procesal.

Manzini, se manifiesta partidario de lo primero: no admite que sea un presupuesto procesal, porque no se promueve con ella la acción penal, por ser ésta una "condición" de derecho sustancial para la punibilidad; y, el hecho se hace punible y constituye, por lo tanto, delito, sólo en cuanto sea querellado.

La querella, es una exigencia objetiva de punibilidad, por lo tanto, está comprendida dentro del Derecho Penal sustancial, aseveran Massari y Pannain, porque el Estado está limitado en su potestad punitiva, al dejar al sujeto pasivo del delito en libertad para poner en movimiento la acción penal.

Tales aseveraciones son inaceptables; estos autores, confunden las

exigencias objetivas de punibilidad con la querella, como institución de carácter netamente procesal.

Corno puede advertirse, se trata de dos cuestiones distintas que se pueden diferenciar y colocar en el sitio que les corresponde; no ha lugar a identificarlos, porque, no queda al arbitrio del particular decidir si se aplicará o no la pena; además, aun interpuesta, puede suceder que no se llegue necesariamente a la sentencia. Por último, la posibilidad de que el particular pueda desistirse de la querella, no significa que quede a su arbitrio o capricho la punibilidad del actor delictuoso.

La doctrina contemporánea más connotada, sitúa a la querella dentro del campo del Derecho de Procedimientos Penales, considerándola como una "condición de procedibilidad"

Finalmente: es una manifestación de la voluntad, de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o el ofendido por el delito, para dar su anuencia a la autoridad para su investigación y persecución del probable autor, todo lo cual permite concluir que la intervención de la autoridad está sujeta a lo anterior; si no hay manifestación de voluntad, no es posible proceder; de ahí que la querella sea un requisito de procedibilidad¹⁰.

Para que la querella se tenga por legalmente formulada, deberá satisfacer lo ordenado en los códigos de la materia.

A. *Requisitos*. Podrán presentada:

a) *El ofendido* (art. 115, del Código Federal de Procedimientos Penales. y 264, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal "...Se reputará parte ofendida para tener por satisfecho el requisito de la querella necesaria, a la víctima o titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta imputada al indiciado y tratándose de incapaces, a los ascendientes, ya falta de éstos a los hermanos o a los que representen a aquéllos legalmente"); b) *Su representante*; e) *El apoderado*, "que tenga poder general para pleitos y cobranzas, con cláusula especial, sin que sea necesario acuerdo previo o

¹⁰ OSORIO Y NIETO, César Augusto, op, cit, pág. 9.

ratificación del Consejo de Administración o de la Asamblea de Socios o Accionistas, ni poder especial para el caso concreto" (art. 264, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

B Contenido. La querella, contendrá:

a) Una relación, verbal o por escrito, de los hechos; b) Debe ser ratificada por quien la presenta ante la autoridad correspondiente.

Atendiendo a lo indicado en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (art. 264), estará válidamente formulada cuando sea presentada por el ofendido, independientemente, de que sea menor de edad.

Si la querella es presentada por los legítimos representantes, será válida, porque, la ley procesal de la materia lo permite; empero, "para las querellas presentadas por personas físicas, será suficiente un poder general, salvo en los casos de rapto, estupro, "o adulterio" en los que sólo se tendrá por formulada directamente por alguna de las personas a que se refiere la parte final del párrafo primero de este artículo" (art. 264, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

Ahora bien el derecho de querella como muchos otros derechos, se extingue, por diversos factores: por muerte del agraviado; por perdón; por consentimiento; por muerte del responsable, y, por caducidad.

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

b) *Perdón y la etapa del procedimiento en que puede otorgarse.* El perdón es el acto a través del cual el ofendido por el hecho delictuoso, manifiesta ante la autoridad correspondiente que no desean se persiga a quien lo cometió; en consecuencia, atendiendo a la teoría de la representación, se tiene que concluir necesariamente que el perdón sólo lo puede conferir el ofendido, pero ello lo

puede hacer a través de dos diferentes tipos de representantes, según sea ese ofendido persona capaz o incapaz.

Para estos fines, bastará que así lo manifiesten, sin que sea necesaria la explicación del por qué de su determinación. En la práctica, cuando esto ocurre, generalmente, los ofendidos manifiestan que se desisten de la querella: "por convenir así a sus intereses". El perdón, en general, puede otorgarse: en cualquier momento de la averiguación previa, durante el proceso, y en algunos casos, en ejecución de sentencia. Durante la averiguación previa aun satisfechos alguno de los requisitos legales para el ejercicio de la acción penal, la sola manifestación de voluntad de quien tiene facultades para otorgar el perdón, debe ser motivo suficiente para hacer cesar la actuación del agente del Ministerio Público, puesto que se extingue la acción penal, no solamente durante esa etapa procedimental, sino también, en cualquier momento del proceso.

A mayor abundamiento el perdón es una institución que se sustenta en un acto unilateral del que perdona. No necesita ser aceptado, porque como indico, si es un acto unilateral, fácil es colegir que es una manifestación de absoluta libertad.

a) *Efectos.*-El desistimiento, produce como efecto principal, cesar la intervención de la autoridad; en consecuencia, presentado durante la averiguación previa o en el curso de la instrucción procesal, y una vez satisfechos los requisitos legales, al dictarse la resolución respectiva, produce efectos plenos, de tal manera que no existirá posibilidad de interponer nuevamente la queja por los mismos hechos y en contra de la misma persona.

d) *Caducidad.*-La caducidad, mal llamada prescripción, extingue el derecho de querella: "...la acción penal que nazca de un delito, que sólo puede perseguirse por querella del ofendido o algún otro acto equivalente, prescribirá en un año, contado desde el día en que quienes puedan formular la querella o el acto equivalente, tengan conocimiento del delito y del delincuente y en tres, fuera de esta circunstancia. (Art. 110, del Código Penal para el Distrito Federal).

Como se advierte, el legislador, en materia penal llama prescripción a lo que en realidad corresponde al concepto caducidad.

"Se debe entender por esta caducidad, establecida por el Estado en un ordenamiento, la sanción que impone la ley a la persona que dentro del plazo que la propia ley establece, no realiza voluntaria y conscientemente la conducta positiva para que nazca, o bien mantener vivo, un derecho sustantivo procesal.

Del concepto emitido puede apreciarse que encuadra exactamente en lo que le concede el propio Estado cuando el Agente del Ministerio Público, o no ejercita la acción penal, o no logra la aprehensión del probable autor del delito:

a) *La ley elaborada por el propio Estado*, le impone a éste una sanción.

b) *Esa sanción* consiste en que no nace o se extingue la acción penal, por no haberse realizado el acto que la ley establece.

Por todo lo hasta el momento anotado, puede advertir el lector o lectora, que no es la prescripción lo que opera, sino la caducidad.

c) *Muerte del ofensor*. La muerte del ofensor, también extingue el derecho de querrela, por falta del objeto y finalidad y puede darse durante la averiguación previa, en la instrucción, o aun, en la ejecución de sentencia.

Cuando la ofensa sea contra la Nación Mexicana o contra una nación o gobierno extranjero, o contra sus agentes diplomáticas en este país en el primer caso, corresponderá hacer la acusación al agente del Ministerio Público, aunque sea necearía la excitativa, en los demás.

2.3. DETERMINACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.

A este apartado de Determinaciones que emite el Agente del Ministerio Público, son las resoluciones que dicta este, en ejercicio de sus funciones.

2.3.1. EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

La consignación o ejercicio de la acción penal, misma que debe ser ejercida por los órganos de Estado¹¹ y se lleva a cabo cuando el agente del Ministerio Público

¹¹ FRONTAN BALESTRA, Carlos, Derecho Penal, Introducción y Parte General, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1991, pág. 710

comprueba la posible existencia de una persona que ha cometido algún delito, y por lo mismo comprueba el cuerpo del delito y la probable o presunta responsabilidad, por lo que procede a ejercitar la acción penal consigna al probable sujeto ante el juez penal y competente.

En la actualidad, no se discute ya el derecho de castigar que tiene el Estado. Esa facultad que constituye su función propia, se manifiesta cuando establece ciertas conductas como delictuosas y señala las penas que corresponden a quienes las cometan. Es el llamado *jus puniendi* o Derecho Penal subjetivo.

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 cometan, corresponde determinar a qué órgano se encomienda su persecución, cuando éstos son realizados en el mundo fáctico.

En los términos del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, hasta antes de las reformas de junio del año 2008 que mas adelante comentare, ya se ha visto, la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía bajo su autoridad y mando inmediato.

El Ministerio Público, pues, cumple con la función de perseguir los delitos a través del ejercicio de la acción penal, como una facultad que se le otorga constitucionalmente pero también como una obligación establecida a su cargo, esto es, no constituye sólo un derecho potestativo ingresado a su esfera jurídica, sino al propio tiempo es deber jurídico el que tiene, por eso la acción penal es un poder-deber encomendado al Ministerio Público, con cuya sustentación realiza la función persecutoria del delito.

Esta facultad y obligación, se ejercitan ante el órgano jurisdiccional para que, en vista de las facultades que el propio artículo 21 Constitucional. Otorga a éste, aplicando la ley resuelva el conflicto de intereses que surge entre la sociedad, a la que representa el Ministerio Público y el inculpado por la comisión del delito.

Con los anteriores datos, conceptuamos a la acción penal como el poder-deber que el Estado encomienda constitucionalmente al Ministerio Público, y que se manifiesta cuando éste excita 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.

2.3.2. CONSIGNACIÓN SIN DETENIDO CON PEDIMENTOS DE ORDEN DE APREHENSIÓN

La consignación, es el acto procesal, a través del cual, el Estado por conducto del agente del Ministerio Público ejercita la acción penal. Para esos fines, remite al juez las actas de la Policía Judicial, las diligencias e investigaciones que haya realizado en el desarrollo de la Averiguación Previa.

En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 286 bis, se indica: "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 han acreditado los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, el Ministerio Público ejercitará la acción penal ante el órgano jurisdiccional que corresponda...".

Al llevarse a cabo la consignación, o ejercicio de la acción penal (hasta antes en preparación), con bases firmes y fundadas el agente del Ministerio Público realizará una serie de actos, esencialmente acusatorios, mismos que generarán actos de defensa y de decisión, asimismo integrara la averiguación previa en lo que conocemos como pliego de consignación, en el que van reunidas todas y cada una de las diligencias por el realizadas en esta etapa.

En el pliego de consignación, el Ministerio Público hará expreso señalamiento de los datos reunidos durante la averiguación previa que, a su juicio, puedan ser considerados para los efectos de encontrarse en posibilidad de ejercitar la acción penal y cuando la consignación es sin detenido y se trata de delitos que se sancionan con pena corporal, contendrá pedimento de orden de aprehensión.

Es importante hacer notar que, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se indica, en el artículo 4º: "Cuando de la Averiguación Previa no aparezca detención de persona alguna, el Ministerio Público practicará todas las diligencias necesarias, hasta dejar comprobados los requisitos que señala el artículo 16 Constitucional para obtener la orden de aprehensión...".

Misma que será ordenada por el juez que vaya a conocer del asunto, una vez que se haya integrado correctamente la averiguación previa y se tengan comprobados los elementos del Cuerpo del Delito y la probable responsabilidad del indiciado el Ministerio Público podrá solicitar la orden de aprehensión o de captura, misma que se ejercitara por la policía judicial, sin dejar de observar lo que prevé el artículo 134 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal "...**Artículo 134.-** Siempre que se lleve a cabo una aprehensión en virtud de orden judicial, quien la hubiere ejecutado deberá poner al aprehendido, sin dilación a disposición del juez respectivo, informando a éste acerca de la fecha, hora y lugar en que se efectuó, y dando a conocer al aprehendido el derecho que tiene para designar defensor.

2.3.3. DIFERENCIA ENTRE ORDEN DE APREHENSIÓN Y ORDEN DE COMPARECENCIA.

La orden de aprehensión es la providencia cautelar, dispuesta por el tribunal, para que por conducto de un ejecutor sea presentada físicamente una persona con el fin de lograr los aseguramientos propios que las medidas privativas de libertad implican (asegurar eventual condena, presencia al proceso, impedir destruya pruebas, etc.).

El vocablo aprehensión deriva de *prehendo, prehendere, prehendi*, que significa tomar, asir, coger. En el caso del procesado penal, consiste en asir a una persona aun contra su voluntad, y llevarla ante el tribunal que la reclama.

Dentro de los supuestos o prerequisites de la orden de aprehensión encontramos los propios del auto de procesamiento provisional a que ya nos hemos referido.

Estos *supuestos* que la doctrina, y aun la jurisprudencia, mencionan constantemente son, entre otros:

a) Que se encuentren satisfechos los *requisitos de procedibilidad*, tales como la denuncia o la querella.

b) Que se *haya promovido previamente la acción penal*. Esto es, que el sujeto activo del proceso, previamente haya ejercitado la acción penal.

c) Que exista *petición* del Ministerio Público.

d) Que exista *radicación* del negocio procesal ante el tribunal.

e) Que se *declare acreditada la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad*. Vale decir, que se dé el procesamiento provisional.

Actualmente, se requiere para la orden de aprehensión que estén acreditados los datos que integren el tipo penal delictivo, así como la probable responsabilidad.

En lo que atañe a los *requisitos* de esta providencia o medida cautelar, encontramos los siguientes:

a) Que el delito que se califique con los hechos en que se basa el ejercicio de la acción, se encuentre *sancionado abstractamente en la ley penal*, con pena *privativa de la libertad* o *con pena contra la vida*; es decir, a las que la doctrina mexicanizada llegó a llamar penas corporales.

Es pertinente observar que según el texto constitucional la pena *cuando menos* debe ser la de privación de la libertad, por lo que existe la posibilidad para que en las leyes secundarias se pueda establecer que en *ciertas* o *todas las penas privativas de libertad* no se establezca la reclusión preventiva, quedando tan sólo *las penas contra la vida*, dada su gravedad, como aquellas en que obligatoriamente se debe imponer por el legislador secundario la detención.

b) Que sólo el *tribunal la puede ordenar*, no pudiendo por tanto dictar tal resolución, algún otro tipo de autoridad, pues formal y materialmente, sólo la autoridad judicial es la competente.

La ausencia de cualquiera de los mencionados requisitos, e incluso de los prerequisites, implica para la autoridad la obligación de dejar en libertad al detenido, con el correlativo derecho de éste para exigirlo (art. 123 CFPP).

ORDEN DE APREHENSIÓN	
PRERREQUISITOS (SUPUESTOS)	. Satisfacer los requisitos de procedibilidad . Promoción de la acción . Radicación de la causa . Petición del Ministerio Público . Declarar la existencia de un hecho que la ley defina como delito
REQUISITOS	. Que el hecho calificado sea sancionado con pena corporal o reclusión - Sólo el tribunal puede ordenarla

Conviene diferenciar a la orden de aprehensión de otro tipo de resoluciones.

Debe diferenciarse la orden de *aprehensión* de la orden de *citación o comparecencia*, que es una resolución del tribunal, con los mismos prerequisites de la orden de aprehensión, y que se diferencia de ésta en que la potencial sanción que podría ser aplicable no es de las privativas de la libertad y en que esta orden va dirigida por el tribunal *directamente a la persona que ha de comparecer*, pues en la orden de aprehensión, la orden va dirigida a un tercero que será el ejecutor.

En el segundo de los casos (aprehensión) se emplea la fuerza, el constreñimiento, en tanto que en el primero (comparecencia), se trata de una "invitación obligatoria"; esto es, que intima o apercibe al citado para que comparezca por sí solo.

El mandato de comparecencia es en sustancia un decreto de citación al imputado. "Consiste en el mandamiento del juez penal, o de otra autoridad revestida del relativo poder jurisdiccional, con que se pone obligación al imputado de presentarse ante el eminente en lugar, día y hora determinados: orden

sancionada mediante conminatoria de la emisión de mandato de acompañamiento si el imputado no se presenta sin un impedimento legítimo."¹²

Atendiendo a la continuación de la custodia que puede seguir a la orden de aprehensión, deben diferenciarse las siguientes resoluciones:

a) La *orden de aprehensión* que irá acompañada, además, de la detención del sujeto. Es decir, deberá el sujeto quedar recluido o detenido preventivamente, aun después de ejecutada la aprehensión. Aquí continuará la custodia, y se llama orden de *detención* u orden de *captura*.

En este punto, cabe recordar que los estudiosos se detienen a diferenciar la orden de aprehensión de la orden de detención. Así, se considera aprehensión el acto mismo de la captura, el hecho real de apoderamiento, en tanto que la detención es un estado que casi siempre sigue a la aprehensión. Se trata de un estado de custodia, bajo privación de la libertad. Cabe, no obstante, advertir que no siempre después de la aprehensión se da la detención, como en el caso siguiente.

b) La orden de *acompañamiento*, que se constriñe en acompañar el sujeto al ejecutor, quien lo *escolta y custodia para que se presente ante el tribunal*, una vez realizado el acto procesal para el que fue llamado, sin que quede privado de su libertad. A ésta puede llamársele orden de *acompañamiento* o *de escolta*. Aquí la custodia no continúa.

“El mandato de acompañamiento --dice Manzini-- es un decreto del juez o de otra autoridad revestida del relativo poder jurisdiccional, consiste en el mandamiento impartido por ese mismo juez a los oficiales y agentes de la policía judicial o de la fuerza pública para que conduzcan a su presencia al imputado si hace falta hasta mediante el empleo de la fuerza.

ORDEN DE APREHENSION	ORDEN DE CITACIÓN O COMPARECENCIA	ORDEN DE ACOMPañAMIENTO O ESCOLTA
---------------------------------	--	--

¹² Manzini, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires t. III. págs. 566 y 567.

Pena potencial: corporal o privativa de la libertad.	Pena no corporal ni privativa de la libertad	Pena no corporal ni privativa de la libertad
Se dirige a un tercero para que la ejecute	Se dirige Directamente al citado	Se dirige a un tercero para que haga comparecer al citado
Autoriza el empleo de fuerza o constreñimiento	Intima o apercibe para que comparezca por sí solo	Puede emplear la fuerza o el constreñimiento
Luego de la aprehensión sobreviene la Custodia (detención).	No implica Custodia Posterior	El sujeto sólo es custodiado hasta su presentación

Otro tipo de resolución emparentada con la orden de aprehensión es la reaprehensión y recaptura, que se da como una reiteración de la medida cautelar de privación de la libertad física, cuando por alguna circunstancia la persona escapa a la detención o que, gozando de una medida substituta de la detención (por ejemplo, la caución), se encuentra con la imposibilidad de poder continuar gozando de tal medida sustituta, por lo cual se le revoca y se ordena su reaprehensión.

En el caso de la reaprehensión no se requiere, como en la aprehensión, previa solicitud del Ministerio Público.

La orden de aprehensión, e incluso las de reaprehensión y la de acompañamiento, se entregarán al Ministerio Público, para que por su conducto la ejecute la policía.

Nótese que la orden no va dirigida al imputado, sino a un agente de la autoridad. El imputado no tiene obligación de presentarse; *nemo teneatur seipsum procedere (nadie está obligado a entregarse a sí mismo).*"

Tan luego como se logre la aprehensión, de inmediato (*sin dilación* a establece la Constitución) deberá la persona ser puesta a disposición del tribunal

que la reclama. En caso de que el ejecutante no cumpla con esto, se hará acreedor a una sanción.

Tratándose de delitos culposos, establece el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal (artículo 272), el detenido será puesto a disposición del juez de manera directa, es decir, sin necesidad de quedar dentro de prisión. Esto con la finalidad de que pueda obtener la libertad bajo caución.

El derecho que sí tiene el detenido, será que se le informe sobre la imputación en su contra, el nombre del denunciante. Tendrá además el derecho a comunicarse con quien crea más conveniente, designar defensor, incluso hacer uso del servicio telefónico.

2.3.4. CONSIGNACIÓN CON DETENIDO, FLAGRANTE DELITO Y CASOS URGENTES. CUASI FLAGRANCIA.

Tratándose de consignación con detenido, el indiciado quedará a disposición del juez, en Reclusorio Preventivo.

Un supuesto o vía para lograr la detención preventiva es la llamada flagrancia (*evidencia facti*). El término proviene de *flagrantia*, *flagrantiae*, cuyo significado es arder, brillar, estar flameante, incandescente, y que metafóricamente, al pasar al derecho y aplicarse al delito, significa delito *resplandeciente*, o *actualidad del delito*.

Como se advertirá, la idea o concepto de flagrancia supone la íntima relación entre un hecho considerado como delictuoso y su autor, aunado al elemento sorpresa.

"El arresto de flagrancia --apunta Manzini-- es el acto con el que una persona es sorprendida mientras está cometiendo un delito o en un estado declarado equivalente por la ley, la priva provisionalmente de su libertad personal un sujeto autorizado, para ponerla a disposición de esa misma autoridad."¹³

¹³ Ibidem, pág. 601.

Nuestro texto constitucional establece como *regla general*, que sólo mediante orden de aprehensión proveniente de la autoridad judicial se aplicará la medida cautelar restrictiva de la libertad, pero dentro de las *reglas específicas*, que derogan a la citada general, nos encontramos que también el propio texto constitucional indica que como excepción, en los casos del delito flagrante, *cualquier persona* podrá prender al delincuente y sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata, y ésta con prontitud, al Ministerio Público. Esto es, no sólo el tribunal podrá aplicar la medida cautelar, sino que también un particular la puede ejecutar.

La flagrancia, entendida como requisito, resulta importante en nuestro sistema porque: a) puede dar lugar a la detención sin orden de aprehensión de autoridad judicial o del Ministerio Público; o b) ser un requisito en los juicios militares para que pueda abrirse un juicio de guerra extraordinario.

La medida cautelar *no es la flagrancia o actualidad del delito*, sino la *detención preventiva*. La flagrancia, en el mejor de los casos, es uno de los requisitos, que aunado a la potencial pena privativa de la libertad, puede dar lugar a la ejecución de una medida cautelar restrictiva de la libertad personal.

Por la posibilidad de ejecutar la medida cautelar aun desde antes de que se inicie el proceso, tal medida resulta meta procesal y debe convalidarse por la autoridad. A este respecto, en el caso de que una persona sea privada de su libertad por parte de quien no es autoridad, ésta quedará a disposición del Ministerio Público, el cual deberá ratificar o descalificar la detención (art. 193 CFPP). Por su parte la Constitución establece que al pasar el detenido ante el juez, éste debe, en su caso, ratificar la detención.

Cuando el legislador admite esta forma de detención, lo hace por la "*urgencia*", que es una de las características, no sólo de ésta, sino de toda medida cautelar. De aquí, que con motivo de este tipo de urgencia y la cercanía temporal con el delito, se faculta aun a cualquier particular, para ejecutar sin orden de autoridad judicial o del Ministerio Público, la medida restrictiva de la libertad física.

Aunque la flagrancia delictiva está fuera del proceso, a nuestra asignatura le interesa por su conexión con la medida de cautela.

La existencia de tres tipos o clases de flagrancia se afirma no sólo por la ley, sino también por los estudiosos. Esta clasificación atiende al grado de alejamiento de la conducta delictuosa, e incluye:

- a) Flagrancia estricta.
- b) Cuasi flagrancia.
- c) Presunción de flagrancia.

Flagrancia Estricta

Hay flagrancia estricta cuando el sujeto detenido es *sorprendido en el momento mismo de estar ejecutando o consumando la conducta delictiva*. Su concepto se encuentra vinculado con las fases consumativas o ejecutiva de un delito; es decir, en el *iter criminis*. Florián, por ejemplo, alude a la "comisión", *perpetratione facinoris*,¹⁴ y Manzini hace incidir la flagrancia al momento de estarse cometiendo el delito.¹⁵ Por su parte, la ley italiana habla de actualidad del delito.

EJEMPLO: en el momento en que un sujeto es sorprendido manteniendo secuestrada a una persona, en ese mismo momento podrá ser detenido (*in ipsa perpetratione facinoris*).

Cuasiflagrancia.

Bajo la cuasiflagrancia, una persona podrá ser detenida aún después de que ejecutó o consumó la conducta delictiva, pero siempre y cuando no se le haya perdido de vista y aún haya sido perseguida desde la realización del hecho delictuoso., en el artículo 193 Fracción III del Código de Procedimientos Penales Federales, contempla esta figura mismo que al tenor dice: "...Inmediatamente después de cometer el delito, cuando la persona sea señalada por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito, o cuando existan objetos o indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el delito. Además de estos indicios se considerarán otros elementos técnicos..." en el que como podemos observar es contemplada.

¹⁴ Florián, Eugenio. Elementos de derecho procesal penal. México, Jurídica Universitaria 2001, pág. 236.

¹⁵ Manzini, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires 1954 t. III. pág. 601.

Aunque ya ha pasado la consumación, aparece la otra especie de flagrancia, decía Julio Acero, cuando "no deje de prevalecer siempre como exigencia principal, la racional proximidad del tiempo de la ejecución del delito, para que se considere que su impresión subsiste íntegra y clara como tema de estricta actualidad".¹⁶

Presunción de Flagrancia

En la presunción de flagrancia, el individuo ni ha sido prendido al ejecutar o consumir el delito, y tampoco ha sido perseguido luego de cometido. Aquí, *sólo existen datos que hacen factible pensar que ese sujeto fue el autor*. El encontrarle en su poder la cosa robada, o el arma ensangrentada, implica una presunción de flagrancia.

EJEMPLO: al llegar a nuestra casa, vemos cerca de ella a un individuo que carga nuestro televisor. Aunque no vimos el momento consumativo, sí concurre una presunción: la de encontrar en poder de otro nuestro televisor robado.

Formas de Flagrancia en la Ley

"Algunas formas de flagrancia --dice García Ramírez-- pueden darse en el desarrollo del mismo proceso. Así, se consignará (*rectius*, denunciará) inmediatamente al M.P. al testigo de quien con fundamento se sospecha que ha incurrido en falsedad (artículos 214 CDF y 255 CF). También puede ser caso de flagrancia el hecho de que el jurado no manifieste el impedimento que tenga para hacerlo, cuando se le interrogue sobre ellos, o indique tener uno que en rigor no presenta. Otro caso de flagrancia se presenta, en el CDF cuando un jurado se niega a rendir la protesta que le corresponde con lo que incurre en delito de desobediencia..."¹⁷

No establece nuestra ley la facultad de arrestar *in fraganti* a aquellas personas respecto de las cuales se sospeche o sabe que van a cometer un delito, como existe por ejemplo en Tailandia.

¹⁶ Acero, Julio. *El procedimiento penal*. Puebla, Cajica 1976. pág. 131.

¹⁷ García Ramírez, Sergio. *Curso de derecho procesal penal*. México, Porrúa 1986, pág. 343

CASO URGENTE

El otro caso de excepción a la regla, según la cual sólo un tribunal puede ordenar la detención preventiva, es el denominado por nuestra Constitución y los estudiosos "*caso urgente*":

Aquí también un agente de la autoridad administrativa podrá ordenar la detención provisional, siempre que en el lugar "no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de hora, lugar o circunstancia". El único agente de la autoridad administrativa que puede ordenar tal detención, es el Ministerio Público. Cabe recordar que antes de las reformas constitucionales de 1993, cualquier agente de autoridad podía ordenar este tipo de detenciones.

"Por lo que ve a la falta de autoridad judicial en el lugar --asienta Julio Acero--, debe entenderse respecto de la población, villa o hacienda de que se trate y se concibe perfectamente en todas las rancherías, lugares despoblados o aun en poblaciones de cierta importancia, cuando por algún motivo se carezca de ellos o se hayan ausentado los jueces respectivos; pero no en el sentido de que basta que no se hayan hecho presentes en la casa, calle o sitio mismo exacto de la comisión del delito".¹⁸

Cabe advertir que la detención por caso urgente sólo procede cuando se trate de un delito "grave", es decir, no de cualquier delito. A este respecto la Constitución establece que la gravedad será calificada por la ley, y no por el aprehensor.

A este respecto, la ley dispone que se consideran graves para los efectos de la detención por caso urgente, diversos delitos que se listan en los artículos 194 del CFPP y 268 del CPPDF, mismos en los cuales se comprenden delitos definidos en diversos ordenamientos punitivos. Por ejemplo, el Código Penal, la Ley Federal de Armas de Fuego, la Ley federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Ley General de Población y el Código Fiscal.

En realidad, lo urgente es característico de toda medida cautelar; el problema

¹⁸ ACERO, Julio, op, cit, pág. 131.

de interpretación del artículo 16 constitucional, es que *dio el nombre de la receta*, pero no enumeró los ingredientes. Aquí se define la urgencia dentro de una *sospecha de fuga fundada en actos tangibles que la revelen*. A este respecto la Constitución establece: "ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia".

Como en el caso de la flagrancia, la autoridad judicial, tan pronto tenga conocimiento de la detención, deberá ratificarla, o dejar en libertad al injustamente detenido, sin necesidad de esperar la declaración preparatoria.

Aseguramiento del Inculpado

El Ministerio Público está obligado a proceder a la detención de los que aparezcan como probables responsables en la comisión de delito de los que se persiguen de oficio sin necesidad de orden judicial en los casos siguientes:

- I. Cuando se trate de flagrante delito; y
- II. Exista notoria urgencia, por el riesgo fundado de que el indiciado trate de ocultarse o eludir la acción de la justicia, cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancias, tratándose únicamente de delitos calificados como graves por este código, mediante resolución que funde y exprese los motivos de su proceder.
- III. Existirá el riesgo fundado a que se refiere la fracción anterior desde el momento mismo de la comisión del ilícito; el cual se podrá acreditar en cualquiera de los siguientes supuestos:
 - a) En atención a las circunstancias personales del indiciado;
 - b) La peligrosidad del mismo;
 - c) A sus antecedentes penales;
 - d) Cuando varíe su nombre, apariencia o domicilio;
 - e) A sus posibilidades de ocultarse;
 - f) Al ser sorprendido tratando de abandonar el ámbito territorial de jurisdicción de la autoridad que estuviere conociendo del hecho; y
 - g) En general, a cualquier indicio que haga presumir fundadamente que puede sustraerse de la acción de la justicia.

En todos los casos, el detenido podrá nombrar defensor debiendo recibir de la autoridad que lo detuvo, las facilidades para comunicarse con quien considere necesario a efecto de preparar inmediatamente su defensa. El defensor nombrado entrará al desempeño de su cargo inmediatamente, previa protesta del mismo y, a partir de ese momento, tendrá derecho a intervenir en todas las actuaciones que se practiquen en contra de su defendido.

Se entenderá que el inculpado es detenido en flagrante delito cuando:

- I. Es detenido al momento de cometerlo; o
- II. Inmediatamente después de ejecutado el hecho delictuoso, el inculpado es perseguido y detenido materialmente; o
- III. . Después de cometido el delito, la víctima o cualquier persona que haya presenciado los hechos, señale al inculpado como responsable y se encuentre en su poder el objeto del delito, el instrumento con que se haya cometido o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su intervención en la comisión del delito, siempre y cuando no hayan transcurrido más de setenta y dos horas contadas a partir de la comisión del ilícito.

En los casos de delito flagrante cualquier persona puede detener al inculpado, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

Si por datos posteriores, el Ministerio Público estimare que ya no es procedente una orden de aprehensión, no ejecutada aún, previa autorización del Procurador General de Justicia, pedirá su revocación la que se acordará de plano, sin perjuicio de que se continúe la averiguación y de que, posteriormente, se vuelva a solicitar y a decretar la captura del inculpado, si procede.

2.3.5. CONSIGNACIÓN SIN DETENIDO. CON PEDIMENTO DE ORDEN DE COMPARECENCIA Y SUS EFECTOS

El acto de consignación, puede darse en dos formas: sin o con detenido. Cuando la consignación es sin detenido y se trata de delitos que se sancionan con pena

corporal, contendrá pedimento de orden de aprehensión. Si el delito es de los que se sancionan con pena alternativa, se realiza únicamente con pedimento de orden de citación o en su caso, orden de comparecencia.

Esto se solicitara directamente en el pliego de consignación y será admitido por el juzgador para que el inculpado comparezca ante el para que cumpla con su actuación dentro del proceso instado.

2.3.6. EL NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL EN SUS ESPECIES PROVISIONALES Y DEFINITIVAS.

Otra resolución del Ministerio Público se da con el no ejercicio de la acción penal, archivo o sobreseimiento, es, decir, es cuando al agotar éste su labor investigadora comprueba que no existe una conducta delictiva que perseguir, o que de las actuaciones practicadas no se llega a comprobar los elementos de algún tipo delictivo, o bien se comprueba el cuerpo de delito y se tiene un probable responsable, o que hay un desfase entre la fecha en que se cometió la conducta delictiva y aquella en que se puso en conocimiento del Ministerio Público ésta, entre otras causas que establecen los artículos 110 y siguientes del Código Penal Federal, se puede hablar de que la acción penal prescribió y por lo mismo procede el no ejercicio de la acción Penal, sobreseimiento o archivo.

La reserva o archivo provisional también sucede cuando el Ministerio Público, en su labor investigadora, se encuentra con obstáculos materiales o conflictos sociológicos que no le permiten de momento allegarse o bien a obtener una prueba para demostrar los elementos del cuerpo del delito o bien ignorar quién es el probable responsable. En este caso, se remite el expediente a la reserva y se gira oficio a la policía judicial para que continúe la investigación. Cabe señalar que mientras no prescriba el delito, el Ministerio Público puede reanudar las diligencias correspondientes y en su caso ejercitar o no la acción penal.

2.3.7. LA INCOMPETENCIA Y EL DESGLOSE.

Por incompetencia se puede remitir la averiguación previa a la autoridad que corresponda, para la continuación de la averiguación previa.

El concurso real de delitos es el que origina la acumulación de averiguaciones previas, se considera a ésta como la reunión de expedientes que se instruyen con motivo de la comisión de diversos hechos típicos por uno o varios sujetos o de aquellos que se siguen por diversos órganos de investigación, para que únicamente sea uno en el que se ejercite o no la acción penal.

Dentro de la averiguación previa existe una figura llamada *desglose*, que es el momento en el que el Ministerio Público ejercita la acción penal en contra de un indiciado por un tipo del activo o varios de ellos, pero que dan para investigación otros tipos más, o bien la investigación pendiente con respecto a otros presuntos o probables responsables, por lo que, en este caso, al consignar sea con detenido o sin él y se envía el expediente principal y se continua actuando con una copia certificada, o bien en la Procuraduría General de la República se acostumbra trabajar la averiguación previa con varios cuadernos denominados duplicado, triplicado, etc., estos últimos expedientes con los que continúa la actuación, o bien cuando existen delitos de ambos fueros, en este caso, la procuraduría que inicie la averiguación previa remitirá un desglose de la misma a la otra dependencia a fin de que investigue los delitos que le corresponden.

Estas determinaciones deben señalarse ya sea en la consignación o en el acuerdo donde se realice la necesidad del desglose.

2.3.8. EL RECURSO PROCESAL QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 21 CONSTITUCIONAL EN CONTRA DEL NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

Ministerio Público como autoridad, al término de la averiguación previa, sólo tendrá dos posibles conclusiones: a) el ejercicio de la acción penal con o sin detenido, y b) no ejercitar la acción penal.

Con respecto a las determinaciones de no ejercitar la acción penal, se han

establecido dos tipos de control:

a) Control interno: se realiza por medio de un recurso administrativo interpuesto por la víctima, ofendido, denunciante, querellante o representante legítimo o legal en contra de la resolución del no ejercicio de la acción penal, mismo que resuelve en forma interna un funcionario con mayor jerarquía, esto depende de las facultades de las leyes y reglamentos de la procuraduría del ramo, quien después de previo estudio de esta resolución la confirma o revoca, e indica las diligencias pendientes para efectos de determinar si procede o no el ejercicio de la acción penal.

b) Control externo: consiste en establecer un recurso que tenga la víctima u ofendido del delito, querellante, denunciante o representante legítimo, a efectos, de impugnar las determinaciones del Ministerio Público ante un órgano distinto a él, que en su caso puede ser un órgano jurisdiccional.

Con respecto a estos dos controles, el que ha tenido siempre mayores críticas es el interno, ya que es la propia procuraduría la que revisa sus resoluciones, y el externo es más aceptado por la doctrina debido a que con él se garantiza una correcta actuación del Ministerio Público.

En las reformas de 1994, se reformó el artículo 21 constitucional en su párrafo cuarto, en el que se estableció que las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y el desistimiento de la acción penal podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en términos que establezca la ley.

Ahora bien, el problema surge, como sucede hasta la fecha, porque la ley no ha definido cuál es el recurso procedente contra el no ejercicio de la acción penal, y menos aún cuál es el órgano jurisdiccional encargado de conocer este recurso.

De lo anterior se buscó el camino más indicado y se determinó por la interposición del juicio de garantías ante juez de distrito, ahora bien, qué juzgado es más competente, si el penal o el administrativo, porque el primero señala que es contra un auto de autoridad administrativa; o por lo que es competente el juez de distrito en materia administrativa, pero éste a su vez puede manifestar que como se deriva de un acto de autoridad de una resolución, el competente es el

juez en materia penal, y la interrogante surge si el amparo procede después de que el Ministerio Público resuelve el no ejercicio de la acción penal o debe la víctima u ofendido promover el recurso de inconformidad y hasta que la resolución es confirmada por el funcionario de mayor jerarquía encargado para ello, procede el amparo.

CAPITULO III

ACCIÓN PENAL

3.1. CONCEPTO DE ACCIÓN PENAL

La acción penal: es pública, surge al nacer el delito su ejercicio está encomendado al Estado por conducto de uno del Ministerio Público.

En la actualidad, no se debe discutir el derecho de castigar que tiene el Estado. Esa facultad que constituye su función propia, se manifiesta cuando establece ciertas conductas como delictuosas y señala las penas que corresponden a quienes las cometan. Es el llamado *jus puniendi* o Derecho Penal subjetivo.

Es la sociedad, la que deposita en el Estado este atributo que al mismo tiempo significa un deber 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 cometan, corresponde determinar a qué órgano se encomienda su persecución, cuando éstos son realizados en el mundo fáctico.

En los términos del artículo 21 Constitucional, hasta antes de las reformas de 18 de junio de 2008, ya se ha visto, la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía bajo su autoridad y mando inmediato.

El Ministerio Público, pues, cumple con la función de perseguir los delitos a través del ejercicio de la acción penal, como una facultad que se le otorga constitucionalmente pero también como una obligación establecida a su cargo, esto es, no constituye sólo un derecho potestativo ingresado a su esfera jurídica, sino al propio tiempo es deber jurídico el que tiene, por eso la acción penal es un poder-deber encomendado al Ministerio Público, con cuya sustentación realiza la función persecutoria del delito.

Esta facultad y obligación, se ejercitan ante el órgano jurisdiccional para que, en vista de las facultades que el propio artículo 21 Constitucional, otorga a éste, aplicando la ley resuelva el conflicto de intereses que surge entre la sociedad, a la que representa el Ministerio Público y el inculcado por la comisión

del delito.

Con los anteriores datos, *conceptuamos a la acción penal como el poder-deber que el Estado encomienda constitucionalmente al Ministerio Público, y que se manifiesta cuando éste excita 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.*

La acción penal, esta vinculada al proceso; en términos generales, es la fuerza que lo genera y lo hace avanzar hasta alcanzar la meta deseada, misma que podemos entender como la sentencia para poder reprimir la comisión de los delitos y la posible reinserción de los delincuentes a la sociedad.

En el campo doctrinario, el concepto de acción aun sigue discutiendo; empero hay quienes lo consideran como un derecho, como un medio y como 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 del derecho penal.¹

El poder Jurídico, a que se refiere Florián es el que se desprende en lo dispuesto en la ley y que se justifica cuando se infringe una disposición de las que integran el Derecho Penal y, precisamente, con la finalidad de que sea definida la prevención mencionada que se traduzca correctamente 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 aquel sobre la situación jurídica planteada. Misma que se constituye cuando se activa el poder estatal, por medio de la noticia del crimen al Agente del Ministerio Público y este a su vez, después de haber realizado las diligencias necesarias en la etapa de averiguación previa, para comprobar los elementos del tipo y la probable responsabilidad del indiciado, esté recurrirá a ejercitar la acción penal para activar la respuesta jurisdiccional.

¹ COLIN SANCHEZ, Guillermo, op, cit, pág. 304.

A través de la acción penal se hace valer, la pretensión punitiva, esto es, el derecho concreto al castigo de un delincuente, no solamente el abstracto puniendi. La potestad de exigir la sumisión a la pena de un sujeto, del cual se haya comprobado el carácter de responsable, en los modos y en los límites establecidos por la ley.

Pudiendo definir la acción penal como el acto ante la autoridad judicial ejercitado en nombre y en interés de la sociedad para llegar a la comprobación del hecho punible, de la culpabilidad del delincuente y a la aplicación de estas penas establecidas por la ley, con la finalidad de llevar a cabo un proceso ajustado a derecho, respetando a todas y cada una de las partes intervinientes, con el fin de la exacta aplicabilidad de la ley y la represión del delito.

Para Alcalá Zamora, se trata del 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.

3.2. NATURALEZA JURÍDICA

Podemos entender la acción como un derecho contra el adversario y frente al Estado, “es un derecho sustantivo que consiste en una relación entre la voluntad de un particular y la organización jurídica”.² Como la norma constitucional encarga al Ministerio Público la persecución de los delitos, debe entenderse que los gobernados, originariamente titulares de la acción, 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 también, los artículos 2 del Código Federal de Procedimientos Penales y el artículo 2 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, preceptos que a continuación se transcriben:

Artículo 2º del Código Federal de Procedimientos Penales.- Compete al Ministerio Público Federal llevar a cabo la averiguación previa y ejercer, en su

² J. RUBIANES, Carlos, Manual de Derecho Procesal Penal, Teoría General de los Procesos Penal y Civil, tomo I, Editorial de Palma, Buenos Aires 1985, pág. 273.

caso, la acción penal ante los tribunales.

En la averiguación previa corresponderá 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. Realizada la detención se procederá a su registro inmediato. En el caso del acuerdo de retención se procederá a actualizar su registro;

V. Solicitar el apoyo de la policía para brindar protección a víctimas, ofendidos, testigos, jueces, magistrados, agentes del Ministerio Público y de la policía, y en general, de todos los sujetos que intervengan en el procedimiento, en los casos en que exista un riesgo objetivo para su vida o integridad corporal;

VI.- Asegurar o restituir al ofendido en sus derechos en los términos del artículo 38, del Código Federal de Procedimientos Penales.- Cuando en las actuaciones esté acreditado el cuerpo del delito de que se trate, el funcionario que conozca del asunto dictará las providencias necesarias, a solicitud del interesado, para asegurar sus derechos o restituirlos en el goce de éstos, siempre que estén legalmente justificados. Si se tratare de cosas, únicamente podrán retenerse, esté o no comprobado el cuerpo del delito, cuando a juicio de quien practique las diligencias, la retención fuere necesaria para la debida integración de la averiguación.

Si la entrega del bien pudiera lesionar derechos de tercero o del inculpado, la devolución se hará mediante caución bastante para garantizar el pago de los daños y perjuicios. La autoridad que conozca fijará la naturaleza y el monto de la caución, fundando y motivando su determinación, en vista de las circunstancias

del caso.

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

VIII.- Acordar y notificar personalmente 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.

En el precepto transcrito nos hace referencia de la facultad que le asiste al Ministerio Público para la preparación y ejercicio de la acción penal, así como dictar o solicitar todas las medidas que considere pertinentes para la persecución de los delitos. Asimismo el segundo precepto invocado nos dice lo siguiente:

Artículo 2º del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal.- 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 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.

Estos preceptos nos dan la debida fundamentación de la principal actividad del Ministerio Público, al preservar el orden público, con la persecución de los delitos y como ya hemos expresado y ahora reiteramos, al ejercitar la acción penal el Ministerio Público plantea al juez el asunto en el que para él, se actualiza un tipo penal y el probable responsable deberá ser sujeto a proceso.

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

Haciendo observación en los delitos para cuya persecución requiérase de la querella, una excepción al monopolio en el ejercicio de la acción penal que detenta

el Ministerio Público, suponiendo 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, el instar al órgano jurisdiccional para que se pronuncie en un caso concreto, o más aún será en el supuesto de la llamada *Acción Privada*, en el que los particulares tendrán que tener una participación más activa para que se cumpla el *ius puniendi* del Estado.

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

3.3. CARACTERÍSTICAS

La existencia de las características de la acción penal, se dice, autónoma, publica, indivisible, irrevocable de condena, única, intrascendente, obligatoria.

La autonomía significa que la acción penal es independiente tanto del derecho de castigar que recae en el Estado detentador del *ius puniendi*, como el derecho a sancionar a un delincuente debidamente particularizado, sino que solo por el hecho de actualizarse la conducta que la ley penal sanciona y probable responsabilidad del indiciado, se encuentra con la capacidad de ejercer acción penal, si que existe la necesidad de un factor determinante. Significa lo anterior que la acción penal puede ser ejercitada, hipotéticamente, en forma caprichosa por el Estado, aun cuando 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. Acaso le niega esa legitimidad a la sanción.

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 delincuente, 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. La sociedad es titular del bien jurídico lesionado y del interés de reparación jurídica que se promueve en el derecho penal, la acción penal es pública que esta se dirige a la actuación de un derecho público del estado. La doctrina no hace dispensa siquiera de los casos en que el ejercicio de la acción reclama la previa existencia del requisito de procedibilidad de la querella. A la acción penal se le hace sinónima, inclusive, de acción publica, por contraste con la acción civil, que lo sería de privada. Ya que esta deriva del un interés público mismo que se perfila como concepto jurídico indeterminado, de imposible definición, cuyo contenido solo puede ser delineado por las circunstancias de modo, tiempo y lugar prevalecientes en el momento en que se realice la valoración. En todo caso, para darle significado, el juzgador o Agente del Ministerio Público debe tener presentes las condiciones esenciales para el desarrollo armónico de una comunidad, es decir las reglas mínimas de convivencia social.

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, necesitaría 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 querella, ésta alcance a cuantos hayan intervenido en él, y al contrario, pesa más el argumento de que la querella, o se estima como 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, perdería su carácter potestativo, espontáneo, discrecional.

Por lo demás, tratándose del perdón, hay artículo expreso 93 del Código Penal Federal "...Artículo 93.- El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo extingue la acción penal respecto de los delitos que se persiguen por querella, siempre que se conceda ante el Ministerio Público si éste no ha ejercitado la misma o ante el órgano jurisdiccional antes de dictarse sentencia de

segunda instancia... Una vez otorgado el perdón, éste no podrá revocarse... Lo dispuesto en el párrafo anterior es igualmente aplicable a los delitos que sólo pueden ser perseguidos por declaratoria de perjuicio o por algún otro acto equivalente a la querella, siendo suficiente para la extinción de la acción penal la manifestación de quien está autorizado para ello de que el interés afectado ha sido satisfecho... Cuando sean varios los ofendidos y cada uno pueda ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del delito y al encubridor, el perdón sólo surtirá efectos por lo que hace a quien lo otorga... El perdón sólo beneficia al inculcado en cuyo favor se otorga, a menos que el ofendido o el legitimado para otorgarlo, hubiese obtenido la satisfacción de sus intereses o derechos, caso en el cual beneficiará a todos los inculcados y al encubridor...” y 100 del Código Penal para el Distrito Federal “...**Artículo 100** (Extinción por perdón del ofendido). El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo, extingue la pretensión punitiva respecto de los delitos que se persiguen por querella, siempre que se conceda ante el Ministerio Público si éste no ha ejercitado la acción penal, o ante el órgano jurisdiccional antes de que cause ejecutoria la sentencia. En caso de que la sentencia haya causado ejecutoria, el ofendido podrá acudir ante la autoridad judicial a otorgar el perdón. Ésta deberá proceder de inmediato a decretar la extinción de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad... Una vez otorgado el perdón, éste no podrá revocarse, a excepción de los supuestos previstos en los artículos 200 y 201 de este Código, en cuyo caso el perdón previamente otorgado solamente suspende la pretensión punitiva o la ejecución de las penas y medidas de seguridad, y podrá revocarse hasta un año posterior a su otorgamiento... Lo dispuesto en el párrafo anterior es igualmente aplicable a los delitos que sólo pueden ser perseguidos por declaratoria de perjuicio o por un acto equivalente a la querella. Para la extinción de la pretensión punitiva es suficiente la manifestación de quien está autorizado para ello, de que el interés afectado ha sido satisfecho... El perdón solo beneficia al inculcado en cuyo favor se otorga. Cuando sean varios los ofendidos y cada uno pueda ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del delito y al encubridor, el perdón sólo surtirá efectos por lo que hace a quien lo

otorga...”, 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, cuando el ofendido se encuentre satisfecho en sus pretensiones reparatoras.

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

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, como única posible excepción a esto es lo previsto en el artículo 46 fracción I del Código Penal para el Distrito Federal, en cuanto a la reparación del daño por parte de los tutores, curadores o custodios, por los ilícitos cometidos por los inimputables que estén bajo su autoridad.

La irrevocabilidad de la acción penal. Aquella significa que el actor entre nosotros el Ministerio Público, carece de facultad para desistirse del ejercicio de la acción penal. Si esta se ejercita para que se de un proceso, este debe concluir con la sentencia; si la acción se revocara, no sería así y como el Estado el titular de la acción y la ejercita a través del Procurador y de los agentes del Ministerio Público el desistimiento, en general producirá efectos negativos sin fin; en principio, normalmente, así debe ser, empero cuando falta un requisito de procedibilidad, querella, a un iniciado el proceso, no deberá continuar y bajo esas bases no se llega a la sentencia, tampoco es así cuando el Ministerio Público formule conclusiones no acusatorias, cuando fallezca el procesado.

Evoquemos que el Ministerio Público, parte de buena fe o imparcial no ha de sostener a todo trance la condenación del culpable, sino asimismo perseguirá con igual empeño la absolución del inocente. Es por esto que al través de las acciones que se ejercitan en el proceso penal se hace valer no ya simplemente,

como líneas arriba dijimos, la pretensión punitiva, sino mejor la llamada pretensión de justicia penal.

La acción penal se presenta como el único y obligatorio medio de hacer ver la pretensión de justicia del estado ante el poder jurisdiccional. Con tal finalidad el Ministerio Fiscal esta investigado del poder necesario (poder de acción) que tendrá generalmente una orientación punitiva o de condena pero también puede tener otro sentido ya no de punibilidad aun aunado tienda a la misma finalidad de hacer valer la pretensión de justicia. Estas manifestaciones del órgano acusador constituyen ejercicio de la acción penal en cuanto por ellas se hace valer también la pretensión de justicia penal del Estado.

La acción penal tiene periodos persecutorio y acusatorio. El primero tiene lugar desde el acto de consignación hasta que se produce el auto con el cual queda cerrada la instrucción.

Esto así, por que los actos del Ministerio Público en esta fase procesal persigue la comprobación del delito y de la responsabilidad y participación de quienes en el intervinieron, cuando el Ministerio Público estima comprobados tales elementos, puede formular conclusiones acusatorias. Si durante la segunda instancia figura el Ministerio Público como apelante su acción tiene características persecutorias, dado que persigue la aplicación de la ley a la cual estima se debió ajustar al juez. Si no es apelante el Ministerio Público, solicitara la confirmación de la resolución recurrida. Aquí el ejercicio de la acción penal revestirá aspectos acusatorio, en cuanto el Ministerio Público esta de acuerdo con la forma en que fue aplicada la ley por el juez de primera instancia.

Es obligatorio el ejercicio, no debe quedar al arbitrio del agente del Ministerio Publico; cometiendo un delito, si ya se practico la averiguación respectiva y esta satisfecho lo exigido por el legislador en el articulo 16, de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente es ineludible provocar la intervención del juez para que sea este el que defina la situación jurídica, objeto de la acción penal al agente del Ministerio Publico le compete, entre otras de las funciones su ejercicio, mínimo de no realizarse puede ocasionar diversas consecuencias jurídicas.

La acción penal es obligatoria, como acabo de indicar, siempre y cuando este integrado el cuerpo del delito y existan razones fundadas para suponer que una persona determinada es responsable de un delito.

3.4. TITULARIDAD DE LA ACCIÓN PENAL

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, según hemos dicho, 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.

Como hemos visto, el artículo 16 Constitucional, regula los requisitos que deberá satisfacer el Ministerio Público para estar en aptitud legal de ejercitar la acción penal y a los que más arriba hicimos referencia como presupuestos generales de la acción. Ante el incumplimiento de dichos requisitos, el Ministerio Público no podrá deducirla.

A propósito del ejercicio de la acción penal, dos son los principios que rigen en esta materia: el de *legalidad*, y el de *oportunidad*.

Conforme al primero se dan los procesos de desarrollo apegados a lo que transcribe la ley, satisfechos los presupuestos generales de la acción, el Ministerio Público se encuentra legalmente *obligado* a ejercitarla ante el juez.

Así, el artículo 286 bis, del Código de Procedimientos Penales para el 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 ejercitará la acción penal ante el órgano jurisdiccional que corresponda". En similares términos se halla el artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales; "...Artículo 134.- 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 del Código

Federal de Procedimientos Penales.- 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., 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 demás circunstancias que la ley prevea...”

Este principio, 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 de la oportunidad, que no permite constreñir al órgano titular de la acción, a que la ejercite ante el juez, aun cuando se hubieren reunido los requisitos legales para ello, sino que queda siempre a *su arbitrio* la decisión.

Esta inquisición, que erige el criterio dispositivo en principio rector del ejercicio de la acción penal, generalmente es adoptada por los regímenes de gobierno dictatorial o despótico, en los que están por encima de las garantías individuales, los intereses del Estado, mismo del cual no podemos hablar de una efectiva aplicabilidad pero considere el hecho de mencionarlo.

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, toda vez que ésta nace y se 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.

En este tema la titularidad para el ejercicio de la acción penal donde entran en juego, e inclusive en conflicto, los llamados principios oficiales y dispositivos.

Principio dispositivo el ejercicio de la acción penal se supedita a una instancia particular, será esta del ofendido, sea de un ciudadano cualquiera de la comunidad. Del principio oficial debe el estado iniciar tal ejercicio en cuanto se acreditan los extremos pertinentes sobre comisión del crimen y probable responsabilidad, sin que sea precisa la interposición de una instancia privada.

Los principios a que hacemos referencia tocan a los titulares mismos de la acción. Desde esta perspectiva, bajo el principio dispositivo se albergaría a la acción solo por lo que la ley no se fía de la parte directamente perjudicada pues muchas de las veces rehúsan formalizar y continuar una acción los inclinan a perdonar al delincuente por evitarse las molestias y gastos judiciales o por sustraerse a las responsabilidades en que pueden incurrir por falta de prueba o por haberse concentrado con el autor del delito, tema que retomare en el capítulo 4 del presente trabajo.

3.5. DISTINCIÓN ENTRE ACCIÓN PROCESAL Y ACCIÓN PENAL

Precisare la distinción que encontramos, entre la pretensión punitiva del Estado y el concepto de acción procesal penal, a la que ya aludimos aunque sea brevemente antes, y acción penal, diferencia esta última cuyos argumentos, como también dejamos en claro.

Hemos dicho que el Estado tiene la potestad de señalar las conductas

delictivas y establecer las sanciones (penas o medidas de seguridad) que habrán de imponerse a quienes las cometan, lo que constituye precisamente la *pretensión punitiva* o *jus puniendi* cuyo tratamiento corresponde al Derecho Penal Subjetivo.

La acción, concebida en términos generales, constituye un derecho que procede de una norma jurídica, cuyo titular es el gobernado y ese derecho es oponible al Estado, que es el obligado a acatarlo y cumple, en términos del artículo 17 Constitucional, administrando justicia por los tribunales, de manera gratuita, estableciendo así, una garantía del ciudadano.

Por la acción, pues, es factible que un ciudadano exija justicia del Estado, porque él es el encargado de impartirla. La acción así, es un derecho abstracto a la jurisdicción que, a manera de garantía individual, tenemos todos los gobernados.

Ahora bien, por una serie de razones (el peligro de dejar impunes los delitos, basados en criterios de conveniencia de los particulares, acerca del ejercicio de la acción, inseguridad del ofendido frente al ofensor, desequilibrio entre ambos por cuestiones económicas, corruptelas entre víctimas y delincuentes, etc.) el ejercicio de ese derecho de acción, en materia penal, ha sido asignado por el mismo Estado, al Ministerio Público, pero eso no significa que el Ministerio Público represente al Estado, sino al titular originario de la acción que es el gobernado, esta es la razón por la que se le denomine Representante Social.

La acción procesal penal, ya lo comentamos, sucede no precisamente al delito, que en su caso, podrá o no existir, sino más bien a la investigación de los hechos que practica el Ministerio Público, y como consecuencia de esa investigación, al estimar satisfechos por el órgano de la acusación, los requisitos constitucionales, la ejercita ante el juez.

Esta acción que deduce el Ministerio Público ante la autoridad judicial, como consecuencia de esa investigación, al estimar satisfechos por el órgano de la acusación, los requisitos constitucionales, la ejercita ante el juez.

Esta acción que deduce el Ministerio Público ante la autoridad judicial, como consecuencia de la averiguación previa que realizó, denominase, entonces, acción procesal penal y no necesariamente tiene como condición de su ejercicio,

la comisión de un delito, porque surge jurídicamente con independencia de él. Por eso es que en muchas ocasiones, deducida la acción procesal penal, el juez, no obstante, niega la orden de aprehensión solicitada por el fiscal o bien pone en libertad por falta de elementos para procesar al indiciado.

Teóricamente, el Ministerio Público no promoverá la acción procesal penal si no existe antes un delito cometido, pero sólo teóricamente, porque en la realidad como llevamos dicho, nada se opondría a que se ejercitara esa acción, sin un sustento o contenido, pues su carácter independiente y abstracto en relación con la acción penal, podría manifestarse, por ejemplo, cuando el órgano de la acusación la promoviera, a pesar de ser inexistente el hecho delictivo. En este caso, el juez en su momento procesal, seguramente la desecharía.

Sin embargo, se afirma de esta manera, que acción penal y acción procesal penal, son dos cuestiones diferentes, aunque debe admitirse que el ejercicio de ésta, constituye la forma usual de hacer valer la primera.

Así las cosas, la acción penal propiamente dicha, se ejercita por el órgano especializado, con posterioridad al ejercicio de la acción procesal penal, es decir, cuando se precisa la acusación del Ministerio Público al formular conclusiones acusatorias en el proceso.

Esto explica que en un Estado de derecho, sea el Ministerio Público el que, en representación del ciudadano y de la sociedad, cuando así proceda, ejercite tanto la acción procesal penal, como la acción penal ante el tribunal, y que el gobernado pueda exigirle, como su mandante que es, que lo haga.

Queda en evidencia que el ejercicio de la acción no es potestativo para el Ministerio Público, y que se le puede constreñir a deducirla ante el juez, confirmándose así lo acertado de la reforma al artículo 21 C., que otorga al gobernado, la posibilidad de impugnar por vía judicial, los actos del Ministerio Público, consistentes en no ejercitar la acción penal, o desistirse de ella.

Finalmente, para ejercitar la acción, el Ministerio Público no podrá hacerlo, hemos insistido en ello, en forma caprichosa o arbitraria, pues la propia ley establece los presupuestos bajo los cuales procederá a su ejercicio. De estos presupuestos hicimos referencia en su sitio.

Sólo para finalizar este capítulo, diremos que como derecho a establecer los delitos y las penas o medidas de seguridad, el *jus puniendi* del Estado, no está sujeto a extinción.

Sí lo está en cambio, la acción penal, en tanto poder deber del Estado, ejercido a través del Ministerio Público, para instar al órgano jurisdiccional a decir el derecho, como también puede válidamente extinguirse la sanción impuesta al delincuente.

3.6. CAUSAS DE LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

En nuestro Derecho Penal mexicano encontramos diversas causas que denominamos extinciones de la acción penal lo que tendría como consecuencia, la imposibilidad de ejercer la acción penal por parte del Ministerio Público y no sería precisamente por impunidad de parte de las autoridades o ineficiencia de estas, sino que al actualizarse esta nos imposibilita para perseguir el delito y como tal ejercitar la acción penal, a continuación menciono algunas:

- **Por muerte del delincuente (art. 91 del Código Penal Federal);** 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 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.

Podemos decir 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 justificaría ni por declaración, de ausencia o desaparición, lo que puede ser razonable, ya que es factible que el inculcado de un delito se encuentre prófugo de la justicia y sería injusto que civilmente se le

declarara ausente y con esta resolución se extinguiera la acción penal, con lo que se le favorecería su aparición posterior.

- **Amnistía (art. 92 del Código Penal Federal);** El término amnistía tiene sus raíces del vocablo griego *amnestie*, a, privativo y *mnestis*, recuerdo; entendiéndose entonces como lo que no se guarda en el recuerdo o en la memoria, que puede interpretarse como la ley del olvido.

Entendemos la amnistía como una medida de carácter legislativa, de carácter general, que extingue la 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, mas 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.

Su fundamento constitucional es el artículo 73, fracción XXII constitucional, al señalar que el Congreso tiene facultades:

"Para conceder amnistías por delitos cuyo conocimiento pertenezca a los tribunales de la Federación."

De lo anterior es necesario determinar que es un caso formalmente legislativo, el cual es plasmado a través de la llamada ley del olvido, que borra todo lo referente a la conducta delictiva, produciendo efectos de pleno derecho y sin que se pueda renunciar al beneficio concedido por la misma. Además de que, si los amnistiados cometen nuevos delitos, no serán considerados como reincidentes.

- **Perdón del ofendido (art. 93 del Código Penal Federal, reformado en el mes de enero de 1994);** En caso de delitos que se persiguen por querrela, siempre que se conceda; ante el Ministerio Público si éste no ha ejercitado la misma o ante el órgano jurisdiccional antes de dictarse sentencia de segunda instancia. Una vez otorgado el perdón, no podrá revocarse.

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

El perdón sólo surte efectos para quien lo otorga y beneficia sólo al inculpado que se le da. El perdón del ofendido y del legitimado para otorgarlo, conforme lo señalado en este párrafo; también extingue la ejecución de la pena, siempre y cuando se otorgue en forma indubitable ante la autoridad ejecutora.

Hasta antes de las reformas de 1994, se establecía la obligación de que se diera la conformidad del perdón por parte del inculpado.

- **Prescripción (arts. del 100 al 115 del Código Penal Federal) (105 a 120 del Código Penal del Distrito Federal);** Por el transcurso del tiempo se pueden adquirir o perder derechos y obligaciones; en este sentido se estará hablando de prescripción positiva si se adquieren derechos, y de negativa si se está liberando de alguna obligación. Ahora bien, en el sistema procesal penal mexicano, por el simple hecho de haber transcurrido el tiempo preestablecido por la ley, sin que se haya practicado actuación alguna por parte de la autoridad estatal en contra del sujeto responsable del ilícito, se extingue por consiguiente la posibilidad de ser sancionado.

La prescripción de la acción penal es personal, debe producir sus efectos sin necesidad de que sean solicitados por las partes, aun de *oficio* previo estudio de su procedencia y debe contener, alguno de estos principios:

- a) iniciará a partir del momento mismo que se comete el hecho delictuoso;
- b) corre a partir del día en que se realizó el último acto o se dio la omisión, si se tratara de delito en grado de tentativa;
- c) si es delito continuado, corre a partir del día en que se efectuó la última conducta;
- d) desde la consumación del delito permanente, y
- e) desde el día siguiente a la última diligencia practicada en el procedimiento penal.

En la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de fecha 7 de noviembre de 1996, en su artículo sexto señala que los plazos para la prescripción punitiva y la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad correspondientes, se duplicarán con respecto a los delitos a que se refiere dicha ley en su artículo segundo, cometidos por miembros de la delincuencia organizada.

De acuerdo con lo anterior mencionado hacemos cita de la siguiente tesis en cuanto hace al momento en que comenzara a correr el término para la prescripción:

Registro No. 167669 Localización: Novena Época Instancia:

Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIX, Marzo de 2009. Página: 2824. Tesis: XXVIII.13 P Tesis Aislada. Materia(s): Penal.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO OCTAVO CIRCUITO.

Amparo en revisión 509/2008. 23 de octubre de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Othón Manuel Ríos Flores. Secretaria: Helen Uribe Hernández.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. EL CÓMPUTO DEL TÉRMINO PARA QUE OPERE INICIA A PARTIR DEL DÍA SIGUIENTE AL EN QUE EXISTA INACTIVIDAD PROCESAL, INDEPENDIENTEMENTE DE QUE EL INCULPADO SE ENCUENTRE EN LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TLAXCALA). De los artículos 76, 79, 84 y 85 del Código Penal para el Estado de Tlaxcala, se advierte que: a) para la prescripción basta el simple transcurso del tiempo señalado por la ley, la cual puede ser declarada en cualquier estado del procedimiento; b) la acción penal prescribe en un plazo igual al término medio aritmético de la sanción privativa de la libertad que corresponda al delito, pero en ningún caso bajará de un año, y c) aquélla se interrumpirá por las actuaciones que se practiquen por el

Ministerio Público o por el Juez, pero si se dejare de actuar, comenzará de nuevo desde el día siguiente a la última diligencia. En tal virtud, resulta inconcuso que el cómputo del término para que opere la prescripción inicia a partir del día siguiente al en que exista inactividad procesal, independientemente de que el inculpado esté gozando de la libertad provisional bajo caución, pues en el citado código no se establece excepción alguna al respecto.

Tomando en consideración lo anterior debemos decir que los delitos prescribirán de acuerdo al tipo de penalidad que se trate, según en el tiempo que deba ser castigado mencionando los mínimos y máximos aplicables a la pena del delito y su término medio aritmético del tipo que se trate, de conformidad con la siguiente tesis jurisprudencial:

Registro No. 168291. **Localización:** Novena Época Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII, Diciembre de 2008. Página: 117. Tesis: 1a./J. 65/2008. Jurisprudencia. Materia(s): Penal. Contradicción de tesis 46/2007-PS. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito y el Cuarto Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito. 4 de junio de 2008. Cinco votos. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretario: Antonio Espinosa Rangel. Tesis de jurisprudencia 65/2008. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veinticinco de junio de dos mil ocho.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. PARA SU CÓMPUTO DEBE ATENDERSE A LA PENALIDAD APLICABLE AL DELITO ESTABLECIDO EN CADA FASE QUE INTEGRA EL PROCEDIMIENTO PENAL. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que tanto al obsequiarse la orden de aprehensión como al dictar el auto de formal prisión, debe fijarse el delito, ya sea en forma simple o con sus respectivas calificativas, modalidades o modificativas; de ahí que en cualquier fase del

procedimiento penal, el plazo para que opere la prescripción debe computarse a partir del establecimiento del delito que se le atribuye al probable responsable. Así, la prescripción se actualiza en cada etapa procesal, tomando en cuenta el delito por el cual se emite la determinación respectiva, atendiendo a si existen o no calificativas sobre el ilícito establecido y conforme a la legislación correspondiente. Esto es, debe considerarse la pena del delito configurado atribuido al responsable, ya sea básico o con todas sus modalidades o circunstancias modificativas o calificativas, lo cual deriva en la obligación constitucional y legal de todo juzgador consistente en que al emitir una orden de aprehensión, auto de formal prisión, apelación o cualquier otro acto durante el proceso determine, según el delito de que se trate, los datos que acrediten los elementos del tipo penal, no sólo para precisar la figura delictiva básica, sino también para que, de ser el caso, se configure su específica referencia a un tipo complementado, subordinado o cualificado, pues no debe perderse de vista que durante el proceso penal pueden actualizarse diferentes fases, por lo que deben determinarse con precisión sus elementos constitutivos, incluyendo las modificativas o calificativas que, en su caso, surjan de los hechos materia de la etapa procesal de que se trate. Por tanto, debe tomarse en cuenta el delito determinado por el cual se sigue el procedimiento, en cualquiera de sus fases, de manera que la prescripción quedará condicionada al transcurso del término establecido para la sanción que corresponda al delito concreto señalado en cada etapa procesal. Lo anterior es así, porque conforme al principio de seguridad jurídica, en cada una de ellas puede modificarse el delito, por lo que si al obsequiar la orden de aprehensión se le atribuye al probable responsable determinado ilícito, el término para que opere la prescripción se computará de acuerdo a los plazos previstos en la legislación correspondiente, y si al dictado del auto de formal prisión

se le ubica en uno diverso, ya sea básico o con calificativas, el indicado término se computará de acuerdo a la penalidad aplicable a esta nueva valoración del delito, y de igual forma tendrá que hacerse en cada una de las fases que integran el procedimiento penal.

- **La existencia de una sentencia anterior debidamente ejecutoriada;** Se contempla como supuesto de extinción de la acción, el hecho de que el delincuente se encuentre sujeto a proceso por la comisión de un delito y durante la secuela del mismo, se compruebe fehacientemente que el sujeto, responsable ya ha sido procesado y sentenciado en un proceso anterior por los mismos hechos; es decir, que ya exista sentencia definitiva con carácter de cosa juzgada con respecto a aquellos. Debiéndose aclarar que en su caso esta figura debe operar como un sobreseimiento de la acción penal.

3.7 EL SOBRESEIMIENTO COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

La palabra sobreseimiento, tiene su origen etimológico en las expresiones *super sedere*, que significa sentarse sobre; ficticiamente, el tribunal que dicta una resolución de sobreseimiento se sienta sobre el expediente que ya no va a ser estudiado en todas sus partes, por presentarse algunas de las causas previstas por la propia legislación que regule tal institución. Y de esta forma se dejara de conocer de un asunto extinguiéndose la acción penal, en nuestra legislación penal como lo es el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 660, nos dice cuando procederá un sobreseimiento:

El sobreseimiento procederá en los casos siguientes:

- I. Cuando el Procurador General de Justicia del Distrito Federal confirme o formule conclusiones no acusatorias;
- II. Cuando aparezca que la responsabilidad penal está extinguida;
- III. Cuando no se hubiere dictado auto de formal prisión o de sujeción a proceso y aparezca que el hecho que motiva la averiguación no es

delictuoso o, cuando estando agotada ésta, se compruebe que no existió el hecho delictuoso que la motivo;

- IV. Cuando habiéndose decretado la libertad por desvanecimiento de datos, esté agotada la averiguación y no existan elementos posteriores para dictar la nueva orden de aprehensión, o se esté en el caso previsto por el artículo 546;

En el artículo 546 del mismo ordenamiento nos menciona: "...Artículo 546.- En cualquier estado del proceso en que aparezca que se han desvanecido los fundamentos que hayan servido para decretar la formal prisión o sujeción a proceso, podrá decretarse la libertad del procesado, por el juez, a petición de parte y con audiencia del Ministerio Público, a la que éste no podrá dejar de asistir..."

- V. Cuando esté plenamente comprobado que en favor del inculpado existe alguna causa eximente de responsabilidad;
- VI. Cuando existan pruebas que acrediten fehacientemente la inocencia del acusado; y
- VII. Cuando se trate de delitos culposos que sólo produzcan daño en propiedad ajena y/o lesiones de las comprendidas en el artículo 130, fracciones I, II, III o IV del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, si se paga la reparación del daño a la víctima o al ofendido por el delito, si el inculpado no hubiese abandonado a aquélla, y no se encontrase el activo en estado de ebriedad, o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o sustancias que produzcan efectos similares.

Que en lo que nos ocupa para que sea aplicable el sobreseimiento nos dice:

"...**Artículo 130.** Al que cause a otro un daño o alteración en su salud, se le impondrán:

- I. De treinta a noventa días multa, si las lesiones tardan en sanar menos de quince días;
- II. De seis meses a dos años de prisión, cuando tarden en sanar más de quince días y menos de sesenta;
- III. De dos a tres años seis meses de prisión, si tardan en sanar más de sesenta días;

IV. De dos a cinco años de prisión, cuando dejen cicatriz permanentemente notable en la cara;...”

Que como podemos observar se tratan de lesiones menores, que para ello se requerirá de la avenencia de la víctima de delito.

VIII. Lo anterior, no procederá cuando se trate de culpa calificada como grave, conforme a la parte conducente del artículo 77 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Artículo que a continuación cito para mas referencia culpa clasificada como grave: “...**Artículo 77** (Clasificación de la gravedad de la culpa e individualización de la sanción para el delito culposo). La calificación de la gravedad de la culpa queda al prudente arbitrio del juez, quien deberá considerar las circunstancias generales señaladas en el artículo 72 de este Código y las especiales siguientes:

- I. La mayor o menor posibilidad de prever y evitar el daño que resultó;
- II. El deber de cuidado del inculcado que le es exigible por las circunstancias y condiciones personales que la actividad o el oficio que desempeñe le impongan;
- III. Si el inculcado ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes;
- IV. Si tuvo tiempo para desplegar el cuidado necesario para no producir o evitar el daño que se produjo; y
- V. El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de transporte y, en general, por conductores de vehículos...”

IX. Cuando así lo determine expresamente este código.

Como sobreseimiento debemos entender el cese de toda actividad para la investigación o el castigo del delito. Caso muy particular para poderlo entender mejor es cuando se consigna sin detenido y se niega la orden de aprehensión, el ministerio público apela, y sala confirma, y señala que no encuentra delito por perseguir, por lo tanto causara sobreseimiento de la causa en términos del artículo 660 por no existir delito, el sobreseimiento se basara a la inexistencia del delito y no a la ilicitud del activo, en la extinción puede ser que si existiera delito pero no es el activo o ha sido perdonado, en el sobreseimiento no existe delito, por ende no hay víctima, no hay activo.

El inculpado a cuyo favor se haya decretado el sobreseimiento sea puesto en absoluta libertad respecto al delito por el que se decreto.

El auto de sobreseimiento sufrirá los efectos de una sentencia absolutoria y una vez ejecutoriado tendrá valor de cosa juzgada.

Sobreseimiento lo podemos mencionar cuando suceda la creación de una nueva ley que suprima un tipo penal o lo modifique (art.117 Código Penal Federal).

“...Artículo 117.-La ley que suprime el tipo penal o lo modifique, extingue, en su caso, la acción penal o la sanción correspondiente, conforme a lo dispuesto en el artículo 56...” mismo artículo del mismo ordenamiento jurídico, que hago referencia para mayor entendimiento.

“...Artículo 56.- Cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley, se estará a lo dispuesto en la más favorable al inculpado o sentenciado.

La autoridad que esté conociendo del asunto o ejecutando la sanción aplicará de oficio la ley más favorable. Cuando el reo hubiese sido sentenciado al término mínimo o al término máximo de la pena prevista y la reforma disminuya dicho término, se estará a la ley más favorable. Cuando el sujeto hubiese sido sentenciado a una pena entre el término mínimo y el término máximo, se estará a la reducción que resulte en el término medio aritmético conforme a la nueva norma...”

Cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley, se estará a lo dispuesto en la más favorable al inculpado o sentenciado. La autoridad que esté conociendo del asunto o ejecutando la sanción, aplicará de oficio la ley más favorable. Cuando el reo hubiese sido sentenciado al término mínimo o al término máximo de la pena prevista y la reforma disminuya dicho término, se estará a la ley más favorable. Cuando el sujeto hubiese sido sentenciado a una pena entre el término mínimo y el término máximo, se estará a la reducción que resulte en el término medio aritmético conforme a la nueva norma.

CAPITULO IV
REFORMA CONSTITUCIONAL AL ARTÍCULO 21 CONSTITUCIONAL
PUBLICADA EL 18 DE JUNIO DEL 2008.

El 18 de junio de 2008, se publicaron en el Diario Oficial de la Federación reformas y adiciones al artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Las modificaciones se refieren en materia penal, referente al ejercicio de la acción penal por los particulares cuando la ley lo permite en el segundo párrafo del precepto invocado. El propósito es atender eficazmente los reclamos de los justiciables para agilizar la impartición de justicia, así como modernizar la función jurisdiccional encargada de la resolución de procesos penales, procurando una impartición más abreviada y eficaz, en la que todos los asuntos por menores o mayores que parezcan sean resueltos y conozcan de éstos los jueces penales y con ello cumplir parte de los reclamos sociales, como lo es la agilidad en los procesos y cumplir con una justicia pronta, y con alternativas de actuar para los particulares.

El acierto de las reformas se podrá observar con el tiempo, en el que los juzgadores, agentes del Ministerio Público y defensores tanto públicos como particulares, mismos que tendrán la obligación de adaptarse a los requerimientos impuestos por ésta, buscando un profesionalismo tanto de los sujetos que actúen como servidores públicos, en el ejercicio de las funciones del propio Estado o los profesionales del derecho, que busquen la intervención en un proceso penal, desarrollándose de forma clara y transparente.

Las dimensiones, expectativas y alcances de la reforma impactan a todas las etapas del proceso, por mencionar algunas como lo es:

El juez pasa a ser el actor clave, pues tendrá una participación más efectiva en cuanto a medidas precautorias y diferenciando al juez de control encargado de pronunciarse en éstas y el juez del proceso, así como será quien recibirá y valorará el ejercicio de la acción penal elaborada por los particulares.

El Agente del Ministerio Público recibe el desafío de reinventarse como un servidor público que desarrolle una investigación con procedimientos modernos,

que permitan perseguir el delito de manera efectiva y con respeto a los Derechos Humanos; las actuaciones que el ministerio público realizaba por sí y sin ningún contrapeso durante la averiguación previa, pierden la trascendencia legal que anteriormente tenían (como el valor probatorio); el Agente del Ministerio Público ahora comparte las atribuciones de investigación con la policía(Artículo 21 párrafo. Primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos); y pierde el monopolio de la acción penal, pues en esta área las víctimas reciben más atribuciones hasta la posibilidad de ejercer la acción penal ante un juez penal. A cambio gana la posibilidad de desestimar la investigación de delitos menores en los que no haya suficiente evidencia (principio de oportunidad) y gana un rol estratégico en la utilización de salidas alternas, que, se ha dicho, serían la vía más frecuente por la cual se concluirían los asuntos.

Se dan más derechos a las víctimas del delito, entre ellos, la posibilidad de que en ciertos casos, especificados por la ley puedan ejercer la acción penal ante la autoridad judicial (Artículo 21 párrafo. 2° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

En el sistema como el que se plantea en estas reformas, demanda mayor profesionalismo y pericia de los Licenciados en Derecho que intervienen en el sistema penal, por lo que se exige que los defensores tengan título y cédula legalmente expedidos, eliminando la figura de personas de confianza que podía asistir al probable responsable en su declaración ministerial. Se señala que deberá desarrollarse un adecuado sistema de defensores públicos de buena calidad, para evitar que las personas pobres enfrenten el proceso con desventajas.

El sistema acusatorio comulga con trasladar las decisiones fundamentales al proceso, por lo que las actuaciones de investigación, no son sino una serie de indicios que brindarán las líneas de argumentación que tendrán que traducirse en hipótesis a probar durante las audiencias del proceso. Por ello, se “desformaliza” la investigación, es decir, la investigación del Agente del Ministerio Público y la policía ya no serán “actuaciones” transcritas, certificadas con firmas de los funcionarios y en hojas foliadas y cosidas. Ahora será una carpeta con los datos

que vaya arrojando la investigación. Los testimonios y declaraciones que sean considerados como prueba serán los que se desarrollen ante el juez.

Podemos decir que la transformación normativa es apenas uno de los componentes de un proceso de reforma penal. Además de la instrumentación a través de los ajustes a la legislación (como los códigos de procedimientos penales, leyes de seguridad pública, leyes de justicia alternativa, ley de defensoría pública, entre otras), debe invertirse en infraestructura, desarrollo de las instituciones, capacitación, transformación de los procedimientos al interior de las organizaciones, así mismo, influye de manera fundamental en el proceso de administración del cambio, el contexto social, político, económico y, particularmente, delictivo del país y sus regiones (No será lo mismo la reforma en Aguascalientes que en Sinaloa o Michoacán).

Se puede decir que el 80% del éxito de una reforma penal está en su instrumentación. Reformas legales poco significativas, pueden desarrollar todo su potencial si son adecuadamente instrumentadas; en tanto que, reformas de gran alcance y con gran desarrollo normativo pueden resultar en fracasos, si no son implementadas de manera adecuada.

La experiencia comparada muestra desafíos y precauciones fundamentales:

Además del cambio legal e institucional implica un cambio cultural en el que podemos hablar de una acción penal a instancia de un particular no como venganza de una persona sino, para aspirar a una impartición de justicia y resolver un conflicto de índole penal que se suscite.

Que el desarrollo normativo de la reforma (cambios legales y nuevos códigos), respete y amplíe la tendencia de la reforma y no la sabotee, tampoco se trata de crear conflictos una vez que se haya institucionalizado en códigos procedimentales estatales, procurando no sean contradictorios unos con otros.

Fortalecimiento de las instituciones que instrumentaran el nuevo sistema (mejor policía, mejores abogados, defensores de oficio efectivos).

Proceso de instrumentación adecuada y gradual que permita arraigar el nuevo sistema y enfrente con éxito inercias que en algunos casos tienen siglos.

En lo que se refiere a la reforma mexicana de junio de 2008 se pueden señalar algunos puntos críticos a considerar para su implementación:

Debe realizarse la instrumentación del modelo en las leyes secundarias con mucho cuidado, pues es normal que en los procesos de reforma los litigantes y los funcionarios del anterior sistema aprovechen cualquier laguna legal, para reproducir prácticas del modelo anterior.

Así mismo, muchos avances constitucionales tendrán que ser defendidos en los tribunales, que al interpretar los casos más controvertidos, deberían fallar en el sentido de un sistema acusatorio moderno y no con base en criterios anteriores que fortalecían los rasgos inquisitivos del sistema anterior.

Ya se mencionó que en la instrumentación de las salidas alternas, deben establecerse audiencias que garanticen que las partes conozcan sus derechos y que los acuerdos y soluciones propuestas se resuelvan ante una instancia imparcial (como podría ser un juez), pues de otra forma (por ejemplo si se concilian ante el Agente del Ministerio Público o se llega a un acuerdo reparatorio en la procuraduría), más que buscar llegar a una solución que restaure el orden y la convivencia, la autoridad tendría incentivos para forzar un acuerdo con tal de quitarse un caso de encima, “resolviendo” el asunto.

Asimismo podemos ver que el principal objetivo, de esta reforma es el alcanzar una justicia pronta y expedita, que nos lleve a cumplir las exigencias sociales que actualmente nos atañen, y suplir los errores en que incurren servidores públicos como lo son el Agente del Ministerio Público, en el que para iniciar una averiguación previa en que la persona, era víctima se debía esperar un largo tiempo, y en el que si su asunto no era de suma importancia, a criterio del Agente del Ministerio Público, no la iniciaba y esperaba un tiempo para que la víctima desistiera. Con esta reforma da la oportunidad, a los particulares de presentar su denuncia o querrela, podemos observar que con esta reforma, el afectado o víctima tendrá la facultad de acudir directamente ante un juzgador, ejercitando la acción penal para acudir ante un juzgador, forma que es utilizada en materia civil o familiar, que se acude directamente al juzgador, mas no a un intermedio.

4.1. EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL POR LOS PARTICULARES

Este tema es una de las novedades más importantes del nuevo texto constitucional y significa una ruptura profunda de la manera en que se había venido entendiendo el contenido de la acción penal, misma que era facultad exclusiva del Agente del Ministerio Público. En efecto, el nuevo segundo párrafo del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala:

“El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial.”

Un protagonista importante del proceso penal mexicano es el Ministerio Público. Su papel al investigar la posible comisión de un delito, al ejercer la acción penal y al velar por el interés de la legalidad dentro del proceso lo convierten en una pieza clave de cualquier diseño institucional. Así ha sido en el pasado y así debe seguir siendo en el futuro. El Ministerio Público se ha tenido que enfrentar como institución a retos de complejidad creciente, que han ido minando su actuación. Es momento de revalorar su papel como titular único de la acción penal y como órgano acusador dentro del correspondiente proceso.

Se puede convenir en que es al Ministerio Público a quien le debe seguir correspondiendo desarrollar la investigación de los delitos y ejercer la acción penal. Ahora bien, estas tareas ministeriales no suponen necesariamente un impedimento para que los particulares sean copartícipes, cumpliendo con los requisitos que establezca la ley, en el buen desarrollo de la justicia penal. Los particulares deben tener el derecho para ejercer directamente la acción penal.

Por lo anterior es que se proponen ciertos ajustes al primer párrafo del artículo 21 constitucional, de manera que se subraye que el Ministerio Público tiene la obligación de investigar la comisión de delitos y de ejercer la acción penal cuando considere que hay elementos suficientes para hacerlo. También se propone dotar a los particulares de la facultad para ejercer directamente la acción penal. Sobre este punto conviene recordar la opinión favorable que ha expresado uno de los mayores expertos en México en el tema del Ministerio Público, el doctor

Sergio García Ramírez. Para el investigador universitario y actual Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha llegado el momento en la historia del Ministerio Público para dejar atrás el monopolio de la acción penal que hasta ahora ha tenido; sus palabras son las siguientes:

“¿Por qué no abrir el espacio para que el particular pueda, en determinadas hipótesis, constituirse en actor penal?... Si alguna vez pareció... necesario que el ofendido... quedase al margen de la acción penal, propiamente, tal vez ahora lo sea que la reasuma y esgrima directamente ante el órgano jurisdiccional en asuntos de preponderante interés privado... Sería privatización, sí, pero sana y oportuna privatización. Por lo demás, tampoco se trataría de dejar al indiciado a merced del poderoso -es decir, agobiado por su propia debilidad, su temor, su ignorancia, su desvalimiento-; se podría generar un sistema de acción subsidiaria y necesaria a cargo del Ministerio Público...”¹

Con estas ideas se concuerda plenamente en la presente reforma y, en consecuencia, así se propone que quede establecido en el párrafo primero del artículo 21 constitucional. En el caso de que la acción penal sea ejercida por un particular, durante el proceso correspondiente también podrá intervenir el Ministerio Público, con los alcances y facultades que determine la ley.

En el proceso penal se puede ejercer la acción penal, adquiriendo la condición de partes acusadoras, un número variable de sujetos: el Ministerio Público, la acusación particular, la acusación popular y el acusador privado. El *Ministerio Público* es el órgano público al que la ley encomienda el ejercicio de la acción penal con carácter general y en nombre del Estado. El *acusador particular* es el ofendido o perjudicado por el delito, que igualmente puede constituirse en parte acusadora. Por último, el *acusador privado* es también el ofendido o perjudicado por el delito, pero, a diferencia del acusador particular que tiene que considerar la posibilidad el ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, el

¹ Decreto y exposición de motivos por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 18 de Junio de 2008. Página 16.

acusador privado es el único legitimado para ejercer la acción penal, porque el delito por el que se ha visto ofendido o perjudicado no afecta al interés público.

Así pues, en algunos casos la acusación se ejercerá de manera única por uno solo de los sujetos mencionados, en otros casos podrá ejercerse de manera concurrente por varios de ellos. Ahora bien, es necesario que la acusación se ejerza por algún sujeto para que pueda iniciarse el proceso penal: derivado del *principio acusatorio* es indispensable la distinción entre la figura de juez y acusador. Además, para algunos sujetos —como el Ministerio Público—, el ejercicio de la acción penal se configura como un *deber*, supeditado a la apreciación del carácter aparentemente delictivo de los hechos; y para los restantes sujetos como una *facultad*, condicionada al cumplimiento de una serie de requisitos.

Para comprender por qué y en qué casos podrá o deberá existir acción penal por los particulares —en tanto la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no define su contenido—, mismo que deberá ser extendido y aclarado por las leyes secundarias que deban legislarse conforme a esta reforma, aclarando conceptos y especificando las formas en que operara, conviene señalar que el tipo de acusador —privado, particular o popular— debe ser legitimado en función de la naturaleza diversa de los delitos tipificados en el Código Penal y en específico del interés público existente en la protección del bien jurídico tutelado.

Se puede afirmar que las acciones y omisiones tipificadas en el código penal tienen una relevancia que trasciende el interés particular de las personas agraviadas por el delito; es decir, a toda la sociedad en su conjunto le interesa la persecución de los delitos, pues uno de los fines es la sana convivencia y una funcionabilidad en la sociedad. En el ámbito penal es particularmente intenso el interés público que subyace al proceso, porque su objeto es más relevante para la sociedad que el de los procesos que se siguen ante otros órdenes jurisdiccionales.

En efecto, puede decirse que todos los individuos de una sociedad tienen cierto interés en que los deudores paguen sus deudas, pues eso redundaría en beneficio de todos, al generar un alto grado de confianza en el tráfico jurídico. Sin embargo, esos mismos individuos tienen mayor interés en que se persiga

penalmente a los estafadores, secuestradores o terroristas que a los deudores, pues, frente al bienestar económico, en estos otros casos están en juego bienes o valores superiores, como la seguridad, la libertad o incluso la vida.

Indudablemente, como no todos los delitos afectan al mismo bien jurídico, no todos los delitos revisten la misma gravedad ni, por lo tanto, interesa a la sociedad en la misma medida su persecución, podemos observar que hay delitos que sólo afectarían a una persona, verbigracia lesiones, mismas que en la mayoría de los casos no podemos hablar de una afectación real a la sociedad.

A los efectos del ejercicio de la acción penal y atendiendo al interés de la sociedad en la represión de las conductas delictivas, los delitos tipificados en el Código Penal pueden clasificarse en dos categorías: delitos perseguibles de oficio y perseguibles sólo con querrela de la víctima u ofendido. En la primera categoría, el Ministerio Público tiene el deber de ejercitar la acción penal. En la segunda, si el delito requiere de la presentación de una querrela, el Agente del Ministerio Público también tiene el deber de ejercitar la acción penal, pero su ejercicio está condicionado a la previa presentación de la querrela del ofendido o perjudicado por el delito; es en este caso podría establecerse que el acusador particular podrá ejercitar la acción penal.

De esta división en dos categorías se puede proponer la participación del *Acusador particular* en los delitos de querrela, o en algunos de ellos. En otras palabras, se propone que en estos delitos la víctima u ofendido podrá ejercer la acción penal sin contar la concurrencia del Ministerio Público. En nuestra opinión esta opción es viable cuando, derivado de la naturaleza del propio delito, es la víctima u ofendido quien tiene los elementos de prueba, verbigracia. El fraude o el abuso de confianza.

Además de esta opción el Código Modelo CONATrib (Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos) con la finalidad de que la discusión sobre este importante punto tenga la mayor amplitud de elementos para su decisión incluye también las figuras de *Acusador privado* y de *Acusador popular*. El primero de los supuestos implica que en la acción privada su ejercicio corresponde únicamente a la víctima, se trata del caso de los delitos

contra el honor que en muchas entidades han dejado de ser materia penal, pero la introducción de esa figura podría ser un paso previo y gradual. En el caso del Acusador popular cualquier persona que demuestre interés legítimo, podrá ejercer la acción penal popular. De igual forma, el Código Modelo CONATrib, considerando la especial naturaleza de ciertos delitos y el contexto en que se cometen, señala que también podrán ejercer la acusación popular dentro del ámbito derivado de sus funciones: el Auditor Superior del Congreso, el titular del Organismo Estatal de Derechos Humanos y los Síndicos Municipales, siempre y cuando exista una afectación, en contra de sus funciones o de la sociedad que representan. Se propone señalar como delitos de acción popular: a los delitos cometidos por servidores públicos, de lesa humanidad y contra el medio ambiente y la legislación ambiental.

Al depositar en manos privadas el ejercicio de la acción penal, pues si los individuos son parte de la sociedad, todos ellos devienen damnificados por el delito, y así cualquiera podía demandar justicia en nombre de la sociedad; en la que podríamos pensar en una venganza más que en una verdadera búsqueda de la justicia o de solicitar éticamente la intervención de un juzgador para solucionar un conflicto penal, verbigracia comúnmente hemos oído en conflictos que terminan en riñas, las personas buscan Denunciar ante el Agente del Ministerio Público, no para que se persiga la comisión de un hecho delictivo, los particulares buscan no otra cosa sino afectar a su contrario, serán unos de los conflictos que nos enfrentaremos una vez que se encuentre en uso la acción.

Ahora bien lo que se busca con esta reforma suponer que el ofendido puede contribuir eficaz mente, en mejores términos que el Agente del Ministerio Público; a la depresión y al castigo de los delincuentes, que el monopolio acusador del Ministerio Público; que el monopolio mencionado es inconsecuente con un régimen de libertad política, bajo el cual no se puede negar a los particulares el acceso directo a los tribunales; ni la acción privada penal ni la popular son manifestaciones de venganza, sino lo contrario, es decir excluyentes de la misma, en punto contradictorio pues se espera mayor oportunidad a las víctimas de acceder a la petición de que se conozca su conflicto, y sea resuelto por un

juzgador capacitado. Sin dejar de observar que en el monopolio del Ministerio Público, debe sostener por fuerza de los siguientes argumentos: La intervención del particular ofendido obstruirá o aun haría imposible alcanzar los fines específicos del procedimiento penal, esto es, la investigación de la verdad histórica y la individualización de la personalidad del justiciable; puesto que el estado es el titular único del jus puniendi, y consecuente mente de la pretensión penal o de la justicia penal, es lógico que aquel sea, asimismo, por conducto de un órgano inmediato suyo, el Ministerio Público quien ejercite la acción penal y la privatización en este terreno no solo acarea el riesgo de inspiración vengativa en el ejercicio de la acción, riesgo que frustra los desiderata del proceso penal moderno, sino igual mente plantea la posibilidad de fenómenos compositivos al margen del proceso, que impedirían el castigo cierto de los delitos y abrirían camino al comercio sobre la pretensión penal o un posible dinamismo benéfico para el ejercicio de impartir justicia.

4.2. DELITOS EN LO QUE ES PROCEDENTE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL POR LOS PARTICULARES.

En este aspecto podemos mencionar que en cuanto hace al ejercicio de la acción penal por los particulares, debe ser procedente tratándose de delitos que para su procedencia se requiera de querrela por parte del agraviado y no causen perjuicio al interés público o social.

Entendiendo que hay interés público o social cuando existe una situación específica que afecta o beneficia a un conglomerado humano considerable, por lo que dicho interés puede adquirir la forma de interés social, nacional, estatal o regional. Podemos tomar en cuenta la siguiente tesis que a la letra dice:

La tesis visible en la página quinientos treinta y dos, Tomo IV Segunda Parte-I, del semanario Judicial de la Federación

“SUSPENSIÓN, NOCIONES DE ORDEN PÚBLICO Y DE INTERÉS SOCIAL PARA LOS EFECTOS DE LA. De acuerdo con la fracción

II del artículo 124 de la Ley de Amparo, que desarrolla los principios establecidos en el artículo 107, Fracción X, de la Constitución Federal, la suspensión definitiva solicitada por la parte quejosa en un juicio de garantías sólo puede concederse cuando al hacerlo no se contravengan disposiciones de orden público, ni se cause perjuicio al interés social. El orden público y el interés social, como bien se sabe, no constituyen nociones que puedan considerarse a partir de la declaración formal contenida en la ley en que se apoya el acto reclamado. Por el contrario, ha sido criterio constante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que corresponde al juez examinar la presencia de tales factores en cada caso concreto. El orden público y el interés social se perfilan como conceptos jurídicos indeterminados, de imposible definición, cuyo contenido sólo puede ser delineado por las circunstancias de modo, tiempo y lugar prevalecientes en el momento en que se realice la valoración. En todo caso, para darle significado, el juzgador debe tener presentes las condiciones esenciales para el desarrollo armónico de una comunidad , es decir las reglas mínimas de convivencia social, a modo de evitar que con la suspensión se causen perjuicios mayores que los que se pretende evitar con esta institución , en el entendido de que la decisión a tomar en cada caso concreto no puede descansar en meras apreciaciones subjetivas del juzgador sino en elementos objetivos que traduzcan las preocupaciones fundamentales de una sociedad .”

De acuerdo a lo anterior el juez que reciba el ejercicio de la acción penal por un particular inmediatamente observará, si, según el caso concreto, y conforme a las normas mínimas de convivencia, no se afecta el interés social. Aunado a esto debiendo sólo efectuarse por delito que se requiera querrela, para ser perseguido, de conformidad con el artículo 95, 96 y 97 del Código Modelo del Proceso Penal

Acusatorio para los Estados de la Federación, en el que nos hace referencia en los delitos que podrán actuar el Acusador Particular, el Acusador Privado y el Acusador Popular, mismos que a continuación se transcribe:

“...Artículo 95. Acusador particular.”

“1. En los delitos de querrela, la víctima podrá ejercer la acción penal ante los tribunales de manera autónoma.”

Actualmente en el Código Penal para el Distrito Federal, están contemplados algunos delitos de querrela, como lo son lesiones que tarden de sanar menos de quince días y no pongan en peligro la vida, peligro de contagio, privación de la libertad con fines sexuales, abuso sexual, hostigamiento sexual, estupro, violencia familiar salvo que la víctima sea menor de edad, discriminación, amenazas, allanamiento de morada, despacho, oficina o establecimiento mercantil, en nuestro código se encuentran derogados los delitos contra el honor, hago referencia a esto pues el código modelo citado hace referencia en su artículo 96 en su fracción II, inciso a) a los delitos contra el honor, el robo cuando el valor del monto de lo robado no exceda de cincuenta veces el salario mínimo, el llamado robo de uso, abuso de confianza, fraude, administración fraudulenta, insolvencia fraudulenta en perjuicio de sus acreedores, el despojo siempre y cuando no se cometa por mas de cinco personas, en contra de persona mayor a sesenta años o con discapacidad y no se cometa en forma reiterada en muebles urbanos en el Distrito Federal, daño a la propiedad, fraude procesal y violación de correspondencia.

“2. Siempre que no exista un interés público gravemente comprometido, la acción penal pública podrá convertirse en particular en los delitos contra la propiedad si no existe violencia, o cuando el Agente del Ministerio Público disponga la aplicación de un criterio de oportunidad.”

Como lo podemos observar siempre y cuando por su trascendencia del hecho delictivo causara un daño a la colectividad, sino que no se esté frente a un delito grave.

“3. Si existen varias víctimas, será necesario el consentimiento de todas...”

“Artículo 96. Acusador privado

“1. Cuando este Código permite la acción privada, su ejercicio corresponde únicamente a la víctima.

“2. Son delitos de acción privada:

“a) Los delitos contra el honor; y

En el inciso anterior reitero nuevamente que actualmente se encuentran derogados los denominados delitos contra el Honor del Código Penal para el Distrito Federal.

“b) Cualquier otro delito que la ley califique como tal.

Podemos agregar que se pudiera calificar un delito susceptible de ejercicio de acción privada los que se requiera de querrela para su persecución.

“Artículo 97. Acusador popular

“1. En los casos que este Código permite, cualquier persona que demuestre “interés legítimo, podrá ejercer la acción penal popular. También podrán ejercer “la acusación popular en términos de este artículo el Auditor Superior del “Congreso, el titular del Organismo Estatal de Derechos Humanos y los “Síndicos Municipales.

“2. Son delitos de acción popular:

“a) Delitos cometidos por servidores públicos;

“b) Delitos de lesa humanidad; y

“c) Delitos contra el medio ambiente y la legislación ambiental.

En este precepto del código modelo citado no estoy tan de acuerdo, denominarlo acusador popular, porque para mi se convierte en un tipo de competencia trasladada, a este o una ampliación de facultades, pues ellos actuaran como autoridad, o en un tipo de contraloría.

4.3. REQUISITOS PARA CUMPLIMENTAR LA ACCIÓN PENAL POR LOS PARTICULARES.

El procedimiento inicia con la presentación por escrito de la querellante ante el juez de control; se acompañarán copias para el imputado y el Agente del Ministerio Público.

Este procedimiento se iniciará con la presentación por escrito de la querrela ante el juez de control. Éste es una novedad aportada por la Reforma

Constitucional, que podemos decir que su campo de acción del denominado juez de control, será previo al juicio, mismo que resolverá sobre medidas cautelares y técnicas de investigación que requieran de control judicial, garantizando los derechos de los indiciados, víctimas u ofendidos.; se acompañarán copias para el imputado para que en el término de cinco días manifieste lo que considere conveniente en su defensa, ofrezca los medios de prueba conforme a las reglas comunes y oponga las excepciones y recusaciones que estime conveniente y al Agente Ministerio Público, pues de ser procedente la petición del particular el representante social será quien realice los actos de acusación en el desarrollo del proceso, pues es el Estado quien conserva el llamado *ius puniendi* o Derecho de Sancionar.

Recordando que en caso de no comparecer el indiciado el juzgador podrá optar por las medidas cautelares previstas en la ley como expedir una orden de comparecencia o de aprehensión en su caso.

El escrito por el que se ejercita la acción privada deberá contener:

1. Nombre y domicilio del particular que ejercite la acción penal;
2. Nombre y domicilio del imputado;
3. Narración del hecho imputado, con expresión del lugar, tiempo y circunstancias de ejecución;
4. Señalamiento de los datos de prueba que sustenten su solicitud;
5. Expresión de las diligencias cuya práctica se solicitan, y en su caso petición de la prueba anticipada; y
6. La firma del promovente o dactilograma.

Aunado a lo anterior y en los delitos que cada una de las leyes secundarias de cada Estado y del Distrito determinaran específicamente los delitos en que podrá ejercitar la acción penal por los particulares, se deberá constar que obren datos, que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y además de existir la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Debemos de tomar en cuenta que el acusador privado podrá desistir expresamente en cualquier estado del procedimiento, pero quedará sujeto a

responsabilidad por sus actos anteriores, que pudieran haber afectado la esfera jurídica del indiciado.

En el supuesto anterior se tendrá por desistida la acción privada:

- a) Si el procedimiento se paraliza durante un mes por inactividad del acusador o su mandatario, y éstos no lo activan dentro del tercer día de habérseles notificado la resolución, que se dictará aun de oficio, en la que se les instará a continuar el procedimiento;
- b) Cuando el acusador privado o su mandatario no concurran, sin justa causa, a la audiencia de conciliación; En estos casos de incomparecencia, la justa causa deberá acreditarse antes de la iniciación de la audiencia que en su caso se hubiere señalado como nueva fecha de conciliación, si es posible o, en caso contrario, dentro de cuarenta y ocho horas de la fecha fijada para aquella.
- c) Cuando el acusador privado o su mandatario no concurran, sin justa causa, a la primera audiencia del debate, se aleje de la audiencia o no presente conclusiones; y
- d) Cuando muerto o incapacitado el acusador, no comparezca ninguno de sus herederos o representantes legales a proseguir la acción, después de tres meses de ocurrida la muerte o incapacidad.

El desistimiento tendrá los siguientes efectos:

- 1. El desistimiento expreso sólo comprenderá a los partícipes concretamente señalados. Si no se menciona a persona alguna, deberá entenderse que se extiende a todos.
- 2. El desistimiento tácito comprenderá a los imputados que han participado del procedimiento.
- 3. Cuando el tribunal declare extinguida la pretensión penal por desistimiento, sobreseerá en la causa y le impondrá las costas al acusador privado, salvo que las partes hubieran convenido a este respecto otra cosa.

Vencido el plazo de audiencia sobre la acusación y reparación del daño, si el acusador privado o el imputado no lo propusieron, el tribunal los invitará a que lleguen a acuerdos para la reparación y les explicará los efectos y los mecanismos

alternativos de solución de controversias disponibles. Con esa finalidad ordenará la intervención de un especialista en mecanismos alternativos de solución de controversias. Cuando las partes lleguen a acuerdos, el convenio deberá ser aprobado por el tribunal, que, de inmediato sobreseerá en la causa y las costas respectivas estarán a cargo de cada una de ellas, salvo que convengan lo contrario y si se trata de delitos contra el honor y el imputado se retractara en la audiencia o al contestar la acusación, la causa será sobreseída, la retractación será publicada a petición del acusador, en la forma que el tribunal estime adecuada.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En la actualidad y aun con las reformas denominadas del proceso penal acusatorio, la teoría general del proceso penal, sigue intocada pues la triangulación entre las partes que intervienen como lo es el juzgador como representante del Estado, el Ministerio Público y en Procesado en compañía de su defensor, sigue subsistiendo, pero con las reformas se delimita su campo de acción de cada uno al especificar quienes tienen la facultad de defensa, acusación y quien resolverá el asunto.

SEGUNDA.- Para que en el nuevo sistema penal podamos denominarlo sistema penal acusatorio, considero, que al hacer las reformas pertinentes al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se debe mantener bien limitado el campo de participación de cada uno de los sujetos procesales, tomando en consideración que el juzgado no puede hacer la labor ni de quien ostente la defensa o la acusación, sino se rompería esa equidad procesal.

TERCERA.- Actualmente la etapa procedimental de Averiguación Previa se encuentra intocada, pero se tendrá que adecuar el código adjetivo, tomando en consideración que ahora no únicamente se tomará en consideración los requisitos de procedibilidad, como forma de accionar la actividad Estatal, en el ámbito penal, sino que debe considerarse el hecho de que los particulares podrán asistir directamente ante el juzgador.

CUARTA.- El legislador al adecuar la ley secundaria penal a la reforma Constitucional en esta área, deberá, tomar en consideración que por la trascendencia, y cuantía de los asuntos en que se permita a los particulares el ejercicio de la acción penal, no deberá autorizar al juzgador que conozca de este tipo de asuntos, girar orden de aprehensión inmediatamente, sino que limitar a orden de comparecencia o presentación, asimismo el juzgador que conozca de estos negocios, al dictar las medidas correspondientes deberá solicitar primordialmente orden de comparecencia, o en su caso únicamente citatorio.

QUINTA.- En cuanto a lo que hace por el ejercicio de la acción penal, ésta es facultad exclusiva del Estado pues es el encargado de ejecutar las penas que él imponga por tanto al modificar la legislación penal, se deberá, en todo

momento el pretender usar el ejercicio de la acción penal a los particulares como un tipo de venganza, tomando en cuenta que únicamente se autorizará para comparecer, debiendo dar intervención al Agente del Ministerio Público, para que sea éste quien continúe con la acusación y con coadyuvancia del particular, pero en todo momento la intervención del Estado, respetando el interés público.

SEXTA.- En los procesos que se inicien con motivo de la acción penal particular, deberá legislarse en forma de crear un proceso dinámico, tomando en consideración que los delitos en los que se debe de autorizar dicho ejercicio no deberá coartar el interés colectivo, por tal motivo se deberá procurar avenir a las partes, dictando las medidas necesarias, para dirimir el conflicto, y siendo el Agente del Ministerio Público el encargado de representar a la víctima, sin apartarlo del procedimiento.

SÉPTIMA.- Los legisladores al reformar el código adjetivo penal de cada legislatura estatal, deberán especificar en que tipos penales, se permitirá a los particulares ejercer acción penal, haciendo manifestación de ser todos los que pudieran ser iniciados ante el Ministerio Público investigador cumpliendo con el requisito de la querella, o especificar únicamente en los que será permitida.

OCTAVA.- La finalidad de esta oportunidad a los particulares de ejercer la acción penal que yo llamaría de poder iniciar un proceso, es para dar dinamismo a los asuntos que muchas veces el Agente del Ministerio Público descuida.

NOVENA.- Se deberá prever por un recurso en caso de que el juez de control no admita el ejercicio de la acción privada, así como un término en el cual se dé trámite a dicho ejercicio, previéndolo como un procedimiento especial en la ley procesal penal.

BIBLIOGRAFÍA

- COLÍN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Décima Novena Edición, Porrúa, México, 2006.
- J. RUBIANES, Carlos. Manual de Derecho Procesal Penal, Tomo I Teoría General de los Procesos Penal y Civil: El Derecho Procesal y sus Fuentes, jurisdicción, acción y defensa, proceso. Buenos Aires: De Palma 1985.
- FONTAN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal Introducción y Parte General, Buenos Aires: Abeledo-Perrot 1991.
- OSORIO Y NIETO, César Augusto. La Averiguación Previa, México: Porrúa 2009.
- CAFFERATA NORES, José I. Temas de Derecho Procesal Penal, Buenos Aires: Depalma 1988.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal, cuarta edición, Porrúa, México, 1986.
- CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, México, Porrúa 2004.
- HERNÁNDEZ ACERO, José, Apuntes de Derecho Procesal Penal, México, Porrúa, 2000.
- HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, Programa de Derecho Procesal Penal. Décima edición, Editorial Porrúa, México 2003.

- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Conclusiones Del Congreso Nacional De Juzgadores Del Poder Judicial De La Federación Sobre La Reforma Constitucional En Materia Penal. Primera Edición, México 2009.
- MANZINI, Vincenzo. Tratado de derecho procesal penal. Buenos Aires 1956 t. III.
- FLORÍÁN, Eugenio. Elementos de derecho procesal penal. México, Jurídica Universitaria 2001.
- ACERO, Julio. El procedimiento penal. Puebla Cajica 1976.
- ZAMORA PIERCE, Jesús, Garantías y Proceso Penal, séptima Edición, Editorial Porrúa, México 1994.
- AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, “El Ministerio Público en el Sistema Acusatorio”, revista “El Mundo del Abogado”, año 12, número 128, Diciembre 2009.
- LÓPEZ DURAN, Rosalio. “Metodología jurídica”. México. IURE, 2002.
- SILVA SILVA, Jorge Alberto. “Derecho Procesal Penal”. Segunda Edición, Editorial Oxford, México 2009.
- Decreto y exposición de motivos por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 18 de Junio de 2008.

LEYES

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Penal Federal.
- Código Federal de Procedimientos Penales.
- Código Penal para el Distrito Federal.
- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.
- Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.
- Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados de la Federación.
- IUS 2009, SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.